

JOSÉ ZAMORA GRANT

La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio



Vanguardia en
Ciencias Penales
75 Aniversario 1938 - 2013

11

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL

LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO
PENAL ACUSATORIO

COLECCIÓN JUICIOS ORALES COORDINADA POR
JORGE WITKER Y CARLOS NATARÉN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
SERIE: JUICIOS ORALES, Núm. 11

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Edición: Rosa María González Olivares
Diseño y formación tipográfica en InDesign CS5.5: Javier Mendoza Villegas

JOSÉ ZAMORA GRANT

LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL ACUSATORIO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL

México, 2014

Esta obra fue dictaminada por sus pares académicos y aprobada
para su publicación por la Comisión Editorial del Instituto
de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 16 de mayo de 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL

4a. y 5a. Cerrada de Avenida Jardín s/n
Colonia Ampliación Cosmopolita
Delegación Azcapotzalco, 02920 México, D. F.

Impreso y hecho en México

Obra completa 978-607-02-4793-4
ISBN

CONTENIDO

Presentación	VII
Héctor FIX-FIERRO	

CAPÍTULO PRIMERO

SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO Y VÍCTIMAS DEL DELITO

I. Introducción	1
II. Derecho, Estado y modernidad	5
III. Justicia retributiva y sociedad moderna	12
IV. Utilitarismo y prevención del delito	15
V. El advenimiento de la victimología	23
VI. El modelo plural y crítico de la victimología	26
VII. A manera de conclusión	30

CAPÍTULO SEGUNDO

ALTERNATIVAS DEMOCRÁTICAS PARA LA JUSTICIA PENAL

I. Introducción	33
II. Garantismo penal	38
1. De Beccaria a Ferrajoli	38

2. Principios garantistas del derecho penal de Ferrajoli	47
3. La víctima desde la perspectiva del garantismo penal	50
III. Realismo de izquierda	51
1. El delito como violación a los derechos humanos	53
2. El cuadro del delito	54
3. La víctima en la perspectiva realista de izquierda	58
IV. Abolicionismo	59
1. El castigo	61
2. La víctima en el modelo abolicionista	66
3. Minimalismo	67

CAPÍTULO TERCERO

PROCESO PENAL ACUSATORIO Y VÍCTIMAS DEL DELITO

I. Introducción	69
II. Repensar los fines del derecho penal	72
1. Del retribucionismo al utilitarismo penal	72
2. El resarcimiento de la víctima como fin de la justicia penal	80
III. La víctima frente al sistema penal acusatorio	82
1. La igualdad procesal entre las partes. “Igualdad de armas”	82
2. La discrecionalidad del ejercicio de la acción penal	86
3. Justicia y dignidad para víctimas del delito	89
4. Acceso a la justicia para víctimas del delito	97
5. La reparación del daño y su relevancia procesal	112
Fuentes	129

PRESENTACIÓN

La reforma constitucional de 2008 en materia penal plantea grandes desafíos de carácter técnico, humano y de reingeniería institucional, lo cual exige nuestra atención teórica-reflexiva.

En efecto, la transición que experimentan los sistemas penales mexicanos (local y federal) sugieren la realización de estudios empíricos y comparados que iluminen el proceso de cambio que hoy presenciamos desde los estados hacia la Federación.

La seguridad pública, la prevención, la persecución y la procuración de justicia se armonizan a los parámetros constitucionales con horizontes temporales, precisos a culminar en 2016. Así, la publicidad, la contradicción, la continuidad y la inmediatez, junto a la metodología de audiencias orales y posibles expedientes electrónicos, deberán asimilarse en el nuevo sistema penal para la democracia en desarrollo.

En consecuencia, dichas dinámicas culturales e institucionales están en curso, detonadas por entidades federativas pioneras, las que en grados distintos de diseños legislativos e implementación se acoplan a principios de transparencia, publicidad y rendición de cuentas que rigen las políticas públicas actuales.

A cubrir y desarrollar tópicos diversos bajo el prisma del derecho comparado que integra el universo de la reforma constitucional y legal en materia penal, y a registrar experiencias internacionales y locales comparadas. Esta colección monográfica de Juicios Orales está destinada a cubrir y desarrollar tópicos bajo el prisma del derecho comparado que integra el universo de la reforma constitucional y legal en materia penal, y a registrar experiencias

internacionales y locales comparadas; misma que se ofrece a estudiosos, académicos y operadores de este nuevo sistema de justicia y reingeniería institucional penal en gestación.

Este nuevo esfuerzo editorial de nuestro Instituto está coordinado por los doctores Carlos Natarén y Jorge Witker, miembros de nuestra comunidad académica, responsables de la calidad y continuidad de esta colección.

Héctor FIX-FIERRO

CAPÍTULO PRIMERO

SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO Y VÍCTIMAS DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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*⁸ —en su mayoría gente pobre y marginada— sufriendo un juicio de pocas garantías efectivas para contrarrestar desde su inferior posición los embates de una justicia penal ensañada con ese sector poblacional, y sus “víctimas”, de condición vulnerable y sobre-victimizadas por una justicia penal que nunca les consideró.

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

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

La insuficiencia en la incorporación de los derechos humanos de los imputados, la nula consideración de la víctima y el empuje de las alternativas doctrinarias, a la luz de una creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos, motivaron que el derecho penal 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 y el de los imputados, que con pocas garantías quedaban como *letra muerta* en la ley suprema. Los derechos se consignaban de manera creciente sí, pero la fórmula inquisitiva no se abandonaba. Derechos sustantivos sin instrumentos procesales adecuados para su actualización son letra muerta en la legislación. De ahí el carácter subsidiario de las *garantías procesales* de las *garantías penales*.⁹

II. DERECHO, ESTADO Y MODERNIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² *Ibidem*, p. 54.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

donde el derecho penal y sus políticas punitivas cumplirían una función central.¹⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ *Ibidem*, p. 30.

