



# Derecho victimal

La víctima en el nuevo  
sistema penal mexicano

**José Zamora Grant**

EN EL MARCO DEL



TERCERA EDICIÓN  
ACTUALIZADA

## COLECCIÓN VICTIMOLÓGICA



## DIRECTORIO

ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ

*Procuradora General de la República  
y Presidenta de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

SALVADOR SANDOVAL SILVA

*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR  
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Secretaria General Académica  
y encargada del despacho de la Dirección General*

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS

*Secretario General de Extensión*

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA

*Director de Publicaciones*

JOSÉ ZAMORA GRANT

# DERECHO VICTIMAL

*La víctima en el nuevo  
sistema penal mexicano*



**INACIPE**

*Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*

© José Zamora Grant

© Instituto Nacional de Ciencias Penales

Instituto Nacional de Ciencias Penales  
Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan,  
Del. Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.

Primera edición electrónica, noviembre 2016

ISBN electrónico: 978-607-8447-56-6

Se prohíbe la reproducción parcial o total, sin importar el medio, de cualquier capítulo o información de esta obra, sin previa y expresa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales, titular de todos los derechos.

Esta obra es producto del esfuerzo de investigadores, profesores y especialistas en la materia, cuyos textos están dirigidos a estudiantes, expertos y público en general. Considere que fotocopiarla es una falta de respeto a los participantes en la misma y una violación a sus derechos.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan la postura del Instituto Nacional de Ciencias Penales.



**INACIPE**

[www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx)  
[publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx)



**Conozca nuestra oferta educativa**

Posgrado



Investigación



Capacitación



Publicaciones

## CONTENIDO

<i>Presentación a la segunda edición</i> . . . . .	XIII
<i>Comentarios del autor a la tercera edición.</i> . . . . .	XVII
<i>Introducción</i> . . . . .	XXI

### *Primera Parte*

#### LA VÍCTIMA

I. <i>La víctima en la historia.</i> . . . . .	3
Consideraciones preliminares . . . . .	3
Las primeras formas de venganza. . . . .	4
Las limitantes de la venganza . . . . .	7
La ley del tali3n, 7; La composici3n, 8; La venganza p3blica, 10.	
II. <i>La v3ctima</i> . . . . .	15
El concepto de v3ctima . . . . .	15

### *Segunda Parte*

#### VICTIMOLOGÍA

III. <i>Introducci3n sumaria a la Victimolog3a</i> . . . . .	21
Antecedentes . . . . .	21
El pensamiento victimol3gico. Precursores y primeros estudios. . . . .	25
Definici3n de Victimolog3a. . . . .	31
Objeto y m3todo en Victimolog3a . . . . .	39
Finalidad. Para qu3 sirve la Victimolog3a. . . . .	41
IV. <i>Los paradigmas victimol3gicos.</i> . . . . .	43
Consideraciones preliminares . . . . .	43

El paradigma positivista . . . . .	45
El paradigma interaccionista . . . . .	53
El paradigma crítico . . . . .	59
La dispersión epistemológica de fin de siglo y la concepción de la criminalidad . . . . .	66

### *Tercera Parte*

#### EL SISTEMA PENAL Y SUS VÍCTIMAS

V. <i>Contexto del sistema penal</i> . . . . .	73
El Estado moderno. Características. . . . .	75
La familia jurídico-continental. . . . .	77
Formalismo y legalidad: Notas comunes de la tradición jurídico-continental . . . . .	78
VI. <i>Noción de sistema penal</i> . . . . .	81
Consideraciones previas . . . . .	81
Acerca de la noción de sistema, 81; El sistema social, 82; Sis- tema jurídico y sistema jurídico penal, 83.	
El problema de la definición. . . . .	84
La estructura del sistema penal . . . . .	87
Los sistemas de enjuiciamiento penal. . . . .	90
El sistema inquisitivo, 91; El sistema acusatorio, 92; El siste- ma mixto, 92.	
Fines y funciones del sistema penal . . . . .	94
Sistema penal y control social, 95.	
El sistema penal mexicano . . . . .	96
La ley penal en México, 96; Las normas constitucionales, 97; Leyes secundarias, orgánicas y reglamentos, 98.	
Las instancias de aplicación de la ley penal en el sistema penal mexicano . . . . .	99
La función policial, 100; La función jurisdiccional, 103; La ejecución penal, 106.	
VII. <i>Las víctimas del sistema penal</i> . . . . .	111
Victimización mediante la ley penal . . . . .	114

Victimización a través de las instancias del control penal.	118
En el ámbito policial, 118; En el ámbito judicial, 122; En el ámbito ejecutivo, 127.	
El liberado como víctima de la estigmatización . . . . .	129
VIII. <i>Los grupos vulnerables frente al sistema penal</i> . . . . .	133
Vulnerabilidad y derechos . . . . .	133
Los factores victimógenos. . . . .	135
Víctimas por la diversidad cultural. . . . .	136

### *Cuarta Parte*

#### EL DERECHO VICTIMAL

IX. <i>El papel de la víctima en el escenario penal</i> . . . . .	141
Algunas consideraciones . . . . .	141
Víctimas y garantías . . . . .	142
X. <i>Reformas constitucionales</i> . . . . .	145
La reforma judicial de 2008 . . . . .	146
La reforma de derechos humanos, 2011 . . . . .	150
XI. <i>Los derechos de las víctimas</i> . . . . .	153
El derecho a que se le imparta justicia . . . . .	154
Iniciar y terminar el procedimiento . . . . .	156
Tendrá derecho a recibir asesoría jurídica . . . . .	159
Coadyuvar con el Ministerio Público . . . . .	160
A que se le preste atención médica y psicológica de urgencia . . . . .	163
Derecho a que se le repare el daño . . . . .	164
Al resguardo de su identidad. . . . .	169
Podrá solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. . . . .	170
A impugnar las omisiones del Ministerio Público . . . . .	172
A que se le trate con dignidad y respeto . . . . .	172
XII. <i>Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP)</i> . . . . .	177



XIII.	<i>Ley General de Víctimas</i> . . . . .	181
	Víctimas potenciales, víctimas directas y víctimas indirectas. . . . .	182
	Principios victimales . . . . .	183
	Derechos . . . . .	185
XIV.	<i>Sistema Nacional de Atención a Víctimas</i> . . . . .	189
XV.	<i>Medidas alternativas y reforma penal</i> . . . . .	191
	Medidas que implican reformas de las leyes penales. . . . .	192
	Medidas alternas al proceso penal . . . . .	194
XVI.	<i>Víctima y ley penal</i> . . . . .	199
	Un acercamiento a la victimodogmática . . . . .	199
	La relevancia del consentimiento. Autopuesta en peligro, tipicidad e imputación objetiva. . . . .	203
	Derecho Penal y diversidad cultural. . . . .	207
	Algunas soluciones en la teoría del delito . . . . .	208
XVII.	<i>Prevenir la victimización. A manera de conclusión</i> . . . . .	211
	<i>Bibliografía</i> . . . . .	217

*A mi esposa,  
a mis hijas: Jimena, Sofía y María José;  
a mi madre,  
a la memoria de mi padre*

## PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

La obra que ahora presento es la segunda edición de la publicada en 2002 y reimpresa un año después con el título *La víctima en el sistema penal mexicano*, por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe). En la primera edición de este libro se manejan, y aún se conservan en la presente edición, dos tesis fundamentales: la primera alude a los orígenes del Derecho Penal de la modernidad que no nació para proteger a las víctimas de los delitos, sino que se erigió para excluirlas, esto es, para evitar su venganza. Orígenes que ahora ubicamos como de defensa social y que si bien asumimos como teóricamente superados, lo cierto es que su arraigo en la legislación y las formas en que el Derecho Penal funciona determinan, aún en la actualidad, las prácticas punitivas.

Aquel modelo de defensa social al que aludo tuvo sus orígenes con la influencia de la filosofía contractualista, pero se recrudeció con el advenimiento de la influencia positivista en la disciplina y que impactó en políticas públicas represivas y poco respetuosas de los derechos humanos. En suma, un Derecho Penal no apto para proteger a las víctimas; que no olvidó a las víctimas, sino que las excluyó; les expropió su derecho de venganza.

La segunda tesis se deriva de la herencia de la Criminología crítica que mostró teórica y empíricamente no sólo la ineficacia de los sistemas de justicia penal, sino además develó los efectos nocivos de su despliegue funcional traducido, por supuesto, en una extensa gama de violaciones de los derechos humanos de los inculpados, de las víctimas de los delitos y de los demás involucrados —familiares, testigos, etcétera—. El sistema penal que rige al Derecho Penal, paradójicamente, genera formas específicas de victimización y sobrevictimización muy concretas que es necesario evidenciar. El despliegue punitivo del Estado, que es violencia legítima, corre siempre el riesgo de devenir ilegítimo y ocasionar afectaciones indebidas, diría innecesarias, a los derechos de los involucrados en el drama de la justicia penal.

He decidido, también, cambiar el título de este trabajo que además modifica y reestructura los contenidos de aquella edición. La razón que me motiva a cambiar el título de la obra, aun cuando se trata de una segunda edición, responde a que lo considero más acorde con la tradición jurídica de nuestro entorno, cuando la noción de lo penal como un sistema es propia de la tradición sociológica del Derecho.

Ello no implica que el contenido ni la pretensión sean dogmáticos, ni que mi discurso se aparte de aquella influencia que en esencia es crítica y reflexiva; es sólo que, aun cuando sería mi deseo, este trabajo, por un lado, no atiende a una investigación sociológica-jurídica en sí; y, por otro, resulta cuestionable que el despliegue punitivo, que en la doctrina sobre todo extranjera, se enfoca en la idea de sistema, en nuestro país pueda en realidad obedecer a tales parámetros; sobre todo cuando la diversidad con que se conforman las formas de lo punitivo no parece obedecer a reglas debidamente sincronizadas que hagan que el todo —sistema de justicia penal— funcione de manera armónica y sistematizada. A ello ayuda, por un lado, la diversidad de legislaciones que, en atención a la autonomía de las entidades federativas, consideren a variables poco homogéneas y no siempre muy estudiadas; y, por otro, a un despliegue punitivo que no parece responder, en la mayoría de los casos, a políticas claras en materia de criminalidad.

Otra de las razones que me motivan a este cambio obedece a una intención dirigida de traer a colación —si se me permite la expresión— la composición de dos términos a los que no es común aludir: *Derecho Victimal*.

La noción *Derecho Victimal* invita a un análisis de cómo debe impactar la víctima, en el Derecho Penal, desde visiones dogmáticas y procedimentales, hasta las que se relacionan con la política criminal, y con ello, por supuesto, abonar al discurso que apela por una recuperación de la víctima en el mundo del Derecho Penal; tanto a nivel teórico (recuperación del discurso) como en su impacto legislativo, y la práctica operativa de la justicia.

He decidido, además, si bien respetar la mayor parte de los contenidos de la primera edición, reestructurar su acomodo en el propio texto con la intención de hacer del mismo un instrumento más didáctico y, considero, ordenado, lo que permitirá al lector relacionar de mejor manera las variables jurídico-penal, criminológica y victimológica, con la historia de las ideas sociales, su evolución y su influencia en la materia. Por ello, en esta segunda edición se reestructura el enfoque que alude a la dispersión epistemológica de la

Victimología, para mostrar con mayor hincapié sus relaciones con las corrientes actuales que no son más que herencia de la Criminología crítica: garantismo penal, abolicionismo penal y realismo de izquierda; reflejándose también en ellas, afirmo, el devenir evolutivo de la Victimología y la amplitud de sus objetos de estudio: las víctimas del delito, del sistema social y del sistema penal.

Asimismo he decidido quitar las pocas cifras y estadísticas contenidas en la primera edición, debido a su pronta desactualización; y en el mismo sentido, las referencias a fundamentos legislativos. Todo lo anterior con la intención de hacer de este libro una obra de recopilación eminentemente teórica, reflexiva y por supuesto crítica, que no pierda tan fácilmente su actualidad.

Por último, en estas líneas quisiera destacar la pretensión general del trabajo —con las tesis aludidas y las variables enunciadas—, tendente por supuesto a robustecer el discurso victimológico y su inacabada actualidad; el resurgimiento de la víctima en el escenario penal no tiene marcha atrás, y prueba de ello es la manera en que las reformas legislativas y estructurales de los sistemas de justicia penal y de sus políticas públicas han impactado poco a poco en un sinnúmero de sistemas jurídicos contemporáneos. Reformas que, afirmo en la obra, tienden a recuperar a tres tipos de víctimas: las del delito, las del sistema social y las de los sistemas de justicia penal.

Así, afirmarí, hoy día al abordar temas de Derecho Penal y de justicia penal, no podemos dejar de aludir ni a las víctimas —desde cualquiera de esas tres perspectivas— ni a sus derechos fundamentales. Por ello, en la obra se evidencia una marcada tendencia hacia la protección de los derechos de las víctimas, no importando que ésta tenga la calidad de ofendido o de inculpado; o por supuesto, no importando que aún no devengan tales. Prevenir el delito significa prevenir victimización; respetar los derechos humanos de las víctimas significa dignificar a la justicia penal y reencaminar al sistema de justicia penal hacia la verdadera consagración de la justicia, que no a su aniquilamiento sino a su reparación.

JOSÉ ZAMORA GRANT

## COMENTARIOS DEL AUTOR A LA TERCERA EDICIÓN

México ha vivido un proceso transformador de su sistema de justicia penal en la última década; dos reformas constitucionales y la generación de dos leyes más de alcance nacional han iniciado este proceso y han sentado las bases para la consolidación democrática de la justicia penal misma y del Estado mexicano como tal. Como en todo proceso de expectativas tales, se requiere primero de reformas en ley constitucional y su desglose en ley secundaria, pero también de la generación de mecanismos que garanticen a mediano y largo plazo la efectiva consolidación pretendida.

Se han llevado ya a nivel constitucional los derechos para las víctimas tanto de delito como de violaciones a derechos humanos, en un proceso paulatino de reformas que inició hace más de dos décadas y que se ha consolidado, al menos en ley suprema, con las reformas aludidas y a las que me referiré con más detalle en este trabajo.

De tales reformas, una de ellas aún en proceso de inicio de vigencia<sup>1</sup> ha mejorado diametralmente las posibilidades de acceso a la justicia a víctimas y por ende su posibilidad de obtener justicia y reparación, tanto si se trata de delitos como si se trata de violaciones a sus derechos humanos; consagrando derechos para ellas en ambas modalidades.

Una víctima del delito deviene en tal por la afectación a un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, y su condición de víctima la convierte en potencial víctima de violaciones a sus derechos humanos al momento de entrar en contacto con la justicia penal, donde la situación de vulnerabilidad de las víctimas se hace más evidente y donde el acceso a la justicia para ellas se vuelve un derecho indispensable.

En este orden de ideas, afirmo que en México se vive un proceso de democratización de la justicia penal; proceso en el que la posición de la víctima en y frente al sistema de justicia penal es, sin duda,

<sup>1</sup> Reforma judicial de 2008, cuyo proceso en su totalidad culmina en junio de este 2016.

una unidad de medida, en tanto la estructura garante de sus derechos —como el de los imputados de delito— y la reducida posibilidad de intervención arbitraria de los operadores del propio sistema en el despliegue de sus potestades punitivas son el reflejo directo del nivel de desarrollo democrático al que me refiero.

Los modelos procesales de tendencias inquisitivas, identificados como modelos procesales mixtos, han sido, históricamente, un ámbito propicio para las violaciones a los derechos humanos de los imputados de delito; estos modelos procesales se construyeron para la defensa social y excluyeron a las víctimas de toda posibilidad de participación; un Derecho Penal de orden público donde los derechos de las víctimas fueron por décadas totalmente negados y después precariamente desarrollados frente a un modelo procesal que les era totalmente ajeno, y que hizo —también por décadas— que el acceso a la justicia para las víctimas de los delitos y de las violaciones a derechos humanos fuera menos que precario, inexistente o prácticamente inexistente.

En México, los derechos para las víctimas de delitos se llevaron a rango constitucional a inicios de la década de 1990, con lo que se consagraron el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir asesoría jurídica, a la atención médica y psicológica de urgencia y a la reparación del daño; derechos que, sin embargo, poca o nula efectividad tenían frente a un sistema penal sin estructuras democráticas sólidas que permitiera el efectivo goce y ejercicio de los mismos.

La progresividad de los derechos humanos como nota característica, hoy día en México también de reconocimiento constitucional, ha sido evidente en cómo los derechos de las víctimas fueron acrecentándose en la propia constitución y paulatinamente también en la legislación secundaria o especializada; sin embargo, el goce de los mismos siempre fue precario o nulo, en razón de que el reconocimiento de los mismos no era suficiente frente a un modelo procesal para entonces mixto y con evidentes tendencias inquisitivas; un modelo procesal entonces ajeno a las víctimas y muy poco correspondido con las expectativas de una justicia garante de sus derechos. De ahí la relevancia, primero, de la reforma judicial de 2008, por la que se modifica el modelo procesal y se sientan las bases para la democratización del propio sistema penal, ahora identificado como acusatorio, y segundo, por la reforma de 2011 en materia de derechos humanos que con sus principios vino a robustecer los derechos de las víctimas mediante principios y obligaciones claras para todo servidor público de garantizar el goce y ejercicio de los derechos de

las personas, y de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Reformas constitucionales que junto con la legislación de un Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley General de Víctimas han sentado bases sólidas para la consolidación democrática de la justicia penal en México, donde los involucrados en el escenario penal, y las víctimas principalmente, encontrarán mayor garantía de acceso a la justicia y, por ende, de reparación.

JOSÉ ZAMORA GRANT<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.



## INTRODUCCIÓN

El desarrollo democrático de las sociedades occidentales ha tenido como referente los principios plasmados en las respectivas constituciones; principios que, evidentemente, no se corresponden con las formas en que algunos aparatos del Estado históricamente han desarrollado su actividad. Existe por tanto un desfase entre aquellos principios y las formas de control y organización del tejido social. Quizá sea el sistema penal el ámbito donde dicho desfase es más evidente. Ello ha traído como resultado un aumento considerable, tal vez desmedido, de víctimas.

Surge así, de esta reflexión, el interés de estudiar al *sistema penal y sus víctimas* desde un plano en que se entrecrucen diversas ópticas disciplinarias. En primer lugar, las jurídico-penales y procesales son el punto de referencia de los objetos de conocimiento, para analizar después las formas del control social como función concreta de dicho sistema en el marco del Estado de Derecho y las formas de comportamiento que produce la aplicación de aquel universo normativo, tanto de los operadores de la ley como de quienes se ven involucrados en su actividad.

Sin embargo, los aportes que aquí se incluyen no pretenden evidenciar una gama pluridisciplinar del problema, sino sólo un acercamiento desde el Derecho Penal —visión que incluye la dogmática penal y la política criminal— que ofrezca, en consecuencia, una perspectiva homogénea en su enfoque, pero plural en las actividades que describe, acerca de la problemática victimal frente al sistema penal y sus instancias de aplicación, en el marco del Estado de Derecho como estrategia de control social estatal.

De esta manera, y toda vez que la violencia legítima del Estado moderno ha quedado depositada principalmente en manos del sistema penal, en la actualidad éste ha llegado a una exacerbación de tal violencia y una producción de víctimas que merece ser analizada.

Así, afirmo que el Derecho Penal moderno no fue elaborado precisamente pensando en las víctimas. El Derecho Penal de la modernidad olvidó a la víctima. Y es para la confirmación de tal tesis que pretendo evidenciar en este trabajo de investigación, por un lado,

cómo es que el sistema penal, en el despliegue de sus funciones, genera una forma específica de victimización de la cual debe ocuparse la Victimología; y, por otro, cómo es que los postulados victimológicos en pro de los derechos de las víctimas no tienen fácil cabida en la estructura del Derecho Penal moderno, pues los mismos, en la mayoría de los casos, se contraponen con los principios básicos del propio Derecho Penal y con las garantías concedidas a los inculpadlos. El primero supone un análisis crítico, propio de la Criminología, y el segundo exige un análisis interpretativo, con la consecuente aplicación de los métodos y técnicas propios de cada perspectiva.

El sistema penal contemporáneo, propio del Estado moderno, es quien tiene a su cargo la administración de justicia en materia de delitos, prevención y represión de los mismos, por medio de una norma penal que señala qué conductas son consideradas punibles, y unas instancias de aplicación de dicha norma (policial, judicial y penitenciaria) que le dan contenido.

Así, en un Estado de Derecho como el nuestro, existe una legitimación sustentada que prevalece y acata el orden jurídico establecido, que le permite el ejercicio del poder coaccional, el cual ejerce mediante su sistema de justicia penal, sistema cuya estructura no le permite cumplir con las expectativas para las que fue creado, lo que le hace estar en crisis casi desde sus orígenes.

Este trabajo intenta evidenciar la crisis por la que atraviesa el sistema punitivo y el Derecho Penal en general. Pero desde una óptica peculiar, cual es la de la víctima y su nascente disciplina de estudio: la Victimología.

Este problema se agrava ante la evidencia de que las víctimas no tienen asidero en la estructura y el funcionamiento del propio sistema penal encargado de prevenir y reprimir el delito. Esto es, ha sido olvidada por la ley penal tanto sustantiva como adjetiva que la mencionan brevemente dejándola fuera del proceso y desprotegida; y los operadores de aquella ley penal no tiene los mecanismos óptimos para la aplicación correcta de la ley y la protección de las víctimas. En suma, la víctima es la gran olvidada del sistema penal.

Con base en las anteriores consideraciones, he dividido este trabajo de investigación en cuatro partes con la intención de enfocar correctamente el objeto de estudio, dar forma y contenido a las hipótesis planteadas, y finalmente alcanzar los siguientes objetivos específicos: 1) conocer los planteamientos victimológicos esbozados desde hace unas décadas y encontrar, mediante un ejercicio comparativo, la relación e influencia de las formas de pensamiento que a su

vez han influido en el saber criminológico; 2) analizar y describir al sistema penal mexicano, conocer su conformación y principios que rigen su funcionamiento y reflexionar acerca de las inercias de su actividad; 3) analizar y reflexionar respecto al papel que guarda la víctima ante el sistema penal y, en particular, frente a cada uno de los sectores que le conforman, y 4) analizar y reflexionar acerca de los derechos sustantivos y procesales conferidos a las víctimas y las inercias de su aplicación, así como evidenciar las formas de victimización que se generan por el funcionamiento del propio sistema penal.

Para ello, en la primera parte del trabajo, realizo un recuento sumario de la Victimología como disciplina de estudio de la víctima; con ello pretendo introducir al lector en la materia: cuál es el origen de la disciplina, cuál su objeto y finalidad, quiénes son sus precursores y cuáles sus postulados. Pero, sobre todo, qué forma de pensamiento influyó en los mismos. Éstas son las temáticas a desarrollar. En la segunda parte de la investigación, el análisis apunta a nuestro principal objeto de estudio: la víctima, a quién se considera víctima y cuál ha sido históricamente el papel desempeñado por ella en el escenario penal, son las preguntas a responder. El objetivo fundamental será observar cómo existe una interdependencia entre las concepciones victimológicas y la propia víctima; conocer la relevancia histórica de la misma. En la tercera parte de esta investigación me refiero al sistema penal, con la intención de conocer no sólo su conformación en este país, sino la razón de sus principios y funcionamiento al entrelazar el argumento con la estructura y conformación del Estado moderno, a cuya fórmula responde, y evidenciar, asimismo, todo el entramado de leyes y actos del procedimiento con los que la víctima tiene contacto. Ello supone, en principio un ejercicio por demás descriptivo e interpretativo, cuyo resultado dará pie a la última parte de la investigación, en la cual centro los objetivos de la investigación misma, que es evidenciar el papel de la víctima ante el propio sistema penal, no sólo ante la ley, sino ante las instancias operadoras del sistema que le actualizan y dan vida. Con ello pretendo demostrar las principales formas de victimización que se generan por la actividad del sistema penal; así, este último apartado, en conjunción con los anteriores, corrobora mi hipótesis inicial: el Derecho Penal moderno no fue concebido precisamente pensando en la víctima.

Reconozco que por sus objetos de estudio la presente investigación podría resultar por demás amplia; por ello, me refiero al siste-

ma penal contemporáneo propio del Estado moderno y de tradición jurídico-continental, con especial referencia al de este país. Y sin desconocer que la posibilidad de resultar víctima en la actualidad es por demás diversa, aludiremos aquí sólo a aquellas que independientemente de su calidad entren en contacto con el sistema penal.

PRIMERA PARTE

LA VÍCTIMA

# I. LA VÍCTIMA EN LA HISTORIA

## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

EN TÉRMINOS generales, la Historia es la narración ordenada y sistemática de hechos importantes que han influido en el desarrollo de la civilización de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disciplina, podemos decir que la historia del Derecho Penal es también la narración sistemática de las ideas que han determinado la evolución y el desarrollo del Derecho represivo.

La historia del Derecho Penal, afirma Ignacio Villalobos, no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición vacía de sentido y utilidad, sino por el beneficio que reporta, para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración.<sup>1</sup>

En Victimología, es de importancia significativa realizar un breve recuento histórico de la evolución de las ideas penales, visto desde la perspectiva de la víctima, siempre en relación con su victimario, sobre todo por la jerarquía que aquélla guardaba en cada una de las etapas a cuyo estudio me dedicaré enseguida y que es indispensable para el desarrollo ulterior de nuestra exposición, pues como se verá, las tendencias criminológicas del siglo xx parecen coincidir en mucho con aquellos postulados. Es importante, por tanto, tener una idea, por muy somera que sea —sin exceder los límites del presente trabajo— de la evolución de las instituciones del control social, para tener una perspectiva clara de sus concepciones y, con ello, como acertadamente señala Fernando Castellanos, “aprovechar así las experiencias pasadas para la solución de los problemas del presente”.<sup>2</sup>

El estudio de la función represiva a lo largo de la historia muestra que lo que ahora llamamos Derecho Penal ha revestido diversas formas y fundamentos en distintas épocas. Salvo riesgo de sintetizar demasiado y siguiendo la doctrina tradicional, se coincide en afirmar

<sup>1</sup> Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, 2a. ed., Porrúa, México, 1960, p. 23.

<sup>2</sup> Fernando M. Castellanos Tena, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 27a. ed., Porrúa, México, 1989, p. 39.

que son cuatro los periodos que, aunque la función represiva se haya orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos, por sus características ofrecen notas comunes que clasifican en el siguiente orden: 1) el periodo de la venganza privada; 2) el periodo de la venganza divina; 3) el periodo de la venganza pública, y 4) el periodo humanitario. Para Cuello Calón, en cada uno de ellos predomina el principio que le da el nombre, sin embargo no se sustituyen íntegramente, pues cuando surge el siguiente no puede considerarse plenamente agotado el anterior: “en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aun no contrarias”.<sup>3</sup>

Es menester observar que, si bien para efectos didácticos me apoyaré en tal clasificación, ésta no es del todo precisa; principalmente porque en ese entonces no existía la distinción entre lo público y lo privado como se entiende en la modernidad; pero, sobre todo, porque es fácil deducir que el Derecho Penal moderno surge para evitar la venganza de la víctima; esto es, expropia de ésta el derecho de venganza y lo asume en pro de la defensa social. Y es en aquel momento histórico al que también se alude como periodo humanitario, cuando surgen las instituciones de la modernidad y el sistema penal toma las formas y estructuras que se le conocen, haciendo a un lado a la víctima y erigiéndose como el protector de los derechos del hombre, pero para una mejor convivencia social, es decir, para la preservación del contrato social.

Por tanto partiremos de una clasificación alterna, que comprende dos grandes periodos: 1) el de la venganza, y 2) el de la venganza pública, en tanto a la víctima se le conceda o no su derecho de vengar la ofensa recibida. Así, mientras el sistema penal, fruto de la modernidad, no se instituyó como el instrumento del Estado para la represión del delito, las formas de vengar, con sus diversos matices, correspondían a la víctima. Sin embargo, en la evolución de este primer gran periodo se puede observar cómo la víctima va perdiendo jerarquía y protagonismo en el cobro de la ofensa, desde las primeras formas de venganza hasta el paulatino advenimiento de la modernidad.

#### LAS PRIMERAS FORMAS DE VENGANZA

Es obvio que las fuentes de información respecto de justicia represiva sean narraciones mitológicas y algunos poemas de los pueblos primitivos. Lo cierto es que no se tiene certeza de las prácticas punitivas en

<sup>3</sup> Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal I*, 8a. ed., Porrúa, México, 1971, p. 54.

tiempos más remotos. Por lo general se señala a la *venganza* como el aspecto que revestía la función punitiva cuando todavía el poder político no se concebía como tal, ni mucho menos poseía la fuerza necesaria dentro de los grupos humanos para imponerse a los particulares. Más aún, no toda venganza puede considerarse como antecedente de la represión penal moderna; sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual la actividad vengadora que tenía el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material o el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercerla.

En un principio la función represiva —esto es, la venganza— estaba en manos de las víctimas, ya que las formas de organización y protección adecuada fueron producto de una evolución natural del hombre que paulatinamente dio origen a formas de organización social más acabadas. Por ello cada persona en lo individual, e incluso cada familia o cada grupo, se protege y se hace justicia por su propia mano: se venga. Si pensamos en que todo animal ofendido tiende por instinto a reaccionar, es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza.<sup>4</sup>

En tiempos primitivos, el hombre regía su conducta vinculada la retribución a la magia y a la psicología colectiva del clan, que constituía su cosmovisión del alma. Jiménez de Asúa sostiene que del pensamiento mágico y contradictorio “tótem y tabú” van a derivarse toda clase de formas retributivas.<sup>5</sup> “Para nosotros presenta el tabú dos significaciones opuestas: la de lo sagrado o consagrado y la de lo inquietante, peligroso, prohibido o impuro.” “El concepto de tabú entraña, pues, una idea de reserva y, en efecto, el tabú se manifiesta esencialmente en prohibiciones y restricciones.”<sup>6</sup> Un ejemplo claro de este aspecto lo constituye el “hechizo” con el que se pretende ejecutar un acto para que se produzca un resultado que se desea, como pintar el animal que se desea cazar; y el aspecto negativo del tabú que implica un cúmulo de desgracias si se realiza la cosa prohibida. Aquella serie de prohibiciones, tabú,<sup>7</sup> tiene un origen mágico y religioso.

<sup>4</sup> Vid. Makarewicz, citado por Fernando M. Castellanos Tena, *Lineamientos...*, op. cit., p. 32.

<sup>5</sup> Luis Jiménez de Asúa, citado por Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, p. 253.

<sup>6</sup> Sigmund Freud, *Totem y tabú*, trad. de José Luis López-Ballesteros y de Torres, Alianza Editorial, Madrid, 1972, p. 29.

<sup>7</sup> *Idem*.



La pena que recaía a la desobediencia de tales prohibiciones constituía la reiteración del poder protector de los dioses. Los castigos —en aquella época— evolucionan en sus formas de aplicación. Northcote W. Thomas señala que en un primer momento el tabú se venga de sí mismo, es decir, el castigo por su violación quedaba abandonado a una fuerza interior que habría de actuar de modo automático. Después, la reconstrucción de seres superiores demoniacos o divinos supuso que el poder de tales seres superiores desencadenaba automáticamente el castigo del culpable. Tal vez a consecuencia de un desarrollo ulterior, continúa señalando el autor, la sociedad tomó a su cargo el castigo del atrevido, cuya falta traía peligro sobre sus semejantes.<sup>8</sup>

Así, el temor al tabú se produce porque las ofensas a los dioses se pagan en este mundo, es decir, la retribución es actual y no en el otro mundo, lo que permitirá en una evolución posterior que el tabú religioso y mágico se extienda tanto que lo divino se mezcle con lo profano y lo terrenal: el sacerdote será, además, juez.

No se puede dejar de observar que las reacciones, aun de la propia víctima o de los incipientes colectivos sociales, fuesen excesivas y por ende también victimizantes, aun por el tabú violado que exige la expiación. Una vez conformadas las primeras formas organizadas de convivencia, es obvio que la reacción contra el autor del hecho fue colectiva, pues con el tabú violado se habían quebrantado las normas de convivencia social. Uno de los castigos más antiguos a imponer fue la lapidación. Si dicha expiación no se daba, los dioses podían irrumpir con sus calamidades en el seno social, por lo que era necesario purificar el ambiente de los dañosos males que el autor y su hecho habían dejado con su acto.

La venganza es inmemorial, ya sea como simples impulsos instintivos de defensa y de venganza por la propia víctima, sus familiares o colectiva, lo cual sucedía más a menudo. Nadie ponía en tela de juicio la venganza ante un hecho violatorio. La justicia quedaba así en manos de la víctima o las víctimas, que con su reacción producían una nueva lesión, generalmente mayor a la inferida por el agresor, ya que tampoco se tomaban elementos valorativos de naturaleza y extensión del daño sufrido. No había relación de magnitud. La venganza estaba justificada, pero no importaba su adecuación, y por tanto su exceso; independientemente de que la víctima, haciendo uso de su sentido de justicia, pudiera ofrecer su indulgencia. Ésa era por entonces la *jerarquía* de la víctima.

<sup>8</sup> Northcote W. Thomas, citado por Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 254.

Así, la venganza dio origen a graves males. Reacciones en cadena ante los nuevos hechos entre grupos, por concretar una nueva venganza, en la medida que fuera posible, pues los vengadores, al ejercitar su derecho, no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor y a su familia todo el mal que pudieran, precisamente, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada. De ahí que no sería raro afirmar que una guerra desencadenada tuviera su origen en una serie de venganzas interminables debidas sólo a una primera ofensa.

Surgieron entonces formas organizadas para evitar aquellos excesos que causarían males mucho mayores a los recibidos. Hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima.

## LAS LIMITANTES DE LA VENGANZA

### *La ley del talión*

Con las leyes del talión, establecidas en códigos como el de Hammurabi, Manú en la India, en la ley de las XII Tablas, en el Zend-Avesta persa, entre otros, se establecen ya las primeras limitantes de la venganza, en principio porque se intenta poner fin a la desproporción entre el daño inferido y la respuesta de la víctima; pero sobre todo porque se establecen las bases de lo que vendría a derivar en el poder político de los nacientes estados.

El sistema talional que supone la existencia de un poder moderado, implica ya un desarrollo considerable.<sup>9</sup> Su fórmula fue: “Ojo por ojo, diente por diente”. Se trata de restaurar el daño inferido arreglando aritméticamente la situación ante la ofensa. Así, la gravedad de la lesión jurídica infligida se compara exactamente con la pena a aplicar, y deja de ser la víctima o su familia quienes determinan la extensión de la lesión y aquella que corresponde infligir.

Se desliga así a la víctima y a los suyos del manejo y ejecución del castigo, traspasando dicha facultad a un juez imparcial, exento de prejuicios, quien —sometiendo los hechos a prueba— resolverá el conflicto.

<sup>9</sup> Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino I*, p. 55, citado por Fernando M. Castellanos Tena, *Lineamientos...*, op. cit., p. 17.

La ecuación, ya conocida en tiempos de los sumerios, proporcionaba la medida de la venganza con la injuria inferida; sin embargo, no todas las codificaciones se atuvieron siempre a la proporcionalidad estricta que por lo común se le atribuye. Generalmente, además del delito cometido, se tenía muy presente la categoría de la víctima y del victimario. Así, por ejemplo, si un noble destruía el ojo a otro noble, su propio ojo debía ser destruido también; si le rompía un hueso, a su turno la víctima le rompía otro. Pero si la víctima no era un noble, el castigo entonces era una multa. Esto es comprensible si se recuerda que la igualdad entre los hombres y ante la ley es producto de la modernidad.

Si se observa la fórmula del talión desde esta perspectiva, no puede considerársele —como se sostiene— un sistema perverso y cruel, sino como un sistema notablemente innovador y humano, pues ponía punto final a guerras de familias o tribus. Además, se puso un límite a la reacción de la víctima, dando a un juez la potestad para proceder objetivamente y evitándose interminables victimizaciones.

Enfocado de esta forma el principio taliónico pierde su aparente y feroz insensibilidad y se transforma en una medida que, amén de restringir el ilimitado derecho a la venganza que tenía la víctima, inyecta un concepto de ecuanimidad no existente hasta entonces. Éste es el verdadero significado del talión, lo que explica su éxito y rápida propagación en las legislaciones del mundo entero.<sup>10</sup>

A la limitación talionaria siguió el sistema de composiciones, según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho a la venganza.

### *La composición*

Con el transcurso del tiempo apareció otra limitación a la venganza, la composición, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y de los suyos, mediante el pago de una cantidad, el derecho a la venganza.

Así, debido a que se advierte que la reacción violentísima de la víctima no conduce a ninguna relación propicia y no tiene mayor sentido, y a que en la composición monetaria que deberá pagar el ofensor se encuentra una aceptable fórmula de resarcimiento, la vio-

<sup>10</sup> Véase Drapkin, citado por Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 258.

lenta reacción que generalmente terminaba con el sanguinario aniquilamiento del ofensor, primero, y el infligir un daño similar después, se va amortiguando y la víctima asume otro papel. Ahora la elección de la cantidad le corresponde a la víctima: la venganza por el daño sufrido debe sufrirla el agresor (ojo por ojo) o merece indulgencia por medio del otorgamiento de una suma de dinero que el agredido estipula.<sup>11</sup>

La cultura maya del México prehispánico previó la composición respecto de delitos como el homicidio culposo, muerte no procurada por el cónyuge, daño en propiedad ajena e incendio por imprudencia, que se daba a través de los bienes propios del ofensor o en su caso de su mujer u otros familiares.<sup>12</sup>

En las legislaciones españolas, las atrocidades de las penas tenían como finalidad lograr la compensación. Pero es siempre la víctima y su familia quienes tienen el poder discrecional y efectivo en el ejercicio del derecho a la venganza. Las sumas a percibir y las formas de su distribución estaban sujetas a una especie de tablas o tarifas. Después la compensación quedó en manos de los jueces, quienes manejaban las tablas, dejándose así las transacciones privadas de lado, pasando al texto de la ley y confiando su manejo a la autoridad de los jueces.

Dependiendo de la calidad del occiso y su grado de parentesco, la compensación revestía varias formas. Así, por ejemplo, la compensación por un hombre muerto era mucho mayor a la de una mujer; la de un joven, mayor a la de un sujeto de avanzada edad; la de una persona sana, mayor a la de un enfermo. Y por el parentesco, el pariente político cobraba más que el que no lo era. En un principio, en el sistema de compensaciones la mujer no tenía derecho a cobrar, pues se le consideraba incapaz de ejercitar la venganza familiar. Luego se le otorgó derecho en caso de que faltaran herederos varones.

Cabe destacar la importancia que se asignaba a la víctima desde la Antigüedad hasta bien entrado el medievo. Era titular, por así decirlo, de la acción y la justicia que ejercía sin miramientos. Era debidamente compensada por el daño irrogado, pudiendo al principio fijar su monto. Después quedará sepultada durante mucho tiempo en el más completo de los olvidos, hasta el advenimiento de la Victimología.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Las Leyes de las XII Tablas mantienen el principio taliónico, pero estipulan: "a no ser que la víctima lo determine de otra manera de acuerdo con el malhechor".

<sup>12</sup> Jorge Ojeda Velázquez, *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Trillas, México, 1993, p. 21.

<sup>13</sup> Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 261.

Las formas de venganza también tuvieron otras legitimantes. Se alude a cierta etapa de la historia de la justicia represiva donde predomina la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, pero es más notoria en el judío. Parece natural que al revestir los pueblos las características de organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge este periodo de *la venganza divina*: se estima al delito como una de las causas del descontento de los dioses, por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.

Es indiscutible el hecho de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron a tal conducta la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosa mediara muy corto intervalo.<sup>14</sup>

### *La venganza pública*

A medida que los Estados adquieren mayor solidez, se empieza a hacer la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, y para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles.

Así, la represión penal aspira a mantener, a toda costa, la tranquilidad pública, fin que intenta conseguir mediante el terror y la intimidación que causa la frecuente ejecución de las penas. Ésta es la etapa donde aparecen las leyes más severas y crueles, en que se castiga con la mayor dureza no sólo crímenes más graves, sino los hechos hoy indiferentes, como los delitos de magia y hechicería, que se juzgan por tribunales especiales con el rigor más inhumano. Estas persecuciones constituyen uno de los episodios más sangrientos del Derecho Penal europeo durante los siglos xv al xviii.

<sup>14</sup> Ignacio Villalobos, *Derecho Penal mexicano*, op. cit., p. 24.

