

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 estructuren 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, naciente derecho penal, la necesaria legitimación que permite al *ius puniendi* existir —y permanecer— encontró en las variables preventivas un pretendido —y difícilmente logrado— fin de la pena.

Desde el nacimiento del derecho penal en la modernidad, hace aproximadamente dos siglos, surgió una modalidad en la aplicación de las sanciones: la privativa de libertad, esto es, la cárcel. Las razones de su surgimiento, según la teoría de la pena, atienden a muchas variables, todas sin duda complementarias entre sí y motivadoras en cierta medida de su arraigada implementación. Una de 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, reclusos y trabajando, generarían riqueza para otros y con escasa o nula retribución económica, pero, sobre todo, se disciplinaban para el trabajo, lo que resultaba indispensable para el naciente “modelo capitalista” de producción.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, 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 trastocamiento 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 *promptitud* 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-

vestigar 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 60. 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 hacía un sistema penal que en sus pretensiones de prevención ha mostrado su inoperancia por el simple hecho de no haber sido creado para ello. La reparación a la víctima por mecanismos alternos implica no 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.