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

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

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

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

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

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

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

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

III. JUSTICIA RETRIBUTIVA Y SOCIEDAD MODERNA

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

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

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

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

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

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

Pese a su cualidad represiva y a ser un ente propicio para la vulneración de los derechos humanos, no solo subsiste hoy día, sino que los sistemas carcelarios en muchos contextos geográficos y culturales se han incrementado y robustecido; en este sentido, Thomas Mathiesen²² identifica tres causas probables de tal incremento: la primera, que él mismo descarta, atiende a la reflexión de que si la delincuencia aumenta, entonces el número de prisioneros también y la descarta porque no es una fórmula siempre proporcional; afirma que innumerables casos empíricamente demostrados en los que el delito disminuye, la población carcelaria aumenta y viceversa. Las otras dos causas desarrolladas por el autor identifican algo en común, como él mismo explica, detrás del crecimiento existe una política criminal más dura y un uso más activo de la cárcel como respuesta a la criminalidad, esto es, una política criminal más severa, con uso más implacable de la prisión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

social de la Ilustración ha pasado de moda— es el principio básico del castigo moderno, específicamente la suposición de que el crimen y la delincuencia son problemas sociales a los que puede darse una solución técnica institucional⁷⁷. *Op. cit.*, nota 3, p. 22.

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

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

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

IV. UTILITARISMO Y PREVENCIÓN DEL DELITO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰ *Ibidem*, pp. 40 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. EL ADVENIMIENTO DE LA VICTIMOLOGÍA

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

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

³⁵ *Ibidem*, p. 101.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. EL MODELO PLURAL Y CRÍTICO DE LA VICTIMOLOGÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mutuo influjo³⁹ resulta relevante el cómo cada individuo reflexiona las actitudes de los otros hacia él, pues ello puede determinar su personalidad —incluso criminal—. Desde esta óptica, un individuo concebido y por ende tratado como violento, puede entenderse como violento y actuar como tal, en un proceso de etiquetamiento que logra que el propio sujeto asimile su estigmatización. Luego, en los procesos de interacción social, la comunicación y la subsecuente reflexión de datos, resulta determinante para la explicación de los fenómenos sociales; el fenómeno social delito no sería la excepción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

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

⁴¹ *Ibidem*, p. 123.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO SEGUNDO

ALTERNATIVAS DEMOCRÁTICAS PARA LA JUSTICIA PENAL

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. GARANTISMO PENAL

1. *De Beccaria a Ferrajoli*

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

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

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

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

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

⁴⁸ *Ibidem*, p. 216.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵² *Ibidem*, p. 226.

⁵³ *Ibidem*, p. 225.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 226.

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

Afirma Bustos Ramírez al citar a Beccaria:

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

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

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

⁵⁵ *Ibidem*, p. 238.

⁵⁶ *Idem*.

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

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

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

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

⁵⁸ *Ibidem*, p. 30.

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

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

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

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

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

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

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

⁶³ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

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

⁶⁵ *Ibidem*, p. 454.

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

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

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

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

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

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

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

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

En una perspectiva eminentemente crítica, textualmente sostiene:

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

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

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

⁶⁹ *Ibidem*, p. 853.

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

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

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

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

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Ibidem*, pp. 853 y 854.

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

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

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

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

2. Principios garantistas del derecho penal de Ferrajoli

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

⁷² *Ibidem*, p. 855.

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

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

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

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

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

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

⁷⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁶ *Idem*.

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

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

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

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 91 y ss.

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

3. La víctima desde la perspectiva del garantismo penal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. REALISMO DE IZQUIERDA

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

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

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

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

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

⁸⁰ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *El cuadro del delito*

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

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

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

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

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

⁸⁶ *Op. cit.*, nota 44, p. 17.

⁸⁷ *Op. cit.*, nota 79, pp. 9 y ss.

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

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

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

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

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Ibidem*, p. 18.

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

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

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

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

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

⁹¹ *Ibidem*, p. 44.

⁹² *Ibidem*, p. 42.

⁹³ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 59 y 70.

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

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

⁹⁵ *Ibidem*, p. 66.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

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

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

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

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁹⁹ Christie, Nils, citado por *idem*.

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

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

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

IV. ABOLICIONISMO

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

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 68.

¹⁰¹ *Op. cit.*, nota 79, pp. 9 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 19.

1. *El castigo*

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 121 y 122.

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

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

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

¹¹¹ *Ibidem*, p. 126.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 190.

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

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

2. *La víctima en el modelo abolicionista*

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

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

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

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 189.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 191.

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

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

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

3. *Minimalismo*

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

¹²² *Ibidem*, p. 128.

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

CAPÍTULO TERCERO

PROCESO PENAL ACUSATORIO Y VÍCTIMAS DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

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 juzgue a las personas por lo que son y no por sus actos. Por ello, los principios que rigen los modelos procesales acusatorios re-

sultan óptimos para la consagración de los derechos de los imputados; pero no solo 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.

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 susceptible 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 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 esta por la agresión sufrida.¹²³ 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

¹²³ Zaitch y Sagarduy sostienen que una definición garantista del delito implica tres niveles de garantías: del delincuente ante la arbitrariedad del Estado, de la víctima ante el daño causado por el delincuente y 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...”, *cit.*, nota 59, pp. 47 y ss.

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 estructuran para su desarrollo, en la codificación penal, sustantiva y procesal, 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.

Al ser un modelo más democrático, los principios que rigen al proceso penal resultan luego entonces benéficos para las partes y no solo 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 intermediación, que garantiza no solo 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 solo 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.