Para luchar contra la criminalidad desbordante en aquellos tiempos, el poder social no vaciló en aplicar las penas más crueles, la muerte acompañada de formas de agravación espeluznantes, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación.<sup>15</sup>

La pena para algunos delitos transcendía a los descendientes del reo, y durante cierto número de generaciones formaban éstos una casta aparte, desprovista casi de derechos. Ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba; se desenterraban los cadáveres y se les procesaba. Reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos sólo una caricatura de la justicia. Por último, dominaba la más completa arbitrariedad; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas por la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, por lo cual abusaron en exceso de estos poderes, ya que no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de déspotas y tiranos dueños de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el Derecho Penal europeo hasta vísperas del siglo xix.

En este periodo —puntualiza Carrancá y Trujillo—, la humanidad agudizó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento. Nacieron los calabozos, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos; la jaula de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el “pilori”, rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas.<sup>16</sup>

Poco a poco se estructuraron los sistemas penales, y un movimiento humanizador de las penas arraigó los principios democráticos y

<sup>15</sup> Horripilantes ejemplos de estos bárbaros suplicios fueron la ejecución de Juan de Cañames, que intentó asesinar a Fernando *el Católico* en Barcelona, en 1542. Cita-do por Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal I*, op. cit., p. 56.

<sup>16</sup> Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal mexicano*, t. I, 4a. ed., Porrúa, México, 1955, p. 60.

de derechos humanos que conformaron lo que hoy es el sistema penal propio de la modernidad.

Son los postulados de Rousseau los que de manera categórica sirven de fundamento a la nueva forma de organización, la que se sustenta en el contrato social: en el estado natural los hombres gozan de libertad e igualdad, que se pierde por el contrato social, pero ello les hace ganar su libertad civil y la propiedad de todo lo que poseen.<sup>17</sup>

En efecto, es la necesidad de una convivencia organizada la que da origen al Estado derivado, un Estado secundario que consagra los derechos naturales del hombre con la única limitante del respeto a los derechos de terceros; y todo con una primordial finalidad: posibilitar la convivencia social. Es así como la fórmula de la modernidad debe hacer posible la convivencia humana, además de crear las condiciones para que cada quien alcance sus expectativas de vida. Para que tales objetivos se cumplan, el Estado cuenta con su principal instrumento que es el Derecho, dentro del que las normas penales se evidencian como aquellas en que la fuerza estatal en pro de la preservación del propio Derecho es por demás manifiesta.

Así, el Derecho Penal en la modernidad surge al amparo de estos postulados, y con la misma finalidad propia del Derecho en sí; esto es, hacer posible la convivencia social. El Derecho Penal moderno se erige entonces para preservar la estabilidad social, por ello se alude al Derecho Penal en sus orígenes como un Derecho de defensa social.

He aquí una primera conclusión: el Derecho Penal de la modernidad no fue estructurado para proteger a las víctimas, sino para proteger a la sociedad organizada al amparo del Estado moderno, y lo hace evitando la venganza de la víctima y depositando tal facultad en el propio Estado, posibilitando así la estabilidad de la sociedad organizada.

Es por ello que el Derecho Penal en la modernidad se estructura para tutelar bienes jurídicos —que no son otra cosa que aquellos derechos humanos en cuyo consenso se ha inferido que un ser humano puede desarrollarse plenamente— en pro de la organización social y no del propio titular de aquel derecho. Delincuente es, en los inicios del Estado moderno, aquel que atenta contra el contrato social.<sup>18</sup>

Con la influencia de la filosofía contractualista de Rousseau, los postulados de César Bonesana, Marqués de Beccaria, sin duda mar-

<sup>17</sup> J. J. Rousseau, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1996, pp. 21 y ss.

<sup>18</sup> Juan Bustos Ramírez et al., *El pensamiento criminológico. I. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, 1983, p. 27.

can la pauta de las tendencias del Derecho Penal, postulándose por un Derecho Penal más humanitario en que las prácticas del Antiguo Régimen quedasen de lado.

La base del pensamiento de Beccaria se sustenta en principios eje como el utilitarista, por el que la medida de la pena debe ser el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica, y el de legalidad, al negar la justicia de gabinete propia de sistemas inquisitivos y las prácticas de tortura, así como la idea de salvaguardar los derechos del inculcado por medio de la actuación de un juez obediente a la ley y no al ejecutivo.

El devenir histórico del Estado moderno, y por ende de su Derecho Penal, iría reafirmando e incrementando aquellos postulados iniciales, pero también arrastrando sus propios vicios.



## II. LA VÍCTIMA

### EL CONCEPTO DE VÍCTIMA

EN TORNO al concepto de víctima también es difícil unificar criterios. Pero no es posible hacer ciencia si no se precisa el objeto de estudio.

Al igual que cuando tratamos el problema del concepto de Victimología, ahora analizaremos algunas definiciones de víctimas realizadas por victimólogos, que nos proporcionen un panorama claro de dicho concepto.

La etimología de la palabra “víctima” proviene del latín *victima* y con ello se refiere a la “persona o animal sacrificado o que se destina al sacrificio”.<sup>1</sup> Notemos cómo dicha concepción hace referencia al sacrificio, aunque ahora tenga un significado más amplio.

Como la víctima era sacrificada al retorno de la victoria, basan su significado en la palabra *vincere*, que significa atar.

Es indudable que, a pesar de su significado etimológico, el concepto de víctima ha evolucionado considerablemente, desde aquel que podía vengarse libremente, el que tenía como límites las leyes del talión, hasta llegar a conceptos como el de sujeto pasivo, víctima participante, etcétera.

Actualmente, en diversos diccionarios de la lengua española, podemos encontrar significaciones como: “el que sufre por culpa de otro”; “el que padece por acciones destructivas o dañosas”; “persona que es engañada o defraudada”; “sujeto pasivo de un ilícito penal”; “el que padece un daño por causa fortuita”; “persona sacrificada a los intereses o pasiones de otro”.

Como podemos ver, las acepciones de este vocablo son múltiples y variadas. Una concepción general, más completa, es la que señala el diccionario jurídico Omeba: “Es la persona que sufre un daño por culpa ajena o por caso fortuito, entendiéndose por daño, el detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio, que de cualquier modo se provoca”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskil, Argentina, 1989.

<sup>2</sup> AA.VV., *op. cit.*, vol. XI.

Es en este sentido que el concepto de víctima ha sido adoptado por buena parte de los victimólogos. Hay algunos como Mendelsohn que lo amplían al afirmar: “es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de sufrimiento, determinado por factores de origen muy diverso, físico, psíquico, económico, político o social, así como el ambiente natural o técnico”.<sup>3</sup>

Hentig agrega un elemento, cuando se refiere a personas que han sido lesionadas objetivamente en algunos de sus bienes y que experimentan subjetivamente el daño con malestar o dolor.

Una noción más restringida, puramente jurídica, es la que da Henry Pratt, quien señala que una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos. Así, víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal, o sufre en sí o en sus derechos las consecuencias nocivas de dicha acción.<sup>4</sup>

Las definiciones restringidas de corte jurídico toman en cuenta que el bien afectado está jurídicamente tutelado, es decir, tipificado en una ley penal, confundiendo o usando como sinónimos el concepto de víctima y el de sujeto pasivo del delito. Estas definiciones se basan sólo en el concepto criminal-víctima, que dista mucho de la realidad, pues olvidan que hay muchas probabilidades en el sentido de que lo injusto no es forzosamente lo ilegal.

Se es delincuente sólo por un camino: infringir una ley penal. Sin embargo, se puede devenir víctima por múltiples hipótesis. Mendelsohn, en *Victimología y tendencias*,<sup>5</sup> señala cinco diferentes posibilidades de convertirse en víctima: 1) por un criminal; 2) por sí mismo (deficiencias, impulso psíquico, etcétera); 3) por el comportamiento antisocial, individual o colectivo; 4) por la tecnología, y 5) por energía no controlada. A esta lista podríamos agregar *las víctimas del sistema penal*.

Neuman, en su *Victimología*, respecto a este punto, señala:

se es delincuente, cuando por un hacer u omitir se infringe la ley penal. Es la única oportunidad, por así decirlo, de figuración que alcanza. En cambio se puede llegar a la condición de víctima, en amplio sentido, por la actividad de ese delincuente cualquiera que sea la relación victimogenética; pero también por minusvalías de tipo físico y psíquico

<sup>3</sup> Véase Mendelsohn, citado por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudios de la víctima*, 3a. ed., Porrúa, México, 1996, p. 57.

<sup>4</sup> Henry Pratt Faechild, *Diccionario de Sociología*, FCE, México, 1980, p. 311.

<sup>5</sup> Citado por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., pp. 50 y 60.

o por propia decisión (caso del suicidio), sin implicancias exógenas; devenir víctima de la dureza de la ley procesal y penal y del poder abusivo que se ejerce desde el gobierno, por opresión colectiva e individual, por razones de raza, credo religioso o ideas políticas; sumergido social por razón de índole económica y estructural; por razones relacionadas a la tecnología, por ejemplo, en una represa nuclear. Y a todo eso habría que sumarle factores sociales, predisponentes de carácter endógeno (enfermedad, niñez, locura, minusvalía física, ancianidad, etcétera) y exógeno (condiciones meteorológicas: terremoto, rayos, lluvia).<sup>6</sup>

Así vemos cómo el vocablo víctima tiene diversos sentidos, desde aquel que tiene un sentido religioso, como ofrenda a la divinidad; el popular, de sufrimiento; el jurídico, que relaciona directamente criminal-víctima; hasta aquellos que le dan un enfoque más amplio, como lo es el de la perspectiva de los derechos humanos que son violados aun por la misma ley y por aquellos que deberían defender las instancias de justicia. Esta forma de victimización es muy clara y muy dramática, a la cual haremos alusión posteriormente.

Además de las precisiones que pudieran hacerse respecto de la connotación dada al vocablo víctima, es preciso diferenciar entre víctima y sujeto pasivo, los cuales suelen utilizarse como sinónimos. En realidad, en la mayoría de los casos, tales connotaciones suelen coincidir en un mismo sujeto, sin embargo no forzosamente tiene que ser así. Juan Bustos<sup>7</sup> establece el ejemplo del niño que lleva el reloj del papá a componer, sin embargo en el trayecto se lo roban; en cuyo caso estaríamos ante una víctima diferente del sujeto pasivo; esto es, la categoría de víctima recaería en el niño y la de sujeto pasivo en el papá quien es dueño del reloj. Nótese en el ejemplo que se cita que la calidad de víctima alude a quien sufre directamente el ataque, pero la calidad de sujeto pasivo recae en quien ve afectado su patrimonio.

Como lo analicé al estudiar el concepto de Victimología, también depende en mucho del paradigma científico, modelo e ideología desde el que se le estudie. Así, cada tendencia elabora su propia definición de víctima.

La Victimología conservadora adoptará una definición jurídica y por tanto restringida, en cambio la definición más amplia será propuesta por la Victimología de corte crítico.

<sup>6</sup> Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 1a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, p. 44.

<sup>7</sup> Juan Bustos y Elena Larrauri, *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, vol. III, PPU, Barcelona, 1993, pp. 17 y ss.

Independientemente de los objetivos dados al presente trabajo, me inclino por una definición amplia de lo que es víctima —como lo hice al hablar de lo que es Victimología—, que sirva para aclarar el objeto de estudio de dicha disciplina y su campo de estudio se amplíe hasta abarcar a toda clase de víctimas.

Pese a que el concepto de víctima puede ser muy subjetivo, la Victimología deberá centrar su atención en víctimas reales que merezcan y necesiten realmente atención científica, humana, etcétera. Pues si se atiende a la subjetividad del concepto, es decir, al sentimiento de cada uno de ser víctimas, entonces quizá todos resultaríamos víctimas por alguna u otra circunstancia, con la imposibilidad de ser atendidos por la Victimología. Dicho factor real deberá estar condicionado en la mayoría de los casos a condiciones objetivas de victimización.

SEGUNDA PARTE  
VICTIMOLOGÍA

### III. INTRODUCCIÓN SUMARIA A LA VICTIMOLOGÍA

#### ANTECEDENTES

HABLAR DE víctimas en Victimología tanto como definir esta última en calidad de disciplina del conocimiento resulta ser más complicado de lo que pudiera parecer. En principio, abordar el vocablo “víctima” puede ser tan absurdamente subjetivo que cualquier definición que se ofrezca corre el riesgo de ser insuficiente.

Por ello resulta limitativo —y poco serio— esbozar el concepto de alguno de los vocablos en cita, o de ambos, si no se complementa con una explicación de los factores que influyen en su concepción misma. Así, la definición podría variar según la inclinación filosófica —o sociológica— de quien la emita. Dependerá quizá del cómo ésta —en el caso del vocablo víctima, por ejemplo— sea definida por la Constitución misma o por las leyes penales, y no sólo en nuestro país sino en cualquiera que consagre algún tipo de derecho o de “responsabilidad” para las víctimas; o incluso en los instrumentos internacionales.<sup>1</sup> Podría depender, asimismo, de la manera en que, desde el sector público o el privado, se estructure algún o algunos mecanismos de apoyo o asistencia.

Para el caso del vocablo Victimología, coinciden la mayoría de los autores que abordan la temática, que ésta ineludiblemente depende de la mayor o menor autonomía que el autor conceda a la disciplina; desde quienes la conciben como una ciencia autónoma hasta quienes la colocan sólo como una parte de la Criminología.<sup>2</sup>

Para ambos casos, se exige un recuento histórico y una explicación, incluso epistemológica, que dé luz y comprensión a las diversas

<sup>1</sup> De entre los que destaca la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas de los delitos y relativos a las víctimas por abuso de poder”, del Víctima Symposium Internacional de Victimología, celebrado en Zagreb, 1985.

<sup>2</sup> En este sentido Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, 3a. ed., Porrúa, México, 1996; José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, *Victimología*, 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998.

acepciones esbozadas y a la justificación de los mecanismos de protección históricamente estructurados desde siempre y hasta ahora; que muestren en suma el papel de la víctima ante el sistema penal.

Para poder definir a la víctima es indispensable la forma en que la Victimología es definida; es decir, hay una relación directa de dependencia, si se quiere, entre ambos conceptos; sin embargo, no se puede arribar al estudio del concepto víctima sin antes analizar qué se entiende —o se ha entendido— por victimología. Rodríguez Manzanera insiste en su *Victimología* que “el concepto que se tenga de Victimología depende en mucho de la definición que se maneje de víctima”.<sup>3</sup>

Los estudios victimológicos tienen como primer argumento sin duda aquel que evidencia el notable desinterés que las Ciencias Penales y sus estudiosos han mostrado por la víctima del delito. Ello se enfatiza, a decir de los victimólogos progresistas,<sup>4</sup> con la notable, poca o nula preocupación del Estado como organismo mediato y sus “representantes” —autoridades, funcionarios de gobierno, servidores públicos, etcétera— por las víctimas no sólo de los delitos sino de cualquier forma de devenir tal, diferente a ésta. Hay que ver la poca atención que se dedica a la víctima en las obras de dogmática penal, Criminología y ciencias que le convergen, dice Neuman en su *Victimología*: “Nada más hay que abordar la temática de los últimos setenta años en jornadas, congresos, cursos y simposios, nacionales e internacionales, para advertir que la víctima no interesa”.<sup>5</sup> Beristáin afirma: “la víctima es un convidado de piedra del proceso penal”.<sup>6</sup> Pero, ¿cuáles pueden ser las causas de este evidente olvido?

Los liberales clásicos enfatizan al delito como una construcción, como concepto jurídico; es decir, un ente abstracto plasmado en un código mediante una ley penal. Ésta, según su percepción, recogía los más altos valores sociales y los protegía. Delincuente es aquí —para los clásicos del liberalismo— quien, en ejercicio de su libertad de decisión, de su libre albedrío, transgredía la norma penal y con ello el consenso acordado bajo la fórmula de un contrato.<sup>7</sup> El delito se entendía

<sup>3</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., n. 3, p. 55.

<sup>4</sup> El mote de “progresistas” obedece a la concepción victimológica que involucra a muchas más víctimas que las provenientes del delito.

<sup>5</sup> Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 1a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, p. 44.

<sup>6</sup> Antonio Beristáin, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 230.

<sup>7</sup> Juan Bustos Ramírez et al., *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, 1983, p. 27.

entonces como violación del derecho y de aquel pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base del Estado.<sup>8</sup> Pero, ¿quién es la víctima? Los penalistas clásicos esbozan en sus obras un notable interés por el delincuente: se postulan por la humanización de las penas, su utilidad y la legalidad de su aplicación. Se sitúan como instancia crítica frente a la práctica penal y penitenciaria del antiguo régimen. Rodríguez Manzanera resalta aquella frase de que la Escuela Clásica le dijo al hombre: “observa al derecho”, en tanto que, en contraste, la Escuela Positiva le dijo al derecho: “observa al hombre”.<sup>9</sup> Si se es muy estricto, Beccaria y los penalistas clásicos veían en las prácticas “penales” premodernas una forma clara de victimización del delincuente; luego entonces su preocupación fundamental es el delincuente. Fue, sin duda alguna, para los fundadores del positivismo criminológico —en la conocida Escuela Positiva del Derecho Penal— donde el interés por el delincuente se exacerbó en forma tal que las más radicales —por no decir ridículas— afirmaciones respecto de las causas de la delincuencia fueron esbozadas. Los positivistas sumergieron —como se estudiará más adelante— a un rígido determinismo la explicación de la criminalidad. Si la filosofía racionalista de la Escuela Clásica había conducido a un sistema de Derecho Penal en el que el delito era considerado propiamente jurídico, la argumentación positivista en cambio partía, a fines del siglo pasado con las obras de Lombroso, Ferri y Garófalo, de una nueva manera de considerar al delito donde se afirma la exigencia de una comprensión del mismo que se dirija a encontrar todo el complejo de las causas en la totalidad biológica y psicológica del individuo y en la totalidad social en la que su vida se inserta. Estamos frente al paradigma etiológico de la criminalidad;<sup>10</sup> el delincuente es el protagonista indiscutible del hecho criminal; el delincuente es, para entonces, el único que interesa.

Ya en la Escuela Clásica del Derecho Penal o bien en la Positiva la víctima parece no importar<sup>11</sup> y con ello pasaron varias décadas

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., n. 3, p. 3.

<sup>10</sup> Argumentos que constituyeron una reacción contra las hipótesis racionalistas de las entidades abstractas de la filosofía de la Escuela Clásica y que ahora perdían su consistencia frente a una visión filosófica basada en el concepto naturalista de totalidad. En este sentido se recomienda la lectura de la obra de Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 3a. ed. del original *Criminología*, Florencia, 1980, Siglo XXI, México, 1992.

<sup>11</sup> Sin desconocer, claro está, las alusiones seguramente realizadas a la víctima,



de la modernidad. En el Derecho Penal más que el fin material de protección de bienes jurídicos, lo esencial parecía ser el castigo del delincuente en lugar de la reparación del mal causado a la víctima.<sup>12</sup> En la estructura del Estado moderno no interesó —históricamente así sucedió— la víctima, hasta el advenimiento de las ideas victimológicas a mediados del siglo xx. Al delincuente se le estudia, clasifica, protege e incluso intenta readaptar, reinsertar socialmente; se pretendió desde entonces mitigar y humanizar la sanción penal. La ciencia penal y criminológica al servicio del delincuente.

Empero, ¿qué otras causas existen —porque las debe haber y muy profundas— de este notorio olvido o despreocupación por las víctimas? Esbozaremos algunas. Rodríguez Manzanera<sup>13</sup> destaca que probablemente es la atracción que de por sí el delincuente ejerce sobre el hombre, no así la víctima; y argumenta: “Todos nos identificamos con el criminal, pero nadie quiere ser víctima [...] en cierto aspecto el criminal es alguien que se atreve a hacer algo que el no criminal no osaría realizar”, y argumenta “que el criminal es un sujeto sin inhibiciones; cuando desea hacer algo lo realiza, sin importarle la norma, la sociedad o la víctima. La atracción es evidente por el sinfín de novelas policiacas, libros y series de televisión con esta temática”.

Lo argumentado por nuestro autor se hace evidente cuando observamos que la noticia que “vende” es la que alarma, la dramática, la que hace que el ciudadano se altere, la que lleva una fuerte dosis de morbo.

Indudablemente, otra de las causas es el poco interés mostrado por el Estado ante las víctimas. Observamos una falta de atención casi natural, por la problemática de la víctima. El Estado, al parecer, no quiere asumir por completo la responsabilidad de la atención a las víctimas, las indemnizaciones a las víctimas de hechos delictivos, la estructuración de programas de ayuda y tratamiento, alcanzar un mejor entendimiento del fenómeno criminal a través del conocimiento mismo de la víctima y de la consecuente implementación de políticas en materia criminal en prevención del delito. Vemos ahora intentos tímidos, antes, prácticamente ninguno.

Pero la razón más clara es el hecho de que los principios del Derecho Penal de la modernidad y sus instituciones no fueron instru-

hechas en los esbozos criminológicos.

<sup>12</sup> Juan Bustos y Elena Larrauri, *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, vol. III, PPU, Barcelona, 1993, pp. 77 y 78.

<sup>13</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., pp. 4 y ss.

mentados precisamente pensando en las víctimas. Esto es, el Derecho Penal moderno no fue construido pensando en las víctimas.

La situación se agrava por el hecho de que para asumir una postura preocupada por las víctimas, el Estado tendría que empezar por reconocer —y evidenciar— la notoria falta de respeto a los derechos humanos de las víctimas y el insoportable margen de impunidad existente por la inoperancia del sistema penal.

Pero, ¿por qué destinar ciencia y técnica al estudio del delincuente y no al de la víctima, cuando la posibilidad de devenir tal es mucho mayor que la de ser delincuente? Delincuente es quien la ley dice que es; esto es, quien atenta contra la norma penal. Sin embargo, se puede devenir víctima no sólo por la actividad del delincuente. Atinadamente José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell<sup>14</sup> en su obra señalan, entre otras cosas, cómo se puede llegar a la situación de víctima, en sentido amplio, por la actividad delictiva cualquiera que sea la interrelación criminogenética; por minusvalías de tipo físico y psíquico o por propia decisión sin implicancias exógenas; por la dureza de la ley procesal y penal, del poder abusivo que se ejerce desde el gobierno, por opresión colectiva e individual, por razones de raza, credo religioso o ideas políticas; sumergido social por razones de naturaleza económica y estructural de la sociedad; por razones relacionadas con la tecnología, etcétera.

Los argumentos esbozados como posibles causas del desinterés por la víctima fueron también el punto de partida de la Victimología. Si se quiere contestar a la pregunta de por qué surge la Victimología como disciplina del conocimiento, habrá que buscar en las causas mencionadas el motivo principal.

#### EL PENSAMIENTO VICTIMOLÓGICO. PRECURSORES Y PRIMEROS ESTUDIOS

Es precisamente la preocupación por el acercamiento a las víctimas de los delitos que el pensamiento victimológico empieza a tomar fuerza. Paradójicamente, la primera sorpresa es ese interés por la atención a las víctimas después de haber permanecido éstas tanto tiempo en el olvido.

Si bien la Victimología tenía ya una historia, fue en la década de los años ochenta cuando, con especial ímpetu, resurgen los estudios

<sup>14</sup> José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, *Victimología*, op. cit., pp. 17 y 18.

victimológicos: se verificó un incremento en los sondeos de victimización, en los estudios en torno a los efectos del delito, de las necesidades de las víctimas y de los servicios asistenciales que a éstas se presta. A nivel intelectual, la investigación académica se ha visto incrementada por el surgimiento de grupos dedicados a prestar ayuda y promover los derechos de las víctimas —sobre todo de violación— que han contribuido en la toma de conciencia de que existen grupos vulnerables, por no hablar de los grupos feministas de apoyo a mujeres víctimas.

Muchos y muy variados han sido los trabajos elaborados sobre victimología desde el surgimiento de la disciplina, por lo que pretender abordar toda la teoría así como las opiniones vertidas al respecto, sería irresponsable y en cierta medida imposible. Nuestra intención es presentar un panorama general que nos introduzca en la materia que nos ocupa y nos permita formar un criterio propio de esta problemática; por ello, me abocaré a estudiar las aportaciones que, basadas en un criterio amplio, han sido y son importantes, especialmente a lo largo de estas últimas décadas, respecto a la Victimología.

Los primeros intentos de acercamiento a las víctimas se realizaron en la década de los cuarenta, en el periodo de la posguerra, lo que supondría un acercamiento científico a las víctimas, particularmente a las que devienen a esa situación por la comisión de un delito. Sin embargo, lo cierto es que desde siempre ha habido preocupación “legislativa” y académica, aunque muy generalizada, por las víctimas de los delitos. Prueba de ello son sin duda los mecanismos de composición implementados a propósito de las leyes del talión. Lombroso y Ferri se ocuparon asimismo de encontrar las causas del delito en las características psicobiológicas del delincuente, pero en más de una ocasión abordaron el tema de la víctima, sobre todo al referirse a los mecanismos de reparación del daño.

En conclusión, si bien el término Victimología es relativamente novedoso, su objeto de estudio no lo es tanto; de hecho es tan antiguo como antigua es la historia del crimen.<sup>15</sup> Lo cierto es que con el advenimiento de la Victimología, penalistas y criminólogos empiezan a enriquecer su estudio, enfocándolo hacia un nuevo ámbito, el victimológico, intentando observar —en palabras de Neuman— la

<sup>15</sup> Véase Stanciu, citado por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, *op. cit.*, p. 6: “hay que evitar el error de creer que nosotros somos los primeros en estudiar la victimología. Si el término Victimología es nuevo, el objeto es antiguo”.

maraña delictiva desde la óptica y perspectiva de la víctima, siempre en relación con el victimario.<sup>16</sup>

Pero, ¿quién acuñó el término *Victimología*? Existe al parecer cierta controversia al hablar de quién debe ser reconocido como el “padre” o “fundador” de la Victimología. Lucía Zedner<sup>17</sup> atribuye el origen de la expresión *Victimología* al estadounidense Frederick Wertham, quien se postulaba a favor de una ciencia victimológica que estudiase la sociología de la víctima. Wertham, en *The Show of Violence*, advirtió sobre la carencia de estudios, de ayuda y protección a la víctima; y es conocido principalmente por su estudio *Leyenda oscura, psicología de un crimen*,<sup>18</sup> en el que analiza un homicidio realizado por un adolescente en la estructura familiar. Sin embargo, la mayoría de autores coincide en atribuir tal calidad a Benjamin Mendelsohn,<sup>19</sup> quien el 29 de marzo de 1947, en una conferencia celebrada por la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest, Rumania, habló públicamente, por primera vez, sobre “Victimología”. En 1940, no obstante, había publicado ya sus estudios sobre violación; y en 1946, *New Bio-Psychosocial Horizons: Victimology*,<sup>20</sup> Mendelsohn también publica en 1956 *La Victimologie*, una de sus obras más conocidas, reproducida posteriormente en las principales revistas del mundo. Otros autores otorgan tal crédito a Hans von Hentig quien, sin lugar a dudas, también debe ser considerado como uno de los precursores de la nueva disciplina, por su obra publicada en 1948 por la Universidad de Yale, *The Criminal and his Victim*, la que se convierte, a decir de muchos, en el texto precursor del desarrollo de los subsecuentes estudios victimológicos. Luego, en su obra *El delito*, Hentig amplió sus conceptos al estudiar diversas situaciones del fenómeno victimal y, como Mendelsohn, esboza una tipología.

Las primeras proposiciones victimológicas enfocaban sus esfuerzos directamente a la búsqueda de factores y actitudes victimales que pudieran adjudicar una cierta responsabilidad<sup>21</sup> de la víctima en la génesis del delito. Pretenden insertar así a la víctima en la activi-

<sup>16</sup> Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 22.

<sup>17</sup> Lucía Zedner, “Víctimas”, en Mike Maguire, Rod Morgan y Robert Reiner (coords.), *Manual de Criminología*, trad. de Arturo Aparicio Vázquez, vol. 4, Oxford, cap. 15, p. 671 (Grandes Clásicos del Derecho), 1966.

<sup>18</sup> Frederick Wertham, *Leyenda oscura, psicología de un crimen*, Paidós, Buenos Aires, 1956, del original *Dark legend. A study in murder*.

<sup>19</sup> Coinciden en tal postura Rodríguez Manzanera y Neuman, entre otros.

<sup>20</sup> Citado por Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 29.

<sup>21</sup> El concepto victimodogmático de “autorresponsabilidad” es detalladamente abordado en la cuarta parte de este trabajo.

dad del delincuente y acabar con la percepción común de la “víctima inocente”, la que nada tuvo que ver en la génesis del delito y de su subsecuente victimización.

Lo anterior se evidencia cuando Mendelsohn habla de “la pareja penal”. El tratadista aborda el análisis del delito otorgando un cierto protagonismo a la víctima. Mendelsohn —en la pareja penal— aborda ejemplos como el de *la tentativa a su estudio o su instigación* en el que las responsabilidades del victimario y de su víctima son similares; o el de *la estafa* donde la relación puede comenzar siendo armónica, pero al final lo que interesa al delincuente es causar la desarmonía de la relación y destacar los papeles de victimario y víctima. Habla también de la pareja suicida, en la que, como en los casos anteriores, habrá que determinar al final quién fue el instigador y quién el instigado, es decir, quién manifestó primero ese interés por morir.

Finalmente, Mendelsohn es quien realiza la primera tipología de las víctimas donde sugiere una especie de penalidad *a priori*, pues argumenta que la víctima puede ser tan culpable como el actor del hecho punible y establece un sistema gráfico como base para determinar la sanción —pena—.

Hans von Hentig, en *The Criminal and his Victim*, realiza una clasificación de las víctimas sumamente amplia, tomando como punto decisivo, para la acción del delincuente, la debilidad de cierto tipo de gente para devenir víctimas. Así, señala que “el individuo débil en el reino animal y entre hombres es aquel que posiblemente será la víctima de un ataque”.<sup>22</sup> Según Von Hentig, la debilidad puede consistir en cuestiones físicas: por razón de la edad como sucede con los menores, ancianos y enfermos mentales, o por quienes pertenecen al sexo débil o simplemente son débiles de cuerpo; también habla de que la debilidad puede obedecer a una fuerza excesiva de impulsión vital, que entorpece los mecanismos ordinarios de precaución y prevención. Habla a su vez de víctimas deprimidas, adquisitivas, desenfrenadas y libertinas, solitarias, acongojadas, atormentadas, bloqueadas, luchadoras, etcétera. Siempre resaltando la relevancia adquirida por la figura de la víctima, integrándola activamente en el mecanismo de interacción con el delincuente.

En 1957, Von Hentig publica su obra *La estafa*, donde inserta —nuevamente— al sujeto pasivo en la conducta de su victimario, como capaz de engendrar el delito o reforzar las apetencias del delincuente.

<sup>22</sup> Hans von Hentig, citado por Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 28.

Aquí Von Hentig divide a las víctimas en resistentes y cooperadoras. Sin embargo, al hablar del caso de alta traición, en que la víctima no es un ser humano sino la propia comunidad, va más allá de lo que fue el común denominador de los estudios victimológicos de aquella época, dejando entrever una visión más amplia en el campo de estudio de la que era entonces una incipiente disciplina penal.<sup>23</sup>

Otros estudios de la misma época y “corte” los constituyen los esbozados por Ellenberg, Marving Wolfgang y Luis Jiménez de Asúa. El primero, en su obra *Las relaciones psicológicas entre el criminal y su víctima*, publicada en 1954.<sup>24</sup> En ella, destaca la dualidad de factores, tanto objetivos (edad, sexo, condición social, profesión, etcétera) como subjetivos (aspectos psicológicos e incluso morales) en los que se puede caracterizar a las víctimas. Destaca como tales caracteres aquellos que, voluntaria o involuntariamente, influyen en el proceso de victimización. Wolfgang, en 1958, publica en la Universidad de Pensilvania, *Patterns in Criminal Homicide*.<sup>25</sup> En esta obra habla en específico del homicidio y destaca la importancia de la relación criminal-víctima, tan personalizada como en ningún otro tipo penal; se refiere especialmente a la víctima precipitante. En la víctima precipitante, como se verá en su tipología victimal, el crimen lo desencadena ésta, quien inicia y da lugar a la agresión. En la obra comentada, el autor, para reforzar su tesis, se refiere al estudio de 588 homicidios de los cuales el 26% fueron precipitados por la víctima. Jiménez de Asúa en su obra sobre Victimología<sup>26</sup> esboza una clasificación de las víctimas según la relación que ésta guarde con el autor: nos habla de víctima indiferente y víctima determinada.

Podemos citar además los trabajos de Paul Cornil,<sup>27</sup> *Contribution de la Victimologie aux Sciences Criminologiques*, quien aborda la relación de la Criminología y la Victimología; y de Stephen Schafer,<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Hans von Hentig, “La estafa”, en *Estudios de Psicología Criminal*, vol. III, Espasa-Calpe, Madrid, 1960, p. 25.

<sup>24</sup> Ellenberg, “Las relaciones psicológicas entre el criminal y su víctima”, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, citado por Hilda Marchiori en *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, México, 1998, p. 18.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> Luis Jiménez de Asúa, “La llamada Victimología”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología I*, Omeba, Buenos Aires, 1961.

<sup>27</sup> Paul Cornil, “Contribution de la Victimologie aux Sciences Criminologiques”, *Revue de Droit Penale et de Criminologie*, 1958.

<sup>28</sup> Stephen Schafer, *Restitution to Victims of Crime*, Stevens, Londres, 1960.



*Restitution to Victims of Crime*, quien describe aspectos sobre la personalidad de la víctima; y hace referencia a tipos victimales tales como la víctima sin relación con el criminal, víctima provocativa, precipitadora, biológica y socialmente débil, autovíctima y víctima política.

Finalmente, sin duda, Ezzat Fattah tiene un lugar especial como precursor de la Victimología.<sup>29</sup> Si bien sus estudios son posteriores, por su inclinación deben ser agrupados, como los anteriores, como de influencia positivista. En 1971, Fattah publica *La victime-est-elle-coupable*,<sup>30</sup> en el que realiza una amplia investigación sobre la víctima de homicidio con fines de robo; y estudia las predisposiciones victimológicas y la contribución de la víctima en la génesis del crimen. Distingue en sus observaciones la relación autor-víctima: de carácter personal (de parentesco, por amistad, íntimas, etcétera); de carácter impersonal (situacionales, compañeros de trabajo, vecinos, encuentros ocasionales, etcétera); y autor-víctima sin ningún tipo de relación.<sup>31</sup>

Si bien todos estos autores puntualizan el papel de la víctima y su posible “responsabilidad”, la idea como tal será preocupación sistemática —hasta nuestros días— de criminólogos y victimólogos al abordar su estudio. Ello evidencia —como más adelante lo explicaré— sin lugar a dudas la notable influencia del positivismo en la concepción victimológica.

Así, preocupados por la necesidad de conocer los matices de la relación víctima-delincuente y de evidenciar que no todas las víctimas son “inocentes”, se estudia, pues, la dinámica, modos y circunstancias del delito.

Para muchos, tal perspectiva conforma una primera etapa —así clasificada— del pensamiento victimológico; con razón o no, lo que sí es claro es que el mismo —pensamiento victimológico— siempre se ha visto influenciado, como la Criminología, por diversas corrientes de pensamiento filosófico e incluso sociológico. Ésa es la razón por la que definir a la Victimología resulta más complejo de lo que parece; esto es, las definiciones esbozadas hasta la fecha y su criterio

<sup>29</sup> En letras de Hilda Marchiori, *Criminología...*, op. cit., p. 24: por “los conceptos victimológicos y las investigaciones realizadas por Fattah, desde la víctima que sufre un robo hasta el amplio desarrollo de la relación autor-víctima y su consideración de la participación de la víctima, muestran, sin lugar a dudas, a uno de los más serios y profundos victimólogos”.

<sup>30</sup> Ezzat Fattah, *La victime-est-elle-coupable*, citado por Lucía Zedner, “Víctimas...”, op. cit., p. 671.

<sup>31</sup> *Idem*.

para establecer quiénes son víctimas, es decir, sus tipologías siempre estarán influenciadas por la tendencia ideológica de quien la propone y el modelo de sociedad al que se adhiera;<sup>32</sup> amén de la mayor o menor independencia científica que se le conceda.

Así, por ejemplo, la Victimología fue definida como tal —influenciada evidentemente por estas ideas— en el primer simposio sobre la materia celebrado en Jerusalén en 1973, “El estudio científico de las víctimas del delito”.<sup>33</sup> En el mismo se argumenta sobre la especial atención que debe dedicarse a los problemas de las víctimas del delito, interés primordial del simposio. Si bien este concepto se verá influido por otros mucho más amplios que aluden a víctimas no sólo de los delitos y que vislumbran la existencia de un número inimaginable de víctimas.

### DEFINICIÓN DE VICTIMOLOGÍA

Las definiciones vertidas sobre “Victimología” reúnen por sí mismas un conjunto de características que, además de la ideología o inclinación de su autor, para efectos didácticos se han clasificado en dos grandes categorías: las que atienden principalmente a un criterio de independencia (según le sea concedida autonomía científica); o, por lo contrario, puede considerarse sólo como una rama de la Criminología.

Para definir Victimología, como lo hemos explicado, es necesario atender a todos aquellos aspectos de orden intelectual que en su mayoría dan connotación distinta al significado; y todo parece desembocar en mayor o menor independencia científica que tiene como consecuencia lógica la mayor o menor amplitud concedida al saber victimológico.

No debe extrañar el desacuerdo intelectual respecto a la definición de *Victimología*; definición que se ve influenciada por el objeto mismo de la disciplina y, por ende, su campo de actuación.

El problema se agudiza desde el momento de la posible incursión de la Victimología en el conocido catálogo de las Ciencias Penales, lo que tendría como premisa el reconocimiento de su autonomía cientí-

<sup>32</sup> En este sentido recomiendo la lectura de un artículo propio, “Los paradigmas victimológicos”, *ALTER, Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, año 1, núm. 2, mayo-agosto de 1997, pp. 131-150.

<sup>33</sup> Definición del Primer Simposio sobre Victimología, Jerusalén, Israel, 1973.



fica. Sin embargo, difícilmente encontraremos algún especialista que afirme la autonomía científica de su disciplina, no así que se postula en su favor a corto, mediano o largo plazos.<sup>34</sup>

En atención a lo argumentado, diversos autores, cuando abordan la tarea de definir a la Victimología, esbozan una especie de clasificación en dos grandes rubros, divididos por quienes se postulan por la autonomía científica de la Victimología y quienes, por lo contrario, son partidarios de la dependencia de la misma respecto de una ciencia que le es afín: la Criminología.

Por un lado, el grupo de autores que se postula por la dependencia de la Victimología respecto de la Criminología lo constituyen, entre otros: Ezzat Fattah, Ellenberg, De Rivacoba, David Abrahamssen, J. A. Sainz Cantero, Günter Kaiser, Yamarellos y Kellens, Amelunxen, y Goldstein. Señalaremos brevemente sus definiciones y argumentos:

Fattah la define como “aquella rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen, y que designa el conjunto de conocimientos biológicos, psicológicos y criminológicos concernientes a la víctima”.<sup>35</sup>

Ellenberg, la considera “una rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen, y que comprende el conjunto de conocimientos biológicos, sociológicos y criminológicos concernientes a la víctima”.<sup>36</sup>

De Rivacoba. Las inquisiciones y los conocimientos victimológicos no constituyen otra cosa que un enfoque más de los varios que integran la Criminología, de particular interés en determinados delitos; por ejemplo, de la violación o la estafa. Por ello, etiqueta la Victimología como disciplina discutida.<sup>37</sup>

David Abrahamsen dice que la Victimología comprendería el estudio científico de la personalidad y otorgaría atención especial a los factores pertinentes al desarrollo emocional y social de la persona que resulta víctima de un crimen.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Mendelsohn encabeza el grupo de intelectuales postulados en pro de la autonomía científica de la Victimología; y reconoce, como otros autores, que el devenir del tiempo otorgará a la disciplina tal característica.

<sup>35</sup> Ezzat Fattah, “Victim, Tendencias recientes”, *Revista Criminologie*, “Regards sur la victime”, vol. III, Montreal, 1980, p. 6.

<sup>36</sup> Citado por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., p. 14.

<sup>37</sup> Véase, De Ricoba, citado por José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, *Victimología*, op. cit., p. 145.

<sup>38</sup> David Abrahamsen, *La mente asesina*, FCE, México, 1976, p. 11.

Para José Antonio Sainz Cantero, la Victimología, dependiente de la Criminología, se ocupa de la víctima directa del crimen y comprende el conjunto de conocimientos biológicos, psicológicos, sociológicos y criminológicos concernientes a la misma.<sup>39</sup> Para el autor, tal planteamiento es congruente con el objeto de estudio atribuido por él a la Criminología —descripción del hecho, factores que lo determinan, la personalidad de su autor y la víctima del delito, tanto en su personalidad como en su posible condición de factor o estímulo del hecho delictivo—. Señala que resulta una reivindicación tardía, cuando no interesada, por parte de aquellos criminólogos que han ignorado empecinadamente la condición y papel de las víctimas del delito.