II. REPENSAR LOS FINES DEL DERECHO PENAL

1. *Del retribucionismo al utilitarismo 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 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.

La idea del castigo, cuando de justicia penal se trata, sin duda se muestra latente no solo en la construcción jurídica del discurso, sino principalmente por su arraigo cultural en la sociedad misma. Reflexionar sobre las razones de la influencia de tal categoría en lo que ahora reconocemos como la justicia penal, nos remonta sin duda a la idea que del castigo se ha tenido en la tradición religiosa; lo que no es de menor importancia si recordamos que la religión legitimó el ejercicio autoritario del poder en la Edad Media y hasta el advenimiento de la Modernidad hacia el siglo XVIII. En nombre de Dios, el monarca castigaba a quienes atentaban contra el régimen imperante y las sanciones cumplían en consecuencia fines de expiación de la culpa que el delito —

pecado— habría motivado.¹²⁴ Por ello entendemos el arraigo de la categoría —castigo— en una tradición diferente a la que hoy día impera en la justicia penal, y por supuesto la sostiene: la democracia.

El castigo había estado ligado a la idea católica de la expiación y significaba un fin en sí mismo, esto es, con el castigo se pagaba la culpa de la acción cometida a manera de expiación: con un mal se pagaba el mal causado. Tal inercia se reconoce en la teoría de la pena como el modelo del retribucionismo penal. Retribución significa pago, y la pena o castigo era el pago que el delincuente hacía por su acción delictiva.

La retribución como fin de la pena —y por tanto del propio derecho penal— debió quedar superado al abandonarse los modelos inquisitivos puros, los cuales estaban pensados para el castigo y la expiación de la culpa. Sin embargo —siguiendo la tesis de Garland— esta variable no desaparecería en tanto muchas de las formas inquisitivas tampoco desaparecieron en el derecho penal de la modernidad; los modelos mixtos más cercanos a la inquisición que a la democracia fueron quizá el gran pretexto. Por ello, si hoy día se habla de justicia inquisitiva es en referencia a modelos que, por sus características, son una reminiscencia de aquellos sistemas premodernos en los que la igualdad como derecho fundamental no era un referente.

En la premodernidad los derechos humanos no eran reconocidos en ley, al menos no en términos de igualdad: lo que existía eran privilegios de algunos en detrimento de otros; la justicia penal solo era reflejo de aquella forma de organización política y social jerarquizada y excluyente.

La justicia penal actual debe ser reflejo de cómo la sociedad moderna se organiza políticamente a través del derecho; los sis-

¹²⁴ Bustos Ramírez expresa: “La centralización permitía unir soberano con Dios, a través de ello soberano con moral, derecho y justicia. Esta estructura vertical trascendental de dependencia personal centralizada, permitió legitimar el orden social organizado existente”. Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II*, cit., nota 4, pp. 12.

temas jurídicos en la modernidad organizan así a las sociedades bajo el presupuesto de los derechos fundamentales. Se debe corresponder el nacimiento de la organización política y social moderna con el reconocimiento en la ley de los derechos fundamentales en términos de igualdad, y por ende de los modelos modernos de justicia penal.

El arraigo cultural del castigo, sin embargo, ha permitido la utilización indiscriminada de la inercia inquisitiva en las variables del despliegue punitivo del Estado, donde una cultura así ayuda a la legitimación de la represión que pocos o nulos beneficios colectivos ofrece. Por ello, variables como el carácter público y no privado de la acusación, propio de una tradición inquisitiva, terminó por afirmarse en la época moderna como universalmente válida, incluso en modelos presumiblemente acusatorios.¹²⁵ También 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, son de origen inquisitivo, pero han persistido en los modelos procesales mixtos, aun en la actualidad; en el mismo sentido la discrecionalidad de la acción penal, su obligatoriedad e irrevocabilidad.

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 aquellos. El naciente derecho penal de orden público se diferenció 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 desli-

¹²⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, p. 41.

garían uno del otro, diferenciándose, de la misma manera, pena de reparación.¹²⁶

No obstante la naturaleza reactiva de este, para entonces, nascente 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 estas, 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.¹²⁷

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 solo parte de

¹²⁶ 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 prestada siempre al Estado, que cumple un deber en infligir una pena. Citado por Roxin, Claus *et al.*, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en Maier, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, trad. de Julio B. J. Maier y Elena Carranza, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 137.

¹²⁷ 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 en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo 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 solo su libertad sino su vida misma. *Op. cit.*, nota 1, p. 217.

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 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, recluidos 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.¹²⁸ Feuerbach¹²⁹ 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. Aunado a ello y aunque, definitivamente, prevenir los delitos no es uno de los atributos del que alguna vez siquiera el derecho penal pudiera presumir,

¹²⁸ Michel Foucault escribió: “Las Luces, que han descubierto las libertades inventaron también las disciplinas”. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, 2a. ed., trad. de Aurelio Garzón del Camino del Camino, México, Siglo XXI, 2009, p. 255.

¹²⁹ Citado por Bustos Ramírez, *El pensamiento criminológico II*, cit., nota 4, p. 15.

las intenciones de prevención delictiva como fin de la pena desarrollarían sendas explicaciones para su justificación. Ello no obstante, el modelo procesal siguió arraigado en sus cualidades 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 esta en particular, pero los modelos explicativos a manera de teorías han cometido —siguiendo a Ferrajoli—¹³⁰ 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.¹³¹

¹³⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, pp. 321 y ss.

¹³¹ 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 jui-

La consecución de los fines del derecho penal y de la pena misma deben 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 este se puedan alcanzar. Pero ni el 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 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, 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 estos y no aquellos, entonces los fines dependen del proceso más que de la ejecución de la pena privativa de la libertad y, si se reconoce ade-

cios 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 observación, sino sólo mediante su conformidad o disconformidad respecto a valores”. *Ibidem*, pp. 323 y 324.

más 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 solo puede reaccionar contra actos o hechos empíricamente —materialmente— 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—¹³² es un objetivo que solo 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 exaltarse: el de evitar la reacción —a manera de venganza— de quienes a falta de reacción pública —o de penas públicas— pudieran hacerlo,

¹³² Bergalli, Roberto *et al.*, *Sistema penal e intervenciones sociales*, cit., nota 81, p. 12.

como las propias víctimas, los suyos o fuerzas sociales, en contra del reo o personas a él ligadas. Ferrajoli¹³³ lo denomina el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Así, para el autor, la pena no solo serviría para prevenir los delitos injustos, sino los castigos injustos, tutelando no solo 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”.¹³⁴

2. *El resarcimiento de la víctima como fin de la justicia penal*

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”,¹³⁵ por ello “...no debe contribuir a determinar, ni positiva ni negativamente, la pretensión punitiva del Estado”.¹³⁶

La inclusión de la reparación como pena pública primero y la estructuración de mecanismos de composición del conflicto des-

¹³³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, pp. 332 y ss.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 334.

¹³⁵ Hellmer, citado por Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 126, p. 136.

¹³⁶ *Ibidem*.

pués, son muestra clara de que en el devenir histórico del derecho penal moderno, la reparación va ocupando un lugar cada vez más ascendente en la consideración de la reparación dentro de los fines de la pena. Sin embargo, el tema no es menor si consideramos el trastrocamiento no solo del derecho penal originario y de los principios que le rigen, 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.¹³⁷

Reconocer un lugar a la reparación en el derecho penal como se ha hecho en la incorporación de esta 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—¹³⁸ 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.¹³⁹

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 incor-

¹³⁷ En este sentido, Claus Roxin, al referirse a algunas de las críticas que se han hecho a la incorporación de la reparación en el sistema de sanciones. *Ibidem*, p. 137.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 137 y 138.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 141 y ss.

porado 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 encontrados 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.

III. LA VÍCTIMA FRENTE AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

1. *La igualdad procesal entre las partes. "Igualdad de armas"*

La igualdad en el derecho se erige como fundamento de la construcción de los derechos humanos en la era moderna, apartándose con ello de las preferencias y prerrogativas para unos en detrimento de otros. La organización política y social basada en la igualdad supone trato jurídico igual a las personas que, diferentes en identidad, no deben ser excluidas por sus diferencias de tipo social. La construcción del Estado y del derecho moderno cimentan sus estructuras en el principio de igualdad, de ahí el origen del modelo democrático de organización política y social.

En el derecho penal, sin embargo, las experiencias modernas de una justicia penal arraigada —como se ha afirmado— en variables inquisitivas, han impedido que la igualdad se erija como el principio referente de la justicia penal moderna. De ahí que la justicia penal se haya caracterizado por sus efectos estigmatizantes y lesivos hacia ciertos sectores de la sociedad generalmente definidos como *peligrosos*, *enemigos*, etcétera, con leyes que califican a las personas por su modo de ser, más que por su modo de actuar.¹⁴⁰ Ferrajoli afirma: "...se puede demostrar que

¹⁴⁰ Zaffaroni, al afirmar que el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos, sostiene que ello "no es únicamente una verificación de *datos de hecho* revelados por la historia y la sociología, sino también de *datos de derecho*, puesto que tanto las leyes como la doctrina legitiman este tratamiento diferen-

la disciplina directa de las personas, antes que la de sus comportamientos, de su ser, antes que de su actuar, constituye un rasgo característico de los regímenes totalitarios, ya que lesionan tanto la igualdad como la libertad”.¹⁴¹

Habrà que distinguir y a la vez identificar la estrecha vinculación entre la igualdad como principio esencial y sustantivo del derecho penal y la igualdad de los sujetos intervinientes en el proceso penal. Si las variables procesales —como se ha sostenido— son el instrumento para hacer efectivos los principios sustantivamente plasmados, se deducirá con facilidad que el modelo garantista procesalmente hablando, exige una construcción garantista de la sustantividad, a lo que Ferrajoli denomina *garantías penales*. Para ello el autor desarrolla, derivado de la igualdad penal, el principio de *regulatividad*¹⁴² por el que el contenido de las leyes penales —por estricta legalidad y bajo el presupuesto formal de la materialidad y la culpabilidad— debe consistir en prohibir acciones aleatoriamente contingentes, más no leyes constitutivas cuya finalidad es estigmatizar a las personas mediante juicios de valor —que tienen por objeto a la persona— sin considerar presupuestos fácticos legalmente predeterminados.

ciado”. Para el autor: “En la teoría política, el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (*enemigos* de la sociedad) es propio del Estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del Estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legítima el concepto de *enemigo* y los principios nacionales e internacionales del Estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último”. *Op. cit.*, nota 8, pp. 11 y 12.

¹⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, p. 504.

¹⁴² El autor utiliza la distinción que la filosofía jurídico-analítica hace entre normas regulativas y normas constitutivas, identificando que las primeras regulan comportamientos a los que califica deónticamente como prohibidos, permitidos, de acción u omisión, etcétera, en tanto las segundas establecen reglas inmediatamente sin que medien comportamientos. A su juicio, las leyes constitutivas en el derecho penal califican a las personas por lo que son, mientras las regulativas califican a sus actos. *Ibidem*, pp. 502-504.