Günter Kaiser. La necesaria uniformidad y multiplicidad del enfoque criminológico hacen cuestionable independizar el estudio de la situación, comportamiento y personalidad de la víctima en un plano teórico o configurarlo como una rama autónoma de la investigación, la llamada Victimología.<sup>40</sup>

Yamarellos y Kellens. Para quien la Victimología es la rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen. Importará, por tanto, su personalidad, rasgos biológicos, sociológicos, psicológicos y morales, características socio-culturales y sus relaciones con el criminal: papel y contribución en la génesis del crimen.<sup>41</sup>

Amelunxen. La Victimología se interesa por el origen, personalidad, carácter, sexo, edad, situación de conciencia, cualidades espirituales y características corporales de la víctima, por sus relaciones familiares, profesionales y sociales.<sup>42</sup>

Raúl Goldstein. Parte de la Criminología que estudia a la víctima no como efecto nacido en la realización de una conducta delictiva, sino como una de las causas, a veces principalísima, que influyen en la producción de los delitos.<sup>43</sup>

Por el otro lado, el grupo de autores que considera a la Victimología como ciencia autónoma lo encabeza Benjamin Mendelsohn, seguido por Israel Drapkin y Lola Aniyar de Castro. La lista la complementan, aún con sus reservas Luis Rodríguez Manzanera y Elías Neuman,

<sup>39</sup> José Antonio Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal: parte general*, 3a. ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1990, p. 82.

<sup>40</sup> Günter Kaiser, *Criminología*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978, p. 93.

<sup>41</sup> Yamarellos y Kellens, citado por José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, *Victimología*, op. cit., p. 146.

<sup>42</sup> Véase Amelunxen, citado por Günter Kaiser, *Criminología*, op. cit., n. 47, p. 93.

<sup>43</sup> Raúl Goldstein, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Astera, Buenos Aires, 1978.

cuya clasificación de víctimas es por demás ambiciosa y, por ende, amplia. Si bien los argumentos de los últimos dos autores podrían ser considerados como posturas eclécticas en las que si bien niegan la autonomía científica de la disciplina, aceptan su futura independencia según el desarrollo e importancia que la misma vaya ganando.

Benjamin Mendelsohn. El grupo de autores que defiende la autonomía de la Victimología señala que la extensión de la misma es notable, pues parte de un objeto de estudio extraordinariamente amplio.

Este grupo lo encabeza Benjamin Mendelsohn, cuyo punto de partida señala que:

durante siglos, el criminal ha pertenecido únicamente al derecho como una noción abstracta. Es hasta la segunda mitad del siglo pasado, como consecuencia de una revolución de pensamiento, que el criminal se convierte en un sujeto de estudio por una ciencia positiva. En nuestros tiempos la Victimología se impone también a nuestra atención como una rama especial de la ciencia positiva.<sup>44</sup>

Con esta postura, Mendelsohn considera a la Victimología como ciencia paralela a la Criminología, “como una suerte de criminología, pero al revés”.<sup>45</sup> “La criminología se ocupa del criminal, y la Victimología tendrá como sujeto de estudio al factor opuesto de la pareja penal, la víctima.”

Posteriormente definirá a la Victimología como “la ciencia sobre víctima y victimidad” y afirma que deben abarcarse tanto la víctima de factores endógenos como la de los factores exógenos, y que el concepto de victimidad es mucho más general que el de criminalidad, utilizando el término de “Victimología general”.<sup>46</sup>

Israel Drapkin se inclina por dar autonomía a la Victimología indicando que el término víctima tiene dos significados, uno religioso y otro común, este último hace referencia a la persona que sufre, es lesionada o destruida por la acción de otro, o como resultado de eventos o circunstancias desfavorables. “La Victimología básicamente hace referencia al estudio de la víctima, y es precisamente esta definición plural la que crea la posibilidad de estudiar al sujeto desde un gran número de puntos de vista diferentes y aun antagonistas”.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Benjamin Mendelsohn, citado por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., pp. 19 y ss.

<sup>45</sup> Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 27.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Israel Drapkin, citado por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit.,

Lola Aniyar de Castro. Considera a la Victimología autónoma aun en su estado actual de simple hipótesis de trabajo, como objeto de una posible ciencia autónoma. “Veremos así cómo se delinean los contornos de una ciencia nueva, protectora también de la tranquilidad y el plácido desenvolvimiento de la sociedad; tan importante como la Criminología y que sirve igualmente al Derecho Penal para la determinación de la culpabilidad jurídica”.<sup>48</sup>

Luis Rodríguez Manzanera. Puede definirse como el estudio científico de las víctimas. Con un criterio amplio, la Victimología no se agota con el estudio del sujeto pasivo del delito, sino que atiende a otras personas que son afectadas y a otros campos no delictivos como puede ser el de los accidentes.

“Aunque parezca paradoja, nosotros concedemos en toda su amplitud la autonomía a la Victimología, y a su vez aceptamos su pertenencia a la criminología”.<sup>49</sup> El autor argumenta que, por una parte, cuando se logre identificar de un objeto propio y reunir las características requeridas para toda ciencia fáctica, es cuando la Victimología adquiere su autonomía científica; pero por la otra, la Victimología forma parte de la gran síntesis criminológica, la que no se puede concebir sin el análisis de la víctima. No hay criminólogo moderno —afirma el autor— que olvide tratar el problema victimal en su obra, aunque pueda negar la autonomía o existencia misma de la nascente disciplina.

Elías Neuman. Difícil resulta colocar aquí a este autor por el hecho de que en su obra *Victimología* no esboza concepto alguno sobre la disciplina. Si bien hace referencia —y tácitamente da por válida— a la definición del Primer Simposio sobre Victimología celebrado en Jerusalén, Israel, sólo agrega que “este concepto se ve influido actualmente por otro mucho más amplio que alude a toda víctima social —que hará evolucionar el campo nosológico de esta disciplina—”.<sup>50</sup>

Según el autor —al hablar de la autonomía científica de la Victimología— “hay que dejar de lado discusiones bizantinas sobre la autonomía de la criminología e insisto en que se la debe estudiar, desde diversos ángulos, con el aporte interdisciplinario que propone”.<sup>51</sup>

pp. 19 y ss.

<sup>48</sup> Lola Aniyar de Castro, *Victimología*, Universidad de Zulia, Venezuela, 1969, pp. 27-31.

<sup>49</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., p. 28.

<sup>50</sup> Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 22.

<sup>51</sup> Elías Neuman, *Las penas de un penalista*, citado en Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 39.

“Resulta particularmente unamunESCO, pero para gran parte de los penalistas y algunos criminólogos, la criminología no es una ciencia autónoma, con lo cual se crea un laberinto infernal: ¿La Victimología podría ser ciencia autónoma de otra que no lo es?” Finalmente el autor afirma: “Me uno a quienes entienden que actualmente la Victimología forma parte de la criminología, pero adelanto que se trata de una certidumbre provisional y que el decurso y auge de la criminología, por un lado, y la Victimología por el otro, podrá favorecer un cambio de criterio”.<sup>52</sup>

Independiente o no —científicamente hablando— lo cierto, y a nuestro gusto insoslayable, es que la preocupación por la víctima ha venido a enriquecer ineludiblemente el ámbito de estudio del drama penal con su proposición sobre la víctima. Si bien entre penalistas y criminólogos se suelen crear serias controversias por la óptica de análisis del fenómeno del delito, la Victimología con su proposición alterna pareciera ser que viene a confundir más los criterios de concepción. Aun cuando la autonomía científica de la Criminología está en entredicho, y los penalistas suelen menospreciar la preocupación “científica” de los criminólogos que pretenden establecer condiciones interdisciplinarias que lleven, no siempre con claridad, al hallazgo de nuevas técnicas concernientes al drama penal, lo cierto es que por su complementariedad, ambos —siguiendo a Bacigalupo— están condenados a convivir y en cierta medida están comenzando a hacerlo. Además, ahora tienen otro punto de concierto: la Victimología. En palabras de Neuman: “Tal vez investigándolas o estudiándolas —se refiere a la Criminología y a la Victimología— perdamos en ‘rigor’ o en respeto a los métodos científicos y a las normas objetivas de causalidad, pero ganaremos en la vitalidad de una mejor comprensión de los hombres y de la sociedad que los rodea; fundamentalmente en materia de política de prevención delictual”.<sup>53</sup>

No obstante el grupo de autores señalado y su preocupación por la Victimología, existe otro grupo, aunque pequeño, que niega por completo a la Victimología; entre ellos Luis Jiménez de Asúa. Si bien hay que aclarar su postura, pues lejos está nuestro autor por despreocuparse de las víctimas, no así por una ciencia o disciplina victimológica, pero sobre todo por los planteamientos iniciales de Mendelsohn. “Considero las ideas de Mendelsohn hartamente ampulosas,

<sup>52</sup> Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 40.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 39.

exageradas y jactanciosas”,<sup>54</sup> el autor niega toda originalidad al concepto y dice: “el asunto no consiste en crear una nueva ciencia, sino en poner varias a contribuir para establecer el papel de la víctima de los delitos”.<sup>55</sup> De postura también radical, Manuel López Rey y Arroyo<sup>56</sup> afirma que la Victimología no es más que un residuo de una concepción superada de la criminalidad y la Criminología y esboza argumentativamente y de manera más o menos amplia una serie de interrogantes con la finalidad de poner en entredicho el nacimiento de una nueva disciplina: la victimológica.

[...] y cabe preguntarse —argumenta— cuál, aparte de una proliferación de disquisiciones, debería ser el cometido de los victimólogos. ¿Sería el de prevenir o reeducar a toda posible víctima? ¿Puede tomarse en serio que, en todos los casos delictivos, se proceda al examen psicológico y psiquiátrico de la víctima a fin de determinar la coactuación de su personalidad? ¿Se justificaría que las víctimas de los grandes agiotajes, contaminaciones, persecuciones políticas, de los torturadores, de una serie de depredadores en tiempo de paz y guerra, de motines y algaradas, de secuestros de personas, pasajeros y demás, del contagio venéreo, envenenamiento o deformación como resultado de ingerir sustancias alimenticias, productos farmacéuticos, etcétera, las lesionadas como consecuencia de una serie de accidentes y otras muchas, fueran examinadas psiquiátricamente?<sup>57</sup>

El autor además argumenta que quien se postula por la creación de la Victimología sólo toma en cuenta una pequeña parte de la criminalidad, y que por ello sería necesario, además de una Victimología reducida sólo al ámbito criminal, crear otra civil, mercantil, comercial, industrial y muchas más.

Las críticas esbozadas por el autor obedecen a la “posible” concepción victimológica de corte positivista;<sup>58</sup> y aun válidos, sus argumentos evidencian, a mi gusto, cierta apatía por el mejor estudio, comprensión y análisis del fenómeno del delito y de sus implicaciones sociales.

Para una mejor comprensión de lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, es pertinente esbozar aquí una postura per-

<sup>54</sup> Luis Jiménez de Asúa, “La llamada Victimología...”, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> Manuel López Rey y Arroyo, *Criminología*, t. II, Aguilar, Madrid, 1978, p. 145.

<sup>57</sup> Citado por José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, *Victimología*, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

<sup>58</sup> Véase Zamora Grant, *Los paradigmas victimológicos*, *op. cit.*, la victimología de corte positivista.



sonal; si bien, la misma se verá desarrollada conforme el contenido argumentativo del trabajo.

En principio, descarto la posibilidad de negar la existencia de la Victimología misma, pues ello implicaría negar a su vez todos los beneficios que en Derecho Penal y política criminal se han obtenido —y se pueden obtener— a través de los estudios y encuestas de victimización, por ejemplo. O los logros legislativos en materia de derechos de las víctimas, o sólo por la mayor atención dada por los jueces al papel desplegado por la víctima en el fenómeno criminal,<sup>59</sup> etcétera.

En segundo término considero poco prudente, por el momento, considerar a la Victimología como ciencia autónoma. Primero —y como razón fundamental— porque su objeto y método no están bien delimitados, lo que sin duda hace variar, según cada concepción, los alcances mismos de la disciplina; y segundo, porque la preocupación legislativa y criminológica ha alcanzado, a mi parecer, la magnitud debida.

El argumento más congruente y serio parece ser aquel que si bien ve a la Victimología como una rama de la Criminología, augura para ella en un futuro temporalmente indeterminado su autonomía como disciplina científica. Sin embargo, y aun cuando me adhiero a tal postura, considero necesario hacer algunas especificaciones:

Por un lado, habrá que precisar si la dependencia de la Victimología sólo es prudente respecto de la Criminología, como se ha planteado. Ello implica necesariamente reconocer en la Victimología un método de estudio o perspectiva, igual a la de la Criminología; pero implica, a su vez, descartarle importancia respecto del así entendido Derecho Penal, es decir, en el análisis más bien dogmático del objeto de estudio, que responde evidentemente a un criterio eminentemente formalista. De ser así se hablaría sólo de Victimología como una rama de la Criminología y no como parte del así conocido catálogo de las Ciencias Penales. Lo que me parece demasiado excluyente, pues los estudios victimológicos también encuentran asidero en la dogmática penal y cobran relevancia en el logro del fin del Derecho Penal y del Derecho en sí que es el conferir seguridad jurídica.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Es necesario precisar que la “responsabilidad de la víctima” no implica su posible sanción; sino que en dogmática penal, al momento de individualizar una pena, el tema ha servido para lograr más certeza (certidumbre jurídica) en las resoluciones judiciales; e incluso ha tenido relevancia en el manejo de atenuantes o excluyentes de la responsabilidad penal. Tal precisión la estimo aquí necesaria aunque, para su mejor comprensión, es importante consultar víctima y ley penal, en esta investigación.

<sup>60</sup> En este sentido Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, 2a. reimp., Cárdenas

No podríamos hablar así de victimodogmática, ni esbozar, interpretar, analizar o estudiar los derechos y garantías procesales a las víctimas y su encuadramiento en todo el esquema de las leyes penales y del Derecho en general.

Más aberrante sería, sin embargo, el ejercicio inverso. Seguramente se discute su dependencia o no respecto de la Criminología, porque los métodos y la perspectiva de estudio planteados en criminología parecen los más adecuados para el mejor estudio —más completo— del objeto victimológico: la víctima; en una concepción más plural e incluyente que sólo la perspectiva netamente jurídica.

### OBJETO Y MÉTODO EN VICTIMOLOGÍA

No es posible asignar objeto de estudio y método a la Victimología sin antes precisar cuál es su categoría científica.

Rodríguez Manzanera<sup>61</sup> (una vez vertida su postura sobre la autonomía científica de la Victimología) habla del objeto y del método. El autor se inclina, tras analizar los argumentos de otros victimólogos, por la *víctima en general*, la de conductas criminales, no criminales y hechos fortuitos, pues, a su decir, es mucho más amplio, o poco limitativo, en contraste con los planos bio-psico-social, criminológico o jurídico. Así, el objeto de estudio no se limitaría a la víctima en sí, sino desde tres niveles de interpretación a los que denomina *individual*, *conductual* y *general* respectivamente: víctima, victimización y victimidad. Lo que en suma permitiría la preocupación de víctimas, entre otras, de tipos tan variados como refugiados, minorías, desviados, presos políticos, excluidos de la educación y el empleo, de desastres naturales, abusos de poder, discriminación, conflictos armados, contaminación, etcétera. Entonces, el objeto de estudio no sólo se circunscribe a la personalidad y características de la víctima, sino además a su conducta aislada y en relación con el criminal si la hay, así como el fenómeno victimal en general, en su conjunto, como suma de víctimas y victimizaciones, con características independientes de las individualizadas que la conforman.

Cuando en Victimología se habla del objeto de estudio y del método apto para el estudio de aquél, no parecería existir confusión o controversia alguna; esto es, resulta obvio que el objeto es la víctima



y el método propicio —por la inclinación científica— será el mismo utilizado en criminología. Sin embargo, ello no es ni tan claro ni tan obvio. El objeto y el método en Victimología dependerán de la autonomía concedida a la misma. Así, quien conciba a la Victimología como ciencia autónoma, seguramente otorgará un objeto amplio de estudio y una diversidad más o menos compleja del método. Esto se evidencia en autores como José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, quienes conceden —como estudiamos—<sup>62</sup> autonomía científica a la Victimología y hablan por ello de un objeto, un método y una finalidad propia de la misma. Para ellos, el objeto de estudio de la Victimología es el hombre que ha sido victimizado como sujeto pasivo del delito durante el proceso penal. El método, a decir de ellos, variará según se acomode a la naturaleza de la investigación que se pretende realizar; por lo que hablan de dos clases de Victimología: una que utiliza los métodos de investigación, que ellos denominan bibliográfica, y otra que ocupa los de orientación marcadamente inductiva.

Por lo contrario, resulta evidente que al no haber unanimidad respecto del objeto y del método, éstos son hasta ahora inciertos. Quizás el problema no radique en esclarecer que el objeto de estudio de la Victimología es la víctima —lo que se manifiesta del simple análisis etimológico— sino el aclarar de qué tipo de víctimas se ocupa. En cuanto al método, el problema no será decir que utilizará el de la Criminología, porque en primer lugar no parece haber aún consenso en los métodos utilizados en Criminología, pues aunque variados no parece haber todavía unanimidad en su aceptación; y en segundo lugar, porque el pensamiento criminológico a lo largo de la historia se ha caracterizado por echar mano de diversos y variados métodos y técnicas provenientes y pertinentes en otras disciplinas del conocimiento, con las que la Criminología es afín; sino el esclarecer cuál método será preciso aplicar para cada caso o problema abordado a la luz de la Victimología. Así, prevalecerán los métodos y técnicas de corte interpretativo cuando lo que se requiera sea el análisis del texto de la ley de relevancia para la víctima; o, por lo contrario, lo harán los métodos de corte sociológico y las técnicas de investigación empíricas cuando se pretenda explicar o conocer la realidad social, como por ejemplo la eficacia o ineficacia de las normas —de relevancia victimológica— al momento de su aplicación.

<sup>62</sup> José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, *Victimología*, op. cit., n. 39, pp. 143 y ss.

Como todas las disciplinas del conocimiento, la Victimología se allegará, no sólo de los conocimientos propios de otras ciencias, sino de cualquier método necesario para la consecución de sus objetivos.

#### FINALIDAD. PARA QUÉ SIRVE LA VICTIMOLOGÍA

En el mismo orden de ideas, la concepción de la finalidad de la Victimología depende también de cómo ésta sea definida, así como la forma en que sean concebidos su objeto y su método.

Como lo hemos señalado, la concepción victimológica es variada. Ello ha motivado que algunos autores la clasifiquen por su objeto de estudio, por su método o su materia; otros por su categoría científica; algunos más por sus periodos evolutivos (primera etapa, segunda etapa, etcétera) y hay quienes la agrupan por las formas de pensamiento (filosófico o sociológico) que influyen así en su concepción.

La finalidad, por ende, varía según cada concepción, y ello va de la mano con el campo de acción de la Victimología misma. Las primeras posturas victimológicas —de corte positivista— planteaban —y aún lo hacen— para la Victimología el objetivo de encontrar en la conducta victimal elementos que evidenciasen su “probable responsabilidad”.

Para los penalistas este concepto victimodogmático de “autorresponsabilidad” cobra relevancia en la individualización de la pena y en el análisis interpretativo del papel que la víctima debe guardar en la ley penal —sustantiva y adjetiva—. Todo con la finalidad de enriquecer el estudio dogmático del delito y aplicar con mayor certeza y exactitud la ley penal; lo que tiene en realidad importancia si lo que se busca es conferir seguridad jurídica. Así, la Victimología podrá enriquecer —siguiendo a Neuman— el ámbito de estudio del escenario del crimen; o bien, como resaltan otros autores,<sup>63</sup> evidenciar la existencia de víctimas en el proceso penal —incluso en la etapa poscarcelaria— para trazar una política victimal y exigir que el Estado asuma una postura específica ante lo que denomina el drama penal.

Para dar orden a estas ideas es pertinente recordar lo que Mendelsohn, seguido por Lola Aniyar, esbozan sobre la Victimología.<sup>64</sup> Estos autores opinan atinadamente que la Victimología está construida sobre tres planos constitutivos, a saber:

<sup>63</sup> José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León Dell, entre ellos.

<sup>64</sup> Mendelsohn y Lola Aniyar, citados por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, *op. cit.*, p. 31.

1) *Primordial o bio-psico-social*. Comprende el cúmulo de factores que influyen para que un sujeto devenga víctima; inclusive aquellos que no provienen de su relación con el delincuente, es decir, por accidentes de trabajo o de tránsito, en los que se es víctima de su propio acto.

2) *Criminológico*. Influenciado por la concepción criminológica, el problema respecto a la personalidad de la víctima en su aspecto bio-psico-social está en relación con el problema de la criminalidad, siempre desde el punto de vista terapéutico y profiláctico victimal.

3) *Jurídico*. Se considera a la víctima en relación con la ley penal o civil para los casos, esta última, de resarcimiento de los daños causados.

Así, desde cada construcción victimológica el objeto, método y finalidad tendrán matices diversos; en las dos primeras el estudio de los factores endógenos (internos) de la víctima e incluso los exógenos que conforman la personalidad del delincuente, requerirán de métodos específicos de otras áreas del conocimiento como la Medicina, la Psicología, la Sociología o las Ciencias Forenses; ello con la finalidad, en algunos casos, de conocer la personalidad de la víctima y buscar mecanismos de autodefensa o de política criminal en prevención del delito. En el tercer plano abundarán los métodos interpretativos como la dogmática y la hermenéutica para conocer el sentido mismo de la ley y por ende su interpretación literal y su relación con todo el orden jurídico.

## IV. LOS PARADIGMAS VICTIMOLÓGICOS

### CONSIDERACIONES PRELIMINARES

ES PRECISAMENTE en la lucha contra el crimen como se han ido desarrollando diversas teorías a fin de explicar el porqué del fenómeno de la delincuencia, convergiendo todas ellas en una disciplina que les es común, la *Criminología*.

Estas diversas teorías, desde su muy peculiar perspectiva, pretenden encontrar las explicaciones acertadas a dicho fenómeno y ofrecer asimismo —o al menos lo intentan— las pautas más adecuadas para su prevención y represión.

El conocimiento criminológico busca encontrar así un espacio importante dentro del mundo científico para poder consolidarse como ciencia capaz de ofrecer los elementos necesarios para entender las causas del delito y de la delincuencia. Sin embargo, la tarea no ha sido fácil: las diferentes tendencias ideológicas desarrolladas a lo largo de la historia han construido diversas teorías que tratan, desde su óptica particular, de explicar tal fenómeno sin que hasta el momento se encuentre el antídoto eficaz capaz de hacer frente a tan relevante problema social. Erigiéndose, a la luz de la Criminología, múltiples disciplinas que le convergen y apoyan a tal finalidad, como la Sociología, la Antropología Social, la Psicología Social, entre otras, contribuyendo todas ellas para el enriquecimiento del saber criminológico.

En este orden de ideas, se ha realizado —para efectos didácticos— una clasificación de las diversas teorías criminológicas, sobre la base de las distintas interpretaciones que de la desobediencia del individuo al orden de la autoridad históricamente se han ofrecido. Me explico: actualmente podemos hablar de tres corrientes ideológicas desenvueltas por un patrón aceptado por una determinada parte de la comunidad científica; estas corrientes sustentan a su vez que los modos en que es posible entender las relaciones entre individuo y autoridad —e históricamente así se ha entendido— a pesar de una pluralidad de matices, tienden a gravitar en torno a un número limitado de hipótesis, a las que se puede llamar *Modelos de Sociedad*.

Estos tres modelos o paradigmas son: el *Positivista* con un modelo de sociedad consensual y una ideología conservadora; el *Interaccionista*, que percibe un modelo pluralista de sociedad y con una tendencia ideológica liberal; y finalmente, el paradigma *Crítico*, en una perspectiva de modelo de sociedad conflictual e ideología de corte socialista.

En otras palabras, el pensamiento criminológico se situará en términos diversos según el modelo de sociedad al que se adhiere; esto es, según la ideología. Entre ideologías y teorías de la criminalidad existe una relación precisa.

Cada uno de los modelos anteriores constituye un conjunto de conocimientos que tratan de resolver determinado problema o conjunto de problemas bajo diferentes perspectivas, y todos ellos constituyen un paradigma. Siguiendo a Rodríguez Manzanera, cada paradigma tiene su propia ideología y su modelo para resolver aquellos problemas que el propio paradigma plantea. Se trata de un conjunto de conocimientos que resuelven, o al menos lo intentan, determinados problemas, o grupo de problemas, bajo un patrón aceptado por una parte de la comunidad científica.<sup>1</sup>

Cada paradigma manifiesta, irremediablemente, la prioridad histórico-política de las demandas del orden social y de las respuestas intentadas para responder a la violación de normas sociales, en especial las jurídico-penales; violación que cada perspectiva atribuye a razones distintas.

Según lo argumentado, las diversas teorías criminológicas —que interpretan tanto las formas de desobediencia del individuo al orden de la autoridad como las formas de reacción de ésta respecto a los primeros— pueden ser perfectamente estudiadas a la luz de estos paradigmas o modelos de sociedad referidos; se habla entonces de una Criminología de tipo consensual o conservadora, de una Criminología pluralista o de corte liberal, y de una Criminología crítica o de corte socialista.

Así como la Criminología, diversas disciplinas sociales pueden ser estudiadas a la luz de estos tres modelos o paradigmas, entre ellas —y así lo intentaré a continuación— la Victimología, pues dependiendo del corte ideológico a través del cual sea definida o interpretada, su naturaleza, concepto y extensión tomarán diversos

<sup>1</sup> Si bien cada paradigma tiene su propia ideología, en mucho, la ideología lleva a elegir el paradigma, y a la luz de él se estructura el modelo para resolver los problemas que el propio paradigma plantea. Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, 3a. ed., Porrúa, México, 1996, p. 24.

matices. Por ello, la producción de los victimólogos no es más que el reflejo de la influencia ideológica de la época en el autor.

Agrupar así a la Victimología —en paradigmas— nos ofrece muchas ventajas didácticas, que se requieren precisar. En primer término, es posible entender que el paso de un modelo a otro, no sólo evidencia la historia de la disciplina sino su evolución y naturaleza actual; y, en segundo término, cada modelo refleja la ideología de la época y por ende el estado del conocimiento; por ello no es casualidad que la argumentación victimológica no sea más que el reflejo de aquella ideología llevada a la argumentación propia de la disciplina. Así, podremos agrupar a la Victimología también por autores, conceptos e incluso tipologías victimales; modelos éstos que al final nos mostrarán tres tipos generales de víctimas, a saber: las del delito, las del sistema social y las del sistema penal. Estos modelos generales, una vez entendidos, nos mostrarán que la pauta de la argumentación de la criminología crítica de fines del siglo xx, puede tener su sustento en ellas y que por ende Criminología, Victimología y política criminal han evolucionado de la mano y se funden de alguna manera en las políticas actuales, sobre todo legislativas, de la criminalidad.

A continuación esbozo brevemente cómo se han desarrollado las distintas percepciones criminológica y penal, según la clasificación indicada, antecediendo a cada grupo un breve esquema de cómo debe entenderse cada modelo para, finalmente, aplicarlos al estudio de la Victimología.

### EL PARADIGMA POSITIVISTA

En el modelo consensual de la sociedad, de tendencia eminentemente conservadora, se evidencia la influencia del pensamiento liberal pero sobre todo el positivista. “[...] aquellas conductas que violan el derecho emanado del pacto social, deben ser valoradas negativamente y criminalizadas en aras de la defensa social”.<sup>2</sup> En él, la sociedad se presenta como una estructura relativamente estable y bien integrada, cuyo funcionamiento se funda sobre el consenso de la mayoría en torno a algunos valores generales. La ley —que recoge tales valores— es expresión de la voluntad colectiva, donde todos

<sup>2</sup> Alicia González Vidaurri, Klaus-Dieter Gorenc y Augusto Sánchez Sandoval, *Control Social en México, D. F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*, ENEP-Acatlán-UNAM, México, 1998, p. 81.

los miembros de la sociedad —o al menos la mayoría— parecen estar de acuerdo sobre las definiciones de lo que está bien y lo que está mal, de lo que es justo y de lo que no lo es. La ley no es más que la forma escrita de este acuerdo que es igual para todos, en cuanto que refleja tal voluntad y, por tanto, no favorece ni representa ningún interés particular.

Así, puesto que la mayoría está de acuerdo con las definiciones del bien y el mal, de lo justo y de lo injusto, quien viola la ley representa una minoría, el pequeño grupo que la transgrede debe tener algún elemento en común que lo distingue de la mayoría que la respeta. En el pensamiento penal clásico, el hombre, si bien tenía el libre arbitrio para decidir entre el consenso o el disenso, serían los procesos deficientes de socialización los que lo determinarían a delinquir. En el positivismo criminológico tal potestad no era reconocida en el delincuente, quien estaba determinado para delinquir, atentaba asimismo contra el orden social. Ambas posturas coinciden en ciertos principios que les son comunes y que han influido para que sean consideradas dentro de las teorías de la defensa social.

Alessandro Baratta<sup>3</sup> escribe:

[...] hay un hecho cierto: tanto la escuela clásica como las escuelas positivas realizan un modelo de ciencia penal integrada, es decir, un modelo en el que la ciencia jurídica y la concepción general del hombre y de la sociedad se hallan estrechamente ligadas. Aun cuando sus respectivas concepciones del hombre y de la sociedad sean profundamente diversas, en ambos casos nos hallamos, salvo excepciones, en presencia de la afirmación de una ideología de la defensa social.

Los principios que a continuación esbozo —siguiendo a nuestro autor— evidencian la ideología conservadora de una sociedad integrada por consenso, donde la concepción del delito y del propio delincuente ofrece matices específicos dignos de analizar. La ideología de la defensa social como ideología común a la Escuela Clásica y a la Escuela Positiva es susceptible de reconstruirse en los siguientes principios.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, 4a. ed., Siglo Veintiuno, México, 1993, p. 35.

<sup>4</sup> Si bien los principios esbozados marcan los matices comunes de un modelo de sociedad consensual, existen también diferencias que de sí no contradicen el modelo propiamente, pero que considero preciso matizar, solamente, en una nota como ésta.

Las diferencias de ambas escuelas y sus teorías sobre la criminalidad no residen



1) *Principio de legitimidad*. Sólo se justifica la reacción del Estado, como representante del sentir social y de la sociedad misma, para reprimir el comportamiento desviado individual y poder reafirmar así los valores imperantes: el consenso. Tal reacción será *legítima* cuando —con respeto a la legalidad— se efectúe a través de las instancias del control penal y en atención a los lineamientos legales sustantivos y adjetivos. “El Estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad de la cual son responsables determinados individuos, por medio de las instancias oficiales del control social.”<sup>5</sup>

2) *Principio del bien y el mal*. El delito y su autor son elementos negativos que atentan —y dañan— contra el normal funcionamiento del sistema social. Ellos constituyen el mal en contraposición con la sociedad que constituye el bien en sí misma.

3) *Principio de culpabilidad*. Contrario a los valores sociales que imperan en la sociedad y que se expresan a través de las normas jurídicas, el delito es la expresión de una actitud reproachable que debe ser sancionada.

4) *Principio del fin o de la prevención*. La resocialización como función de la pena cumple el fin de prevenir y no sólo de retribuir. “Como sanción abstractamente prevista por la ley, tiene la función de crear una justa y adecuada contramotivación al comportamiento criminal.”<sup>6</sup>

5) *Principio de igualdad*. Independientemente de su calidad, quien viola la ley debe ser sancionado por igual. La ley se aplica de la misma forma a los autores del delito.

6) *Principio del interés social y del delito natural*. El delito es expresión de ofensa de intereses sociales fundamentales. Intereses que se

tanto en el contenido de la ideología de sí ni de los valores fundamentales considerados dignos de tutela, sino en general de la actitud metodológica respecto a la explicación de la criminalidad. Así, en la Escuela Positiva, los estudios se reducen a la mera explicación causal del comportamiento considerado como criminal y la consecuente diferenciación entre criminales y no criminales. Mientras que para los clásicos el objeto de estudio, más que el criminal, lo constituye el crimen mismo, el delito en sí, como una abstracción —construcción— jurídica, ligada irremediablemente a la idea de libre arbitrio y de la igualdad entre criminales y no criminales. Por tanto, las diferencias entre ambas escuelas sólo aluden al principio de culpabilidad; la que —siguiendo a Baratta— adquiere un significado moral-normativo (desvalor de la acción) en la Escuela Clásica, o simple socio-psicológico (que revela peligrosidad social) desde la premisa positivista.

<sup>5</sup> Alessandro Baratta, *Criminología crítica...*, op. cit., p. 36.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 37.



protegen a través de la ley penal y se sancionan a través de sus instancias de control con la finalidad de consolidarlos.

Anclados en una lectura determinista del actuar humano y por tanto orientados en una investigación etiológica del comportamiento criminal, se han desarrollado diversas teorías criminológicas que intentan explicar tal fenómeno, entre las que destacan las *psicoanalíticas*, que pretenden encontrar un factor patológico —individual o social— como causa de la desviación; o las *funcionalistas* que entienden a la acción criminal como algo normal a toda estructura social, como la teoría de la *anomia* y de las *subculturas criminales*.

Es en el positivismo donde la Criminología surge, y es por ello que se manifiesta su notable influencia. Desde esta óptica, la ley de la causalidad resulta esencial para la explicación del mundo.<sup>7</sup> Los hechos de la naturaleza —incluso los criminales— están subordinados a las leyes naturales que no cambian. Desde la ciencia sociológica se habla del dogma fundamental de la invariabilidad de las leyes naturales; esto es, el orden social como un absoluto cuyos datos son perceptibles por los sentidos, principalmente a través de la observación. La ciencia positiva además de descriptiva es causal explicativa, por lo que la ley de la causalidad resulta esencial para la explicación del mundo. Es así como se pretendió describir y explicar la criminalidad: mediante la observación como su principal arma, cárceles y manicomios se constituyen en los laboratorios de los ahora criminólogos. Sus rasgos y características físicas, sus comportamientos y aspectos hereditarios, y en general, todo aquello que sea susceptible de concebirse como ley natural, desde esta óptica, dirá quién es delincuente y por qué. Quien delinque está determinado a hacerlo. *Ver para prever, prever para proveer*, apotegma positivista, encuentra su exacta aplicación en los métodos y formas del positivismo criminológico. Dos notas caracterizan al positivismo: por un lado, el único delincuente es el conocido, es decir, aquel que llega a las instancias de la justicia penal; el que es captado por el sistema penal; ése es el que interesa, aquel que puebla las cárceles por atentar contra el orden social y el progreso.<sup>8</sup> Además —segunda característica— un

<sup>7</sup> Juan Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico 1. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, 1983, n. 10, p. 34.

<sup>8</sup> Orden y progreso, máxima del positivismo que se evidencia con la afirmación de que una ciencia que descubre las leyes que regulan los hechos incluso sociales, permite establecer, precisamente, el orden en esa sociedad y al mismo tiempo esta-

determinismo exacerbado donde quien delinque, tarde o temprano lo iba a hacer, los factores psicológicos, biológicos o sociales lo llevarán ineludiblemente al cumplimiento causal; el efecto criminal es la consecuencia lógica de aquello que lo provoca.

En el positivismo, el delito se concibe como un hecho real e histórico; su estudio y comprensión, por tanto, son inseparables del examen del delincuente y de la realidad social de éste. La finalidad de ley penal no es establecer un orden jurídico sino combatir el fenómeno social del crimen y defender a la sociedad. Se concede prioridad al estudio del delincuente. El positivismo es eminentemente determinista.

Si bien es bajo la influencia del positivismo donde se da origen a la “ciencia” criminológica, no en menor proporción el Derecho Penal se ve también afectado. Para Binding,<sup>9</sup> por ejemplo, principal exponente del positivismo jurídico penal, el objeto de estudio del jurista queda reducido estrictamente a la norma como hecho absoluto observable, bajo el cual hay que estructurar un modelo explicativo basado en principios dogmáticos. Es el causalismo, como corriente dogmática del Derecho Penal, lo que caracteriza al pensamiento positivo en el Derecho Penal.

La victimología de corte conservador, a la que Rodríguez Manzanera denomina *Victimología conservadora*,<sup>10</sup> es irrefutablemente causalista y estudiará la relación entre el criminal y su víctima. Los argumentos más sólidos que consideran a la Victimología como una rama de la Criminología se esbozan desde esta perspectiva ideológica. Desde este paradigma, donde la sociedad es vista como una estructura bien integrada, estable y persistente, basada en el consenso de sus integrantes en cuanto a los valores imperantes, el criminal es diferente al no criminal. La víctima se identifica como el sujeto pasivo del delito; y siguiendo las características esbozadas, las víctimas estudiadas —las que importan— son las víctimas conocidas, las que llegan a las instancias del sistema penal. El interés máximo desde esta concepción victimológica ha girado en torno a conocer su grado de responsabilidad —de culpabilidad—. En victimodogmática<sup>11</sup> se ha desarrollado el concepto de “autorresponsabilidad”, por el que se pretende encontrar la fórmula legal de sanción a la víctima o

blecer el camino de un constante progreso, gracias por supuesto a la invariabilidad de las leyes.

<sup>9</sup> Véase Binding, citado por Juan Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>10</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *La victimología...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

<sup>11</sup> Véase “Un acercamiento a la victimodogmática” en la cuarta parte de este libro.

de determinación de responsabilidad que trascienda a la sentencia. Las víctimas a las que habrá que socorrer, luego entonces, serán las “inocentes”. Los primeros trabajos de Mendelsohn<sup>12</sup> —clasificación y teoría “victimológica”— son muestra clara de la notable influencia del positivismo, donde el autor pretende que la determinación de la pena se haga en atención al grado de lo que él denomina “responsabilidad” de la víctima.

Como acertadamente señala Rodríguez Manzanera,<sup>13</sup> esta ideología es la que con frecuencia adoptan los sistemas de justicia penal, en principio porque el número de víctimas “conocidas” es considerablemente menor que el de las “desconocidas” que proviene de la criminalidad no denunciada y que no existe, por tanto, en las estadísticas oficiales; pero también por el hecho de imputar su victimización a su propia responsabilidad. Así, la víctima es en gran medida “responsable” de su propia victimización.

Si drogadictos, alcohólicos, prostitutas y otros desviados son, desde la postura positivista, tratados en forma similar a los delincuentes, desde la Victimología serán considerados víctimas de su propia victimización, esto es, la drogadicción, el alcoholismo, la prostitución, etcétera, serán consideradas como formas de autovictimización, de las que ni el sistema penal, y por ende, ni el Estado, son responsables. Así, esta concepción permite a los sistemas de justicia penal evadir toda responsabilidad estatal ante el fenómeno victimal: “Las víctimas devienen como tales por causa de los criminales rebeldes o inconformes o por su propia culpa al provocar o precipitar el crimen”.<sup>14</sup>

Reflejo de esta influencia positivista son si duda las argumentaciones de Benjamin Mendelsohn, y su tipología<sup>15</sup> no es más que el resultado de la misma. Su clasificación de las víctimas llama la atención por el hecho de pretender imputar grados de responsabilidad victimal,<sup>16</sup> clasificación esbozada por el autor en 1948.

<sup>12</sup> Véase “Tipologías victimales”, en Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., pp. 69 y ss.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>14</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., p. 25.

<sup>15</sup> Precisamente por la amplitud del concepto de víctima, en la historia de la Victimología se han esbozado algunos intentos de clasificación que pretenden —y en mucho lo logran— categorizar y caracterizar el fenómeno victimal. La relevancia de tales clasificaciones se evidencia principalmente por los mecanismos que a partir de ellas se instrumenten para su atención y protección; sobre todo porque las mismas muestran quién debe ser considerado víctima.

<sup>16</sup> El problema de la “responsabilidad de la víctima” ha merecido gran atención

Mendelsohn publicó *The Criminal and his Victim*, obra que, como lo señale, es considerada como pionera en los trabajos de Victimología. Si bien, la gran aportación de la obra es el hecho de haber llamado la atención de penalistas y criminólogos hacia la víctima de los delitos, la obra también causó atracción por el hecho de la pretendida responsabilidad que de la víctima quiso esquematizar el autor. Tal actitud evidencia la marcada influencia positivista de la obra. En ella, Mendelsohn esquematiza las categorías victimales con un criterio *sui generis*: cuál es el grado de participación de la víctima en el hecho criminal del que pretendió derivar su nivel de responsabilidad. Desde su clasificación Mendelsohn argumentaba que la sanción que debía acaecer al delincuente debía ser en atención al grado de participación —“responsabilidad”— de la víctima.