La regulatividad de las leyes penales es una condición de su generalidad y, con ello, un presupuesto de la igualdad penal, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son y en cuanto sólo sus acciones y no su distinta personalidad, pueden ser tipificadas y culpabilizadas como igualmente desviadas.¹⁴³

Luego, un derecho penal sustantivamente construido para la calificación de los actos de las personas, será presupuesto de un procedimiento *acusatorio* que garantizará, en consecuencia, el equilibrio de la contienda procesal, para un juicio justo en tanto igual. En cambio, un derecho penal cargado de leyes penales de carácter constitutivo referidas a las cualidades de las personas, en tanto inmunes por su cargo o ascendencia o peligrosas, será fuente inevitable de arbitrariedad en un proceso dispar, en el que el poder de quien acusa y quien juzga es muy superior de quien por ellos es definido y determinado; un proceso en el que se pretende encontrar el delito en el delincuente y no en los hechos; un proceso inquisitivo.

Un proceso de naturaleza acusatoria debe garantizar entonces la *igualdad de armas*, lo que si bien depende directamente de cómo se consagren sustantivamente las *garantías penales* exige de estructuras específicas que les den actualidad. Estructuras que deberán partir de condiciones objetivas y no subjetivas —como las que atienden a la cualidad del imputado— de procedibilidad, propias de un sistema garantista respetuoso de la dignidad de las personas imputadas.

Garantizar la equidad en el proceso penal resulta complejo si consideramos la disparidad “natural” de las fuerzas en conflicto. Si el supuesto es la acusación pública, la discrepancia entre el poder del Estado y las posibilidades de defensa del imputado genera siempre el riesgo latente de inclinar la balanza hacia el primero en detrimento del segundo y de las expectativas mismas de un proceso equitativo —justo—. Si la acusación es privada y

¹⁴³ *Ibidem*, p. 505.

el conflicto entre particulares, la eventual disparidad, en principio, podría inclinar la balanza en favor del imputado, pero si se considera que los supuestos en los que la víctima pueda sostener la acusación no solo dependerán de la procedencia jurídica, sino de las condiciones materiales de poder de la propia víctima, entonces cualquiera de las partes podría inclinarla a su favor. Una víctima que puede acusar es una víctima fuerte, luego los pesos y contrapesos jurídicos de los derechos y obligaciones deberán ser técnicamente moldeables para nivelar una balanza que, eventualmente, puede inclinarse para cualquier lado. Pero la posición de desventaja de la víctima es más común, si se considera que la mayoría de las víctimas son de por sí vulnerables y su condición es generalmente precaria y de desventaja frente al resto de los sujetos intervinientes: el agresor y la defensa, y el propio sistema penal.

Al considerarse *parte* a la víctima en los procesos acusatorios, la igualdad procesal exige de estos un depurado equilibrio entre las fuerzas intervinientes, ya que habrá de limitarse los poderes de los fuertes y reforzarse los poderes de los débiles, para que en igualdad de oportunidades puedan hacer valer sus respectivos derechos y alcanzar en justicia sus pretensiones.

Un proceso acusatorio limitará primordialmente las potestades de quien juzga y quien acusa, y garantizará la independencia entre ellos, por un lado, y por el otro, reforzará los derechos de la defensa y de las víctimas, todo en aras de una justicia completa e imparcial.¹⁴⁴ Atributos que dependen además del contenido y efectividad de las garantías orgánicas de la colocación del juez.

¹⁴⁴ Beccaria escribió: “Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales, porque donde se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano debe callar aquellos sentimientos que inspira la desigualdad, sin que tenga lugar en el juicio la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desagrado con que el hombre infeliz mira al superior. Pero cuando el delito sea ofensa de un tercero, entonces los jueces deberían ser mitad iguales del reo y mitad del ofendido, así balanceándose todo interés, que modifica aun involuntariamente las apariencias de los objetos, hablan sólo las leyes y la verdad”. *Op. cit.*, nota 1, p. 243.

Para que haya igualdad entre las partes en un proceso acusatorio, la separación entre el juez y la acusación resulta indispensable, en el sentido de que si bien el juez no debe revestir ninguna función acusatoria, tampoco la acusación debe revestir ninguna característica —función— judicial. En los modelos mixtos la inequidad procesal es evidente cuando —por ejemplo— las posibilidades de la acusación de restricción de la libertad personal para la formación de pruebas, es muestra de la naturaleza inquisitiva de un Ministerio Público invasor de las funciones que deben estar estrictamente reservadas para la autoridad judicial; así también el arraigo como potestad del Ministerio Público para la obtención de pruebas que soporten la acusación.

2. La discrecionalidad del ejercicio de la acción penal

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.¹⁴⁵

¹⁴⁵ 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 solo a la tendencial presencia de los

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—¹⁴⁶ en que la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal no es ajena ni se contraponen 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 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 esta se ha asociado históricamente a los modelos acusatorios de proceso penal. Afirma que esta obligatoriedad es aspecto de otros rangos 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*

elementos asumidos históricamente como constitutivos en las respectivas tradiciones. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, p. 563.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 569 y ss.

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”.¹⁴⁷

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 oportunidad 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.¹⁴⁸ También es clara la influencia del *abolicionismo*, modelo teórico que ha propuesto replantear la prioridad del derecho penal hacia la víctima y su reparación.¹⁴⁹

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 564 y 565.

¹⁴⁹ 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

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;¹⁵⁰ fórmulas como la querrela las considera incluso necesarias para la procedibilidad penal.

3. *Justicia y dignidad para víctimas del delito*

Está garantizado por las leyes fundamentales 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.

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.

Una de las razones por las que el derecho penal se legitima es precisamente porque evita la venganza de la víctima. El derecho penal moderno expropia el derecho a la venganza de esta en nombre de la sociedad y se convierte en el responsable de punir

recibiría tal denominación la más radical deslegitimación del sistema carcelario y de la propia lógica punitiva”, *op. cit.*, nota 64, p. 431.