Así, Mendelsohn esboza su clasificación en cinco categorías de víctima atendiendo al criterio referido, categorizando a víctimas desde *sin responsabilidad victimal* hasta *totalmente responsables*, agregando entre unas y otras a las de *responsabilidad menor*, *tan responsables como el delincuente* o *mayormente responsables*.

A su primera categoría de víctima la denomina *víctima ideal*, esto es, aquellas víctimas que nada han tenido que ver con el desencadenamiento de la agresión criminal, esta víctima es totalmente ajena a la actividad de su ofensor. El ejemplo típico lo constituiría la víctima —mujer— a la que le ha sido arrebatado el bolso de la mano, pues al agresor lo que le interesa es el bolso y su contenido, y le da igual que haya sido esa mujer o cualquier otra.<sup>17</sup>

Su segunda categoría la conforman aquellas víctimas cuyo grado de participación —responsabilidad— es menor y la denomina *víctima por ignorancia*, donde se da un cierto impulso no voluntario a la acción criminal, ya sea por un acto imprudente que genera ese cierto grado de culpa que ocasiona su propia victimización. Ejemplo de ello sería el caminar por lugares poco vigilados y poco concurridos cuyo ambiente es propicio para la delincuencia.

Su tercera categoría coloca a la víctima con el mismo grado de responsabilidad que su agresor, una especie de responsabilidad compartida; esto es, le asigna igual responsabilidad penal; la llama *víctima voluntaria* y señala cuatro posibilidades o casos en concreto, a saber:

de victimólogos y penalistas, sobre todo de los primeros, muchos de los cuales han pretendido encontrar la fórmula de una especie de imputación victimal.

<sup>17</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., p. 82.

1) *Los que cometen suicidio tirándolo a la suerte*; el caso típico es el del juego de la ruleta rusa por el que dos o más personas tras introducir una bala en el cargador de un revólver, dejan a la suerte quién es el que morirá.

2) *El suicidio por adhesión*; en el cual una segunda persona decide sufrir la misma suerte que aquel que ha decidido quitarse la vida.

3) *El caso de la eutanasia*; cuando quien por enfermedad no puede soportar los dolores sufridos y pide —implora— le sea quitada la vida. La víctima es tan responsable como el autor.

4) *La pareja criminal*; es la consumación de un delito en que los dos están de acuerdo. Ejemplo: la tentativa al suicidio y su instigación.

Para la cuarta categoría de víctimas Mendelsohn prevé un grado de responsabilidad mayor, esto es, más responsable que su agresor y la denomina *víctima más responsable que su infractor* y establece dos casos:

1) *La víctima provocadora*; quien con su conducta incita al autor a victimizarla. Tipo de los delitos producto de cuestiones pasionales como las celotipias.

2) *La víctima por imprudencia*; quien con su conducta imprudencial genera su victimización. Como quien deja su automóvil abierto con las llaves dentro.

Su quinta y última categoría adjudica toda la responsabilidad a la víctima, y establece tres posibilidades:

1) *La víctima infractor*; es el caso de quien siendo originalmente el agresor resulta finalmente víctima. El ejemplo es la legítima defensa.

2) *La víctima simulante*; aquella víctima que, sin realmente serlo, acusa e imputa responsabilidad penal a otra persona con la intención de que los órganos de incriminación cometan un error.

3) *La víctima imaginaria*; donde no existe una víctima propiamente dicha sino que se trata de individuos que se sienten victimizados, pero simplemente no ha habido infracción. Por ejemplo el paranoico-perseguido, histérico, demente, etcétera.

Se ha criticado duramente la clasificación de Mendelsohn, fundamentando que no es posible establecer una sanción apriorística de los fenómenos delictivos, ya que cada caso ofrecerá matices diferentes que deberán ser calificados individualmente; y mucho menos se

puede sancionar sólo atendiendo a la actitud de las víctimas o a su supuesta responsabilidad.

Si bien basado en la correlación de culpabilidad entre víctima y victimario, trasciende sin duda la notable influencia del pensamiento positivista, pues es evidente que parte de la hipótesis de que el delito obedece a factores bio-psico-sociales.

Muchas clasificaciones siguieron a la esbozada por Mendelsohn, quien sin duda no sólo sirvió de ejemplo sino que además propició el interés por la temática y el reto sin duda de esbozar una categorización victimal más completa que la anterior donde se lograra abarcar a toda la posibilidad victimal; pero que reflejarán también el cambio de paradigma.

### EL PARADIGMA INTERACCIONISTA

En este modelo se reconoce la existencia de una multiplicidad de grupos sociales con intereses diferentes y a veces en conflicto. La ley existe no para que alcancen un acuerdo general sobre las definiciones de lo justo y de lo injusto, sino exactamente para lo contrario; esto es precisamente porque no existe ningún acuerdo general. Se reconoce sólo la necesidad de encontrar algún mecanismo de resolución pacífica de los conflictos. Así, los individuos se ponen de acuerdo sobre una estructura legal que permita resolver los conflictos sin prejuzgar irremediablemente el bienestar de la sociedad. Se afirma entonces la existencia de una conflictividad de intereses y valores, y al mismo tiempo, un consenso general sobre la naturaleza puramente técnica y neutral de la ley, como conjunto de reglas de juego que permitan disciplinar los conflictos. La ley es vista, por tanto, ya no como la expresión escrita de los valores consensuados socialmente, sino como un instrumento de resolución de intereses en conflicto, los que devienen tales precisamente por el reconocimiento de una diversidad de valores y creencias.

Massimo Pavarini<sup>18</sup> caracteriza el modelo de sociedad plural de la siguiente forma:

*1) La sociedad está compuesta de diversos grupos sociales. Evidencia de la diversidad cultural, étnica, religiosa, ideológica, económica, etcétera, en*

<sup>18</sup> Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 3a. ed., Siglo XXI, México, 1992, del original *Criminología*, Florencia, 1980, n. 13, pp. 119 y ss.

el tejido social mismo, lo que hace a los miembros de la sociedad diferentes entre sí.

2) *Existen entre estos grupos definiciones distintas, y a veces en conflicto, de lo que es justo e injusto.* Consecuencia de esa diversidad ideológica y cultural, las percepciones valorativas también son diversas y a veces en conflicto. Cada grupo integrante de la sociedad defiende sus propios intereses y cree, por tanto, en sus propios valores.

3) *Existe un acuerdo colectivo y consenso general sobre las reglas que sirven para resolver la conflictividad.* Si bien la sociedad no se integra por consenso, el único acuerdo que prevalece es respecto de la naturaleza técnica de la ley como mecanismo de resolución de los conflictos que se generan como consecuencia lógica de la diversidad. “El acuerdo se expresa a través de un sistema legal como mecanismo de resolución pacífica de los contrastes”.<sup>19</sup>

4) *El sistema legal no es un valor, es un conjunto de reglas neutrales.* Sin favorecer ningún interés, la ley es mera expresión de las reglas para dirimir las controversias. “[...] garantiza sólo que los conflictos entre las personas se puedan resolver sin dañar el interés de la colectividad por una existencia pacífica”.<sup>20</sup>

5) *La ley se legitima por tanto no porque supone la protección de determinados intereses sino porque realiza ella misma el interés superior de dar solución pacífica a los conflictos.* Característica que puntualiza las esbozadas en los puntos anteriores resaltando la neutralidad de la ley en su función primordial: la resolución pacífica de los conflictos.

Así, la sociedad está compuesta de diversos grupos sociales debido principalmente a la presencia, en el mismo tejido social, de componentes raciales, culturales, étnicos, económicos, religiosos, etcétera, que hacen a las personas distintas entre sí.

En resumen, acerca de lo que es justo y de lo que es injusto existen entre estos grupos definiciones distintas y a veces en conflicto. Los diversos grupos creen en distintos valores, sus intereses son diferentes y a veces estos valores e intereses entran en conflicto. Existe un acuerdo colectivo y un consenso general sobre las reglas necesarias para la resolución de la conflictividad, el cual se expresa a través de un sistema legal como mecanismo, por excelencia, de resolución pacífica de los contrastes. El sistema legal, por tanto, no es un valor, sino un conjunto de reglas neutrales. La ley dicta únicamente las

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 20.



reglas del juego y no favorece ningún interés en conflicto; garantiza sólo que los conflictos entre las personas se puedan resolver sin dañar el interés de la colectividad.

El interaccionismo simbólico es la forma de pensamiento sociológico que influye notablemente en el pensamiento criminológico; y parte, precisamente, de esa concepción plural de la integración social. La victimología *liberal*, por tanto, parte de una postura eminentemente interaccionista.

El interaccionismo simbólico surge como consecuencia de los cambios acaecidos sobre todo en la sociedad estadounidense que daban paso a una nueva clase media. La sociedad se reestructuraba, estamos en presencia de una juventud que se rebela y un recrudecimiento de las luchas raciales en Estados Unidos; y se reafirma la presencia, cada vez con mayor fuerza, de una nueva clase media, una nueva burguesía, no tan ligada a la producción sino relacionada con las empresas de servicios.<sup>21</sup> El interaccionismo constituye una respuesta a la crisis de la sociología academicista y a sus innumerables críticas, como expresión de esa nueva clase media. Sus orígenes deben buscarse en los postulados de Jorge H. Mead —a principios del siglo xx—, pero su mayor expresión debe buscarse en diferentes direcciones teóricas, principalmente en los teóricos de la Escuela de Chicago.

En la construcción social de la realidad, desde la postura interaccionista el individuo es activo frente a su entorno y moldeable al mismo. En un proceso inverso, el ambiente es moldeable a su vez respecto del individuo. “El interaccionismo concibe al individuo como activo frente al ambiente y a éste moldeable por el individuo y viceversa; el individuo también es flexible para poder adaptarse al ambiente mismo. La relación entre ambos es de interacción y mutuo influjo”.<sup>22</sup>

En el interaccionismo lo que hay, al final, son procesos de comunicación e intercambio de significados y símbolos, donde el individuo interioriza los estímulos externos y responde —actúa— frente al ambiente, influenciado por esa interacción; todo lo que irá constituyendo su propia personalidad y forma de actuar y conducirse. “[...] pero el proceso mismo, la interacción, se produce en el sujeto, en su interior”.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>22</sup> Julio Carabaña y Emilio Lamo de Espinosa, “Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico”, en *Teoría sociológica contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1978, pp. 277-321.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 281.



Bergalli,<sup>24</sup> al hablar del interaccionismo como fundamental en la teoría de la significación, lo caracteriza de la siguiente forma:

- 1) Los seres humanos buscan ciertas cosas sobre la base del significado que esas cosas tienen para ellos.
- 2) Esos significados constituyen el producto de la interacción social en las sociedades humanas.
- 3) Tales significados resultan tratados y explicados a través de un proceso interpretativo que es utilizado por cada individuo para asociar los signos que él encuentra.

El interaccionismo simbólico tuvo su inmediata repercusión en las teorías criminológicas de la reacción social o del etiquetamiento. Bajo esta percepción se han desarrollado también diversas teorías criminológicas como la de la *asociación diferencial* y las de *criminalidad de cuello blanco*, en las que, influenciados por el pensamiento interaccionista, no se hace otra cosa que percibir que la sociedad está en conflicto y que éste no es causado por un defectuoso estándar cultural de ciertas minorías en desventaja, sino por el choque de los diversos sistemas normativos. La criminalidad es simplemente un comportamiento aprendido por la transmisión social de una cultura criminal.<sup>25</sup>

En el Derecho Penal, el interaccionismo no ha tenido hasta ahora mayor influencia aunque, como lo señala Juan Bustos,<sup>26</sup> es predecible que la tenga con bastante fuerza en el ámbito explicativo de las teorías de la pena, donde evidentemente puede contribuir mucho a su esclarecimiento.

Como señalamos anteriormente, en la corriente ideológica liberal se sigue un modelo pluralista en la concepción de la sociedad, perspectiva en la que la ley existe no porque haya consenso social sino precisamente porque están en desacuerdo.

La Victimología de corte liberal, que sigue ese modelo pluralista, por ende, capta a la sociedad como múltiple y plural, donde conviven grupos con marcadas diferencias y cuyos valores e intereses son diversos y contradictorios. Dicho pluralismo lleva a un acuerdo general y acepta un mecanismo que pueda resolver pacíficamente los conflictos, estableciéndose el sistema legal, que es neutral, y que está por encima de las partes y dirime las controversias.

<sup>24</sup> Juan Bustos Ramírez et al., *El pensamiento...*, op. cit., n. 10, p. 41.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 42.

Así, esta Victimología de corte liberal, *Victimología liberal*,<sup>27</sup> toma el paradigma interaccionista, donde la criminalidad toma relevancia no por la conducta en sí, sino por la respuesta que produce. La conducta criminal y el criminal mismo son los así etiquetados, y, por tanto, el sujeto delincuente también es estigmatizado como tal —criminal, delincuente, desviado, etcétera—. En ese proceso de interacción, entre etiquetador y etiquetado, la víctima también es la así estigmatizada. El aspecto físico: raza, forma de vestir, de hablar, de conducirse; enfermedad, discapacidad, pobreza, nacionalidad, sexo, edad, etcétera, serán factores que evidencien potencial victimización. Se hablará entonces desde esta concepción victimológica de grupos vulnerables,<sup>28</sup> de delincuentes victimizados, de víctimas de la sociedad o del sistema social,<sup>29</sup> entre otros.

Siguiendo a Rodríguez Manzanera, el interaccionismo se considera victimológico, básicamente en conceptos como el de desviación secundaria<sup>30</sup> donde el desviado es considerado una víctima:<sup>31</sup> “Las soluciones que proponen van hacia un mejoramiento progresivo de la sociedad y un sistema de justicia que logre mitigar el sufrimiento humano”.

La tipología victimal reflejo de esta influencia —y que siguió a la propuesta por Mendelsohn— fue la esbozada por Von Hentig en *The Criminal and his victim*.<sup>32</sup> Tal clasificación no pretendía abarcar a todo tipo de víctimas, sino a las más frecuentes;<sup>33</sup> sin embargo, posteriormente en su obra *El delito* (1972), Von Hentig esboza su tipología sobre la base de criterios más amplios.

<sup>27</sup> Así denominada por Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., pp. 25 y ss.

<sup>28</sup> Véase “Grupos vulnerables”, en *ibidem*, pp. 170 y ss.

<sup>29</sup> Véase “Tipologías victimales”, en Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 1a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, pp. 69 y ss.

<sup>30</sup> Lemert es quien desarrolló la *teoría de la desviación secundaria*, distinguiéndola de la desviación primaria que “posee implicaciones marginales para la estructura psíquica del individuo desde que ella no conduce a la reorganización simbólica de las actitudes que tiene en cuenta en sí mismo y los roles sociales”; así, en la *desviación secundaria*, “la persona comienza a emplear su conducta desviada o un rol basado sobre ella, como medio de defensa, ataque o adaptación a consecuencia de problemas encubiertos o abiertos creados como resultado de la reacción social a su desviación primaria”. Roberto Bergalli, *La recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*, SERTESA, Barcelona, 1980, p. 227.

<sup>31</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., p. 26.

<sup>32</sup> Obra referida con anterioridad. Véase “Precursores y primeros estudios”.

<sup>33</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., p. 84.

En la primera categorización referida, Von Hentig clasifica a las víctimas bajo dos posibilidades: *las clases generales y los tipos psicológicos*. En las clases generales ubica sin duda a aquellos que por su condición de vulnerabilidad tienden más a ser victimizados. Así, el joven, la mujer, el anciano, los débiles y enfermos mentales, los inmigrantes, las minorías y los tontos; destacando su condición de debilidad y consecuente posición de desventaja respecto de otros grupos o sectores sociales. En los tipos psicológicos, Von Hentig hace énfasis en los estados psico-emocionales que propician vulnerabilidad; así, el deprimido, el ambicioso, el lascivo, el solitario y el acongojado, el atormentador, el bloqueado, el excluido y el agresivo.

Estos planteamientos sin duda focalizan la condición especial de vulnerabilidad que los convierte en potenciales víctimas. Gente fácilmente victimizada.

En su segunda clasificación, Von Hentig categoriza a las víctimas bajo cuatro criterios específicos, a saber: *los aspectos de orden situacional, los impulsos y eliminación de inhibiciones, la posibilidad de resistencia y la propensión a devenir víctima*.

En *las situaciones de la víctima*, Von Hentig habla de la condición de aislamiento y de proximidad, la primera se refiere a aquellas víctimas que se alejan de la protección natural que brinda la colectividad, tienden a apartarse de las relaciones interpersonales y resultan por ello fácilmente victimizables; la segunda alude a la condición de proximidad excesiva como factor victimógeno; Von Hentig habla de *proximidad condensada* (las multitudes y aglomeraciones) que produce principalmente robos y atentados al pudor; la familiar que produce parricidios, violaciones, incestos, etcétera; y la profesional.

Por *los impulsos y eliminación de inhibiciones de la víctima*, Von Hentig hace énfasis en el deseo de lucro de la víctima, sus ansias de vivir, sus actitudes agresivas y de baja autoestima (sin valor).

Von Hentig habla de *víctima con resistencia reducida* y expone varias categorías: víctimas por estados emocionales, víctima por transiciones normales en el curso de la vida, víctima perversa, víctima bebedora, víctima depresiva, víctima voluntaria.

Finalmente, en su clasificación Von Hentig se refiere a la *víctima propensa*, categorizando a la víctima indefensa, a la víctima falsa, a la inmune, a la hereditaria, a la reincidente y a la que se convierte en autor.

## EL PARADIGMA CRÍTICO

Este modelo de sociedad percibe a la misma como algo en permanente cambio, el cual se da por los conflictos desarrollados en su interior y ve cómo todo elemento de la sociedad contribuye al mismo. Como el paradigma plural de la sociedad, este modelo percibe a la sociedad integrada por grupos diversos y antagónicos; pero se diferencia de la misma al considerar que la razón real de los conflictos está en lucha por el poder, donde quienes lo tienen tratan de mantenerlo y quienes no, tratan de obtenerlo.

Pavarini<sup>34</sup> caracteriza a este modelo de integración social de la siguiente forma:

- 1) La sociedad está compuesta por diversos grupos sociales.
- 2) Existen diferentes definiciones de lo justo y de lo injusto, del bien y del mal.
- 3) Los conflictos entre los grupos sociales ponen cada vez en juego el poder político.
- 4) El interés principal de quien tiene el poder de producir la ley es el de mantener este poder.

Desde esta perspectiva, la sociedad se funda sobre la coerción de algunos de sus miembros sobre los otros. Aquí se destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; por tanto, la ley es vista no como un elemento neutral para la solución de los conflictos, sino como instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses sobre los de los demás. La ley representa sólo los intereses de quienes tienen el poder de producirla, sin ninguna consideración para quienes no tienen ese poder y para los intereses generales. Concibe a un sistema de justicia parcial, no neutro, que protege los intereses de quienes lo administran, quienes están en el poder.

El interés mayor de quienes tienen el poder es el de mantenerlo y acrecentarlo a través de la ley, la que sirve no sólo a los intereses de quien manda, sino que sirve también al interés superior de conservar el poder para quien lo posee. Éste conserva y defiende los intereses de quien lo tiene, definiendo como criminales o desviados

<sup>34</sup> Massimo Pavarini, *Control y dominación...*, op. cit., p. 138.

aquellos comportamientos que entran en conflicto con los intereses del poder mismo.

Así entendida, en la sociedad —compuesta por diversos grupos sociales— existirán diferentes definiciones de lo justo y de lo injusto, del bien y del mal; definiciones que reflejan los intereses de quienes detentan el poder. Así, los conflictos entre los distintos grupos sociales ponen cada vez en juego el poder político entre quien lucha por mantenerlo y quien lucha por conquistarlo; por lo que el interés principal de quien tiene el poder de producir la ley es el de mantener ese poder.

El paradigma crítico tiene una marcada influencia del pensamiento marxista. Los planteamientos de Marx son expresión de la clase proletaria que ha quedado sometida y explotada por la sociedad burguesa. “La lucha de clases, la lucha contra el Estado, la lucha contra el sistema de producción no ha terminado, la Revolución francesa no ha sido suficiente para implantar la libertad, la igualdad y la solidaridad”.<sup>35</sup> No se trata pues de reforma sino de revolución; de la revisión y el cambio de las estructuras del sistema social mismo. Critica el consenso, que desde esta óptica, sólo encubre la realidad social. Desde los planteamientos de Marx se pretende el paso de una sociedad capitalista y explotadora a una sociedad liberadora.<sup>36</sup>

En los procesos de producción, según el pensamiento marxiano, el trabajo constituye la actividad principal por la que los individuos se hacen partícipes. Pero ese trabajo se ha vuelto alienante toda vez que le son ajenos los medios de producción; luego entonces el producto de ese trabajo también le es ajeno. Así, la sociedad se divide en dos grandes clases: la de los poseedores y la de los no poseedores; es decir, la de los que son dueños de los medios de producción y la de los que de lo único que son dueños es de su fuerza de trabajo; lo que los ha empobrecido y dividido.

Tales planteamientos han llevado al razonamiento lógico de que quienes son dueños de los medios de producción son quienes a su vez detentan el poder —económico, en principio—; mismo que se extiende a los demás ámbitos de la vida social; y su actividad “política” se basa en implementar los mecanismos —de tal índole— para mantenerse como tales —poseedores— y detentadores del poder. Los no poseedores de los medios tratarán, pese a la opresión de los

<sup>35</sup> Juan Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento...*, *op. cit.*, n. 10, p. 43.

<sup>36</sup> Juan F. Marsal, *La crisis de la sociología norteamericana*, Península, Barcelona, 1977, p. 117.

otros, de constituirse como poseedores y dejar su calidad pauperada. Así surge la clase de los no poseedores que trabajan para los poseedores que son los dueños de los medios de producción. En tal interrelación una clase queda necesariamente sometida a la otra, lo que origina una lucha entre ambas, donde una pretende mantener su dominación y la otra liberarse. Esto es lo que Marx denominó la *lucha de clases*. La única forma —según Marx— de terminar con esa lucha es mediante el cambio de la estructura social a través de la revolución, donde el modo de producción se transforme de capitalista a socialista.<sup>37</sup> Ello llevará a la desaparición del dominio de unos sobre otros, con la consecuente desaparición de las clases sociales, de la propiedad privada y, definitivamente, de la lucha de clases. Una sociedad igualitaria.

Si bien Marx difícilmente se refirió a cuestiones criminológicas y del delito, su concepción ha sido retomada, entre otros, por los teóricos del conflicto, quienes emiten sus postulados desde la base del pensamiento marxiano. Sostienen la notable evidencia de un derecho de clases, donde la determinación de lo que es criminal la hace la clase en el poder. Así, las teorías sobre la criminalidad, esbozadas al amparo de los postulados de Marx, se fundan en el derecho de clases, en la justicia de clases, en la pauperización, pero en definitiva sobre la base que constituye la estructura económica de la sociedad. Dentro de esta perspectiva se han desarrollado las teorías conflictivas de la criminalidad, en las que el conflicto se coloca en el centro de la dinámica social y es visto como la causa determinante del fenómeno criminal.

En el Derecho Penal el pensamiento de Marx no ha tenido mayor desarrollo; ello se explica, siguiendo a Juan Bustos, por la notable influencia de los postulados del positivismo y de sus principales vertientes, y de la dogmática jurídica con el gran atractivo de sus modelos explicativos brillantemente contruidos, que no ha permitido el surgimiento de modelos alternativos.<sup>38</sup>

Siguiendo el hilo conductor de los planteamientos del marxismo como base del paradigma crítico, la victimología de corte socialista reconocerá, como la liberal, las diferencias sociales de los diversos grupos integrantes del conglomerado social y de sus conflictos de va-

<sup>37</sup> Para lo cual Marx plantea la necesaria dominación política de la clase proletaria sobre la burguesa y en un proceso dialéctico se alcance lo que él denominó socialismo científico.

<sup>38</sup> Juan Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento...*, *op. cit.*, p. 47.

lores, metas e intereses, si bien no ya por el anhelo de una convivencia pacífica, sí por la lucha por el poder. Concebirá así al Estado capitalista como opresor, reflejo de la élite en el poder, que criminaliza conductas y utiliza su sistema penal para la conservación de este poder.

Los postulados victimológicos desde estos planteamientos estarán encaminados primordialmente al cambio de estructuras sociales que mitiguen el abuso de poder y la victimización a través de las “instancias del poder”. Por respeto a los derechos humanos y la consagración de la igualdad. “La victimología socialista [...] acepta un estándar de justicia, y capta al Estado y su sistema de justicia como naturalmente victimizador”.<sup>39</sup>

Si la ley, y el sistema de justicia, son concebidos ya no como expresión de los valores supremos de la sociedad —como en el modelo consensual— ni como un instrumento puramente técnico de resolución de conflictos —como en el paradigma plural— sino como un mecanismo parcial que sirve a los intereses de quienes detentan el poder, para la preservación del mismo, el sistema de justicia penal será eminentemente victimizador, pues reprimirá las conductas que atenten no contra la sociedad misma sino contra la hegemonía en el poder. Serán en consecuencia las clases pauperadas y económicamente menos favorecidas las víctimas, primordialmente, del ejercicio autoritario del Estado; de la opresión y la represión, en suma, las olvidadas por el sistema de justicia.

Reflejo de este paradigma victimológico es la tipología de Elías Neuman en la que si bien se trata, a mi parecer, de una de las más completas tipologías que en Victimología se han ofrecido, en un apartado agrega a las víctimas del sistema penal, que debe reconocerse como influencia de este paradigma crítico.

Sin embargo, es pertinente aclarar que esta tipología incluye las influencias de todos los paradigmas victimológicos y no sólo el crítico, lo que nos permite robustecer el argumento de que estos modelos o paradigmas muestran la evolución de la disciplina y la actual amplitud en su objeto de estudio.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología...*, op. cit., p. 26.

<sup>40</sup> Si bien todas las clasificaciones pretendieron aportar cierta utilidad tanto a nivel de dogmática penal como en materia de política criminal, lo cierto es que poco han trascendido en realidad. Si bien empecinadas por encontrar el factor victimal desencadenante del delito, está claro que pocas son las referencias legislativas a este respecto, y las que hay no parten ni obedecen a clasificación alguna. Por otra parte sí existen políticas claras en materia de prevención victimal, aunque también dudamos que las mismas tengan como punto de referencia a alguna de las tantas



Así, por la amplitud de posibilidades previstas en devenir víctima, Neuman agrupa tales posibilidades en cuatro categorías.

Elías Neuman,<sup>41</sup> como él mismo lo señala, esboza una clasificación más moderna y dinámica, cuya característica esencial estriba en que no es ni podría ser exhaustiva. Con lo que pretende abarcar a todo tipo de víctima.

Divide a las víctimas en individuales, familiares, colectivas y sociales o del sistema social. Las primeras —individuales—, las clasifica atendiendo a su actitud victimal, ya sea culposa, dolosa o sin actitud victimal.

Las víctimas individuales sin actitud victimal son aquellas que nada tienen que ver en la génesis del hecho punible, es decir, son víctimas inocentes. No así las víctimas con actitud victimal culposa, donde resultan provocadoras, cooperadoras o solicitantes. También encuadran aquí las de legítima defensa; sin embargo, no hay intención mas sí responsabilidad. A su vez, las víctimas de actitud dolosa mucho tienen que ver en la génesis y comisión misma del delito; encuadran dentro de ellas las víctimas por propia determinación, que sería el caso del suicidio, e incluso, los propios delincuentes en casos específicos como sería el defraudador defraudado, por ejemplo.

Dentro de las víctimas familiares encuadra a los niños golpeados y explotados económicamente, como por ejemplo, trabajo, instigación a robar, etcétera; a las mujeres maltratadas e incluso a los delitos que se dan en el ámbito conyugal. Este tipo de delitos del orden familiar escasamente llegan a conocimiento de las autoridades, por lo que tal vez constituyen el grueso de la denominada cifra negra de la delincuencia. Es prudente comentar que los menores golpeados constituyen un hecho reiterado en nuestro tiempo y se trata de una forma de victimización que engendra grandes resentimientos y desequilibrios emocionales que conducen frecuentemente a la delincuencia.

A las víctimas colectivas las clasifica de cuatro maneras:

1) *La comunidad como nación*, encuadrando dentro de éstas las de alta traición, rebelión, sedición, levantamientos y de toda forma de conspiración para derrocar a un gobierno legítimamente constituido.

2) *La comunidad social*, incluyendo dentro de esta categoría a las víctimas por terror subversivo, genocidio, etnocidio, los llamados

tipologías victimales, pues en definitiva el énfasis se ha hecho en general respecto de grupos vulnerables, esto es, personas que por su condición —sobre todo física— tienden a ser fácilmente victimizadas.

<sup>41</sup> Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., pp. 68 y ss.



delitos de cuello blanco como el fraude bancario y el financiero, polución en la atmósfera, falsificación de medicamento, tráfico internacional de drogas, fraude con planos urbanísticos, abuso de poder gubernamental, ocultación de beneficios por funcionarios, etcétera.

3) *Determinados grupos comunitarios por medio del sistema penal*, que se refiere, en general, a las deficiencias del sistema penal en la impartición de justicia y afectación de quienes, en su actuar, involucra. Dentro de él engloba situaciones como detenidos en sede policial que son maltratados, torturados o simplemente se les da un tratamiento cruel, también el exceso de detenciones preventivas, las dificultades para la reparación del daño, etcétera.

4) *Víctimas de la sociedad o del sistema social*, donde se refiere a aquellos grupos que por su vulnerabilidad están más propensos a devenir víctimas. Incluye a niños maltratados, enfermos, minusválidos, locos, ancianos, desvalidos sociales, minorías étnicas, raciales y religiosas, homosexuales y algunos casos de accidentes de trabajo.

Son de destacar los rubros de víctimas familiares y de víctimas de la sociedad o del sistema social; el primero por el hecho —como él específicamente lo señala— de ser el ámbito familiar donde la violencia es más evidente, pero a la vez poco denunciada y por tanto poco atendida; y el segundo por constituir de sí ya un grupo de sí victimizado, amén —y ello no lo señala Neuman en su clasificación— de estar altamente expuestos a su victimización —sobrevictimización—.

Por último señala a las víctimas de la sociedad o del sistema social, encuadrando aquí a los enfermos, minusválidos, locos, ancianos, desvalidos sociales, minorías étnicas, raciales y religiosas, homosexuales y algunos casos de accidentes de trabajo, entre otros.

Desde la óptica de Neuman, es evidente que el campo victimológico es por demás amplio; de hecho, a decir de muchos victimólogos, la Victimología como disciplina tiende a captar, estudiar y atender toda posibilidad de devenir víctima. Lo cual implica, sin duda, que el campo de acción de la Victimología debe ser por demás extenso y, por supuesto, multidisciplinario.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Las tipologías aludidas sirvieron de pauta para el esbozo subsecuente de muchas más; las que sin embargo, como éstas, no gozaron de un criterio perfectamente claro y homogéneo que sirviera para algo más que fines ilustrativos. Destacan las de Luis Jiménez de Asúa, "La llamada Victimología", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología* 1, Omeba, Buenos Aires, 1961; Fattah, "Victimologie: tendances recentes", *Criminologie*; Castelli, "Regards sur la victime", *Revue de Criminologie*, vol. 13, núm. 1, Montreal, 1980, y Lola Aniyar de Castro, *Victimología*, Universidad de

En conclusión, dependerá de la tendencia ideológica del autor — victimólogo— el cómo se defina a la víctima, a la Victimología y la manera en que se estructuren los mecanismos de prevención, protección y atención. Hay, por tanto, una dependencia recíproca que orientará definitivamente tales concepciones e incluso acciones.

Luego entonces, la Victimología, como la Criminología, no puede ser una ciencia autónoma en la medida que no tiene un objeto de estudio perfectamente definido, no procede sobre la base de la aceptación de paradigmas comunes y aun menos con un mismo método.

La Victimología fue acusada —con o sin razón— de culpar a la víctima, de insistir sobre su papel y de haber exagerado su contribución en la génesis del crimen. Ello probablemente le ha generado muchos detractores; sin embargo, tenemos aquí un problema en común: *la criminalidad*, que causa desorden social y lesiona bienes jurídicos; tal problema debe ser atendido, no importa a la luz de qué disciplina y si ella está o no reconocida plenamente en el mundo de las ciencias.

Es por ello que he querido mostrar un panorama general del desarrollo del pensamiento victimológico, desde su aparición hace unas cinco décadas, tocando ciertos temas y puntos que a nuestro juicio resultan de interés, hasta nuestros días, pero vinculando siempre tal análisis a las formas de pensamiento que han permeado el saber criminológico; porque victimólogos o no, tienen un objetivo en común. Considero que las posturas de fin de milenio deben enfocarse, primordialmente, al análisis del funcionamiento de las instituciones encargadas de impartir justicia. Son éstas, en el desenvolvimiento de su función quienes parecen —porque así lo señalan los estudios— victimizar a quienes entran en su contacto. No pensemos en inflar más nuestros códigos; parecen ser algunas instituciones las que debieran cambiar y reestructurarse para mejorar. No puede un sistema penal como el nuestro producir más víctimas de las que protege. La solución obviamente aún no se encuentra, pero serán los estudios y las disertaciones sobre el tema, más la implantación de medidas propositivas, respetuosas de la condición humana, las que tendrán que dar una luz en el devenir victimológico y, consecuentemente, en una mejor impartición de justicia.

En la actualidad la gama de estudios sobre Victimología es sumamente amplia, no tan sólo dogmáticamente, sino que también han surgido diversas legislaciones en distintos países que regulan programas de asistencia y compensación a las víctimas de los delitos.<sup>43</sup>

Zulia, Venezuela, 1969.

<sup>43</sup> Los trabajos de la doctora María de la Luz Lima Malvido, *Modelo de atención*

Estos programas aparecieron en la década de 1960 en algunos países anglosajones, concretamente en Inglaterra en 1964, y han sido difundidos por otros países. Las encuestas de victimización, por ejemplo, se han convertido en un instrumento fundamental para el criminólogo, pues le permite conocer muchos aspectos de la delincuencia, como tendencias, motivaciones, etcétera, de manera por demás fidedigna.

No se deben, por tanto, desdeñar los trabajos en Victimología, sobre todo por lo que sus aportes pueden contribuir al control de la criminalidad. Por ello la importancia e interés de la Victimología en la actualidad.

#### LA DISPERSIÓN EPISTEMOLÓGICA DE FIN DE SIGLO Y LA CONCEPCIÓN DE LA CRIMINALIDAD

En la dispersión epistemológica de fin del siglo xx, tres corrientes de la criminología crítica en los últimos 20 años han tratado de dar respuesta a la pregunta de ¿qué debe hacerse? Y en estas respuestas enraízan la forma en que cada una de estas corrientes ha conceptualizado la realidad. Estas tres corrientes, *abolicionismo*, *realismo de izquierda* y *garantismo penal*, representan de forma caricaturesca tres mundos bien definidos: el de los Países Bajos y Escandinavia por un lado; el contexto anglo-americano por otro y desarrollos como el de Italia y España en tercer lugar. Y son herencia, sin duda, de la influencia que la teoría social tuvo en Criminología.

De igual manera en la que venimos haciendo nuestro estudio victimológico, analizaré ahora cómo es que estas corrientes criminológicas perciben el fenómeno criminal, para después intentar ubicar el papel que las víctimas guardan desde su singular perspectiva.

A finales de la década de los sesenta y principios de los setenta, surge una corriente de pensamiento conocida como “nueva”, “crítica” o “radical”, desafiando los paradigmas que entonces dominaban la Criminología; fue fundamentalmente una respuesta al dominio positivista, representó la inversión del paradigma y significó sin duda un ataque fuerte contra aquellas explicaciones, nociones y planteamientos tradicionales sobre el delito: el consenso de valo-

*a víctimas en México* (Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, México, 1995), y su *Serie Victimológica* (núm. 1, Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, México, 1993), muestran con claridad los mecanismos y tendencias de atención a víctimas en nuestro país; su lectura debe ser indispensable cuando se aborde la temática.

res fue remplazado por el pluralismo; la determinación del comportamiento humano por la concepción voluntarista del libre arbitrio; la patología por diferencias de normalidad.

La nueva criminología comienza criticando algunas difusas explicaciones radicales del delito, como las posiciones relativistas, idealistas y deterministas, lo cual sentó las bases de lo que se conoce como el enfoque realista de izquierda.

Así, el delito no era una mera etiqueta, sino el producto del individualismo competitivo, algo determinado; no una actividad de gente viviendo en el ocio, sino en el mundo del trabajo; no algo sólo mitificado por las estadísticas y la ideología, sino reflejando necesidades reales, miedos justificados; no una auténtica expresión de pluralismo, sino un acto que daña intereses más o menos condensados (vida, propiedad, etcétera); no un ataque contra los poderosos, sino una actividad en gran medida intra-clase en su objetivo, impacto y distribución.

El delito es realmente un problema y, por tanto, produce víctimas reales en el seno mismo de las clases más vulnerables de la sociedad. La realidad del delito puede ser la realidad del sufrimiento humano y del fracaso personal. El delito está focalizado tanto geográfica como socialmente. El delito no es una actividad de los “Robin Hood” modernos, la vasta mayoría de los delitos de la clase trabajadora tienen lugar dentro de ella. Su esencia es *intra* y no *inter* clasista. El delito es un símbolo poderoso de la naturaleza antisocial del capitalismo y es la forma más inmediata en que la gente experimenta otros problemas, como el desempleo o el individualismo competitivo. “Es una reacción injusta a una experiencia de injusticia”.<sup>44</sup> Luego entonces el delito no es una forma de rebelión política.

El realismo, en su intento por separar realidad de fantasía, enfrenta a la opinión popular sobre el delito: las fantasías sólo ocurren donde no existe experiencia concreta. Ve las causas de la conducta delictiva en la privación relativa: la gente experimenta un nivel de injusticia en la distribución de los recursos y utiliza medios individualistas para intentar salir de esa situación; así, el delito involucra política, en cuanto que es ésta la que determina las condiciones sociales que causan el delito. La importancia política del delito consiste en que, descontrolado, divide a la comunidad trabajadora y funda moral y materialmente las bases de su desorganización.

<sup>44</sup> Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, “La Criminología crítica y la construcción del Delito”, en *Delito y Sociedad*, año I, núm. 2, CINAP, Buenos Aires, 1992, p. 40.

El papel de los criminólogos es debatir sobre las prioridades en materia de delitos: no es hacer eco ni inventar los problemas de la gente. El papel del realismo es situar el problema dentro de su contexto social.

Así, el *realismo de izquierda* ofrece un enfoque diferente de análisis de los procesos a través de los cuales se construye el delito, enfoque que evita un exceso de idealismo. Así también, a la Victimología le da un enfoque radical contrario al idealista y pietista del que hemos estado hablando en estas páginas. Según el *realismo*, todas las teorías criminológicas anteriores han sido parciales, es decir, sólo enfocaron una parte del “cuadro del delito”,<sup>45</sup> ya sea el Estado (teoría del etiquetamiento), la sociedad (teoría del control), el delincuente (positivismo), o la víctima (Victimología). Uno de sus principales objetivos es brindar un análisis en todos los niveles y desarrollar una gama de recomendaciones políticas en torno del mismo. Expresa así un compromiso crítico, intentando desarrollar un análisis razonado y coherente que reconozca la solución de los problemas con la mejora en la distribución de los servicios y con el desarrollo de un sistema de justicia criminal más equitativo, sensible y responsable.

Esta tendencia teórica exalta la calidad de “vulnerables” de ciertos sectores sociales, por razones principalmente de pobreza y de marginación. Es evidente así la influencia del enfoque marxista, y su influencia no podría dejar de observar una preocupación: las condiciones de justicia social hacen que los marginados sean en sí, víctimas de su propia condición; víctimas del sistema social.

En el *garantismo*, por su parte, la definición del delito tiene que ser aquella aportada por el derecho en el que la Constitución y el Código Penal son las referencias centrales.

El delito es sólo una clasificación jurídica y no moral o antropológica. Estas cuestiones aparecen antes, y a la hora de definir qué conductas deben criminalizarse. Las consideraciones morales y políticas forman parte de la legitimación externa del derecho, pero una vez creada la norma, su aplicación sólo debe responder a la razón jurídica.

Una definición garantista del delito implica tres niveles de garantías:

- 1) Las garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado.
- 2) Las garantías de las víctimas que deben satisfacerse ante el daño causado por el delincuente.

<sup>45</sup> Roger Matthews y Jock Young, “Reflexiones sobre el realismo criminológico”, en *Delito y Sociedad*, año II, núm. 3, CINAP, Buenos Aires, 1993, pp. 13 y ss.

3) Las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular.