¹⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, pp. 570 y 571.

las conductas. Evidentemente no tiene sentido, ni se puede sostener que el Estado asume la venganza en cuanto tal, porque ello solo es privativo de los modelos puramente inquisitivos y cualquier acto de venganza es socialmente intolerable.

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 oportuna que mitigue no solo 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 proceso 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 corruptela. Por todo ello, difícil resulta el que existan procedimientos cortos donde la justicia para las víctimas

además sea oportuna, de ahí la trascendencia de las alternativas que un modelo democrático de justicia estructura 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 previsto 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 las restricciones a la prescripción, por el que establece que esta, 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 que conforme al derecho internacional sean por naturaleza imprescriptibles.

Otro atributo en la impartición de justicia establecido 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; que sea 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 manifesta-

ciones sean consideradas, y, por supuesto, a que se le repare su daño. La justicia será completa en tanto se cumpla el objeto del proceso penal previsto, 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, la justicia completa depende del cumplimiento de los objetivos planteados para un modelo tal, los que se han ya enunciado.

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, remuneración y responsabilidad ética;¹⁵¹ 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 solo de los intereses de quien juzga, sino los de la propia víctima; y uno de corte acusatorio, en el que la víctima puede ser parte en el procedimiento y generar el contrapeso respecto al 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

¹⁵¹ Fix-Zamudio, Héctor, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2000, t. I, p. 224.

habremos alejado en definitiva de las inercias inquisitivas que tanto se han arraigado en la tradición penal y se estará más cerca de las expectativas de una justicia pronta, completa e imparcial.

Por otro lado, el *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.¹⁵² 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 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, 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.¹⁵³

La dignidad como derecho humano es ampliamente consagrada y protegida por la legislación internacional: la Declaración Universal de los 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 alguna de 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

¹⁵² Cáceres Nieto, Enrique, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, México, CNDH, 2005, p. 488.

¹⁵³ *Idem*.

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 el principio de unificación dinámica según el cual han de ejercerse la totalidad de los derechos, entre los que 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.¹⁵⁴

Quiénes mejor que las víctimas 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 en el cual se consagra el presupuesto básico de la igualdad de derechos, se prohíbe toda clase de discriminación por diferentes causas no relevantes —que las propias leyes citan— 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 quedan incluidas en las prescripciones de las leyes; luego entonces las víctimas, como personas que son, deben disfrutar de un trato digno, no discriminatorio; pero además, por su especial condición de vul-

¹⁵⁴ Lefranc Weegan, Federico César, *Holocausto y dignidad*, México, UBIJUS, 2009, pp. 99 y ss.

nerabilidad 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 solo 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. 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. 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 aleja 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 este, afectará el ejercicio de otros derechos procesales, como el de coadyuvar con la acusación y obtener pruebas para ofrecer. De ahí la im-

portancia 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 aquellos 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 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 que 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; por ejemplo, que los fiscales 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, se deduce que más allá del indispensable trato digno, la dignidad de las víctimas se verá respetada, en tanto el cúmulo de derechos para ellas se respeten y cumplan eficazmente en consecución de las expectativas de justicia a víctimas del delito.

4. Acceso a la justicia para víctimas del delito

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.

El acceso a la justicia es, sin duda, un derecho esencial para las víctimas; se trata, sin embargo, de un derecho humano en ocasiones no 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 el punto número 4 el derecho al acceso a los mecanismos de justicia, y en el punto 6 asienta que se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas. En este numeral 6 se 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.

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 este. Luego, el presupuesto trasciende para las víctimas en tanto derecho a acceder a la justicia, como lo prevé la Declaración y también 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

de 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 de la acusación en la investigación de los delitos, las resoluciones de reserva, el no ejercicio de la acción penal, el desistimiento o la 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. Las leyes por supuesto que no distinguen 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 muchos países—con instituciones como la del monopolio de la acción penal reservada solo para la fiscalía, esto es, 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.

A. *La víctima como parte en el proceso penal*

Democracia significa participación en términos de igualdad, y ello en la justicia penal 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 solo la igualdad de fuerzas entre acusados y agraviados, sino también entre estos 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 esta en aquellos, 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 aquellos.

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 sido indispensable.

B. *La querrela*

La fórmula de la querrela, al igual que la denuncia, es un requisito de procedibilidad por el cual el órgano encargado de in-

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 esta 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 desistiéndose de la acusación por la reparación del daño y también, dependiendo el 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, solo 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 solo 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 la 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, del “procedimiento penal”.¹⁵⁵ 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 deli-

¹⁵⁵ Eser, Albin *et al.*, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en Maier, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, *cit.*, nota 126, p. 17.

tos menores en los que incluso la víctima u ofendido no pudiera tener interés en la persecución penal.

Para Ferrajoli¹⁵⁶ 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”.¹⁵⁷ 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 como una segunda violencia, como por ejemplo en el caso de una violación sexual.

C. *La acción penal privada*

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

¹⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 5, p. 572.

¹⁵⁷ *Idem.*

procesos penales acusatorios el 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 pre-modernos 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.¹⁵⁸ 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 esta 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 estas 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 solo de ejercer la acción penal, pero sin tal posibilidad, obligando al órgano público acusador a la prosecución

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 564 y 565.

penal. Ambas posibilidades persiguen fines particulares distintos, aunque su esencia siga siendo la misma.¹⁵⁹

Cuando solo 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 que se persiguen 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 este de aquella autoridad, para que la acción se ejercite y el proceso inicie, este 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

¹⁵⁹ La reforma judicial de 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos previó para el artículo 21, al establecer que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, 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. Si bien no está establecido como un derecho *ex profeso* para las víctimas, contiene un derecho de verdadera importancia que las incluye. Con motivo de esta reforma, la iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales de 21 de septiembre de 2011, prevé esta doble modalidad para el ejercicio de la acción penal por particulares. Publicada en la *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 22 de septiembre de 2011, núm. 3353-II, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/11/sep/20110922-IIhtml###Iniciativa1>, 26 de octubre de 2011.