Un “Estado de Derecho” como el nuestro es un sistema basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. Su democracia debiera ser entendida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos. Todo ello obedeciendo a un principio de legalidad que somete el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales que vigilan la “estricta legalidad” en la actuación de sus funcionarios.

Desde esta perspectiva y dentro de una amplia concepción de lo que es víctima, se percibe al sistema penal como eminentemente victimizador, y a los capturados, procesados y sentenciados como víctimas de dicho sistema; la víctima, por tanto, tendrá que ser tratada dentro de un marco estricto de legalidad, que le garantice el goce y la protección de sus derechos fundamentales.

Finalmente, el *abolicionismo penal*, con sus diversos matices, busca algo muy concreto: la lisa abolición del sistema penal. Los abolicionistas rechazan la definición del delito, o mejor dicho, lo definen por su negación. Reconstruyen la definición del delito para crear otra mucho más útil para su perspectiva; para ellos, el delito no tiene realidad ontológica, sino que es una construcción de la política criminal. La criminalización es uno de los muchos modos de producir realidad social. Es una construcción, un producto, un mito. Para algunos de ellos el concepto de reparación o compensación llena los requisitos conceptuales necesarios y proporciona una alternativa a los conceptos de delito y de pena. La justicia criminal no puede hacer nada positivo en la resolución de los conflictos personales, de las situaciones problemáticas y ni siquiera brindar protección social.

El concepto central del abolicionismo es el de la reapropiación del conflicto (por la víctima, pues ese conflicto ha sido apropiado por el sistema penal y sus agencias: policía, justicia y cárcel). Los abolicionistas insisten por la implementación de instrumentos de sustitución penal; a saber: el de compensación o mediación entre víctima y ofensor; y tal “compensación” pasaría a regirse por las normas propias del Derecho Civil.

Se critica a los abolicionistas de idealistas; de si se trata de abolir el Derecho Penal o criminalizar el Derecho Civil; de si ello significaría

el regreso a los trabajos forzosos; de si abolir el Derecho Penal no supondría abolir también las garantías del mismo; y, de que, finalmente, es una propuesta que no parecería tener cabida en sociedades de alto índice de conflicto social.

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

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

TERCERA PARTE

EL SISTEMA PENAL  
Y SUS VÍCTIMAS



## V. CONTEXTO DEL SISTEMA PENAL

CONSIDERO OPORTUNO, antes de entrar de lleno en el tema citado, hacer una breve anotación respecto del modelo de Estado dentro del cual México se encuentra enmarcado, para posteriormente analizar el marco legal sobre el cual su sistema penal, con sus respectivas instancias de control (policía, jurisdicción y establecimientos penitenciarios), fundamenta su actuación.

Cuando en Teoría del Estado se habla de modernidad, se hace alusión a aquella forma de organización política que con sus diversos matices se vive desde hace más de 200 años. Su origen habrá de buscarse principalmente en los postulados filosóficos de los pensadores “ilustrados” que poco a poco fueron, de alguna manera, estableciendo las bases sobre las cuales se sustentó el Estado moderno. Tales postulados en principio se constituyeron como sendas manifestaciones en contra del antiguo régimen y las prácticas imperantes, de la forma de producción y repartición de la riqueza y de la concepción misma del hombre. Aunado a tales postulados se conjugaron acontecimientos sociales cuya relevancia trascendió en el cambio de instituciones y de organización política.

D'lambert, J. J. Rousseau, Montesquieu, Condillac son sólo algunos de los filósofos ilustrados que con su pensamiento influyeron decisivamente en la transformación de las ideas políticas; y, sin duda, es César Benesana, Marqués de Beccaria, quien hacia 1764 fincó las bases del Derecho Penal de la modernidad, con la publicación de la obra que le inmortalizara: su *Tratado de los delitos y de las penas*.<sup>1</sup> Obra que pronto influyó en las legislaciones penales de toda Europa con

<sup>1</sup> A los 26 años de edad Beccaria había ya terminado el manuscrito de la obra que le inmortalizó. Sin embargo, el temor a las represalias de los frailes fanáticos y a las consecuencias que podría acarrearle el honor de haber hecho una obra tal, detuvo su publicación. La obra, tras su publicación, fue difundida con rapidez por Europa y acogida por otros filósofos ilustrados. Pronto su obra se reprodujo influyendo en muchas de las legislaciones nacientes de la época. En la actualidad la obra se sigue editando en muchos países, pues constituye la principal referencia de lo que serían las bases del Derecho Penal moderno. La referencia bibliográfica de la obra de Beccaria utilizada para esta investigación es: *Tratado de los delitos y de las penas*, 6a. ed., Porrúa, México, 1995.

sus postulados y sobre todo sirvió para que saliesen a la luz multitud de obras con el mismo objeto.

La formulación pragmática de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, en el marco de una concepción liberal del Estado y del Derecho, se basaba en un principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número, y en las ideas del contrato social y de la división de poderes:

1) La base de la justicia humana es la utilidad común; la idea de utilidad emerge de la necesidad de mantener unidos los intereses particulares por sobre los conflictos generados por lo que Rousseau concibió como el *estado de naturaleza*.

2) Del principio utilitarista de la máxima felicidad del mayor número y de la idea del contrato social se sigue que *el criterio de la medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica, mientras la exclusión de la pena se hace derivar por Beccaria de la función misma del contrato social, con la cual ella contrastaría lógicamente, ya que es impensable que los individuos pongan espontáneamente en el depósito público no sólo una parte de su propia libertad, sino su existencia misma*.

3) De la idea de la división de poderes y de los principios humanitarios iluministas se deriva, enseguida, la negación de la justicia de gabinete, propia del sistema inquisitivo, la negación de la práctica de la tortura, así como la negación de la idea de salvaguardar los derechos del imputado por medio de la actuación de un juez obediente, no al ejecutivo, sino a la ley.

En conclusión, cuando se habla de instituciones públicas —e incluso privadas—, éstas deberán responder a los principios que estructuran y dan vida al Estado moderno. Y las instituciones de cualquier otra época deberán a su vez ser estudiadas al amparo de la ideología política entonces imperante. Por tal razón se habla de Derecho Penal moderno. Así, al hablar de sistema penal, se hace referencia a aquel que se estructura, evidentemente, a la luz de la modernidad. “Las ideologías y los movimientos políticos crean realidad. Conformen, interrelacionados con otros factores, las actitudes y los comportamientos históricos de los individuos en sociedad”.<sup>2</sup> Por ello la comprensión de tales fenómenos —políticos e ideológicos— es im-

<sup>2</sup> Joan Antón Mellón, *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 11.

prescindible para sociólogos, politólogos, historiadores, juristas y cualquier investigador social, por la proyección social que los mismos implican en el ámbito que les interesa.

Por ello, si bien se habla de modernidad, las muy diversas formas en que la misma se evidencia en los diferentes países del mundo obligan a un análisis más focalizado de cada forma de Estado moderno y su sistema jurídico sobre el cual se funda y estructura. Es por eso que además de hacer alusión al Estado moderno, hay que referirse necesariamente a la tradición jurídica a la que cada Estado —y su sistema penal— responde.

Así, México, como la mayoría de los países de América, y parte de los europeos,<sup>3</sup> responde a una tradición jurídica que se ha identificado como *continental*, de tradición romano-germánica. Las características de tal sistema jurídico se reflejan necesariamente en las instituciones públicas e incluso privadas que le dan forma y el sistema penal no escapa a ello.

#### EL ESTADO MODERNO. CARACTERÍSTICAS

A pesar de las múltiples diferencias, el Estado moderno puede ser estudiado al amparo de un sinfín de analogías que a su vez permitirán su contraste con formas de organización social premodernas. Con riesgo de ser omiso, tales constantes se evidencian —salvo algunas reminiscencias— en todos los aspectos de la vida social; “en el mundo moderno el Estado influye hasta en lo más íntimo de nuestras vidas privadas”.<sup>4</sup> Así, la familia, la educación, la economía, las relaciones laborales, las comunicaciones, etcétera, se encuentran influidas por la forma de gobierno que rige en este país.

Siguiendo a Crossman,<sup>5</sup> las notas comunes que más caracterizan la vida del Estado moderno son, en principio, *la industrialización*, pues el sistema de fabricación para la producción en masa es un rasgo distintivo de la modernidad; *los medios de comunicación*, que, su sola enumeración, basta para llevarnos a la misma conclusión; y *los modos de diversión y recreo*: el cine, la televisión, la radioaudición, los juegos de azar, el baile, las novelas policiacas, son comunes en

<sup>3</sup> En este sentido Italia, Alemania, Francia y España, entre otros, responden a esta tradición jurídica.

<sup>4</sup> R. H. S. Crossman, *Biografía del Estado moderno*, 3a. ed., FCE, México, 1974, p. 18.

<sup>5</sup> *Idem*.

todo el mundo. El hecho es el mismo, a pesar de las diferencias entre nuestros Estados modernos existe una civilización común que la distingue de cualquier sistema social premoderno.

Pero los inicios del Estado moderno y los principios que le sirvieron de base, se deben buscar en el liberalismo clásico, producto del conjunto de ideas formuladas principalmente durante los siglos xvii y xviii en contra del poder absoluto del Estado y de la autoridad excluyente de las Iglesias y en contra de los privilegios político-sociales existentes, con el fin de que el individuo pudiera desarrollar sus capacidades personales y su libertad en el ámbito religioso, económico y político.

El tipo de Estado característico de la época moderna y, de manera más precisa, de la organización política que se originó históricamente en el mundo al tratar de llevar a efecto los postulados de la Revolución francesa de 1789, es el que se conoce como “Estado de Derecho Liberal-Burgués”.

Así, la reivindicación de la libertad y de la autonomía del individuo requirió de un orden político que las reconociera y garantizara, y en ello, el Derecho cumplió una función esencial, lo que desembocó, finalmente, en la reclamación de una Constitución escrita que organizara el poder político y a su vez lo limitara, por el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos.

Quizá la mejor manera de caracterizar el Estado moderno —para la mejor comprensión de los principios que rigen a sus instituciones— sea determinando a la forma de Estado de Derecho Liberal-Burgués, fruto del pensamiento liberal clásico.

Así, el Estado moderno se caracteriza —siguiendo a Porrúa Pérez—<sup>6</sup> por:

- 1) Una misión de tutela, desprovista de toda facultad positiva.
- 2) Se reconocen los derechos fundamentales inherentes a todo individuo: principalmente la libertad y la igualdad —una igualdad natural por la que el hombre, como ente individual en sí, como ser compuesto de materia y alma inmortal, es absolutamente igual a cualquier hombre que haya existido, exista o pueda existir—.<sup>7</sup>
- 3) Se sustenta en una ideología democrática, basada principalmente en: la división de poderes,<sup>8</sup> que evita la concentración del

<sup>6</sup> Francisco Porrúa Pérez, *Teoría general del Estado*, 24a. ed., Porrúa, México, 1991, pp. 323 y ss.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Darío Melossi, *El Estado del control social*, 2a. ed., Siglo Veintiuno, México, 1992,

poder en un solo órgano o individuo; el sufragio universal, por el que los ciudadanos dan a conocer la opinión en la designación de los gobernantes por medio del voto. El liberalismo abolió los antiguos principios y universalizó el voto;<sup>9</sup> los partidos políticos, consecuencia de la natural divergencia de la opinión de los hombres; y los grupos de presión, a quien Porrúa Pérez concibe como “diversos grupos sociológicos que se unifican en torno a determinados intereses que los aglutinan y procuran decisiones del gobierno en defensa o ayuda de esos intereses”.<sup>10</sup>

### LA FAMILIA JURÍDICO-CONTINENTAL

Hablar de familia romano-germánica o continental resulta hasta cierto punto impreciso; y matizar puntualmente cómo se ha caracterizado el derecho de la familia *neo romanista*<sup>11</sup> excede en mucho las pretensiones de este apartado. Baste con algunas caracterizaciones que muestren las pretensiones de esta argumentación. En tal familia jurídica su Derecho Privado mostraba claras huellas de Derecho Romano y se basaba para encontrar las soluciones a sus litigios sobre todo en el Derecho legislado y la doctrina generalmente aceptada.<sup>12</sup> De la influencia romanista en el siglo pasado es producto la codificación napoleónica, cuyos modelos y esquemas fueron retomados por las legislaciones de los países —de origen principalmente hispánico— afines a tal cultura jurídica. La influencia de la codificación napoleónica se extendió también a algunos estados de la Confederación Alemana en el siglo pasado.

Si bien el Derecho romanista fue de corte eminentemente privado, cuya influencia es evidente en el desarrollo de ejemplares instituciones de Derecho Civil y Mercantil, nuestro Derecho Penal en gran medida, también influenciado por la codificación napoleónica, responde en mucho a los postulados de la familia jurídica dentro de la cual se ha desarrollado, cual es la de tradición romanista.

pp. 39 y ss.

<sup>9</sup> Francisco Porrúa Pérez, *Teoría general...*, op. cit., n. 147, pp. 264 y ss.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Así referida por Guillermo F. Margadant, *Los sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM, México, 1996, pp. 22 y ss., obra que recomiendo si es que se quiere profundizar en el tema (en el reconocimiento de que nuestro querido maestro emérito no necesita recomendación).

<sup>12</sup> *Idem*.

FORMALISMO Y LEGALIDAD: NOTAS COMUNES  
DE LA TRADICIÓN JURÍDICO-CONTINENTAL

Por el carácter formalista de esta cultura jurídica continental, la determinación de cuándo, cómo y mediante cuáles instrumentos comienza a actuar el sistema penal sólo puede nacer de los principios que, en las sociedades desarrolladas de Occidente, prescribe toda Constitución de los Estados democráticos de Derecho. Tales principios están luego desarrollados por las leyes penales, las policiales, las procesales-penales y las penitenciarias, por citar aquellas partes de los ordenamientos jurídicos que se relacionan con las instancias centrales de la intervención de aquel sistema penal. Todo ello en función de un principio capital de la cultura jurídica continental en el campo penal: el conocido como *principio de legalidad*.

Entre *formalismo* y *legalidad* existe entonces una relación muy estrecha en la cultura jurídica continental, y aunque la primera (formal) ha dado lugar a diferentes excesos en el estudio de la dogmática del Derecho por su exagerado apego a la “letra de la ley” en el ámbito de lo que se conoce como *iuspositivismo* o positivismo jurídico, lo cierto es que esa relación ha permitido afirmar la denominada forma *Estado de Derecho*.<sup>13</sup>

La plena realización de la legalidad como sustento teórico del Estado de Derecho únicamente se ha concretado en lo que se conoce como Estado moderno. Y ella influirá en el despliegue de toda actividad institucional del Estado, en estricto apego al mandato de ley; lo que se traduce en una prohibición tajante para los servidores públicos de realizar actos de autoridad que excedan los límites que el propio marco legal establece.<sup>14</sup>

El formalismo jurídico se despliega a la luz del positivismo jurídico, del que se pueden distinguir tres aspectos fundamentales:

1) No incluye consideraciones de tipo teleológico. Positivista es el que adopta frente al Derecho una actitud no valorada, o estimativa. El Derecho positivo se aplica al orden vigente en determinada socie-

<sup>13</sup> Asimismo, aunque existen profundas diferencias entre la cultura del *common law* y la jurídica continental, lo cierto es que la legalidad de la que se habla como idea reguladora del “buen gobierno” por excelencia está representada en la tradición británica por el principio de la “supremacía de la ley” o *Rule of law*.

<sup>14</sup> En sentido contrario, *legalidad* implica para todo gobernado la posibilidad de realizar todo aquello que la ley no le prohíba.

dad, o sea al conjunto de preceptos creados de acuerdo con reglas preestablecidas. (El positivista no reconoce que el Derecho sea ideal, surgido de la naturaleza o de la razón, no; simplemente niega que éste sea Derecho en el mismo sentido que el positivo).

2) Representa una concepción específica que liga al Derecho con la formación de un poder soberano, capaz de establecer y aplicar sanciones.

Caracterización que descansa en tres principios:

a) Toda decisión judicial presupone la existencia de los preceptos que aplica.

b) Tales preceptos son formulados por el Estado.

c) El conjunto de los derechos que el poder político crea y hace cumplir constituye una unidad.

3) El Derecho por sólo existir es un valor positivo, es decir que por emanar de la voluntad soberana, es justo y válido él mismo. (Habida cuenta de la forma en que el Derecho es establecido e impuesto, y del fin a que sirve sea cual fuere su contenido, tiene por sí mismo un valor positivo y sus prescripciones deben ser incondicionalmente acatadas). “Los creadores del Derecho vigente no pueden, sin debilitar su propia autoridad, reconocer que sus leyes no son siempre justas.”

En consecuencia y en un esfuerzo de síntesis, el formalismo en nuestra tradición jurídica ha sido caracterizado de la forma siguiente.

1) *La concepción formal de la justicia.* Es justo lo conforme a la ley e injusto lo que se aparta de ella (formalismo ético). Se trata de una concepción legalista de lo justo. A esta concepción de la justicia se le agrega el calificativo de formal porque, de acuerdo con ella, acto justo es el de cumplimiento de la ley, y hombre justo es el que observa su propia obligación, sin preguntarse por la naturaleza o el fin de la misma. (La justicia de un acto, visto así, depende de que se ajuste o no a un patrón de conducta).

2) *El Derecho como simple producción formal.* Se refiere a las teorías que conciben el Derecho como forma (generalmente constante) de un contenido (generalmente variable). Serán jurídicas, y por tanto válidas, aquellas normas que obedezcan a un procedimiento de formación establecido por la ley misma (proceso legislativo).

3) *La ciencia jurídica en sí, como disciplina formal.* Se trata de saber que no tiene por objeto fenómenos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos, y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias de la naturaleza, sino la construcción, y en última instancia, el sistema. Las investigaciones de este tipo se comprenden cuando se advierte que su objeto no es ni la explicación causal ni la teleología de un instituto, sino la determinación de un *status* normativo.

4) *El que se refiere a la interpretación.* Se examina desde el punto de vista del método hermenéutico, en cuanto a la tarea atribuida al intérprete. En cuanto al método, el formalismo antepone la interpretación lógica-sistemática a la histórico-teleológica; en cuanto a la función del hermeneuta, formalista es la doctrina que atribuye al juez un poder meramente declarativo del sentido de los textos.

Es por ello que el estudio del sistema penal —de México y de todos los países que responden a una tradición como la nuestra— debe necesariamente realizarse al amparo de los principios que rigen la vida de la forma de Estado imperante, esto es, del Estado moderno. Y debe asimismo atender a la tradición jurídica también imperante.



## VI. NOCIÓN DE SISTEMA PENAL

### CONSIDERACIONES PREVIAS

Difícilmente la noción “sistema penal” es llevada al análisis académico, más en el ámbito europeo, no así en el nacional. Si bien pudiera considerarse como una referencia obvia y normal, su significado requiere de ciertas precisiones que le dan contenido. Con frecuencia escuchamos concepciones que suelen utilizarse como sinónimos para referirse a aquella maquinaria del Estado que ejerce el control penal, tales como: sistema jurídico penal, sistema de justicia penal, instancias del control penal, etcétera. Y en muchas de ellas va implícito el vocablo *sistema*. Pero la noción de *sistema* también se suele encontrar comúnmente referida a una diversidad de aspectos que no precisamente tienen que ver con el mundo del Derecho: *sistema social*, *sistema cultural*, etcétera. Pero, ¿qué implica tal noción?, ¿cuál es su origen?, abundemos al respecto.

Evidente resulta que el vocablo *sistema* responde a una tradición más bien sociológica y no jurídica, por lo que al hablarse de sistema penal existe una traspolación respecto de su origen. Por ello, quizá lo más prudente —y obvio— sea buscar los orígenes del empleo de la palabra *sistema* en los orígenes mismos de la disciplina que la emplea.

#### *Acerca de la noción de sistema*

Sistema “es un entrelazamiento de hechos que se influyen recíprocamente de modo tal, que cuando uno de ellos sufre una variación, los demás padecen una transformación correlativa”.<sup>1</sup> Para Eduardo Sánchez Andrade,<sup>2</sup> sistema es “un conjunto de unidades que por su vinculación recíproca pueden ser identificados globalmente como una unidad mayor”. De manera por demás sintética, Bertalanffy L. define al sistema como “un complejo de elementos ínter actantes”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> David Easten, citado por Eduardo Sánchez Andrade, *Introducción a la ciencia política*, Harla, México, 1983, p. 35.

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> L. Bertalanffy, *Teoría general de los sistemas*, FCE, México, 1976, p. 56.

*El sistema social*

Se atribuye a Augusto Comte la “paternidad” de la Sociología, a la que dividió en la ciencia del orden y ciencia del progreso social.<sup>4</sup> Los planteamientos de Comte, de corte positivista, fundamentaron al orden social bajo el principio de la distribución de funciones y la división del trabajo; y al progreso social lo caracterizó como el resultado de la creciente especialización de funciones y de las tendencias paralelas de la adaptación al sistema. La preocupación por el orden y el progreso nunca terminaría. Los planteamientos subsecuentes en teoría sociológica y, concretamente en Criminología, tuvieron tal preocupación como su común denominador. Así, Spencer y su Organicismo social, Robert Merton y su Estructural Funcionalismo, o los planteamientos del interaccionismo o de los marxistas, constituyen vastos ejemplos de esta preocupación. Siempre un análisis de la estructura y el funcionamiento de la sociedad para, a partir de ahí, conocer, entender o, por qué no, proponer.

Para Spencer, la sociedad es como un organismo biológico, y habla de organismos sociales. Su postura implica entender a la sociedad como un cuerpo complejo que opera de forma similar que cualquier organismo biológico.<sup>5</sup> Paul Lilienfield,<sup>6</sup> siguiendo a Spencer, sostuvo que la sociedad es una continuación de la naturaleza, un ser real, que como organismo natural se constituye como el más elevado y desarrollado de todos los organismos.

Si bien los organicistas no hablan de *sistema* ni conciben a la sociedad como tal, sí ven a la sociedad como un complejo organizacional en el que cada componente cumple una función importante en el total desempeño. Los planteamientos *funcionalistas* de Emilio Durkheim<sup>7</sup> vendrían a consolidar esta postura.

Es Pareto<sup>8</sup> quien primeramente habla en Sociología de sistema social; su definición, de carácter operacional, consiste en conceptualizar al

<sup>4</sup> Se recomienda la lectura de Alberto F. Senior, *Sociología*, Porrúa, México, 1992.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Paul Lilienfield, citado por José Manuel Ruiz Jiménez y Salvador Osorio Solís, “El sistema de justicia penal. Análisis descriptivo”, *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, vol. 1, núm. 1, México, IJ-UNAM, 1997, p. 45.

<sup>7</sup> Si se quiere tener una visión general sobre los planteamientos del Funcionalismo de Durkheim, se recomienda la lectura de Juan Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico 1. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, 1983, n. 10, pp. 35 y ss.

<sup>8</sup> Véase Pareto, citado por José Manuel Ruiz Jiménez y Salvador Osorio Solís, “El Sistema de justicia penal”, *op. cit.*, p. 46.

sistema social, entendiendo a la sociedad como un sistema en equilibrio. Tal postura supuso el superar, en cierta medida, la noción organicista. La sociedad como un sistema es concebida como un todo formado por partes interdependientes: el cambio de una parte afecta a las otras partes y al todo. Para Pareto, cada sociedad es un sistema en equilibrio, esto quiere decir que dentro de cada sociedad existen fuerzas que conservan la forma o configuración que la sociedad misma ha alcanzado y que garantizan el cambio real e ininterrumpido: de hecho tal equilibrio es dinámico. Luis Molina Piñeiro<sup>9</sup> resume la concepción del sistema social, atinadamente, de la siguiente forma:

[...] un sistema social está en proceso permanente de cambio por lo que sus contornos y límites son imprecisos; está integrado por varios sistemas sociales que interaccionan, modifican, reforman y adecuan recíprocamente, siendo los más relevantes: el sistema político (factores reales de poder); el sistema de gobierno (factores formales de poder); el sistema jurídico (Derecho positivo vigente), y el sistema de creencias sociales (valores sociales e ideología del sistema de gobierno).

### *Sistema jurídico y sistema jurídico penal*

De entre sus *sistemas integradores* el sistema social cuenta con sistemas específicos de control social a ejercitar por las instancias estatales. Así como base del Estado de Derecho, el sistema jurídico se erige como el sistema por excelencia para ese ejercicio institucionalizado de control social.<sup>10</sup> Siguiendo a José Manuel Ruiz Jiménez y Salvador Osorio Solís, el sistema jurídico se compone de varios aspectos, mismos que conciben como estáticos y dinámicos: los primeros, propios del Derecho sustantivo y los segundos que se dinamizan al actualizarse en casos concretos aquellas normas abstractas aplicadas mediante los mecanismos procesales.<sup>11</sup> Así, el sistema jurídico se compone a su vez de otros sistemas específicos.

El sistema jurídico supone, por tanto, un esquema de derechos conferidos a los individuos, que les deben ser respetados, inclusive

<sup>9</sup> Luis Molina Piñeiro, *Aportes para una teoría del gobierno mexicano*, Serie E, núm. 21, IJ-UNAM, México, 1983, p. 34.

<sup>10</sup> Para abundar sobre el tema se recomienda la obra de Roberto Bergalli (coord.) y otros, *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, M. J. Bosch, Barcelona, 1996.

<sup>11</sup> José Manuel Ruiz Jiménez y Salvador Osorio Solís, "El Sistema de justicia penal, *op. cit.*, p. 52.

por el Estado, y de obligaciones que garantizan el respeto a los derechos de terceros y la conservación del orden social. Pero tales preceptos no tendrían razón de ser, si no fuera por un esquema adjetivo —procesal— que previera su consagración; y por la necesaria conformación de instancias operadoras de tales leyes adjetivas que con base en las primeras —las sustantivas— cumplan con las finalidades del propio sistema jurídico. La racionalidad de tal sistema dependerá de la configuración de normas —generales y abstractas— que no sean contradictorias entre sí, que no permitan “lagunas”, pero sobre todo, que permitan su eficaz aplicación.

Así, el sistema jurídico penal —sistema penal— se erige como parte integradora de ese sistema jurídico, cuyas funciones coadyuvan a mantener —como es propio del sistema jurídico— el orden social.

#### EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN

Antes de ahondar en el estudio y análisis de la manera en que se estructura y opera el sistema de justicia penal, es necesario hacer algunas precisiones sobre tal concepción: la noción de sistema penal —o sistema de justicia penal, noción utilizada de manera análoga— o la idea de la existencia de un sistema penal mexicano si bien es relativamente nueva, no es muy común. A manera de ejemplo, en nuestro medio el término ha sido utilizado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) de cuyo seno se publicó, en la serie Cuadernos del Inacipe, *Hacia una reforma del sistema penal*.<sup>12</sup>

En la misma Institución se editó, a principios de la década pasada, la serie *Documentos para la Formación Profesional en el Sistema de Justicia Penal Mexicano*.<sup>13</sup>

Sergio García Ramírez publicó en 1993 *El sistema penal mexicano*,<sup>14</sup> donde si bien no aborda la problemática conceptual, de la lectura del mismo se infiere tal alusión. La obra implica un análisis somero pero conciso de lo que, desde su percepción, implica el mundo de

<sup>12</sup> Celestino Porte-Petit, *Hacia una reforma del sistema penal*, núm. 21, Cuadernos del Inacipe, México, 1985.

<sup>13</sup> Uno de los trabajos editados en aquella serie fue Ignacio Carrillo Prieto, Samuel González Ruiz y Ernesto Mendieta Jiménez, *Hacia la profesionalización de la Policía Judicial Federal Mexicana*, Inacipe, México, 1992, en cuya nota introductoria se hace alusión a que el objeto de la obra es “apoyar a la toma de decisiones de los órganos competentes en la tarea de modernizar los Sistemas Mexicanos de Justicia Penal”.

<sup>14</sup> Sergio García Ramírez, *El sistema penal mexicano*, FCE, México, 1993.

lo penal: reconstruye brevemente la historia del Derecho Penal en México, desde el mundo indígena hasta nuestros días; aborda la problemática del delito, la ley penal y el procedimiento. Analiza a lo que nos hemos referido como las instancias de aplicación de la ley, esto es, a la institución del Ministerio Público, el juez y examina cómo ha funcionado el sistema penitenciario mexicano, todo lo cual evidencia, sin duda, una visión amplia —sistémica— de todo el sistema jurídico penal mexicano, tanto a nivel normativo como operacional; a todo lo que él concibe como el sistema penal mexicano.

Serafín Ortiz en su obra *Función policial y seguridad pública*,<sup>15</sup> dedica el apartado tercero al sistema penal, mismo que subtitula “El sistema penal y el control social: Los modelos punitivos y los modelos de intervención policial”. Como se deduce del subtítulo, el apartado implica un análisis de los modelos punitivos haciendo énfasis en la prevención; sin embargo, alude de manera breve a la noción de *sistema* y de *sistema penal* y argumenta, tras referir que los orígenes de la noción sistémica deben buscarse en los planteamientos estructural-funcionalistas —donde la sociedad se explica como un sistema integrado por diversos componentes debidamente ordenados y jerarquizados que conforman su estructura y permiten su funcionamiento—,<sup>16</sup> que tanto el sistema normativo como el sistema penal —al que se refiere como un subsistema de aquél— son parte integradora de aquél y sirven bien para integrar a los sujetos o bien para contrarrestar las conductas que alteran el funcionamiento social; y dice, al hablar del sistema penal, que “su función reside en restaurar el equilibrio de la sociedad mediante mecanismos de control social”, y destaca la importancia funcional de tal sistema en su fin de control social. Así, afirma que el sistema penal mexicano comprende un conjunto de instituciones destinadas a aplicar el Derecho Penal con pretensiones de control social. Finalmente se refiere a los componentes que integran el subsistema penal por él concebido y habla de un sector policial, un judicial y un penitenciario, estos dos últimos a los que se refiere de manera somera, no así al primero, cuya obra en sí dedica.

Moisés Moreno, desde el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales A.C. (Cepolcrim), publica *Política criminal y reforma penal*. En su obra, el autor utiliza el vocablo “sistema penal” en un sinnúmero de ocasiones, y en concreto se refiere al sistema de

<sup>15</sup> Serafín Ortiz Ortiz, *Función policial y seguridad pública*, MacGraw-Hill, México, 1998.

<sup>16</sup> Juan Bustos Ramírez et al., *El pensamiento...*, op. cit., pp. 39 y ss.

justicia penal en un Estado de Derecho y habla del sistema penal y sus subdivisiones. Para él, el sistema penal comprende el conjunto de medidas de control social de carácter penal,<sup>17</sup> las que a su vez son parte del conjunto de medidas de carácter político-criminal.<sup>18</sup> Concibe al sistema penal compuesto de una serie de subsistemas, a saber:

1) *El subsistema legislativo*. El que comprende la ley sustantiva procesal y ejecutiva —leyes de ejecución de sanciones—.

2) *El subsistema de procuración de justicia*. A cargo de la institución del Ministerio Público y sus órganos auxiliares.

3) *El subsistema de administración de justicia*. Operado por el Poder Judicial.

4) *El subsistema de ejecución de sanciones*. En el que destaca, evidentemente, el penitenciario.

Lo argumentado por el autor, si bien desde su óptica y con algunas variantes, coincide con las posturas de Bergalli, Serafín Ortiz, Malo Camacho y el propio Sergio García Ramírez, entre otros.

Por último, y probablemente influenciado por la doctrina, el artículo 18 constitucional se refiere al sistema penal, pero utiliza el vocablo aludiendo en realidad al sistema penitenciario.

Artículo 18. Los gobiernos de la Federación y los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres [...].

Juan Bustos publicó en 1987, *Control social y sistema penal*;<sup>19</sup> sin embargo, para sorpresa de muchos —o quizá sólo mía—, no aborda el concepto de *sistema penal* en alguno de los subtemas. No obstante, de la lectura del contenido mismo de la obra se evidencia lo que el autor entiende como tal al hablar de él como si todos estuviéramos de acuerdo en una misma concepción.

<sup>17</sup> Lo que otros autores conciben como *Control social formal* o *Control social punitivo*, entre otros: Roberto Bergalli, Juan Bustos y Eugenio Raúl Zaffaroni.

<sup>18</sup> Moisés Moreno, *Política criminal y reforma penal*, Cepolcrim, México, p. 47.

<sup>19</sup> Juan Bustos Ramírez, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.

## LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA PENAL

En 1997 Gustavo Malo Camacho<sup>20</sup> publicó *Derecho Penal mexicano*; en él dedica el tercer capítulo para hablar de la sociedad, la estructura de poder, el control social, el sistema penal y el Derecho. A diferencia de otros autores, define al sistema penal de la siguiente manera: “[...] la parte del sistema del control social institucionalizado con discurso punitivo”.<sup>21</sup> Para el autor, el sistema penal implica todo el conjunto de acciones y situaciones que van desde la creación de la misma ley penal y demás leyes relacionadas con la justicia penal, hasta la secuela de acciones que transcurren desde que se tiene conocimiento de la comisión de un delito, hasta que el responsable cumple la pena impuesta e incluso las acciones relacionadas con la asistencia social del liberado. Habla de los segmentos del sistema penal, los que concibe como la actividad policial, la función de la administración e impartición de la justicia y de la aplicación de las penas. Así, para Malo Camacho,<sup>22</sup> los *segmentos del sistema penal* se conforman por cada uno de los ámbitos en que se manifiesta el sistema penal: policía, Ministerio Público, tribunales y sistema ejecutivo; a éstos los concibe como *segmentos básicos* pues habla también de los legisladores —en la medida en que intervienen en el proceso de formación de la ley— y de los miembros de la comunidad, quienes —desde su concepción— pueden determinar los cambios y ajustes que la dinámica del Derecho exige.

En el contexto europeo, Bergalli<sup>23</sup> aborda tal denominación y, a manera de explicación, esboza una concepción:

El proceso de determinación de semejante punibilidad se configura a través de la creación de figuras de delito por la ley penal, la fijación de las consecuencias punitivas que alcanza a sus autores, y la descripción de las formas en que se concreta la intervención punitiva del Estado. Este complejo de momentos e instancias de aplicación del poder punitivo estatal, surgido al amparo del Estado moderno, es lo que se denomina como *sistema penal*.

<sup>20</sup> Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal mexicano*, 3a. ed., Porrúa, México, 2000, p. 26.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>23</sup> Roberto Bergalli (coord.) y otros, *Control social punitivo...*, op. cit., n. 163, p. VIII.



Tal definición requiere de ciertas precisiones —siguiendo al autor— para su mejor comprensión: en primer lugar el sistema penal al que se refiere —como me refiero en esta investigación— es al sistema penal propio del Estado moderno, cuya fecha de nacimiento es la misma que la de aquel entorno al cual se erige; y que culminará o cambiará —al menos bajo esta concepción y principios— cuando esta forma de Estado culmine o se transforme. Luego entonces, los principios conforme los cuales se estructura y opera esta forma de Estado, influirán en los que marquen el desempeño del propio sistema penal. En segundo lugar, el autor se refiere al sistema penal estructurado al amparo de la tradición jurídica continental europea; esto es, propio de la familia romano-germánica, cuya influencia se extiende a la mayoría de los países latinoamericanos, incluyendo, por supuesto, México.

Así, desde la perspectiva del autor, el sistema penal se estructura mediante los procedimientos de creación de un ordenamiento jurídico específico constituido por las leyes sustantivas o de fondo —que determinan la protección de intereses que han alcanzado la entidad de ser considerados como bienes jurídicos y requieren de protección— y adjetivas o procesales —que establecen las formas en que la intervención punitiva estatal se efectuará—. Pero además se constituye por aquellos aparatos o instancias cuya misión será la aplicación o concreción de ese aparato legislativo. Por tanto, el sistema penal determina cuándo se comete un delito y cómo éste se controla.

Según el autor, el sistema penal así estructurado se puede analizar en dos planos, a los que concibe como el plano de lo abstracto y el de lo concreto: el primero constituido por las leyes penales —Código Penal— y procesales —Código de Procedimientos— que prevén los tipos delictivos y las formas que observarán los procesos penales; pero además, por aquellas leyes de carácter orgánico que determinan la forma en que las instancias del sistema penal actuarán; y el segundo, que se llena de contenido, en el momento en que una o varias personas son imputadas, inculpadas y sentenciadas.

Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>24</sup> esboza un concepto de sistema penal cuando afirma:

Llamamos Sistema Penal al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presu-

<sup>24</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, 2a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994, p. 30.



poniendo una actividad normativa que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esta es la idea general de sistema penal en un sentido limitado, abarcando la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios y de la ejecución penal.

Zaffaroni, de manera general, concibe al sistema penal como el “control social punitivo institucionalizado”. Y cuando habla de los sectores que lo conforman hace referencia —al igual que Malo Camacho, sólo que de manera más explícita— al público como componente del sistema penal. Para Zaffaroni<sup>25</sup> se trata en principio de tres grupos humanos que convergen en la actividad institucionalizada del sistema, y que no actúan estrictamente por etapas, sino que tienen un predominio determinado en cada uno de los periodos cronológicos del sistema, pero que pueden seguir actuando o interfiriendo en las restantes; sin embargo, sostiene que es obvio que de tal sistema no pueden ser excluidos los legisladores ni el público; los legisladores por dar las pautas de configuración y actuación del propio sistema, y el segundo por ejercer un poder selectivo importantísimo. Es decir, para el autor, el público con la denuncia tiene en sus manos la facultad de poner en funcionamiento el sistema penal. Además, el público se ve influenciado por los medios masivos de comunicación; según el autor la impresión que el público tiene del fenómeno criminal y de los objetivos y funciones del sistema penal la recibe generalmente a través de la ideología transmitida por los medios masivos: televisión, radio, prensa, etcétera.

En conclusión, de lo estudiado en este apartado se puede observar con claridad una visión homogénea de lo que es el sistema penal y cómo éste se integra, cual es la percepción que quiero plantear en esta investigación. En efecto, el Derecho Penal no se agota ni puede agotarse con el estudio dogmático —interpretativo— de las normas penales (sustantivas y procesales), ni con el análisis orgánico de la estructura jurídica de sus instancias de aplicación, si bien ello es el punto de partida de cualquier planteamiento crítico que se estructure al contrastarlo con la realidad social cuando el Derecho Penal se actualiza. Coincido con los autores aludidos por evidenciar un sistema penal integrado no sólo por la ley penal sino por sus instancias de aplicación, y que además se encuentra condicionado por una serie de inercias producto de un sinfín de matices que orientan su

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 31.

función aunque no siempre de manera correcta. Por ello, conocer la posición real de la víctima frente al sistema penal implicará ineludiblemente un análisis integrador de todos esos aspectos aludidos.

Conformado por leyes penales, producto de la actividad del legislador, y por las instancias de aplicación de esas leyes penales (policia, jurisdicción y cárcel), el sistema penal se ve influenciado de un cúmulo de factores y circunstancias que hacen de su estudio algo por demás complejo. Así, la doctrina penal que con sus postulados influye en la decisión de los operadores del propio sistema; la cultura, educación, ideología, preparación, idiosincrasia, etcétera, de dichos operadores, que desde su sector determinan el curso mismo que el actuar que el sistema penal desarrolla.

#### LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL

Con sus diferencias, los sistemas de enjuiciamiento penal, por sus formas procesales, se han caracterizado en tres grandes formas, mismas que en todo el mundo, con sus connotaciones propias, se desenvuelven en los mecanismos de enjuiciamiento para la determinación de responsabilidad penal y la subsecuente aplicación de una pena. Tales sistemas se han ido desarrollando, cobrando vigencia y adoptando formas cambiantes de acuerdo, en mucho, con la ideología política imperante. Incluso en países que poseen una misma tradición jurídica como podría ser el caso de España y México, existen connotaciones específicas que las hacen diferentes. Las formas de enjuiciamiento —procesales— a las que me refiero son los denominados inquisitivo, acusatorio y mixto. En efecto, el proceso como relación jurídica en la que tienen lugar actos de diversa naturaleza debidamente reglamentados tendentes a lograr un determinado fin, hace considerar que tales actos —de connotación procesal— deben ser uniformes y adecuados a una mecánica especial revestida de formas específicas en cuyas bases se cimienta todo el sistema procesal.

Para Zaffaroni<sup>26</sup> los sistemas que han existido históricamente no han revestido formas puras inquisitivas o acusatorias, sino que han sido mixtos. Agrega con acierto que tales sistemas —inquisitivos y acusatorios— no son más que meras abstracciones. En tales sistemas quizá no correspondan en toda extinción y estricta pureza a ningún periodo determinado; son en realidad esquemas contruidos con

<sup>26</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

los caracteres dominantes o extremos que en la práctica se han ido sucediendo, mezclando o combinando en proporciones o aspectos variadísimos.