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, esta podrá solo ejercitar la acción penal; la prosecución de la acusación y la consecuente carga de la prueba serán obligación para el órgano público acusador.

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, establecido en ley para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Finalmente, tampoco procederá el ejercicio de la acción privada cuando el Ministerio Público haya aplicado criterios de oportunidad, evidentemente en los modelos procesales en que se permita.

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 solo 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 solo 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 esa 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 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 también en 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.¹⁶⁰ 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 este 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— solo de la prevención general positiva es correcta, y que por tanto no es viable la abolición de la pena y del derecho penal mismo,¹⁶¹ no así su disminución y la consecuente priorización de los intereses particulares por los públicos en determinados

¹⁶⁰ Goitía, Carlos Alberto *et al.*, *La víctima en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 93.

¹⁶¹ 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 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. “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: Un concepto de tres escalas”, en *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, *cit.*, nota 112, pp. 21 y 22.

supuestos —solo 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 solo la incoación, sino la tramitación del procedimiento penal; sin embargo, esta fortaleza puede ser engañosa¹⁶² si se consideran las posibilidades materiales de las que cada víctima podrá disponer 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 solo podrá solicitarlas.

D. *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 en-

¹⁶² Eser, Albin, *op. cit.*, nota 155, p. 21.

contradas para dar presencia a las víctimas en los procedimientos penales, y por ende permitir aun 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 porqué 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 solo es acusador coadyuvante, que solo deberá soportar sus propios gastos. Debe trascender de entre los derechos considerados como acusador coadyuvante el de poder interrogar y solicitar pruebas, señalar vicios formales y materiales de la acusación y pedir su corrección, concretar y reclamar sus pretensiones, cuantificar el daño, entre las principales.

E. *La víctima 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 legitimadas¹⁶³ —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 esta señale. Hará la acusación, obtendrá y ofrecerá las pruebas, argumentará y hará los alegatos, etcétera. Como 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 solo 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.

¹⁶³ Los sujetos procesales en los modelos acusatorios son al menos: la víctima u ofendido, el imputado, el defensor, el Ministerio Público —fiscal—.

F. El derecho a recurrir

Para que no se pueda abusar del poder, en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos respecto a 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 los actos u omisiones del Ministerio Público. 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.

G. 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.

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, 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 utilización y también es importante que las establezca la autoridad judicial, por lo que debe estar garantizado el derecho de solicitud de estas 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, comunicare 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, 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 Mexicanos¹⁶⁴ se prevé este 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 motivado en tanto significa la conculcación del derecho del imputado a conocer quién 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.

5. La reparación del daño y su relevancia procesal

A. El derecho a la reparación del daño

Junto con el derecho a la justicia, 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

¹⁶⁴ A partir de la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008.

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.¹⁶⁵

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 solo 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 estas a los procedimientos penales de la mano del 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.

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. 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 pre-modernas 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

¹⁶⁵ 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.

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 solo 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.¹⁶⁶

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, 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 a 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

¹⁶⁶ En este sentido, Rodríguez Manzanera, en su obra, 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. *Victimología. Estudio de la víctima*, 3a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 339 y ss.

Poder había dedicado desde 1985 un apartado vasto de directrices en materia de reparación del daño.

En cuanto a su contenido, las leyes fundamentales de muchos países no explican en qué debe consistir la reparación: se limitan a consagrar el derecho para la víctima en cuanto tal y se preocupan más bien por establecer obligaciones para garantizar la reparación, a saber: la obligación para la acusación 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.

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.

La legislación de los Estados suelen prever 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, este 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 solo 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. 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 princi-

pios 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, la devolución de sus bienes, entre otros. La *indemnización* por 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, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales. La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica o psicológica, así como servicios jurídicos y sociales. Para la *satisfacción* —de ser pertinente y procedente, se afirma—, 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, reputación y derechos de las víctimas, disculpa pública, reconocimiento de los hechos y aceptación de las responsabilidades, la aplicación de sanciones a los responsables, conmemoraciones y honores a las víctimas y la 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 pro-

ceso y el acceso a mecanismos destinados a prevenir y a reparar, entre los más importantes.

Muchos tratados internacionales de alguna materia especializada en derechos humanos contienen disposiciones que obligan a los Estados —parte— a proveer medidas para la reparación de víctimas. Por ejemplo: el artículo 6o. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas la 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 Cruelles, 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.

B. Relevancia procesal del derecho a la reparación del daño

La Declaración y los Principios, a diferencia de las leyes de los Estados nacionales, hablan del derecho a una pronta reparación del daño, y es quizá tal exigencia la que ha motivado el impacto procesal de la fórmula. 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 los Estados se han quedado cortos 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. 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 se han denominado alternativos. 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 protagonismo¹⁶⁷ 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

¹⁶⁷ Manuel Cancio Meliá afirmó: “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*, Barcelona, España, J. M. Bosch Editor, 1998, p. 225.

modalidades alternativas para la consecución de la reparación del daño, en aquellos casos, la prioridad será la víctima.

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 cual 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 al aceptar el imputado alguna forma de negociación, estará implícitamente aceptando 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 solo pago del daño; supuesto en el que la negociación subsistiría, aun cuando resultare injusta para este. 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 a 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 acusación la de mediar,

con lo cual, si la responsabilidad de mediar recayera en alguno de ellos, estarían solo 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 hacia 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 solo 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 solo es reparar, sino ver en la fórmula de la reparación del daño un camino mucho menos áspero, de ahí su relevancia procesal.