### *El sistema inquisitivo*

Característico de regímenes despóticos donde la participación humana viene a ser nugatoria frente a la verdad material. La libertad individual está a capricho de quien ostenta la autoridad y el uso del tormento prevalece comúnmente para obtener la confesión. Declaraciones anónimas, incomunicaciones, el carácter secreto del procedimiento y la instrucción escrita son el común denominador de estos sistemas procesales. Los actos de acusación y decisión residen en el juzgador, para quien no existen limitaciones respecto a las medidas conducentes a las indagaciones para una amplísima investigación sobre los hechos. El proceso se seguía a espaldas del inculpado y la defensa era casi nula, tanto que cuando por excepción se llevaba a cabo, la realizaba el propio juez; y la resolución sobre la suerte del acusado se fundamentaba en todo aquello que caprichosamente se utilizaba como medio de prueba.<sup>27</sup> En el sistema inquisitivo acontece lo que en su época Beccaria señalaba,<sup>28</sup> refiriéndose al proceso ofensivo, “el juez se convierte en enemigo del reo [...] no busca la verdad de hecho, sino que busca en el preso al delito [...]”.

Rafael de Pina Vara,<sup>29</sup> en su *Diccionario de Derecho*, caracteriza este sistema en los siguientes puntos:

- 1) Existe un monopolio de la acusación por determinados funcionarios; en nuestro país el Ministerio Público.
- 2) El procedimiento es secreto.
- 3) Falta de contradicción de parte del inculpado.
- 4) El procedimiento es escrito, sin debate oral.
- 5) Institución de jueces permanentes, sin que se admita la posibilidad legal de recusarlos.
- 6) Prueba legal.

<sup>27</sup> Guillermo Colín Sánchez, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, México, 1989, p. 74.

<sup>28</sup> César Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 6a. ed., Porrúa, México, 1995, n. 145.

<sup>29</sup> Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, 27a. ed., Porrúa, México, 1991, p. 456.

*El sistema acusatorio*

En sentido contrario el procedimiento acusatorio, compatible con los valores democráticos, debe su nombre al principio de la misma denominación.<sup>30</sup> En él, el Estado tiene la carga de la prueba y se basa en la oralidad del procedimiento, la igualdad de las partes y la publicidad del proceso. El mismo garantiza igualdad de condiciones entre la acusación y la defensa, siempre tendiendo, por un lado, a proteger a la sociedad del delito, y por el otro a proteger al acusado frente a los excesos de quien lo incrimina; en suma, disminuir la violencia. El sistema acusatorio debe garantizar a quien es juzgado el despliegue de un juicio equitativo y justo, donde se cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y se respeten, por sobre todo, los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, oralidad, publicidad, verificación o probanza y contradicción. Un proceso, en suma, donde el juicio sobre los hechos se limite a expresar la certeza obtenida por el juzgador a partir de los medios de prueba practicados durante el proceso;<sup>31</sup> donde quien es inculcado injustamente tenga la certeza de que será absuelto; pero que asegure el castigo a los culpables.

Los juicios de tal corte se caracterizan así porque en los actos procesales se encomiendan a distintos sujetos y no a una sola persona como en el anterior: la acusación corresponde a un órgano del Estado, la defensa a un defensor (de oficio o particular) y los actos de decisión al órgano jurisdiccional (jueces, magistrados, etcétera). En ellos se garantizan los derechos humanos de los procesados, con excepción de la libertad cuando la exigencia procesal lo requiera para garantizar el éxito del procedimiento hasta en tanto se dicta la sentencia.

En suma, un país democrático no puede menos que aspirar a un sistema de corte acusatorio.

*El sistema mixto*

Se caracteriza por consagrar algunos principios del modelo acusatorio, pero también con claras muestras de reminiscencias de corte inquisitivo. Resulta sin embargo complicado caracterizar al sistema

<sup>30</sup> Para ahondar sobre el principio acusatorio se recomienda la lectura de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Tratado del garantismo penal*, Trotta, España, 1995.

<sup>31</sup> José Ovalle Fabela, *Teoría general del proceso*, 3a. ed., Harla, México, p. 318.

de enjuiciamiento mixto por el hecho de existir dentro del marco del mismo una variedad considerable de matices, que atienden a la connotación especial que cada legislación penal le proporcione.<sup>32</sup>

Los sistemas penales de corte inquisitorio, a decir de Sarre, en la actualidad suele denominárseles *mixto clásico*<sup>33</sup> y es el adoptado —afirma— en nuestro país. El autor<sup>34</sup> también habla de un sistema mixto intermedio al que responden países como España.

En tales sistemas el proceso se desarrolla en dos fases: una de investigación y otra del proceso propiamente dicho. La primera será de corte administrativo y la segunda jurisdiccional; en México, la averiguación previa encomendada al Ministerio Público; en el mixto intermedio (España) al Juez Instructor. Este último conduce un procedimiento de tipo contradictorio en el que el derecho de defensa está plenamente garantizado y todos los actos de molestia quedan sometidos a un control jurisdiccional. El Ministerio Público, en cambio, a decir del propio autor, confunde las funciones de sostener la acusación y conducir acusaciones materialmente jurisdiccionales; esto es, investiga y persigue al mismo tiempo que juzga: juzga para ver si se va a juzgar.<sup>35</sup> El valor probatorio atribuido a las evidencias obtenidas durante la etapa de averiguación previa resulta determinante en la mayoría de los casos.

Lo que sin duda diferencia a los sistemas mixtos del acusatorio es que en este último el juicio propiamente dicho se lleva ante el juez, en una sola fase; la investigación está completamente separada de los actos procesales. La fase prejudicial es secreta, administrativa, y cuando inicia el proceso inician también las reglas procesales. Se distingue perfectamente, a diferencia del mixto, entre actos de investigación y actos procesales. Las investigaciones serán secretas porque tienen que serlo, mientras que los juicios serán públicos como también deben serlo. Así, en la primera fase se trata sólo de decidir sobre la admisibilidad de la acusación; sólo se hace un juicio de probabilidad para determinar la existencia de los elementos que de manera razonable indiquen la pertinencia de un juicio.

<sup>32</sup> En este sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que no es posible definir las características del sistema mixto, dado que no hay uno solo, sino tantos códigos que lo adoptan, *Manual de...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

<sup>33</sup> Miguel Sarre Iguiniz, "En busca de un sistema acusatorio", *Gaceta*, núm. 9, año iv, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, mayo-septiembre de 1997, p. 23.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 25.

El sistema mixto preserva para el acusado todas las garantías procesales; sin embargo, en los procedimientos en México, las mismas parecen ya no servirles; cuando se presentan ante el juez, parece ser demasiado tarde. En México el valor probatorio concedido a las evidencias obtenidas ante el Ministerio Público en la etapa prejudicial es altísimo. Todo lo que sin duda repercute en detrimento del inculpado.

En conclusión, la caracterización de un sistema penal determinado dependerá de la mayor o menor (mejor o peor) separación entre las funciones de juzgador, acusador y defensor. Si cada una de éstas se encomienda a un órgano propio e independiente, el sistema será acusatorio; si por lo contrario, tales funciones se concentran en un mismo órgano entonces se trata sin duda de un sistema inquisitorio. Las caracterizaciones que tiendan hacia uno u otro modelo conformarán tipos mixtos de mayor o menor aceptación.

#### FINES Y FUNCIONES DEL SISTEMA PENAL

El sistema penal de las sociedades contemporáneas, propio del Estado moderno, se erige como el conjunto de medios, instrumentos o mecanismos mediante los cuales son necesarios para llevar a cabo un efectivo control social formalizado de la criminalidad.<sup>36</sup> En efecto, la finalidad —función declarada— del sistema penal es la de desplegar el control social, al que llamamos formalizado por ser una institución pública —del Estado— quien la ejerce. Tal función la despliega mediante la represión de los delitos, actividad que lleva implícita la prevención del delito. Esto es, según los argumentos que explican —y legitiman— el ejercicio punitivo del Estado mediante la aplicación de una sanción, principalmente la privativa de libertad, esbozados a través de lo que conoce como las teorías de la prevención, cuando un delito se reprime —mediante la actuación de la maquinaria del sistema penal— lo que se persigue al final es la prevención de delitos; esto es, evitar la posterior comisión delictiva.

Por tanto, el fin pretendido de intimidación —prevención general negativa— que implica la abstención de aquel potencial delincuente por la amenaza legal, el de la reinserción a la sociedad del delincuente corregido —prevención especial positiva—, como los de la neutralización del delincuente o la reafirmación de los valores imperantes y del poder político —a través de los fines de prevención especial nega-

<sup>36</sup> Roberto Bergalli (coord.) y otros, *Control social punitivo...*, op. cit., p. ix.

tiva y general positiva—, sólo son posibles —si así realmente lo fueran— mediante la represión del delito. Sólo cuando una persona es inculpada, juzgada y sentenciada —con la consecuente ejecución de la sanción— será posible el fin de prevención. Lo anterior no quiere decir que una vez inculpada, juzgada y sentenciada una persona se estará cumpliendo con aquella finalidad, pues los índices de eficacia requieren de otros instrumentos de medición y verificación de carácter más bien empírico; sino que será requisito previo para que los fines atribuidos a la pena privativa de libertad se pudieran, en tal caso, cumplir.

Luego entonces, cuando el sistema penal capta la comisión de un delito y reprime una conducta mediante la aplicación de la ley penal y la subsecuente sanción —todo en un marco de legalidad— estará cumpliendo a su vez con su fin de prevención y de control social. Tal esquematización evidencia en la práctica, sin embargo, matices tan diversos que hacen poco factible su consagración.

### *Sistema penal y control social*

Se ha hecho alusión a lo largo de este apartado a la noción de *control social*, una dualidad más de tradición eminentemente sociológica.

Una de las principales preocupaciones de las organizaciones es sin duda mantener el orden social; sin embargo, lograrlo sólo mediante los instrumentos legislativos y las instituciones públicas, por la fuerza coercitiva que el propio Derecho les da, sería tarea punto menos que imposible.

El control se ejerce sí, a través del poder político, manifestado en el ejercicio de acciones de carácter administrativo, pero también legislativo y judicial. El Derecho organiza, legitima e incluso limita el ejercicio del poder político; pero también resuelve controversias y decide conflictos. Es así que, para lograr su cometido, el Derecho se encuentra revestido de una característica que le es esencial: la coerción. En efecto, no tendrían razón de ser todos los postulados del Derecho ni el despliegue de sus funciones si éstas no pudieran imponerse aun por la fuerza viva. Todo ello con la finalidad de preservar el orden social; mismo que, desde luego, permite a la sociedad misma progresar, y lo que redundaría, o debe redundar, en el mejoramiento de las condiciones de vida de sus miembros por el logro de sus potencialidades.

Pero el control social que despliega el Estado a través de sus instituciones no es ni todo el control ni el mejor de ellos. Sobre todo si



se habla del control social ejercido a través del propio sistema penal, al que sea denotado con el adjetivo de punitivo. Así, en la preservación de bienes jurídicos, es finalidad indiscutible del sistema penal mantener el control a través de la prevención del delito e incluso por su represión.

### EL SISTEMA PENAL MEXICANO

Ubicándonos nuevamente en el periodo denominado cultura de la democracia, revisemos someramente el marco constitucional y jurídico del sistema penal mexicano y de sus instancias de actuación.

Como todos los sistemas penales que se estructuran dentro de los Estados de Derecho en nuestra cultura jurídica continental de tradición romano-germánica, el sistema penal mexicano establece una serie de principios dentro de los cuales sustenta su actuación. Dichos principios —legalidad, proporcionalidad, reincorporación a la sociedad, eliminación de la pena de muerte y de las torturas, etcétera— se encuentran previstos tanto en la Constitución Política como en los códigos penales e incluso leyes de ejecución de sentencias. Ellos marcan la existencia de un marco jurídico que fundamenta y legitima al Estado para intervenir punitivamente.

Según lo establecido en líneas anteriores, el sistema penal en nuestro país se estructura tanto por el conjunto de leyes penales (sustantivas, adjetivas y orgánicas) creadas, por supuesto, mediante los mecanismos legislativos pertinentes que les dan forma, cuanto por una serie de instancias de aplicación de aquellas leyes penales que les dan vida y actualizan.

#### *La ley penal en México*

México, por su sistema federal<sup>37</sup> adoptado, distribuye su actividad estatal según su sistema jurídico, en dos ámbitos: el federal y el local; esto por conformarse de estados libres y soberanos respecto de su régimen interior, pero unidos a una Federación establecida según los principios señalados por la Constitución misma. Y es la propia Cons-

<sup>37</sup> La Constitución Política, en su artículo 40, prevé la forma de gobierno bajo la cual se estructura el pueblo mexicano. “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal compuesta de estados libres y soberanos [...]”



titución, por supuesto, la que especifica qué asuntos competen a la Federación y cuáles a los estados federados.<sup>38</sup> Esto es la competencia en razón de la materia.

De lo anterior se infiere que, a diferencia de otros Estados —como el Estado español, por ejemplo—, en México existen leyes locales, esto es, que importan a cada estado federado, y leyes federales, que corresponden a la Federación en cuanto tal. Por consiguiente, el sistema penal mexicano se conformará por el cúmulo de leyes penales —sustantivas y adjetivas— tanto locales como federales, amén de las leyes orgánicas que regulan la integración y funciones de los órganos encargados de la aplicación y ejecución de las disposiciones del orden penal. Así, los códigos penales y de procedimientos de cada entidad federativa<sup>39</sup> y los federales conformarán el grueso del cúmulo legislativo del sistema penal. Además de que las leyes orgánicas y reglamentos internos de cada una de las instancias de aplicación de la ley penal, que les dan vida, estructuran y delimitan en sus funciones, también son parte integrante de aquel sector abstracto —siguiendo a Bergalli— del sistema penal.

En un esfuerzo de síntesis, al enumerar las leyes —sustantivas, adjetivas, orgánicas y reglamentarias— penales que conforman el cúmulo legislativo del sistema penal, la lista queda —con el riesgo de ser omiso— de la siguiente forma.

### *Las normas constitucionales*

El cúmulo de la legislación penal en nuestro país debe buscar su origen en las normas constitucionales que les da vida. Así, múltiples artículos constitucionales se refieren a la materia penal. Del artículo 13 al 23, constituyen en sí las garantías de seguridad jurídica; ello sin dejar de reconocer que los artículos que contienen las garantías de igualdad, libertad e incluso de propiedad, son base primordial no sólo de

<sup>38</sup> Así, el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

<sup>39</sup> Cada entidad federativa, en ejercicio de esa facultad soberana hacia su interior, crea sus códigos penales y de procedimientos penales —leyes sustantivas y adjetivas—, con la salvedad de que, si bien en la mayoría de ellos la denominación es así, en algunos estados su denominación varía, como en el caso del estado de Puebla, donde sus leyes penales sustantivas y adjetivas se denominan “Código de Defensa Social” y “Código de Procedimientos de Defensa Social”.

la legislación penal sino de todo el Derecho Penal en su conjunto. Pero, además de estos artículos que de sí conforman la parte dogmática de nuestra Constitución, existen otros de carácter orgánico como por los que se estructura el Poder Judicial de la Federación cuyo ejercicio se deposita en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. Asimismo no se puede dejar de mencionar el artículo que da vida al Ministerio Público Federal. Y con ellos algunos otros que de alguna manera tienen inferencia con lo penal.

### *Leyes secundarias, orgánicas y reglamentos*

Los códigos penales y de procedimientos, tanto federal como de las entidades federativas, constituyen la principal expresión de la legislación secundaria para el despliegue de la justicia. La ley penal se integra principalmente en los códigos penales. La estructura de los mismos en nuestro país, con algunas variantes, responde al modelo adoptado por el conocido Código de Napoleón<sup>40</sup> cuya estructura —ampliamente aceptada— sirvió de patrón para muchas codificaciones posteriores, sobre todo de las que responden a una tradición jurídica tal.

Los códigos penales en nuestro país contienen —o deben contener— en primer término las reglas generales del Derecho Penal, esto es, la Parte General y la Parte Especial donde se contienen en su mayoría los tipos penales.<sup>41</sup>

En México, el antecedente de Código Penal más cercano y preciso es el conocido con el nombre de su principal autor: Antonio Martínez de Castro. Fue el Código Penal Federal y del Distrito y Territorios Federales, promulgado por el presidente Benito Juárez el 7 de

<sup>40</sup> Obra maestra de la Legislación Imperial Francesa que estuvo en vigor desde 1812.

<sup>41</sup> Con la salvedad de que no todos los tipos penales están contenidos en los códigos penales. Muchos tipos se encuentran recogidos en otras leyes no precisamente del orden penal, y a los que se conoce con el nombre de “leyes penales especiales”. Así, por ejemplo, el tipo de *quiebra fraudulenta* contenida en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, o los previstos por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; en ese sentido los contenidos por la Ley General de Salud. Los delitos del ámbito migratorio contenidos en la Ley General de Población; los delitos de posesión, portación, enajenación, importación, exportación y acopio de armas de fuego, se encuentran contenidos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

diciembre de 1871. Antes de éste hubo varios proyectos, la mayoría de los cuales nunca entró en vigor. Posteriormente, en 1929, tuvo vigencia el Código Proyectado por José Alcaraz, mismo que sólo rigió por el lapso de dos años. En 1931 entró en vigor el Código Penal actual, mismo que ha sufrido un sinnúmero de reformas que lo aleja de los principios que lo originaron. A este Código —ya reformado y prácticamente sustituido— se le conoce como el Código de 1931.

Habría que considerar también otras leyes secundarias, orgánicas y reglamentarias que dan forma al despliegue punitivo del Estado en los diversos ámbitos de competencia y que abarcan por supuesto a cada una de las instituciones que operan la justicia penal, incluso la minoril, como las procuradurías de justicia, los juzgados y tribunales de lo penal y las instituciones penitenciarias.

Enunciaríamos así las leyes orgánicas y reglamentarias de las procuradurías generales de justicia, de los poderes judiciales de la Federación y de las entidades federativas, las leyes y reglamentos sobre ejecución de sentencias y readaptación social; y todo el cúmulo de leyes penales especiales como las que previenen y sancionan la tortura, por ejemplo.

Si bien las normas penales aún represivas son eminentemente preventivas, con ellas sólo se cubre un escaso sector en la tarea de la política criminal. La tarea preventiva reclama algo más que sólo leyes penales. El ejercicio preventivo supone políticas en materia educativa, económica, social, etcétera, que coadyuven en su conjunto a un fin primordial en común: la prevención del delito.<sup>42</sup>

#### LAS INSTANCIAS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

Las instancias de aplicación en el sistema penal mexicano (policía, jurisdicción y cárcel) se encuentran reguladas para su funcionamiento

<sup>42</sup> En este sentido, en la exposición de motivos —o el documento explicativo que hace las veces del mismo— del Código Penal de 1931 se estableció: “[...] es preciso convencerse de que, aun cuando las leyes penales son por ahora preventivas y defensivas, sólo cubren un escaso sector en la tarea de la política criminal. Más que un código, la prevención del delito reclama un programa amplísimo de acción económica, social, política, educativa y administrativa. El derecho penal no es sino el instrumento jurídico de esa enorme empresa. Si pretende alcanzar más de lo que puede cumplir, pierde fuerza y prestigio”. Fragmento de texto tomado de la cita realizada por el doctor Sergio García Ramírez, *El sistema penal...*, op. cit., p. 39.

en determinados ordenamientos de base constitucional que les dan vida, organizan y delimitan en sus funciones. Tal funcionamiento se estructura, en su parte medular, por los códigos de procedimientos penales (ley adjetiva penal) que marcan —valga la redundancia— los procedimientos por los que una persona será acusada, juzgada y sentenciada. Analicemos ahora, como dije: de manera somera,<sup>43</sup> el contenido de estas instancias o sectores del sistema penal, según la inercia de lo que he venido argumentando.

### *La función policial*

Sin el ánimo de ser exhaustivo, aclaro desde ya una apreciación de corte conceptual. El origen del vocablo *policía*, sus usos y subsiguientes aplicaciones manifiestan no precisamente un común denominador que muestre con claridad lo que el sustantivo *policía* representa; pero, independientemente de su etimología, generalmente se alude a tal vocablo con tres connotaciones diferentes,<sup>44</sup> a saber:

1) Aquella que hace alusión a la policía en su dimensión funcional, esto es por la tarea que se desempeña. Función que estará ligada, evidentemente, a la forma de Estado imperante, pues forma parte importante de su sistema represivo, y responde por ende a su ideología.

2) El que centra su enfoque en la policía como institución y busca su vínculo directo con el contexto histórico en el que se despliega, ello funde a la función con la institución, por lo que ambas posturas —la anterior y ésta— quedan estrechamente ligadas.

3) La tercera se centra en los términos *policía-sociedad*, dos grandes sectores o instituciones que coexisten separadas pero que se suponen relacionadas en un plano de igualdad.

Precisamente por estas tres inercias en la conceptualización del vocablo *policía* es que me refiero, desde el subtítulo, a una *función policial*, por la que observo una etapa del proceso penal en la que, desde el ámbito de la administración pública, se investigan los delitos y se

<sup>43</sup> Excede los límites y objetivos del presente trabajo el pretender analizar y presentar ampliamente la estructura y funcionamiento de los sectores del sistema penal, por lo que, y sólo con la finalidad de dar un panorama general, esbozo un intento de presentación.

<sup>44</sup> En tal sentido, Amadeu Recasens y José Luis Domínguez Figueirido; Roberto Bergalli (coord.) y otros, *Control social punitivo...*, op. cit., pp. 25 y ss.

hacen del conocimiento, si así lo amerita, de la autoridad judicial. En nuestro país tal función corresponde a la institución del Ministerio Público como representante social. Y al auxilio del despliegue de sus funciones están entonces los así conocidos cuerpos policíacos.

La institución del Ministerio Público se estructura dentro del Poder Ejecutivo, a través de la Procuraduría General de Justicia en el contexto federal, y sus homólogas en el ámbito local, como lo prevén la Constitución federal y las de las entidades federativas.

Por virtud de las reformas de 1994 se suprime el monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, razón por la cual sus funciones se reducen a las siguientes:

- 1) Investigar el delito y la responsabilidad.
- 2) Resolver sobre el ejercicio de la acción.
- 3) Sustener la acción penal ante los tribunales, desde la incoación hasta la conclusión del proceso.

Así, por la reforma aludida, la segunda de estas potestades quedó reducida, ya que la autoridad jurisdiccional resolverá cuando se impugne la decisión del Ministerio Público, a propósito del no ejercicio o del desistimiento.

En materia del fuero federal estas atribuciones se encuentran establecidas por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Tratándose de materia del fuero común, las distintas leyes orgánicas de las procuradurías locales son las que establecen las funciones del mismo, siguiendo las generalidades establecidas por el referido artículo 102 constitucional.

Los cuerpos policíacos que, como vimos, se estructuran en auxilio del Ministerio Público según lo prevé la Constitución federal, amén de sus funciones meramente preventivas y del resguardo del orden y el mantenimiento de las disposiciones administrativas, en nuestro país se estructuran en tres niveles de competencia o de intervención, los cuales son: el federal, el estatal y el municipal.

1) A nivel federal destaca la estructuración de la Policía Federal Preventiva, cuyas funciones se despliegan al tenor de la ley que le da origen.

2) A nivel local se erigen, dependiendo claro de la legislación de cada estado, los cuerpos de policía preventiva estatal, cuya competencia implica funciones preventivas dentro de la entidad federati-

va donde fueron creadas. Así, por disposición constitucional, las 31 entidades federativas y el propio Distrito Federal, pueden legislar para su régimen interior en todos aquellos aspectos que no sean expresamente reservados —por la propia Constitución federal— para la Federación.

3) Y, finalmente, el nivel de intervención municipal (Policía Municipal) despliega funciones de auxilio a los cuerpos y fuerzas de seguridad de la entidad federativa con competencias que les permiten ejercer poderes de control efectivo en el territorio del municipio en el que se erigen. Dependen de la autoridad municipal y sus funciones estarán reguladas por los reglamentos administrativos que por propia facultad cada Ayuntamiento municipal genere. Así, hacer cumplir los bandos locales de Policía y Buen Gobierno o sus equivalentes, amén de coordinarse con la policía local estará regulada por las respectivas leyes orgánicas o estatutos municipales y locales.

En nuestro país, sobre todo al interior de la República, este nivel de intervención policial no ha tenido un amplio desarrollo de cuerpos policiales, pues los municipios aun con sus facultades autónomas de creación de los mismos no cuentan con la infraestructura necesaria para constituir cuerpos sólidos de policía. En ese sentido, me parece que habría que impulsar la creación de sólidos cuerpos de seguridad desde el ámbito municipal, que con buena preparación profesional —sobre todo en cultura de derechos humanos— fortalezcan una institución de la importancia que reviste cual es la institución de la que estamos hablando.

Es de observarse que no existe un cuerpo de policía judicial que dependa estrictamente del Poder Judicial, lo cual supone gran dificultad en el control del delito, búsqueda de pruebas e indicios, etcétera, y un entorpecimiento en las relaciones entre la instancia policial y las otras dos instancias que componen el sistema penal mexicano. Al parecer, las disposiciones de la Constitución y de las legislaciones secundarias han creado ambigüedad en sus términos, lo que ha provocado la inexistencia de un cuerpo único de policía judicial. Así, hasta hace poco la Constitución hablaba de una policía judicial que no era tal, pues no se estructuraba bajo las órdenes de una autoridad judicial, cual debería de ser, sino bajo las instrucciones del Ministerio Público. Tras reformas constitucionales la denominación cambió en el ordenamiento legal de referencia al quitarle el calificativo de “judicial”. Sin embargo en la vida diaria se reconoce aún un cuerpo tal —en muchos de los casos, llamado formalmente policía judicial y en

otros sólo por la costumbre— cuyas funciones, despliegues e incluso “mañas” siguen siendo las mismas. En conclusión, sólo se adecuó la Constitución a la realidad; esto es, dejó de llamar “judicial” a un cuerpo de policía dependiente sólo de una autoridad administrativa: el Ministerio Público.

### *La función jurisdiccional*

También, como en todos los Estados que pertenecen a la cultura jurídica continental, la jurisdicción penal en nuestro país se desarrolla dentro del marco de Estado de Derecho, según determinadas competencias y la consagración de principios como el de legalidad, que fundamenta toda intervención de carácter punitivo por parte del Estado y la exaltación de garantías procesales tales como: del juez natural, de la defensa y la asistencia letrada, del debido proceso, de audiencia, probanza, de la presunción de inocencia; la prohibición de tribunales de honor especiales; etcétera.

Pero, como se explicó, es la legalidad el principio fundamental que influye en el actuar de los jueces penales en ejercicio de la facultad de jurisdicción, esto es, declarar el Derecho al caso concreto. Sin embargo, para explicar el principio de legalidad que orienta al sistema penal en México —y en las organizaciones sociales de los estados de Derecho pertenecientes al ámbito de la cultura jurídica continental—, es necesario analizarlo en el nivel relativo a la aplicación de las leyes penales en casos singulares. En efecto, en ese nivel, el principio de legalidad consiste en reclamar de los jueces que decidan las situaciones que llegan a su conocimiento no sobre las bases de un juicio equitativo —es decir, caso por caso— sino teniendo estrictamente en cuenta las prescripciones establecidas bajo la forma de *normas* jurídicas. Es entonces que a este aspecto del principio de legalidad se refiere la máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*.

El llamado “apego a la letra de la ley” sobresale como una guía orientadora de toda actividad jurisdiccional. Eso significa que la forma de administrar justicia por los jueces no puede exceder los límites fijados previamente por las normas jurídicas incluidas en las leyes o códigos.

Esta sencilla y breve explicación sobre cómo opera el principio de legalidad en la práctica jurisdiccional remite a la mención de una compleja y larga tradición de la cultura legal: la interpretación del Derecho.



La actividad interpretadora del Derecho no es únicamente la tarea de los jueces cuando están frente a un caso concreto que deben resolver conforme a la situación general y abstracta prevista por la norma jurídica; también la realizan abogados al estudiar los casos que les promueven a sus clientes y los estudiosos del Derecho cuando ciertos supuestos se plantean en el análisis académico.

La tradición exegética surgió como una técnica de estudios religiosos o teológicos (Biblia) y se prolongó su aplicación al examen de los textos legales. Se convirtió en el eje de la cultura jurídica continental y sirvió para consolidar la entrada en vigor del Código de Napoleón, con la consiguiente expansión en todo el mundo de la cultura que siguió esta tradición. Por ella, se practica una aplicación literal de textos legales y su interpretación coercitiva se realiza a través de ciertas condiciones, tales como:

- 1) Realizar el análisis del lenguaje.
- 2) Tratar de expresar la intención del legislador: el literalismo.
- 3) Procurar descubrir el sentido de una palabra poniéndola en relación con las palabras que la rodean: la sintaxis.
- 4) Buscar coherencia lógica en un texto legal para alcanzar una unidad de significados internos. Las leyes deben ser coherentes y por tanto no contradictorias entre sí: la gramática.
- 5) Analizar el significado de las palabras en relación con la audiencia asidua: la referencia retórica.

Las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas: todo lo que constituye las bases de una cultura jurídica formalista, en la cual se han formado y a la cual han prestado obediencia los jueces de los antiguos Estados liberales de Derecho y los primeros Estados democráticos, tanto en la Europa continental como en los países bajo su influencia cultural.

El tema es central en el debate socio-jurídico contemporáneo, pues esta cultura jurídica se ha alienado tradicionalmente de una concepción sobre el Derecho, sus procesos de creación y aplicación que le ha permitido entenderlo de una forma instrumental e idónea para el desarrollo de un único modelo social. Éste es el modelo que en la actualidad se cuestiona para constituir una fuente de desequilibrios y de injusticias.



Con el fin de declarar el Derecho con motivo de la comisión de un hecho presuntamente delictivo, en nuestro país se estructuran las instancias jurisdiccionales en materia penal a nivel federal y local dentro del Poder Judicial —de la Federación o locales—; en el desempeño de lo que se conoce como la *impartición de justicia*.

Es a través del Poder Judicial y mediante los procedimientos establecidos en los ordenamientos jurídicos correspondientes que se estructura la actividad aludida.

El sistema jurisdiccional federal mexicano se integra con el Poder Judicial de la Federación, el cual está compuesto por una Suprema Corte de Justicia de la Nación, un Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, y los Juzgados de Distrito, según lo prevé la Constitución federal.

Es importante señalar que en México no existe un ministerio o secretaría de justicia. Según la reforma judicial del 30 de diciembre de 1994, se creó dentro del Poder Judicial de la Federación un órgano de gobierno y administración del mismo poder, con excepción de la Suprema Corte y el Tribunal Electoral: el Consejo de la Judicatura Federal, dando la posibilidad de que los estados establecieran sus similares pero pocas se han erigido.<sup>45</sup> Cuya función es la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial.

El Consejo de la Judicatura Federal ha dividido al país en 23 circuitos, en los cuales se debe de establecer por lo menos un Tribunal Colegiado y uno Unitario, pudiendo existir más de uno, e incluso especializarse en razón de la materia.<sup>46</sup> Los Tribunales Colegiados de Circuito conocen de amparos uniinstanciales y la segunda instancia de los biinstanciales, excepto cuando juzgue la constitucionalidad de una ley a través del recurso constitucional de revisión contra resoluciones de los tribunales de lo contencioso administrativo.

Los Tribunales Unitarios de Circuito conocen en segunda instancia, generalmente por vía de apelación, de los juicios ordinarios federales.

Los circuitos se subdividen en distritos y en ellos debe haber por lo menos un juzgado, pudiendo haber más, los que se especializan en razón de la materia. Los jueces de Distrito conocen de las primeras instancias de los juicios ordinarios federales y el amparo biinstancial.

<sup>45</sup> José Luis Soberanes Fernández, *Sistema jurisdiccional mexicano*, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/IIJ-UNAM/Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, México, 1999, p. 12.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 16.

El Poder Judicial tiene dos competencias jurisdiccionales:

- 1) La justicia constitucional.
- 2) La justicia ordinaria federal.

La justicia constitucional se ejerce a través del juicio de amparo, además de la acción de constitucionalidad y las controversias constitucionales.

El juicio de amparo en México es muy extenso, además de revisar la constitucionalidad de las leyes y *habeas corpus*, también tiene la función de controlar la legalidad de los actos de autoridad tanto jurisdiccional como administrativa. Es decir, desde el siglo pasado, el amparo se convirtió en el órgano revisor de la actuación del poder público, bien sea administrativo o jurisdiccional, trastocando la naturaleza del mismo proceso y debilitando el federalismo judicial.<sup>47</sup>

Según lo prevé nuestra Carta Magna, al Estado, a través del Poder Judicial, le compete la impartición de la justicia. “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.”

La legislación penal sustantiva establecerá qué bienes jurídicos son merecedores de protección y será la legislación penal adjetiva la que marque los procedimientos para la determinación de responsabilidad y la consecuente aplicación de la sanción, encomienda recaída en la autoridad jurisdiccional.

### *La ejecución penal*

Una vez impuesta la sanción penal, corresponde al Ejecutivo (Federal o Estatal), según el delito del que se trate, la aplicación de ésta, es decir, al Poder Ejecutivo le corresponde organizar el sistema de ejecución penal, orientado al logro de la readaptación social del sujeto que cometió el delito.

Existe una relación estrecha entre el derecho que tiene el Estado de sancionar al sujeto que ha infringido la norma y la obligación del propio Estado para otorgar al infractor el medio para su readaptación social.

Es la cárcel sin duda la más controvertida de las instituciones del sistema penal; en ella, se prevé el cumplimiento de la sanción im-

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 13

puesta por la autoridad jurisdiccional, evidentemente, privativa de libertad. Y es que tal sanción —pena— se ha erigido como la panacea de las sanciones penales en el mundo y México no es la excepción. Pero antes de explicar a grandes rasgos la estructura y funcionamiento de lo que se ha denominado el sistema penitenciario mexicano y su fundamento legal, permítaseme unas breves reflexiones sobre esta institución, mismas que serán complementadas en la parte última del presente trabajo.<sup>48</sup>

La pena privativa de libertad cuyo origen suele ser atribuido a diversas inercias de la vida social<sup>49</sup> sin duda ha encontrado “natural” asidero en la construcción del Estado moderno. En efecto, es en los orígenes del surgimiento del Estado liberal burgués donde la cárcel empezó a forjar su propia legitimación. Por la aplicación de la pena (privativa de la libertad) el Derecho Penal pretende cumplir con las finalidades a él encomendadas, las cuales son las relativas a la prevención del delito, a través de los postulados de prevención general y especial, esbozados en sendas teorías en el contexto mundial. Así, por la represión del delito, esto es, la aplicación de la pena privativa de libertad, el Derecho Penal a través de su sistema penal pretende disuadir a los potenciales delincuentes de que cometan delitos (prevención general) y corregir al delincuente —en su caso— y evitar que reincida (prevención especial).

Sin embargo, la realidad de las prisiones desde su surgimiento acusa no sólo aberrantes violaciones a los derechos humanos de los reclusos sino la imposibilidad misma de la propia institución de llevar a buen término su cometido. Para ello, en el último apartado de esta investigación, esbozo argumentos que tienden sin duda a evidenciar tales nocividades que se han traducido irremediablemente en formas claras de victimización. Analizaré ahora —someramente como lo he venido anunciando— la estructura y funcionamiento del sistema penitenciario en México, establecido por los ordenamientos penales correspondientes.

<sup>48</sup> Véase el capítulo VII, sección “En el ámbito ejecutivo” (pp. 125-127).

<sup>49</sup> Si se quiere profundizar sobre los factores que influyeron el nacimiento de la cárcel, recomiendo la lectura en el ámbito nacional de Serafín Ortiz Ortiz, *Los fines de la pena*, Instituto de Capacitación de la PGR, México, 1993; y en bibliografía extranjera la consulta de las obras de Iñaki Rivera Beiras, quien desde la Universidad de Barcelona ha producido vasta literatura sobre la materia penitenciaria, constituyéndose por tanto no sólo en uno de los penitenciaristas más connotados de los últimos años, sino también en un arduo defensor de los derechos humanos de los reclusos: *La cárcel en el sistema penal*, Bosch, Barcelona, 1995; *La devaluación de los derechos de los reclusos*, y otras.

Es por medio de la autoridad ejecutora como se da cumplimiento a las sanciones impuestas por el Poder Judicial, siempre y cuando se trate de sanciones privativas de libertad.

El sistema penitenciario en México se estructura en la Administración Pública, esto es, dentro del Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Gobernación y su Dirección de Prevención y Readaptación Social; y, de la misma forma en los estados de la Federación, el único cambio es en el nombre de la dirección.

En materia de ejecución de sentencias impactan:

1) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que por supuesto se prevén garantías importantes para la protección de los derechos de los involucrados, como el que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva y el sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados, garantizándose así la separación entre procesados y sentenciados. Asimismo se sustentan las bases de la readaptación social mediante el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Entre otras garantías se prohíben los malos tratos y demás abusos; y, por supuesto, recientemente se deroga la pena de muerte. En la Constitución federal se sientan las bases para la justicia para adolescentes.

2) La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que encomienda a la Secretaría de Gobernación organizar la defensa y prevención social, así como la ejecución de las penas impuestas por el Poder Judicial.

3) Diversas leyes y reglamentos que establecen las reglas de la ejecución de sanciones privativas de libertad para la readaptación social; las reglas para los beneficios de preliberación y remisión parcial de la pena, entre otros derechos. Asimismo las que dan vida y organización a las instituciones responsables de la ejecución de sanciones privativas de la libertad.

4) Los códigos penales y de procedimientos en materia del fuero común y del fuero federal que establecen facultad punitiva del Estado y los procedimientos respectivos.

5) La jurisprudencia. En México, la palabra jurisprudencia se ha aplicado para designar la interpretación, con carácter obligatorio, que hacen los jueces de los preceptos legales.<sup>50</sup> Es importante ha-

<sup>50</sup> Jorge Adame Goddard, *Diccionario jurídico mexicano*, IIJ-UNAM, México, 1998,

cer mención que en 75 años de jurisprudencia sobre readaptación social, existe un sinnúmero de jurisprudencias en diferentes temas, por ejemplo, en materia de traslados, readaptación social del delincuente, individualización de la penas, entre otras.

6) Los tratados internacionales sobre ejecución de las sentencias penales. Según la facultad plasmada en la Constitución General de la República, por la que el gobierno federal está facultado para celebrar convenios con otros países para el intercambio de prisioneros. Son importantes debido a que dentro del régimen de la readaptación social, las personas deben regresar a la sociedad de la que se apartaron al violar la ley, ya que se deben de readaptar en el medio en el cual se van a desenvolver al momento de estar libres. En materia internacional se han suscrito tratados sobre la ejecución de sentencias entre México y: España (1996), El Salvador (1993), Argentina (1990), Belice (1985), Bolivia (1985), Panamá (1979), Canadá (1977) y Estados Unidos (1976).

La Federación suscribe también, con los gobiernos estatales, convenios de coordinación general para la ejecución de las sentencias penales por delitos del fuero común en los Centros Federales de Readaptación Social o viceversa, con el fin de reducir conflictos propios del incremento poblacional. Y qué decir de las declaraciones a nivel internacional sobre los derechos humanos de los internos y a las que se ha adherido nuestro país; y de los tratados internacionales en la misma materia por los que México se obliga a respetar en términos de la propia Constitución federal.

## VII. LAS VÍCTIMAS DEL SISTEMA PENAL

CUANDO ABORDÉ la temática de la clasificación de las víctimas, pudimos observar cómo algunos autores hablan de las víctimas generadas por el sistema de justicia penal; en ese sentido Elías Neuman considera como *víctimas colectivas* a determinados grupos comunitarios por medio del sistema penal, y se refiere, entre otras formas, a las leyes que crean delincuentes; las víctimas de vejaciones, tratos crueles y degradantes en sede policial; la inoperancia en la reinserción social de liberados, etcétera. Rodríguez Manzanera,<sup>1</sup> por su parte, dedica el capítulo xxiii de su obra a la Victimología y al proceso penal; en él, amén de referirse a la víctima como agente informal del control del delito, habla de la sobrevictimización que de la víctima se hace en el proceso, de víctimas del proceso penal y del delincuente como víctima.

Argumentos como éstos son ya reiterados para evidenciar que el sistema penal —contemporáneo— no cumple los fines para los cuales ha sido creado. Bergalli, al referirse al Estado español, por ejemplo, afirma que “el Sistema Penal Español [...] se ha demostrado como uno que no soluciona los problemas para los cuales supuestamente estaría dispuesto a encarar”.<sup>2</sup>

Los fines atribuidos a la pena, por ejemplo, lejos están de ser realidad, pero además parecen producir efectos diametralmente opuestos.<sup>3</sup> Diría que el sistema penal más bien responde a los intereses de sólo unas clases sociales.

Así, la afirmación de que el sistema de justicia penal responde a los intereses de la clase en el poder; de quien tiene el poder de crear la ley en beneficio de sí, esto es, de los intereses hegemónicos.

El Estado, revestido de un poder soberano que le posibilita la defensa hacia su interior y exterior, se encuentra vinculado a un territo-

<sup>1</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, 3a. ed., Porrúa, México, 1996, pp. 322 y ss.

<sup>2</sup> Roberto Bergalli (coord.), *Sistema penal e intervenciones sociales*, Hacer, Barcelona, 1993, p. 219.

<sup>3</sup> Serafín Ortiz aborda abundantemente la problemática —referido a México y Venezuela— en *Los fines de la pena*, Instituto de Capacitación de la PGR, México, 1993, pp. 142 y ss.

rio que le es propio y sobre el que ejerce su completo control. Y, para ejercer tal control, el Estado se sirve del Derecho, siendo el sistema penal la instancia por la cual ese control se ejerce con mayor severidad. Así, la facultad de coerción que caracteriza al Derecho —y que ejerce el Estado— nunca es más evidente que en la aplicación de las leyes penales. El control se logra por la fuerza viva si es necesario. Pero el uso de tal violencia —violencia legal— se legitima sólo si se efectúa a través de las instituciones facultadas, en este caso el sistema penal —legítimamente constituido— y sólo para la estricta defensa y protección de los derechos de terceros y en pro del orden jurídico y social.

Esta imposición normativa supone la posibilidad —y legitimación— del uso de la violencia por parte de las instancias encargadas de aplicar la coacción. En todo caso, lo que interesa analizar son los límites y limitaciones de dicha coacción.

Así, el sistema penal se evidencia como una compleja manifestación del poder social; y su legitimidad, como la característica que le otorga su racionalidad. Poder que no sólo tiene sino que además ejerce; y lo hace, mediante un ejercicio planificado racionalmente. El actuar racional y coherente del propio sistema penal lo hace legítimo. Pero hasta qué punto es legítima o racional la actuación del sistema penal. El problema se centra principalmente en ello. Quién dice qué es legítimo y qué es racional. Por nuestro sistema jurídico es la propia ley quien lo señala. Esto a su vez implica traer otro principio a juego, el de “legalidad”, del cual el discurso jurídico penal desprende fundamentalmente dos principios:

1) *El principio de legalidad penal*, que exige que el ejercicio del poder punitivo a través de las instancias del sistema penal tenga lugar dentro de los límites previamente establecidos por la ley —poniendo especial énfasis en los límites a la tipicidad—.

2) *El principio de legalidad procesal*, que exige que las instancias —agencias— del sistema penal ejerzan su poder —para criminalizar (o al menos intentarlo) a todos los autores de acciones típicas, antijurídicas y culpables— conforme a ciertas pautas detalladamente explicadas.

La estructura del actual sistema penal mexicano —como de cualquier sistema de justicia penal que responda a una tradición jurídica tal— hace que la legalidad procesal difícilmente se pueda respetar. El discurso jurídico penal programa un número increíble de hipóte-



sis en que el sistema penal interviene represivamente de un modo mecánico —diríase natural— pero las agencias del sistema penal —y sus operadores— disponen apenas de una capacidad operativa ridículamente inferior en comparación con la magnitud de lo planificado. La disponibilidad entre el ejercicio del poder programado y la capacidad operativa de dichas agencias es abismal; y peor aún, si se diese la inconcebible circunstancia de que su “poder” se incrementase hasta llegar a corresponder a todo el ejercicio programado legislativamente, se produciría el indeseable efecto de criminalizar varias veces a casi toda la población.

“Si se incrementasen todos los hurtos, todos los adulterios, todos los abortos, todas las defraudaciones, todos los cohechos, todas las amenazas, etcétera, prácticamente no habría habitante que no fuese varias veces criminalizado.”<sup>4</sup>

La realización de tal tipo de criminalización es un supuesto muy absurdo, se pugna —generalmente— por lo contrario, por una “deflación penal”, una reducción del poder punitivo estatal ejercido por las agencias de control penal, para una reducción en el ejercicio de la coacción.

Zaffaroni de manera categórica afirma: “el sistema penal es un verdadero embuste: pretende disponer de un poder que no tiene ocultando el verdadero poder que ejerce y, además, si tuviere realmente el poder criminalizante programado, provocaría una catástrofe social”.<sup>5</sup>

El sistema penal, pareciera, está estructuralmente montado para que la legalidad procesal no opere, sino que por lo contrario ejerza su poder con un altísimo grado de arbitrariedad selectiva que, históricamente —y de forma casi natural—, se ha orientado hacia los sectores vulnerables, incluso, por supuesto, las víctimas. Esta selección es producto de un ejercicio de poder que también está en manos de las agencias ejecutivas con “espacio legal” para ejercer poder represivo sobre cualquier habitante, actuando cuando lo deciden y contra quienes lo deciden. Certero, Neuman afirma que si uno visita la cárcel tras 20 años después de haberlo estado, verá a los mismos reclusos de entonces, sólo que ahora se llaman internos, los mismos rostros, igual forma de andar, de dirigirse, similares sonrisas de tristeza, torsos desnudos, los mismos tatuajes, igual coloración de la

<sup>4</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Temis, Bogotá, 1990, pp. 16-17.

<sup>5</sup> *Idem.*



piel: negra o pardusca, y también los mismos delitos... A su cuidado están ¡los mismos guardiacárceles...! Es que serán los hijos de los reclusos de hace 20 años, y los padres de la próxima generación de presos. Son carne de cárcel.<sup>6</sup>

Se reafirma así aquella selectividad señalada. Los delincuentes siempre son los mismos: pobres, negros, nativos, etcétera. Ellos —delincuentes fracasados— son los que pueblan las cárceles.

En conclusión, operacionalmente y por su estructura misma, el sistema penal difícilmente puede respetar los límites de legalidad, actuando con un margen amplísimo de arbitrariedad a través de sus agencias. Pero no tan sólo no los respeta, sino que incluso los viola a través de la misma ley y de la operatividad de sus instancias de aplicación. Basta con señalar el increíble número de secuestros, homicidios y torturas cometidos por las agencias ejecutivas del sistema penal, o por su personal, a los que se puede agregar la corrupción, las actividades de extorsión, y la participación de beneficios tales como la prostitución, el contrabando, el tráfico de tóxicos prohibidos, etcétera, lo que pertenece a la incuestionable realidad de nuestros sistemas penales marginales.

En este orden de ideas, realizaré a continuación una somera reflexión de las implicaciones negativas —nocivas— del actuar punitivo del sistema penal, mismas que evidencian una forma más de victimización, desarrollada paradójicamente al amparo de la legalidad. Tal reflexión, por cuestiones didácticas, la esbozaré tomando como referencia los dos niveles de los que entendemos forma parte el sistema penal: la ley penal (en un nivel de creación) y el nivel de aplicación de esa ley, es decir, las agencias o instancias ejecutivas a las que hemos estado haciendo alusión (policial, judicial y penitenciaria).

#### VICTIMIZACIÓN MEDIANTE LA LEY PENAL

“Para que un discurso jurídico penal, elaborado sobre un texto legal que se hace explícito mediante los enunciados de la dogmática, sea ‘socialmente verdadero’ no puede desentenderse del ser y refugiarse en el deber ser, porque para que ese deber ser sea un ser que aún no es, debe reparar en el devenir posible del ser, si no lo convierte en un ser que jamás será.”

<sup>6</sup> Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 1a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, p. 39.

Sirvan estas ideas señaladas por Zaffaroni<sup>7</sup> para abordar este apartado y hacer una breve referencia de cómo las agencias legislativas, al aumentar las tipificaciones, no hacen más que aumentar el arbitrio selectivo del sistema penal y sus pretextos para ejercer un mayor poder controlador, desatendiendo al ser como tal, escudándose en un deber ser que nunca será.

Me refiero concretamente a la situación de crear delitos, en los que parece no haber víctima, y con ello victimizar al “supuesto delincuente”, cuando el problema quizá no debiese tratarse desde una perspectiva jurídica, sino sociológica o quizá antropológica, por ejemplo, o bien con la concurrencia de todas.

El tema es ampliamente tratado en una obra que, a mi parecer, es muestra clara de cómo una crítica tal debe esgrimirse. Es Emilio Lamo de Espinosa en su obra *Delitos sin víctima*,<sup>8</sup> donde aborda ampliamente el tema, planteando la problemática y estableciendo que al margen de la legalidad, o incluso moralidad de una conducta, hay toda una serie de comportamientos que son socialmente reprobados sin que tal reprobación sienta la necesidad de justificarse mediante la represión punitiva. El autor argumenta que la prostitución, la pornografía, la homosexualidad o el uso de estupefacientes son reprobables resulta *per se* evidente para muchas personas. La evidencia de la reprobación alimenta así su propia fuerza: *tales conductas se rechazan con mayor intensidad que muchos delitos*. Evidencia que se manifiesta también en la ingenuidad con la que se trata de controlar tales conductas a través del instrumento jurídico-penal. Aun diversas legislaciones penales aparecen sancionando la prostitución, el escándalo público, la pornografía, etcétera.

Y cuestiona: pero, ¿qué sentido tiene, si es que tiene alguno, la utilización del aparato penal para controlar tales conductas? El punto está en saber si se trata de un conjunto de comportamientos frecuentemente considerados como delictivos y, por tanto, incluidos en los códigos penales, o bien simplemente antisociales y peligrosos.

Siguiendo al autor, este tipo de conductas se caracterizan por tres notas distintas:

1) Implican siempre una transacción o intercambio voluntario entre adultos, de bienes y servicios con fuerte demanda y legalmente proscritos.

<sup>7</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de...*, op. cit., n. 210, pp. 9 y ss.

<sup>8</sup> Emilio Lamo de Espinosa, *Delitos sin víctima*, Alianza, Madrid, 1989, p. 214.

2) Puesto que se trata de transacciones voluntarias, nadie se queja de ellas, no hay denuncias y, por tanto, cabe estimar que no hay víctimas.

3) La inexistencia de víctima, por tanto, lleva a deducir que se trata de comportamientos evidentemente inmorales.

En resumen, son conductas que reúnen tres características: contrarias a la moral, inexistencia de víctima e implican una transacción voluntaria e ilegal entre adultos.

Pero ello resulta más complejo de lo hasta aquí planteado, pues si se trata de transacciones voluntarias, ya no serían aplicables estos criterios cuando hay fraude; y al ser transacciones puede que en ellas medie un componente económico que genere mercados ilegales, pudiéndose hablar de mercado negro de servicios ilegales, como drogas, aborto, prostitución, etcétera, así que tampoco se podrían aplicar. Además de que la afirmación de que no existe víctima es muy criticable, pues si bien no hay víctima, siempre puede encontrarse una; así, la prostituta es víctima del cliente que la explota o del proxeneta, el yonqui del que le vende la droga a precios exorbitantes, etcétera.

Finalmente, otra crítica que podría hacerse al planteamiento del autor es que el bien jurídico protegido es la moral pública, y si son delitos inmorales éstos deben sancionarse creando los tipos penales correspondientes. En consecuencia, se trata de comportamientos punibles en numerosas legislaciones, donde la presunta víctima no sólo consiente sino que busca activamente tal servicio.

La paradoja de la existencia de delitos sin víctima se explica porque en tales campos lo que se sanciona son conductas que atentan contra la moral pública, envolviendo un análisis entre lógica social, moral y eficacia represora del Derecho Penal.

Pero, ¿en qué medida está legitimado el Estado para imponer unas específicas pautas morales a sus ciudadanos erigiéndose así en padre de familia de unos súbditos reducidos a la categoría de menores de edad? Y si fuese legítimo, ¿hasta qué punto puede ser eficaz tratar de impedir transacciones voluntarias y privadas sobre bienes y servicios con amplia demanda, si ellas no producen daños a terceros inocentes? Y si la respuesta es que el Derecho Penal no es eficaz en dicho ámbito, ¿qué sentido tiene entonces amenazar cuando no se puede sancionar?

Tras el planteamiento de las ideas aquí brevemente estructuradas, Lamo de Espinosa intenta evidenciar que la moralidad, el desorden

ético, e incluso el vicio constituyen parte del orden social cotidiano y no meras desviaciones del mismo. El explicar cómo llega a tales conclusiones excede los límites de nuestro desarrollo. Lo que me interesa es plantear esta problemática.

La justificación de la intervención del sistema penal en esta clase de conductas se ha basado siempre en la presunción de que hay orden ahí donde hay orden moral. Para Lamo de Espinosa el orden social tiene poco que ver con el orden moral pues también la inmoralidad forma parte de la vida cotidiana.<sup>9</sup>

Con estos planteamientos pretendemos evidenciar que la propia norma penal —como sus instancias de aplicación, e incluso la sociedad misma— genera la conducta delictiva —como la no delictiva—, y frecuentemente son los mismos organismos encargados de la represión de los delitos —como lo veremos— quienes cronifican tales conductas e incluso las amplifican.

El planteamiento de Lamo de Espinosa se constituye como un argumento más en contra de la selectividad del Derecho, misma que alcanza al Derecho Penal; aunque lo cierto es que la misma no es siempre producto de la ley misma sino de la manera en la que ella se concretiza o actualiza. Por ello, se evidencia un Derecho Penal que no es igual para todos, pero no sólo porque los legisladores dictan normas que afectan más a unas clases que a otras, sino también porque estas clases afectadas, las humildes, son más fácilmente fiscalizadas, controladas, arrestadas, juzgadas, sentenciadas y encarceladas por las instancias de aplicación del sistema penal, que las clases poderosas. Y ello, ¿de un modo inconsciente?

“Numerosas normas penales aparentemente apolíticas son en realidad formas evasivas de controlar la conducta y penalizar grupos sociales peligrosos o disidentes, de modo que el ámbito del derecho penal político es más amplio de lo que una primera aproximación puede hacer creer.”<sup>10</sup> ¿Es pues nuestra ley un conjunto de normas creadas para la protección de unos a costa de otros?

Landrove Díaz<sup>11</sup> señala que hay que reconocer que las leyes penales son cada vez más abundantes y complejas, más represivas —en suma—, y victimizan a mayor número de personas.

En México, la legislación penal, como la de gran parte del mundo, tiene tendencias marcadas a tipificación de conductas. El hecho de

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 141.

que una conducta sea tipificada como delito no resuelve ni por mucho el problema social que significa el delito. Asistimos la necesidad de combatir los problemas desde otros ámbitos disciplinarios, además del jurídico, que den al traste con el problema. “Inflar” códigos penales sólo aumenta la facultad punitiva del Estado y la posibilidad de victimización desde las instancias del poder.

#### VICTIMIZACIÓN A TRAVÉS DE LAS INSTANCIAS DEL CONTROL PENAL

Analizaré ahora cómo es que las instancias ejecutivas del sistema penal (policía, jurisdicción y cárcel), en el ejercicio de sus funciones, lesionan a quienes entran en contacto por determinadas circunstancias con ellas. Cuando, lejos de cumplir los objetivos y finalidades para las que fueron creadas y puestas en función, paradójicamente, pareciera que surtieran el efecto contrario.

Cuando la actividad desplegada por el sistema penal no cumple con sus objetivos, seguramente creará perjuicios para quienes atañe directamente su actuación. Pero no todo termina ahí, pues alcanza también a terceros que nada tienen que ver con la administración de justicia penal, pero que por sus características o condición (raza, nacionalidad, aspecto, etcétera) son envueltos en la maquinaria funcional del sistema penal, produciendo su victimización. Pensemos así, por ejemplo, en aquel detenido por su apariencia física o condición social e interrogado en sede policial, o más grave aún, quien es llevado a juicio siendo inocente, se le procesa y se descubre su inocencia, si eso sucede se podrá ir, si no, seguirá siendo victimizado.

Analicemos ahora cómo desde cada instancia aludida puede producirse victimización. Si bien la referencia es el sistema penal en México, es evidente que en todos los sistemas penales de tradición jurídica como la nuestra tales problemáticas son latentes.

#### *En el ámbito policial*

La policía, como instancia del control penal, constituye el primer contacto que el sistema penal tiene con el delito. Hemos dejado señaladas algunas cuestiones preliminares sobre lo que es la función policial, su estructura y su fundamento. Ahora habrá que concen-

trarse en el análisis de tal función en uso de la “violencia legítima” que el Estado le ha conferido a través de ese poder coaccional del que cuenta para el cumplimiento de las normas y el predominio del orden jurídico establecido. Es así como la violencia ejercida por la policía encuentra su justificación. Si bien la fuerza del Estado, mediante el uso coactivo, no se evidencia sólo en el sector policial; es en el sistema penal donde —como lo argumenté— tal potestad es más evidente; y de éste, la policía hace un uso significativo.

Debe quedar claro, en primer lugar, que la violencia policial es en todo caso una violencia aplicada siempre por mandato de una autoridad superior que siempre acaba siendo el Estado. Así, se reduce aparentemente toda su justificación a un problema de legalidad, amparada tras el escudo de la violencia debida.

Así, la función de la policía en el procedimiento penal —en la que centramos nuestro estudio—, es la de llevar a los sujetos a presencia del juez; la policía es la que da la *notitia criminis*. Por ello, para desarrollar su función, utiliza dos instrumentos esenciales, uno de ellos es precisamente el uso de la violencia física. Para desplegar sus funciones, para aprehender al delincuente, aportar pruebas, etcétera, se ve obligada a utilizar la violencia viva, la cual es idéntica a la que reprimen, lo que la diferencia es el elemento justificante de la misma, fundamentado en el mandato recibido, pues se efectúa en nombre de la justicia estatal. Así, la policía es el instrumento de fuerza más poderoso con que cuenta el Estado.<sup>12</sup>

Pues bien, si la policía usa su fuerza, su violencia correctamente, debe hacerlo bajo determinadas normas, que afectan a la legalidad de la intervención, pero ello no atañe a la forma de violencia que es fuerza.

El otro instrumento con que cuenta la policía para el despliegue de sus funciones es lo que algunos autores han denominado *el plus de poder*.

Este poder “extra” del que cuenta la policía en su funcionamiento se fundamenta en la necesidad de la prevención. Y si resulta que el sistema penal debe prevenir el delito, la sociedad quiere —yo diría exige— que se le prevenga del delito. Para ello, se le exige a la policía que detecte el delito antes de que suceda, y lo reprima; lo cual implica tener que descubrir y en su caso detener a aquellos sujetos antes

<sup>12</sup> Amadeu Recasens, “Violencia, policía y seguridad ciudadana”, en *Imágenes del control penal. El sistema penal y sus agencias*, Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, Argentina, 1994, pp. 51-82.

de que infrinjan la ley penal; pero, como debe esperar a que se haya producido el ataque a un bien jurídico protegido, a que se produzca un acto típico, entonces todo resulta una contradicción, pues se le exige garantizar no ya la reacción penal, sino la tranquilidad ciudadana. Para todo lo cual se ve en la necesidad de seleccionar a sujetos que son susceptibles de generar peligro, lo cual la lleva a la creación de estereotipos de la peligrosidad social; que, como más adelante señalaré, implica una nueva forma de victimización. Además de ello, se requiere de una capacidad de acumulación de información, a la que hay que acceder si no se quiere caer en evidente incongruencia. Todo lo cual constituye aquel plus de poder.<sup>13</sup>

Ahora bien, se trata de una violencia que en todo momento corre el riesgo de devenir incontrolada o incontrolable, violatoria de garantías individuales, que vulnera el Estado de Derecho. Es esto lo que actualmente constituye una preocupación universal. Se acusa la ineficacia, corrupción y brutalidad policiaca, que derivan en inadmisibles violaciones a los derechos humanos.

### *La intervención policial*

Dentro del ámbito de la intervención policial se habla de una victimización del delincuente determinada por las torturas y vejaciones de toda índole que sufren los detenidos bajo determinadas circunstancias, y que aún es *práctica cotidiana*. Con frecuencia, el trato que la policía dispensa a los presuntos delincuentes reviste una violencia desmesurada, sobre todo si éstos pertenecen a determinados sectores sociales. Este es uno de los aspectos menos confesables —y menos confesado— de la intervención policial. En muchas ocasiones, el mero hecho de tener antecedentes penales incrementa el riesgo de posteriores detenciones por parte de policías, las cuales, aunque se utilice el eufemismo de que se trata de simples detenciones para interrogar, dan lugar a detenciones ilegales caracterizadas por malos tratos, amenazas, etcétera, no siempre denunciadas por temor a las represalias.

Resulta cierto que, con desoladora frecuencia, los derechos de los detenidos no resultan escrupulosamente respetados, y que la violencia policial suele tener —casi siempre— los mismos destinatarios. El argumento justificante: la lucha contra la impunidad.

<sup>13</sup> *Idem.*



*La creación de estereotipos*

Cuando la policía se ve en la necesidad de estigmatizar para poder prevenir, se genera una forma más de victimización.

Con la estigmatización<sup>14</sup> o etiquetamiento, la policía decide quién es delincuente y quién no, al margen de lo que realmente sea. Así, serán “clientela predilecta” grupos marginales, algunos extranjeros, gitanos, etcétera; se producirán detenciones ilegales, sin razón justificable, serán “presa fácil”, cuando probablemente —como es frecuente— no hayan cometido ningún acto ilícito, e incluso, estén muy lejos de cometerlo.

Esta misma gente es la que suele también poblar las cárceles, ser incluso procesados sin los requisitos legales indispensables que garanticen su defensa, pero sobre todo un juicio justo e igual. Es casi siempre a ellos, quienes siendo “inocentes”, se les hace sufrir todo un proceso lleno de aberraciones legales, y todo porque quizá alguien lo señaló como responsable —por su condición misma—, o la policía lo etiquetó y dedujo que él lo era, o como también suele suceder “el sistema” necesitaba un chivo expiatorio.

Es la necesidad o “capacidad” de estigmatizar por parte de la policía la que lleva a reflexionar si no son ellos mismos víctimas de su propia función, de desempeñar un papel que el sistema penal les señala y la sociedad les exige.

El estereotipo lleva a seleccionar al sujeto delincuente traducido en “peligroso”, y eso lleva a un problema de discriminación y vulneración de derechos e incluso de racismo.

<sup>14</sup> Denis Chapman es el creador de la teoría del estigma, la cual —dice— “no depende de la noción de que la víctima cambia su sistema de valor o que es reclutado a un grupo delictivo, sociedad o subcultura, sino que mira hacia las consecuencias de su encarcelamiento y fichaje [...] La teoría del estigma reconoce que la sociedad, por la cual se entiende el aparato administrativo, la prensa y en algunos casos organizaciones religiosas, identifica y rechaza ciertas personas con ciertas conductas [...] La designación o estigmatización de algunas clases de personas como malas permite que el conflicto se resuelva a través de su aislamiento, marginalidad o expulsión [...] El chivo expiatorio tiene una función para los individuos, los grupos y la sociedad [...] Una vez que el grupo es identificado y aceptado, se justifica la acción de la policía de una manera que normalmente sería emocionalmente perturbador”. Denis Chapman, “El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales”, en *Estigmatización y conducta desviada*, Puente, Maracaibo, del original *Criminal Journal of Criminology and Penology*, vol. 1, núm. 1, febrero de 1973.



*En el ámbito judicial*

Es facultad jurisdiccional juzgar a los presuntos delincuentes, a través de la valoración de pruebas y el examen de los hechos para la consecuente determinación de la responsabilidad penal y la correspondiente aplicación de la pena.

El debido proceso implica de sí una serie de acciones tendentes a un fin primordial: declarar, en su caso, la responsabilidad penal del o los procesados. Tales acciones por su naturaleza —y necesidad— tienden frecuentemente a ser lesivas de las personas a sujeción. Pero lo importante será —siguiendo el hilo conductor de las ideas que se han venido esbozando— determinar cuándo tales lesiones vulneran los límites de la legalidad y se convierten en violencia ilegal; sobre todo cuando se habla de los *derechos del procesado*; pero no menos importantes —porque el principio de igualdad jurídica así lo exige—, cuando tal violencia la resienten las víctimas. La vulneración de los derechos de las víctimas es igualmente deleznable.

Para que el Derecho opere, se actualice y sea eficaz, es necesaria la lesión de bienes jurídicos, siempre que la misma tienda —legalmente— a la protección de los derechos de terceros; ello es lo que legitima al Derecho y por consiguiente al Derecho Penal. Tal reconocimiento no implica sin embargo la ejecución de acciones que de forma innecesaria lesionen a quienes de alguna manera entran en contacto con el sistema penal. El límite está, a mi parecer, en la necesidad.

No obstante, pareciera práctica común el ejercicio extralimitado del poder estatal a través de su sistema penal; lo cual no debe —debería— encontrar asidero en la impartición de justicia. Muchos pueden ser los ejemplos (detenciones ilegales, brutalidad policial, condena de inocentes, corrupción a pequeña y gran escala, cateos ilegales, etcétera). Tales prácticas extralimitadas no siempre son —hay que reconocerlo— producto de una actitud dolosa del servidor público, muchas surgen de la ignorancia o poca preparación de los mismos, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. Y sí, estas actitudes —dolosas o no— pueden constituirse en sendas violaciones a las garantías de los sujetos implicados en el proceso: la víctima y el presunto victimario; pero además de quienes, sin tener ninguna de estas dos calidades, se ven inmiscuidos en el proceso, como los testigos, por ejemplo.

Pero, ¿son necesarias tales actitudes denigrantes en pro de los intereses del Estado?, ¿existen límites de las mismas?, ¿se pueden

implementar mecanismos menos lesivos sin que ello propicie impunidad? Todos estos cuestionamientos, como en el análisis de todos los sectores del sistema penal, habrá que analizarlos para el ejercicio de la jurisdicción.

He hablado con insistencia de la legalidad como eje moderador de todo nuestro sistema jurídico,<sup>15</sup> a cuyo principio debe sujetarse cualquier acto de autoridad. Y de la licitud de ciertas acciones que aun afectando bienes jurídicos resultan necesarias para hacer valer el Derecho. Pues bien, la primera gran respuesta a las interrogantes planteadas es sin duda la fórmula de la legalidad. Si las acciones públicas de los operadores del sistema penal —servidores públicos— se ciñen a los límites impuestos por la legalidad, de manera *natural* los índices de victimización se verán favorablemente reducidos. Pero, si además de ello, se buscan mecanismos menos lesivos en pro de las víctimas y sus derechos, el sistema penal vería incrementados notablemente sus índices de credibilidad, pero principalmente haría de sus actuaciones acciones menos lesivas y más eficaces.

A continuación enumero algunas de las circunstancias por las que, a mi parecer, el sistema penal a través de su función jurisdiccional produce victimización. Las molestias propias del juicio, como tardanza, interrogatorios, citaciones, etcétera, suelen ser ejemplos —no en pocas ocasiones— de actitudes victimizantes.

### *La sobrevictimización*

La exposición de las víctimas al proceso de justicia penal, y por supuesto en lo que se refiere a la instancia judicial, a menudo aumenta el trauma que sufren, acrecentando su sentimiento de desamparo y frustración, así como de resentimiento porque no se les ha ofrecido protección o recursos adecuados contra su “explotación”. Se habla por ello de efectos sobrevictimizantes, esto es, amén de la victimización sufrida por los efectos directos del delito, se expone a la víctima —por las circunstancias que de manera general a continuación enumero— a nuevas formas de victimización. A través del procedimiento la víctima va siendo victimizada en varios aspectos, como al no ser debidamente informada de su papel y de su alcance, ni de la marcha de sus actuaciones, ni de la decisión de sus causas; al no presentarle asistencia adecuada en el desenvolvimiento del procedi-

<sup>15</sup> Véase formalismo jurídico al inicio de la tercera parte en este trabajo.

miento; al no evitar las demoras innecesarias en la resolución de sus causas y en la ejecución de sus mandamientos; al no ser atendidas sus preocupaciones ni opiniones, cuando los que están en juego son sus intereses; y no se diga las dificultades para la obtención de la reparación del daño.

Como se observa, tales actitudes no tienen razón de ser en los marcos de la legalidad. Son perfectamente evitables si se atiende a los señalamientos constitucionales por un lado y si se encuentra la fórmula jurídica de incrementar los derechos de las víctimas.

Otra forma de victimización, y que constituye la otra cara de la moneda, es la que recae en el o los procesados, se trata de la victimización sufrida por el presunto responsable.

### *La victimización procesal del inculpado*

Bajo la maquinaria judicial, se produce esta otra forma de victimización del sistema penal. Independientemente de los casos de error judicial —que más adelante señalaremos—, los delincuentes, como las víctimas, también sufren por problemas de lentitud, costos, desigualdad e inconsistencias. Así, a la victimización judicial coadyuvan el Ministerio Público en su afán de probar la acusación, el abogado defensor que busca justificar sus honorarios y hacerse de buena fama, y además, el mismo juez sobrecargado de trabajo y de responsabilidad, que coopera con la acusación y el defensor en hacer juicios largos y complicados, sin olvidar la carencia de criterios legales y doctrinarios claros para la cuantificación de las penas, que deja márgenes de aplicación carentes de criterio regulador, que prácticamente llegan a la arbitrariedad, obrando al margen de los criterios pautados para el ejercicio del poder a través de las sentencias, que cuando se dictan ya se han consumado efectos irreversibles en el procesado.

### *Victimización por la aplicación de la prisión preventiva*

La prisión provisional, que en teoría es una simple medida cautelar y de aseguramiento procesal, se convierte en realidad en una condena por adelantado que viola la presunción constitucional de inocencia, y prejuzga en gran medida el resultado de la sentencia definitiva, que en consecuencia estará viciado desde su origen, en parte por la

limitación de posibilidades de defensa del acusado que se encuentra en prisión provisional.

Se denuncian los frecuentes excesos en materia de detenciones preventivas como reputable factor de victimización colectiva. Por otro lado, no resultará sencillo obtener la absolución de quien lleva mucho tiempo en prisión preventiva, pues tal conducto supondría el reconocimiento de que el sistema penal no ha funcionado correctamente, es decir, que alguien se ha equivocado.

Los efectos negativos de la prisión preventiva son difícilmente salvables, primero porque quitar tal fórmula produciría irremediablemente impunidad por la evasión sistemática que de la justicia harían los delincuentes.

Debe quedar claro: la promulgación de los derechos de las víctimas y de los procesados no debe constituirse en fórmulas irresponsables que propicien impunidad. Es necesario encontrar niveles de equilibrio en pro sí de los derechos de las víctimas y de los procesados, pero también de los intereses del Estado y de la sociedad misma.

A todo esto hay que añadir que si la prisión preventiva no se llegase a cumplir en los establecimientos penitenciarios destinados para tal efecto, el problema entonces adquiriría mayor gravedad, pues al cumplirse en los mismos establecimientos y sin segregaciones especiales entre inculcados y condenados por sentencia firme, la gravedad de la prisión provisional y su práctica equiparación con una pena privativa de libertad alcanzaría niveles patéticos, por provocar la conducta conflictiva de los preventivos dentro de los centros penitenciarios. Se convierte así a la prisión preventiva en una verdadera pena de privación de libertad. De ahí todos los movimientos que pugnan por una sustitución de la prisión preventiva por otras medidas no privativas de la libertad.

Por otro lado, sabemos que la prisión preventiva no permite llevar a cabo una labor de reincorporación a la sociedad, pues desde el punto de vista jurídico está vedada cualquier intervención sobre el sujeto aún no condenado; lo único que supone es un grave riesgo de contagio criminal. A su vez, incrementa la población reclusa, favoreciendo el hacinamiento en las cárceles, multiplicando el costo de las instalaciones, exigiendo la dedicación de un mayor número de funcionarios, exponiendo a los sujetos “presuntamente inocentes” a los riesgos inherentes al medio carcelario, y al mismo tiempo los desconecta de su entorno familiar, social y laboral.

Finalmente, si el retenido después de ser juzgado es absuelto —lo que no será muy factible—,<sup>16</sup> regresará a su hogar gravemente marcado, etiquetado, con la presión psicológica sufrida y el estigma de “haber estado en prisión”, y demás matizaciones que recibirá de su medio social. Así, se habrá dado paso a su más que posible victimización. Estigma que también pasa a la familia y así ésta resulta también victimizada.

### *Victimización por error judicial*

Otro presupuesto que también resulta de interés señalar aquí, se refiere a aquel suscitado por el error judicial, del cual recién hice referencia. Se trata de un caso muy especial de victimización por el que inocentes son llevados a juicio y en ocasiones injustamente condenados.

Una de las causas más comunes de este tipo de error judicial es la acusación en falso que hace una presunta víctima, se trata de las víctimas imaginarias o simuladoras a las que en las tipologías victimales me referí. Aun cuando indudablemente se reúnen otros factores como la falsa confesión hecha por presión policiaca, los testigos confundidos o falsos, los documentos alterados, el peritaje fallido, etcétera.

Si se condena la sobrevictimización y la victimización del delincuente por el sistema de justicia penal, qué podemos decir del inocente condenado a pena privativa de libertad.

Señalando, como hasta ahora lo hemos hecho, estos casos de *sui generis* victimización, podemos asimismo hablar de otros múltiples sujetos que resultan victimizados al ser alcanzados en su entorno cultural por la actuación del sistema penal. Pensemos nuevamente en aquellos marginados, extranjeros, gitanos o cualesquiera otros, quienes por su condición ya tienen “un punto en contra antes de iniciar la contienda”, son presumiblemente “responsables”, “culpables”, por el simple hecho de su raza, creencia, procedencia y demás. Y qué podemos decir de los familiares de los delincuentes, estigmatizados por una sociedad que los agobia y que muchas veces los hace emigrar a otras ciudades donde nadie los conozca; eso si tienen la

<sup>16</sup> Cuántas ocasiones procesos olvidados en los que al llamar la atención del juzgador, éste se percata que no tiene elementos suficientes para imputar responsabilidad penal y “acuerda” —decide— aplicar una sanción igual al tiempo que ha estado en prisión preventiva.

posibilidad de hacerlo, pues desde la prisión preventiva, la familia sufre la ausencia de quien —generalmente— lleva la comida a casa, con todas las consecuencias que dicha ausencia puede traer; quizá dramaticemos, pero no se despega de la realidad el imaginar que la esposa al verse en la necesidad de mantener a su familia, se prostituya, con todas las implicaciones que ello conlleva. Y qué decir de los hijos, quienes sufrirán diversos tipos de lesiones psicológicas y afectivas, sobre todo; y serán asimismo etiquetados en su medio —la escuela—. Y todo esto, ¿no constituye una forma por demás alarmante de victimización?

Por otro lado, pensemos también en los testigos presenciales, quienes quizá —no siempre— por accidente estuvieron presentes en la comisión del delito; serán citados en multitud de ocasiones, agobiados por interrogatorios y repreguntas que tratarán de confundirlos para que posteriormente los tachen de falsos y les traten de imputar un delito de falsedad. Todo ello con implicación de dinero y tiempo perdido.

En fin, los ejemplos serían abundantes, no menos los casos denunciados. Todos ellos evidencian la triste realidad.

### *En el ámbito ejecutivo*

Es en la instancia de aplicación de la pena privativa de libertad —pena por excelencia aplicada en nuestro medio— donde la victimización carcelaria —al margen del asesinato jurídico que representa la pena de muerte en algunos países— deriva de la incongruencia que supone pretender habilitar para la libertad, a través, precisamente, de la privación de la misma, y del indiscriminado recurso a sanciones de esta naturaleza.

Así pues, la respuesta punitiva por excelencia sigue siendo la cárcel, sobre todo para la delincuencia propia de los sectores marginados. La población carcelaria tiene siempre la “misma clientela”, se sabe de sobra que no son nadie, sólo pequeños ladronzuelos de la delincuencia de hoy, ¡ladrones de gallinas!, comparándolos con los delincuentes económicos que emplean su inteligencia a veces mancomunada para succionar la economía de un pueblo desde sus cargos ministeriales.<sup>17</sup> Las prisiones están pobladas así, prácticamente en exclusiva, por miembros de estos grupos sociales y, al contrario

<sup>17</sup> Elías Neuman, *Victimología...*, op. cit., p. 39.

de lo que ocurre con otros colectivos, los marginados difícilmente logran evadirse de la acción de la justicia. Y cumplen sus penas en establecimientos penitenciarios en los que se genera una nueva victimización, más inhumana y degradante, a la que se añade la más irritante de las impunidades.

Resulta incuestionable que el medio carcelario victimiza; quizá de las tres instancias del sistema penal, ésta sea la que más acuse esta situación. Esta evidencia se añade a las muchas y no mal fundadas críticas que hoy se le hacen a las penas privativas de la libertad, que no sólo pugnan por convertirlas en menos victimizantes sino por abordar decididamente su sustitución.<sup>18</sup>

Con sus honrosas excepciones las condiciones de las prisiones en México —como las de muchos otros países— son deprimentes, la población reclusa rebasa ampliamente la capacidad de los establecimientos, no parece existir mucha posibilidad de incorporación de los internos a la actividad laboral, en las celdas pretendidamente individuales se hacinan los reclusos. En consecuencia se produce una privación penal que se ejecuta al margen de la ley. La victimización del reo se ofrece evidente. Suele haber una gran dosis de mezcla entre los presos preventivos y los sentenciados. La mayoría de las cárceles ofrecen pocas oportunidades educacionales; muchos de los internos no tienen trabajo, y las actividades son limitadas, por tanto el ocio se convierte en uno de los principales problemas de la prisión.

Otro gran problema es la falta de reglamentación, o la reglamentación deficiente que vulnera los principios constitucionales que protegen derechos humanos; por lo que las sanciones disciplinarias incluyen en muchas ocasiones segregaciones largas, suspensión de derechos y privilegios recreacionales.

La droga que suele entrar en prisión, con cierta facilidad, agudiza la corrupción y agrava numerosos problemas ya existentes de salud y convivencia, de la mano de la escasez y poca calidad de los alimentos.

Es obvio que el problema de la discriminación se agudiza en prisión, sobre todo para aquellos que, por su lugar de origen, se encuentran lejos y suelen ser diferenciados. Lo que se agrava si no hablan el idioma o no comparten las costumbres del lugar.

En síntesis, el hacinamiento en las prisiones constituye una degradante realidad que no cabe desconocer. Las prisiones al estar satu-

<sup>18</sup> Se recomienda la lectura de Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, "La criminología crítica y la construcción del delito", en *Delito y Sociedad*, año 1, núm. 2, CINAP, Buenos Aires, septiembre de 1992, pp. 31-52.



radas fomentan y amparan la victimización. En ésta, se multiplican todos los tratos vejatorios, la dudosa alimentación, los efectos destructores del ocio al que se ven forzados los reclusos, las agresiones sexuales, las violencias e intimidaciones de todo tipo, las torturas, la imparable circulación de drogas, la inconfesada incidencia del sida, etcétera.

Se debe tomar en cuenta también que, en función de la degradación que el medio carcelario le produce al preso, éste puede llegar al suicidio, a la anorexia, o a la pérdida progresiva de todo espíritu de iniciativa y de cualquier valor o pudor.

Desgraciadamente, el futuro no parece estar lleno de optimismo ni buenas esperanzas. Parece incluso utópico pensar no sólo en que aquel fin de reincorporación a la sociedad se cumpliera, sino que también parece serlo el simple deseo de que el liberado no salga peor de como entró, ni en peores condiciones para llevar una vida digna en libertad.

#### EL LIBERADO COMO VÍCTIMA DE LA ESTIGMATIZACIÓN

La victimización del victimario no se agota con la recuperación de la libertad. Con frecuencia, la realidad se encarga de cuestionar la pretendida eficacia disuasoria de la ley penal y de la ejecución de las penas privativas de la libertad. Cuando egresa en libertad, suele recomenzar un ciclo infernal si el liberado no tiene familia que le acoja, y si aun teniéndola carece de trabajo y posibilidades inmediatas, se desespera y vuelve a su situación victimal.

Paradójicamente la nocividad intrínseca de las penas privativas de la libertad no habilita para el mejor disfrute de ésta. Al egresar en libertad, el liberado comienza un ciclo del que difícilmente saldrá y del cual el sistema penal no ha atendido debidamente. A la victimización, en este apartado aludida, habrá que añadir las dificultades, a veces insalvables, que el liberado encuentra fuera de los muros de la prisión. La posibilidad de que un exdelincuente acceda a un puesto de trabajo ha llegado a ser calificada de “aventura de dudoso éxito”. No hay empleo para el recién liberado, deambula, y cuando está por conseguir un ritmo de vida a pautas normales, siempre saldrán a relucir sus antecedentes.

Por ello, no debe extrañar que las penas privativas de la libertad propicien la reincidencia. Así el delincuente-víctima se ve forzado una vez más a desempeñar su papel de victimario, y la respuesta



punitiva, otra vez la cárcel. ¿La culpa penal no se termina de pagar nunca?