C. 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.

a. 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 este 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 —aun revestida esta de modalidades en su ejecución: arbitraje, mediación, etcétera. 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 reparador. Sobre las modalidades de negociación de conflicto, estas pueden variar según se estructuren y permitan en las leyes de la especialidad; suelen distinguirse por el papel que desempeñan tanto los interesados como particulares directamente interesados y 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. 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. En México¹⁶⁸ han surgido, en la mayoría de sistemas jurídicos lo-

¹⁶⁸ A partir de la reforma del 2008 a la Constitución federal en materia penal.

cales, 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 acusación —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, pero no por ello menos digna de análisis. Así, por ejemplo, habrá que contrapesar los riesgos de una eventual confesión del inocente acusado que prefiere 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.

En efecto, 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 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, 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 descongestiona 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 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 términos de la negociación. El auxilio y la asistencia profesional 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.

b. La acción civil

La acción civil ha sido considerada por algunas legislaciones como fórmula accesoria al proceso penal —y no exclusiva de este— 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; los formalidades para su sustanciación por supuesto varían en cada legislación, 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 puede resultar irrelevante por el poco interés que otros actores pudieran tener en su sustanciación.¹⁶⁹ Esta acción, en tanto accesoria al proceso, como las demás de esta naturaleza, solo 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.

¹⁶⁹ 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.*, nota 126, p. 29.

c. 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,¹⁷⁰ 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.

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,¹⁷¹ 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 este la reparación, cuando su protección contra el delito haya fallado.

¹⁷⁰ Claus Roxin escribió, desde 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”. *Ibidem*, p. 131.

¹⁷¹ Eser, Albin, *op. cit.*, nota 126, pp. 29 y 30.

FUENTES

- ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4a. ed., trad. de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI, 1993.
- BECK, Ulrich, “Teoría de la sociedad del riesgo”, en BERIAIN, Jostetxo (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996.
- BERGALLI, Roberto, “El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social”, Presentación, en YOUNG, J. *La sociedad excluyente*, trad. de Bergalli, R. y Sagarduy, R., Barcelona, Marcial Pons, 2003 (original: *The Exclusive Society, Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London-Thousand Oaks-New Delhi, Sage, 1999).
- *et al.*, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, Temis, 1983.
- , *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983.
- BONESANA, César, Marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004.
- , *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, México, CNDH, 2005.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 1998.

- CARABAÑA, Julio y LAMO DE ESPINOZA, Emilio, *Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico en teoría sociológica contemporánea*, Madrid, Técnos, 1978.
- CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, trad. de Sara Costa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- , *Una sensata cantidad de delito*, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- DE FOLTER *et al.*, *Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiensen y Foucault. Abolicionismo penal*, trad. de Mariano Alberto Cifardini y Mitra Lilián Bondaza, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- DE GIORGI, Raffaele, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, col. Teoría Social, 1998.
- ESER, Albin, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en MAIER, Julio B. J. (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 *et al.*, Madrid, Trotta, 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. I, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 2a. ed., trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 2009.
- GARCÍA-BORÉS, Joseph María *et al.*, *Los “no delincuentes”. Cómo los ciudadanos entienden la criminalidad*, Barcelona, Fundación “La Caixa”, 1994.
- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. de Berta Ruíz de la Concha, México, Siglo XXI, 1999.

- GOITÍA, Carlos Alberto *et al.*, *La víctima en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro, *Un mundo sin cárceles es posible*, México, Ediciones Coyoacán-Campeche-Flasud, 2008.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006.
- LEA, John y YOUNG, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, trad. de Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- , *Delito y modernidad*, trad. de Alejandro Piombo, México, Ediciones Coyoacán-Flasud, 2006.
- LEFRANC WEEGAN, Federico César, *Holocausto y dignidad*, México, Ubijus, 2009.
- MATTHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- MEAD, George H., *Espíritu, persona y sociedad*, trad. de Florial Mazía, Barcelona, Paidós, 1973.
- MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, 2a. ed., trad. de Xavier Massimi, México, Siglo XXI, 1985.
- NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, México, Cárdenas Editor, 1992.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Los fines de la pena*, México, Instituto de Capacitación de la PGR, 1993.
- PAVARINI, Massimo, “El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo”, en *Poder y control*, s. e.
- , *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8a. ed., trad. de Ignacio Muñagorri, México, Siglo XXI, 2003.
- PRITTWITZ, Cornelius *et al.*, *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, trad. de Luis M. Reyna Alfaro, Lima, Grijley, 2006.

- REYES CALDERÓN, José Adolfo y LEÓN-DELL, Rosario, *Victimología*, México, Cárdenas Editor, 1998.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Barcelona, Bosch, 1995.
- 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 MAIER, Julio B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, trad. de Julio B. J. Maier y Elena Carranza, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas”, en *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, trad. de Luis M. Reyna Alfaro, Lima, Grijley, 2006.
- YOUNG, Jock *et al.*, *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias nacionales, regionales y locales en Europa*, Barcelona, Hacer, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán-Flasud, 2007.
- , *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- ZAITCH, Damián y SAGARDUY, Ramiro, “La criminología crítica y la construcción del delito: Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, en *Delito y sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, edición de la Cátedra Delito y Sociedad: sociología del sistema penal de la carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1992 [s. e.], año 1, núm. 2.
- ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 2a. ed., México, Inacipe, 2009.

La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se terminó de imprimir el 16 de mayo 2014 en los talleres Cromo Editores S. A. de C. V., Miravalle 703, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03570 México, D. F. Se utilizó tipo Times New Roman 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 154 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares (impresión *offset*).