En una cultura del bienestar de los Estados democráticos, las áreas de los servicios sociales municipales —que por su inmediatez están en contacto directo con las situaciones de conflicto— deben estar estrechamente relacionadas con el sistema penal, para el mejor desenvolvimiento de una vida democrática, ya que el sistema penal ni por la naturaleza misma del Derecho Penal, ni por sus instancias de ejecución y sus posteriores intermediaciones, es capaz de paliar aquellas situaciones que llegan a su conocimiento. El sistema penal muestra su incapacidad y carencia de recursos para enfrentar situaciones de conflicto que escapan a sus competencias punitivas.

La conducta criminal es hoy considerada como un problema que ha sido socialmente construido.<sup>19</sup> La arraigada creencia de que quien comete un delito es por sus defectos, biológicos o psíquicos, ha sido superada teóricamente. Se ha pasado del correccionalismo al constructivismo, de un paradigma etiológico a un paradigma del control que desplaza la atención al modo en cómo actúan las instancias de control penal.

El fenómeno criminal, por tanto, debe ser estudiado no sólo desde una perspectiva jurídica —penal—, sino, además, con la concurrencia de otras disciplinas sociales como la Sociología, la Antropología, Historia Social, Psicología Social, Geografía Social, Urbanismo, Demografía, etcétera, que permitan lograr un mejor entendimiento, una comprensión más articulada y coherente de estos problemas sociales y el ámbito en que se producen, para así, a su vez, poder lograr un mejor control de los mismos, que, lejos de vulnerar derechos de terceros, efectivamente coadyuven en la lucha por el control de la criminalidad.

Los tipos agudos de debilidad social que aquejan a las urbanizaciones constituyen, pues, “la carne de cañón” de las acciones represivas. Los ciudadanos exigen se incremente la seguridad en contra de estos grupos marginados, se aumente el número de elementos policiales, se tipifiquen más conductas, todo lo que produce evidentemente victimización. Acciones positivas para el mejoramiento de sus condiciones, a través de los servicios sociales —que las hay—, coadyuvarían a su vez para el mejor tratamiento y control de la criminalidad.

<sup>19</sup> Roberto Bergalli, *Sistema penal e intervenciones sociales*, 3a. ed., Hacer, Barcelona, 1993, p. 246.

En conclusión, un “Estado de Derecho” como lo es el nuestro es un sistema basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. Su democracia debiera ser entendida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos. Todo ello obedeciendo a un principio de legalidad, que somete el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales que vigilan la “estricta legalidad” en la actuación de sus funcionarios.

Sin embargo, todo este esquema pareciese un simple y bien elaborado discurso que se contrapone con la realidad que en estas páginas hemos comentado.

Si el sistema penal no es capaz de cumplir con los fines para los que fue creado, al menos no debe cumplir los efectos diametralmente opuestos de victimización a los que hemos aludido.

## VIII. LOS GRUPOS VULNERABLES FRENTE AL SISTEMA PENAL

### VULNERABILIDAD Y DERECHOS

SI LAS víctimas fueron vulnerables frente al delito, la comisión delictiva sufrida las vuelve aún más vulnerables; ahora, frente al sistema de justicia penal, la manera en cómo las previsiones en leyes constitucional, general y procesal pueden lograr que haya justicia y reparación para ellas, es otorgándoles derechos sustantivos, sí, pero también de naturaleza y relevancia procesal, esto es, oponibles ante las instancias que operan la justicia penal, para que este cúmulo de derechos del debido proceso legal —junto con los previstos para los imputados de delito y demás involucrados— hagan posible lo que la constitución prevé como objeto y fin del proceso penal: la sanción para el culpable, la absolución para el inocente y la reparación para la víctima.

Estos derechos procesales para la víctima del delito deben evitar violaciones a sus derechos humanos, en tanto aquellas vulnerabilidades las hace también potenciales víctimas de violación de sus derechos; para ello, los operadores de la justicia penal deben considerar —y por supuesto identificar— la situación especial de vulnerabilidad en que cada víctima se encuentra, para que las víctimas del delito puedan ejercer y gozar de manera plena de los derechos con los que cuenta; de ahí la importancia del principio de enfoque diferencial y especializado consagrado en la ley general de víctimas al que se ha hecho alusión en este trabajo.

Así, los derechos previstos en la legislación nacional para las víctimas, tanto sustantivos como los de relevancia procesal,<sup>1</sup> son las herramientas con las que cuenta el Estado para equilibrar las diferencias generadas por la diversidad socioeconómica y cultural, motivadas por razones de edad, género, ideología, condiciones de salud, origen étnico, preferencia, etcétera. Derechos de los que el Estado, como obligado, debe no sólo respetar sino también garantizar

<sup>1</sup> En este sentido se sugiere ver mi obra *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, México, CNDH, 2012, pp. 150 y ss.

su efectivo goce y ejercicio, en virtud de las previsiones del artículo primero constitucional al que ya se ha hecho alusión.

Los contrapesos, luego entonces, resultan indispensables: todo modelo garantista de justicia penal busca evitar que los desequilibrios inclinen la balanza hacia alguna de las partes; la fuerza del Estado que incrimina es generalmente superior al de las otras partes: imputados y víctimas principalmente, de ahí la importancia de garantizar el acceso a la justicia a ambos en términos de igualdad y frente a la justicia penal. Los desequilibrios, a su vez, trascienden también entre la víctima y su probable agresor, donde generalmente la desventaja —socioeconómica y cultural— la tiene la víctima frente a su agresor, ante quien eventualmente, por presunción de inocencia, fue vulnerable en la comisión delictiva.

Los contrapesos se operan a través de derechos, los que generan obligaciones o restricciones a las “contrapartes”; así, por ejemplo, el derecho al resguardo de la identidad en tanto derecho constitucionalmente reconocido para las víctimas en México, significa un contrapeso para ésta frente a su probable agresor; y el derecho a recurrir las determinaciones del Ministerio Público, un contrapeso frente al sistema de justicia penal.

Todo ello trasciende aún más si se reconoce que las víctimas del delito generalmente devienen tales por su condición de vulnerabilidad que las hizo menos resistentes al delito y que las convierte en víctimas potenciales de un sistema de justicia penal, en cuyas vastas potestades deja latente siempre el riesgo de vulnerar también los derechos humanos de éstas.

La víctima no sólo fue vulnerable a la comisión delictiva sino además lo es respecto del sistema de justicia penal que debe garantizarle la condena para el responsable y la reparación del daño sufrido; luego, los equilibrios procesales no sólo deben preocupar entre quien incrimina y quien es imputado de delito, sino entre éstos y la víctima, principalmente entre el sistema de justicia penal y la víctima, ya que el Estado, a través de su sistema de justicia penal, está obligado a garantizar el derecho de acceso a la justicia a las víctimas de los delitos y, para ello, debe garantizar, a su vez, el ejercicio y goce de los derechos procesales que les asisten, tales como los derechos a la asesoría jurídica, a ser parte en el proceso, a coadyuvar en la investigación y a la reparación del daño, de los que ya se ha hecho mención. Derechos que deben hacer posible que la víctima obtenga reparación y por su puesto la condena para su agresor en caso de que no haya optado —o no haya podido optar— por los mecanismos alternativos

de solución de controversias que las leyes procesales prevean para tal efecto.

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima por el daño sufrido, más las condiciones de vulnerabilidad que la hicieron indefensa frente al delito o a la violación de los derechos humanos sufrida, no deben trascender ni en la investigación ni en el proceso en su perjuicio; para evitarlo, requieren de derechos que compensen los desequilibrios, para un pleno y efectivo acceso a la justicia.

En suma, para que sea posible que las víctimas de los delitos encuentren atención, justicia y reparación, se deben considerar sus vulnerabilidades y cuidar que no trasciendan en afectación a sus derechos por parte de quien debe, en realidad, garantizarlos.

### LOS FACTORES VICTIMÓGENOS

La violencia ilegítima que históricamente se ha generado desde el sistema penal, sin duda, ha tenido “natural” asidero en sectores sociales fácilmente vulnerables. En efecto, la condición cultural y/o económicamente débil, el género, la niñez, la vejez, los internos en centros de reclusión penitenciaria, los discapacitados y los grupos étnicos, principalmente, son circunstancias que sin duda, de sí, convierten al individuo —o grupo de individuos— en potenciales víctimas. El abuso de “los más fuertes” aprovechando tal situación es por demás cotidiano. Aberrante resulta cuando, quien ejerce legalmente su protección —y me refiero a los operadores del sistema penal—, se convierten en agentes victimizantes en los términos aludidos. Pero, inaceptable debe ser, en el mismo sentido, cuando la ley misma sirva como agente, diría pretexto, de victimización.

Algunos autores en Victimología se han referido a los factores victimógenos<sup>2</sup> en donde se encuadra a todo aquello que favorece la victimización. Condiciones o situaciones que predisponen a uno o varios sujetos a devenir víctima. Y sí, también se han esquematizado algunas clasificaciones. Suele clasificarse a tales predisposiciones en dos grandes rubros: aquellas que obedecen a cuestiones de carácter interno (endógenos), esto es, deficiencias o circunstancias orgánicas; y las de carácter externo (exógenos), es decir, de orden social. Las

<sup>2</sup> Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, 3a. ed., Porrúa, México, 1996, pp. 98 y ss.

propias tipologías de las víctimas analizadas en la primera parte de este trabajo de investigación. Así, las predisposiciones biológicas, fisiológicas y psicológicas, por un lado; o la profesión, el *status*, las condiciones económicas o de vida, por el otro.<sup>3</sup> Sin desdeñar la importancia de tales factores, me referiré a continuación a uno en específico, el cual es la diversidad cultural; pues considero por demás relevante la problemática en el contexto de los objetivos planteados para este trabajo. En el entendido de que muchos de los argumentos que a continuación expreso, en mucho se pueden hacer extensivos a otros grupos vulnerables.

### VÍCTIMAS POR LA DIVERSIDAD CULTURAL

Si bien la pobreza y marginalidad, amén de la escasa o nula educación y consecuente bajo nivel cultural de los grupos y minorías étnicas, son motivos *per se* de victimización, en la que el sistema penal poco o nada ha tenido que ver, cuando tales grupos entran en contacto con la maquinaria punitiva estatal, estructurada a través del sistema penal, suelen existir contradicciones que en general culminan, bien con la afectación de la dignidad e integridad de estas personas o con la transgresión del Estado de Derecho y su Derecho Penal “igualitario”. Es en casos así cuando la selectividad del Derecho —y en especial del Derecho Penal— es por demás evidente. Es así como el análisis del problema de la diversidad cultural toma relevancia en esta investigación.

¿Qué ha sido del Derecho Penal antiguo anterior a la Colonia —y al Derecho Penal colonial—? El Derecho Penal colonial pone fin a buena parte de la antigua regulación, entre ella la penal. “No es fácil dejar intacto un sistema penal cuando a la cultura que lo produjo se sobrepone otra, diversa y a menudo antagónica”.<sup>4</sup>

Los pueblos prehispánicos tuvieron su propio sistema de reglas “penales” por las que se reprimían conductas que atentaban contra la vida, la integridad, la libertad, el patrimonio y el honor.<sup>5</sup> Si bien la aplicación de tales reglas implicaba diferenciación y sadismo, muchas de aquellas reglas con otros matices pero con similares características se han preservado hasta nuestros días; mismas que, en

<sup>3</sup> Rodrigo Ramírez González, *La victimología*, Temis, Colombia, 1983, p. 17.

<sup>4</sup> Sergio García Ramírez, *El sistema penal mexicano*, FCE, México, 1993, p. 32.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 31.

mucho, tienen que ver con la preservación de sus usos, costumbres, creencias y prácticas religiosas; y que incluso subsisten al margen del Derecho moderno. Así, tribunales, leyes y procedimientos propios del Derecho indígena, funcionan en contradicción a los principios del Derecho Penal —igualdad, legalidad, seguridad jurídica, etcétera— plasmados en la Constitución. Pero, a contrario sensu, resulta inicua e incluso represiva la aplicación de un Derecho —penal, por el tema que me ocupa— ajeno a su cultura. Por ello surge la interrogante: ¿Es correcto que se imponga a un ser humano o a una comunidad o grupo étnico determinado un sistema jurídico propio de una cultura distinta?

En atención a los principios de seguridad jurídica la aplicación de un Derecho ajeno a su cultura resulta legal y por ende válido. Hablando de igualdad ante la ley, es obvio que ésta no deberá hacer distingos entre las personas sobre las cuales tiene vigencia y aplicación —por cuestiones de espacio y tiempo—. La igualdad jurídica implica el mismo trato para quienes están en las mismas circunstancias ante la ley, lo que se contrapone —sobre todo cuando se habla de pueblos indígenas— con el principio de igualdad social, que tiene que ver con cuestiones de tipo socio-económico. Lo que implicaría mismo trato para quienes se encuentran en condiciones de igualdad social, de hecho. Existe por consiguiente contradicción entre igualdad jurídica e igualdad social.

La pregunta es: ¿Resulta victimizante aplicar un Derecho —jurídicamente válido— creado para determinada cultura a quien pertenece a una cultura diversa? ¿Es aquella iniquidad victimizante? El Estado moderno ha garantizado —o pretendido, al amparo del Derecho— la igualdad formal, esto es, la jurídica; misma que no es suficiente por las inercias del propio funcionamiento del sistema penal.

El problema se agudiza, pues, cuando aprovechándose del desconocimiento de la ley, tales personas resultan victimizadas por abusos de autoridad debido, entre otras cosas, a la inexacta aplicación de la ley penal, o por deficiente, mala o nula asistencia legal. Parece que las inercias de la administración de justicia y de sus operadores suelen perjudicar —léase victimizar— al cultural, social y económicamente más débil; y qué decir de quien desconoce la ley.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Recuérdese el principio de presunción *juris tantum* y *juris et de jure* por el que el desconocimiento de la ley a nadie beneficia. Esto es, nadie puede alegar el desconocimiento de una norma jurídica para librarse del cumplimiento de una obligación.

La solución a tal problemática se ha querido encontrar a través de la creación de normas jurídicas moderadoras de tal iniquidad. Que hagan para estos grupos menos lesiva la administración de justicia.

Es la Constitución la que en su artículo 2o. reconoció en su texto el carácter pluricultural de la nación mexicana y dispone que para fines legales habrá que tomar en cuenta los usos y costumbres de los indígenas.

A la luz de la diversidad cultural los principios de legalidad, igualdad ante la ley, y el principio de culpabilidad toman nuevos matices. Ellos sirven de sustento a un modelo de sistema penal que evidentemente no fue pensado desde los orígenes culturales de nuestra tierra, sino desde la visión y por ende influencia del contexto europeo donde tiene su origen. Quizá sea esta la razón histórica desde donde ahora surge tal forma de victimización con difícil solución desde la perspectiva del Derecho Penal moderno.



CUARTA PARTE

EL DERECHO VICTIMAL

## IX. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL ESCENARIO PENAL

### ALGUNAS CONSIDERACIONES

DESPUÉS DE haber dedicado las tres primeras partes de este trabajo de investigación al estudio por un lado de la víctima y la Victimología en general, intentando un acercamiento a la disciplina y objeto de la materia que me ocupa, y por el otro al sistema penal, dedicaré esta cuarta y última parte del estudio a la imbricación víctimas y sistema penal, en la que intentaré ubicar, describir, interpretar e incluso criticar, los distintos matices dados cuando las víctimas entran en contacto con el engranaje de la maquinaria punitiva que implica el sistema penal.

El papel de las víctimas frente al sistema penal se contiene en las leyes penales, tanto sustantivas como adjetivas; e implica principalmente una serie de derechos pero también de obligaciones que cumplir. Los derechos sustantivos derivados de la Constitución se complementan con los procesales que pretenden operativizar mejor los primeros, pero sobre todo, dar mayor participación a la víctima en el procedimiento penal.

Es común escuchar postulados —sobre todo de los organismos encargados de la protección y defensa de los derechos humanos— en pro de los derechos de los inculcados. No tan común resulta, por lo contrario, escuchar argumentos que clamen por los derechos de las víctimas. Pero en planos de igualdad —por los que se estructura el Estado de Derecho— son importantes tanto unos como los otros. La razón por la que existen postulados, incluso legislativos, a favor de los derechos de los inculcados son más que entendibles: los constantes abusos de autoridad y “errores procesales” han tenido en prisión a más de un inocente. Sin embargo, el argumento más sostenido es el que reconoce aún en el delincuente a un ser humano capaz, como los otros, de derechos y obligaciones. Si a ello agregamos que por nuestro sistema jurídico penal nadie es responsable penalmente hasta que una sentencia firme lo declare, entonces estamos hablando de que la presunción de inocencia debe operar, y mientras tanto, se debe garantizar al procesado, en la medida de lo posible —legalmente permitido— el uso efectivo de sus derechos.

Todo ello, considero, no está sujeto a discusión. No, sobre todo si reconozco en nuestro sistema penal un origen democrático y humanitario, que observa en el individuo un ser útil a la sociedad, y que plantea la posibilidad de reintegrarlo. Pero es necesario postularse en iguales condiciones —y aun cuando las razones sean diferentes— por los derechos de las víctimas.

El Derecho se deberá acatar y el orden jurídico prevalecer. Las consecuencias jurídicas del delito tendrán que sobrevenir. En tanto, el sistema penal, en cumplimiento de sus funciones, debe garantizar el mínimo de violencia —sólo la necesaria— respecto de quienes con él entren en contacto. Ahora, habrá que focalizar la atención en los derechos de las víctimas, de quienes por efectos de la comisión de uno o más delitos, resultan lesionados en sus bienes jurídicos.

Tal análisis requiere, sin embargo, de ciertas apreciaciones previas. En primer lugar, los derechos conferidos en nuestro sistema jurídico —y que encuentran su origen en la Constitución— son para disfrutarse por todos los gobernados, independientemente de la condición; la excepción a la regla son los mandatos judiciales que, por específicas circunstancias —protección de los derechos de terceros—, deben acaecer. Por tanto, víctimas o no, delincuentes o no, migrantes, indígenas, etcétera, son susceptibles, como los demás, de los mismos derechos y obligaciones. Por ello no se puede hablar de “derechos especiales” para las víctimas, sino de derechos procesales que garanticen mejor la consagración de aquellos derechos. Y en segundo lugar será necesario, para hablar entonces de derechos de las víctimas, hacer referencia al papel que las mismas desempeñan en el procedimiento penal; papel que está estructurado por la ley misma.

### VÍCTIMAS Y GARANTÍAS

La irrupción en el Derecho Penal de ciertos planteamientos preocupados por la víctima, como analicé, obedece al giro que dio —o al menos pretendió dar— al traste con los planteamientos de retribución del Derecho Penal de arraigo *iusnatural*. La prueba más acabada de aquel cambio lo es, sin duda, el Proyecto Alternativo Alemán, cuyo mayor exponente es Claus Roxin.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Claus Roxin, citado por J. Joan Queralt, “Víctimas y garantías. Algunos cabos sueltos”, en Jesús Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, M. J. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 148 y ss.

El nuevo pensamiento jurídico penal implica la necesidad de configurar a la política criminal como medio orientador y comprensivo del Derecho Penal, pero además el impulso de las garantías y el desarrollo de principios tales como el de culpabilidad, humanidad y proporcionalidad, todo ello orientado a la finalidad exclusiva de protección de bienes jurídicos.

En efecto, la cultura penal de tradición continental considera que la misión del Derecho Penal es procurar la indemnidad de bienes jurídicos; sin embargo, no se debe olvidar que la lesión a esos bienes jurídicos —sobre todo los de índole individual— representa no sólo un quebranto del ordenamiento jurídico y su consecuente repercusión social, sino que el delito —que lesiona o pone en peligro a un determinado bien jurídico penalmente protegido— comporta igualmente un menoscabo en el titular de dicho bien, quien no sólo lo percibe sensorialmente, sino que además lo sufre.

Quizá sea esa tendencia una de las principales razones por las que sistemáticamente la víctima no preocupó, por lo menos no más allá de lo meramente indemnizatorio.

En los planteamientos victimológicos no es raro encontrar argumentos que tienden a buscar medidas alternativas de apoyo a víctimas de los delitos que escapan de los marcos del Derecho Penal; tales actitudes, para algunos autores, son una forma indirecta de planteamientos abolicionistas.<sup>2</sup>

Que la víctima, en una amplia gama de supuestos situacionales, es la gran olvidada de la práctica penal cotidiana, que no se le presta en la mayoría de supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra, que como persona dañada es la más débil de la relación víctima-victimario, etcétera. Esto ya es —como dice Queralt— *communis opinio*.<sup>3</sup>

Argumento cotidiano lo es también el hecho de la sobrevictimización de la o las víctimas que por interrogatorios, idas y venidas a los juzgados, careos denigrantes, falta de información fiable, falta de una buena defensa, etcétera, resienten en sus derechos; todo lo que sin duda es imputable al sistema penal. Pero cosa muy distinta es alterar el sistema de garantías, incluso de la propia víctima, en aras de una pretendida mayor eficacia.

Se ha de partir del hecho de que en nuestra legislación penal la víctima no está precisamente postergada en los textos jurídicos, es mínima la referencia a un *status victimológico*.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 160.

## X. REFORMAS CONSTITUCIONALES

EN LOS ÚLTIMOS diez años, la transformación del marco jurídico constitucional, base y estructura de las instituciones públicas de México, se ha transformado en materia de derechos humanos, justicia penal y víctimas, merced, principalmente, a dos importantes reformas: la del año 2008 en materia judicial, por la que se ha estado transitando de un modelo procesal de corte mixto-inquisitivo a uno de naturaleza acusatoria,<sup>1</sup> y la del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos. Ambas reformas sin duda se complementan, por lo que con ello se sientan las bases para la consolidación democrática de las instituciones de la justicia penal. A estas reformas constitucionales le ha seguido la creación de una serie de instrumentos legales que dan forma y contenido a aquellos preceptos constitucionales en el ámbito de la justicia penal a víctimas de delito y de violaciones a derechos humanos tales como el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley General de Víctimas, principalmente, para efectos de lo que aquí interesa reflexionar.

Si bien la reforma judicial de 2008 ha supuesto el incremento de los derechos constitucionales de los involucrados en y frente a la justicia penal —víctimas e imputados principalmente—, la reforma sobre derechos humanos vino a ampliar el bloque de constitucionalidad de defensa de los mismos, al reconocer igual jerarquía a los tratados internacionales en la materia respecto de la Constitución y, sobre todo, por la incorporación del principio *pro persona*, por el que se prevé la protección más amplia para las personas.

<sup>1</sup> Reflexionar, sin embargo, si la reforma en cuanto tal logra su cometido de instaurar un modelo acusatorio con sólidas estructuras democráticas, exige un análisis minucioso de las variables incorporadas en la reforma que dejó instituciones jurídicas —por llamarlas de alguna forma— de naturaleza claramente inquisitiva, que muy lejos están de corresponderse con una justicia penal democrática, que sería la razón de ser de una transformación tal. Así, fórmulas como las del arraigo y todas las excepciones cuando se trata de criminalidad organizada, son claro ejemplo de que la reforma no sólo tuvo influencia garantista y adversarial, sino además de aquellas corrientes que han revivido —a mi juicio— o no han dejado sucumbir del todo a las fórmulas inquisitivas de los modelos procesales que se supone se quedarían en el pasado, pero cuyas reminiscencias evidencian su arraigo; me refiero a la fórmula que se ha identificado como Derecho Penal del enemigo..

A su vez, y dada la influencia del modelo garantista en la reforma judicial en materia penal de 2008, la consolidación de derechos para los involucrados en y frente a la justicia penal (víctimas e imputados principalmente, en rango constitucional) se ha robustecido considerablemente con la reforma aludida del 2011, en tanto, por un lado, los derechos del debido proceso, vastamente consagrados y desarrollados por algunos tratados internacionales. Estos se incorporan al *corpus* normativo de protección principalmente de imputados en el proceso penal, en consideración —según una de las hipótesis de este trabajo— a su condición de potencial víctima de quienes lo inculpan, e incluye la obligación para el Estado, en el artículo primero, párrafo tercero, de sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Ambas reformas, en esta lógica de interpretación, dan vida y estructuran, al más alto rango normativo, derechos de protección tanto a víctimas del delito como de violaciones a los derechos humanos; lo que es evidencia clara de ese proceso de consolidación democrática de la justicia penal, en el que las víctimas en ambas modalidades —del delito y de violaciones a derechos humanos— han visto incrementados sus derechos de acceso a la justicia, principalmente.

### LA REFORMA JUDICIAL DE 2008

El 18 de junio del 2008 se materializó la reforma a la Constitución federal en materia judicial. Su objetivo primordial ha sido transitar de un modelo procesal anclado en variables mixtas de tendencias inquisitivas, a uno más democrático de tipo acusatorio.

La reforma impactó en una serie de principios llevados al texto constitucional en el artículo 20, por los que se sentaron las bases de una justicia penal sustentada ahora en la presunción de inocencia, donde la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora. Asimismo, se sustentan otros principios<sup>2</sup> ejes del proceso penal que de-

2 Para Zagrebelsky, hoy día presenta una atención creciente distinguir entre lo que debe entenderse por regla y lo que debe entenderse por principio de cara al significado de la ley respecto de los derechos y de la justicia: “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente normas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la

ben hacer posible el acceso a la justicia tanto a las personas imputadas y potenciales víctimas de violación a sus derechos humanos, como para las víctimas de los delitos; así, el principio de igualdad, por el que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; el principio de inmediatez, por el que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez; el principio del juez natural, por el que los juicios se celebrarán ante un juez que no haya conocido del caso previamente; el principio de contradicción, que obliga a que los asuntos sujetos a proceso con cualquiera de las partes no puedan tratarse sin que esté presente la otra; entre los principales.

En el apartado de principios se enuncia además —y en primer término— el objeto del proceso penal, a saber: “esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”; asimismo, se prevé que toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales sea nula.

Las variables que caracterizan a estos modelos procesales de corte garantista fueron cimentadas también en esta reforma y desarrolladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, de reciente promulgación; a saber: separación entre acusación y juez, independencia, imparcialidad y juez natural, igualdad de las partes, presunción de inocencia y la carga de la prueba para quien acusa, derecho a la defensa publicidad y oralidad,<sup>3</sup> discrecionalidad de la acción penal y principio de oportunidad entre las principales.

Sin duda, la característica fundamental de todo modelo procesal de corte acusatorio es la debida separación entre quien acusa y quien juzga,<sup>4</sup> de ello dependerá que el resto de las variables relacionadas

ley”. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 109 y 110.

<sup>3</sup> Para Luigi Ferrajoli, por la publicidad y la oralidad de los procedimientos, es posible tener certeza de que el juicio, las pruebas y contrapruebas que en él se presentan han respetado las exigencias garantistas que las reviste. Para ello, expresa que la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones serán parte fundamental. La publicidad es un arma contra la arbitrariedad, bajo el control de la defensa y del acusado, principalmente, pero también de la opinión pública y de la parte ofendida. *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2007, t. 1, pp. 616 y ss.

<sup>4</sup> Para Luigi Ferrajoli, el principio de separación entre acusación y juez es garantía de imparcialidad; a diferencia de los modelos mixtos en los que la dependencia de quien acusa respecto de quien juzga es evidente y la capacidad manipuladora y

puedan operar. Al estar bien diferenciadas las funciones de los sujetos encargados tanto de acusar como de juzgar, no podrá haber inferencia del juez con ninguna de las partes, sin la posibilidad de injerencia algunas en las funciones públicas o privadas —incluso de la víctima— y su actuación será completamente imparcial. Por la debida separación entre juez y acusación, es que será posible el equilibrio procesal entre las partes intervinientes en el proceso: “igualdad de armas” en el conflicto que supone el proceso penal.<sup>5</sup>

Para equilibrar el proceso, la presunción de inocencia y la carga de la prueba para quien acusa resultan fundamentales. La presunción de inocencia se erige como uno de los pilares del garantismo penal, desde sus orígenes en la naciente modernidad; Beccaria sostuvo que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”.<sup>6</sup> Este derecho está estrechamente relacionado con la garantía de audiencia y el derecho a la defensa, este último en tanto derecho y no la obligación de demostrar su inocencia como en los modelos procesales mixtos de vastos resabios inquisitivos.<sup>7</sup>

controladora de éste sobre el imputado todavía mayor. *Derecho y razón, op. cit.*, 1998, p. 567.

<sup>5</sup> En este sentido, entender el proceso como una contienda entre iguales, con intereses en conflicto, es evidencia de la influencia que en el garantismo penal tiene el modelo sociológico del conflicto de origen marxista. Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, intentando describir el sustrato teórico y epistemológico del garantismo penal de Ferrajoli, sostienen: “En el nivel extrajurídico (legitimación externa) encontramos la influencia del pensamiento *marxista de la nueva izquierda* (modelo conflictivo, intereses enfrentados, la opción por la defensa del ‘más débil’ y la decisión moral sobre cuáles bienes deben ser protegidos en primer lugar)”. Además, afirman que se pueden distinguir algunos elementos derivados de aquellos supuestos epistemológicos como el *materialismo* y el “*Modelo conflictivo*: la idea del derecho penal como derecho que debe proteger al ‘más débil’ y la creencia de que el Estado debe mantener el poder de manejar los conflictos (actos desviados, por ejemplo) nos muestra claramente que Ferrajoli está pensando en un modelo conflictivo de sociedad”. *La criminología crítica y la construcción del delito, op. cit.*, pp. 47-49.

<sup>6</sup> César Beccaria, *op. cit.*, p. 246.

<sup>7</sup> Los modelos procesales mixtos mantienen muchas variables represivas, pero incorporan derechos para los imputados tratando de contrarrestar los efectos nocivos de una justicia penal preocupada más por encontrar el delito en el *delincuente* que por recuperar la verdad histórica de los hechos; en estos procedimientos, los delincuentes son considerados peligrosos, siempre discriminados y por tanto fácilmente víctimas de violaciones a sus derechos humanos. Zaffaronni sostiene: “la esencia del trato diferencial que se depara al *enemigo* consiste en que el derecho le



La reforma judicial en comento incorporó, a su vez, una serie de derechos para las víctimas de los delitos, que si bien muchos de ellos ya se habían reconocido en el texto constitucional década y media atrás, lo cierto es que no sólo fueron aumentando en reformas constitucionales en este lapso, sino que se ampliaron de manera importante llevadas a un apartado C en el artículo 20 constitucional. Los derechos ahí consagrados son sí de asistencia, pero principalmente de acceso a la justicia, frente al sistema de justicia penal y para los procedimientos de tal naturaleza; así, los derechos a 1) recibir asesoría jurídica; 2) coadyuvar con el Ministerio Público (que incluye tanto el derecho a que se le reciban todos los datos y elementos de prueba y se desahoguen las diligencias correspondientes, como a intervenir en el juicio e interponer los recursos que prevea la ley); 3) recibir atención médica y psicológica de urgencia; 4) que se le repare el daño, lo que incluye el hecho de que el Ministerio Público esté obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria; 5) el resguardo de su identidad y otros datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección; 6) solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos; y 7) impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación, las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

La reforma significó además el desarrollo de otros derechos de relevancia procesal para las víctimas directamente relacionados con el acceso a la justicia; si bien estos derechos no están contenidos en el artículo 20, inciso "C", como los enunciados, sin duda les beneficia directa y principalmente: el derecho a optar por algún mecanismo alternativo de solución del conflicto y la posibilidad para los "particulares" de ejercer directamente la acción penal sin depender del

*niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas". El enemigo en el Derecho Penal, México, Coyoacán, 2007, p. 19.*

Ministerio Público, el que, por esta reforma, perdió el monopolio de la acción penal que le caracterizó desde siempre. Estos derechos fueron incluidos en los artículos 17, párrafo cuarto, y 21, párrafo segundo.

Es de resaltarse que la importancia de relacionar estos derechos en rango constitucional no puede evaluarse de manera aislada, pues la reforma en su conjunto ha pretendido en general fortalecer los derechos de los implicados en el escenario penal, lo que incluye no sólo a los imputados de delito, sino a las víctimas del mismo, principalmente. Este fortalecimiento si bien es a base del reconocimiento de derechos oponibles a quienes operan la justicia penal, también supone la estructuración de una forma procesal mucho más democrática, en tanto fortalece las fórmulas que garanticen el ejercicio y goce de tales derechos y acota significativamente las potestades punitivas. La diferencia la hace, luego entonces, no sólo el reconocimiento de los derechos en cuanto tal, sino una estructura más amigable tanto para imputados como para víctimas, cuyas posibilidades de hacer efectivos los mismos mejoraron diametralmente en un modelo de justicia acusatorio así reformado.

#### LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS, 2011

Sin duda, la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 ha sido la más importante que haya tenido la Constitución federal; por la misma, se deja atrás la concepción originaria de garantías individuales para llamarlas derechos humanos y homologarse así con la manera en que se les denomina en el Derecho internacional de los derechos humanos, y en otros contextos geográficos más allá de nuestras fronteras. Esta reforma significó, sin embargo, algo más que este importante cambio de denominación; la incorporación de principios torales en materia de derechos humanos y el reconocimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, como Ley Suprema, son lo más importante en la reforma.

Si bien el artículo 133 constitucional ya preveía, como ahora, la jerarquía máxima para estos tratados, las interpretaciones al respecto, sobre todo en el ámbito judicial, dejaban a los mismos por debajo de la Constitución, por lo que no parecía viable la incorporación de los preceptos de los tratados en el marco jurídico de protección de dere-

chos, ni se generó una práctica tal en el quehacer jurídico del ejercicio del derecho en los tribunales. La intención de dar rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados en los términos de la propia Constitución, ha sido en la expectativa de la reforma, ampliar el bloque de constitucionalidad de protección de derechos humanos, ampliar el bagaje jurídico de reconocimiento de derechos hacia el vasto desarrollo de reconocimiento y protección de derechos humanos que caracteriza a los tratados internacionales de la materia.

De la mano de este reconocimiento de jerarquía constitucional, la reforma incorpora, también en el artículo primero, una serie de principios que en materia de derechos humanos robustecen el actuar protector y las obligaciones de las autoridades frente a los derechos de las personas; así, destacan los principios de *interpretación conforme* y el de *pro persona*, que garantizan para las personas la protección más amplia. Por estos principios, en complemento con el reconocimiento de los tratados internacionales de la materia en rango constitucional, la ley, nacional o internacional, que mejor proteja los derechos de las personas será la que se deberá aplicar; principios, luego entonces, por los que el reconocimiento de este bloque de constitucionalidad toma especial relevancia.

De acuerdo con el principio de interpretación conforme, las normas de derechos humanos —se asienta en la Constitución— se interpretan de conformidad con la Constitución misma y con los tratados internacionales de la materia, y se complementa en el mismo párrafo con el principio pro persona al plasmar: “favoreciendo a todas las personas la protección más amplia”.

El principio pro persona supone, por un lado, que cuando existan diversas interpretaciones de una norma jurídica se deberá adoptar la que mejor proteja a la persona, y, por el otro, que cuando dos o más normas jurídicas sean aplicables al mismo caso, igualmente, se deberá elegir la que más proteja a la persona.

Atributos de los derechos humanos fueron también incorporados como principios en el texto constitucional del propio artículo primero: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Estos principios, según el texto constitucional, son el referente conforme al cual las autoridades deben cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, a saber: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

En este proceso de transformación del sistema jurídico penal, la

pregunta importante —incluso para efectos didácticos— es qué tanto estas reformas contribuyen al desarrollo y la consolidación democrática del propio sistema penal, en tanto si bien se trata de variables procesales que cambia formas, actores, etcétera. (en la específica del 2008), en sustancia, se trata de un proceso de consolidación de los derechos humanos de los involucrados en y frente a la justicia penal; todo lo cual es reflejo de esta característica incluida en rango constitucional que identificamos como principio de progresividad. En efecto, los derechos humanos son progresivos, en tanto son conquistas jurídicas en los sistemas legales que no sólo no permiten marcha atrás, sino que suponen su desarrollo y consolidación, que en materia de justicia penal permiten el propio desarrollo y la consolidación democrática del sistema mismo. Un sistema penal mayormente respetuoso de los derechos humanos es un sistema penal mayormente democrático, en tanto que los derechos previstos por los involucrados significan obligaciones para quienes operan la justicia penal en representación del Estado. Los derechos para las personas generan obligaciones de hacer o no hacer para los servidores públicos; en materia penal, esto se traduce en reglas del debido proceso que limitan las potestades punitivas del Estado para evitar arbitrariedades; por ello, a más derechos de personas involucradas, mayores exigencias para quienes despliegan la función punitiva; ello supone progresividad: cada vez más derechos para imputados y víctimas e inversamente proporcional, cada vez más limitantes (exigencias) para las potestades punitivas desde la función pública.

## XI. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

ES EVIDENTE que aun cuando la participación de la víctima en el proceso penal es aún precaria, su presencia sin duda se traduce en un cúmulo de derechos que trascienden en tanto suponen no sólo mayor presencia de las víctimas en el escenario penal, sino la consecuente disminución de las potestades del Estado.

Ha sido paulatina —si bien lenta— la incorporación de los derechos de las víctimas y ofendidos por el delito, a través de las reformas que desde la década de los noventa y hasta la fecha se han venido sucediendo. Tales reformas son muestra de la también paulatina incorporación de la víctima en el procedimiento penal.

Dos son las lecturas que podemos dar al análisis de los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito; una de ellas supone un ejercicio interpretativo a la luz de los métodos adecuados desde el derecho para ello y que nos muestran en términos jurídicos las pretensiones técnicas del legislador a favor de este grupo vulnerable. Otra lectura es la que muestra a esta inercia legislativa, como fórmula que limita las potestades del Estado —en tanto se conceden a las víctimas mayores facultades—, y ayuda a la conformación de un sistema penal más democrático y por ende menos lesivo.

De entre las inercias interpretativas una polémica se genera por la eventual —y muy probable— colisión de derechos, entre los conferidos para los inculpadados y los reconocidos para las víctimas y/o los ofendidos por el delito; en tanto en muchos de ellos, el derecho para uno supone la contraprestación para el otro, como en los careos. Por supuesto que la salida técnico-jurídica se contiene en la vía de la excepción, esto es, en ciertos supuestos la obligación para unos no supone la de todos: así, el derecho para la víctima a no carearse con su presunto agresor. Tal colisión ha servido de argumento, lamentablemente, para no incorporar o ampliar derechos para el sujeto pasivo.

La incorporación de derechos para las víctimas y/o los ofendidos por el delito ha traído como consecuencia lógica la de aumentar también sus obligaciones y aun cuando los derechos a manera de garantías constitucionales suponen sólo una prerrogativa y no una obligación, lo cierto es que las consecuencias procesales —principal-

mente— son de contraprestación; así por ejemplo el que una víctima pueda ejercer directamente la acción penal ante el juez traerá la consecuencia inmediata de la carga de la prueba para ella, esto es, para quien acusa.

Luego, en la inercia de esta obra, la invitación es a generar un análisis interpretativo en este apartado, pero sin dejar de lado el análisis sociohistórico y de política criminal que ha permeado a lo largo de la misma.

Abundemos, pues, en aquellos derechos jurídicamente consagrados a las víctimas u ofendidos por el delito, y obtengamos de ello conclusiones más contundentes.

La reforma judicial del 2008 ha aumentado considerablemente los derechos de las víctimas y/u ofendidos por el delito, en este intento declarado de transitar hacia un modelo de Derecho Penal acusatorio, y si bien la *vacatio legis* es de hasta ocho años, su incorporación es una realidad, y su vigencia, dependiendo de los casos, puede ser inmediata. Ello nos motiva a analizar los derechos aludidos considerando ya las reformas contenidas en el texto de la Constitución federal.

Así, de acuerdo con el sistema jurídico penal mexicano, la víctima tiene los siguientes derechos, tanto sustantivos como procesales.

#### EL DERECHO A QUE SE LE IMPARTA JUSTICIA

Es evidente que el derecho de la víctima a que se le imparta justicia es el punto de inicio y de referencia respecto del cúmulo de derechos, sobre todo procesales, de los que debe gozar la víctima del delito. Este supuesto ayuda a entender que lo que importa no es sólo la restauración del orden jurídico y el bienestar social; la víctima también sufre, y sufre de manera directa, pues es quien primordialmente resiente los efectos del delito. Luego entonces, a la par de aquellos objetivos debe considerarse el derecho de la propia víctima a que se le imparta justicia, pues de la mano de este derecho irán aparejados aquellos que posibilitarán la reparación del daño y la sanción por su afectación.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17 establece con claridad 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 sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Aunque este derecho no está consagrado en el catálogo de derechos que las víctimas y/o los ofendidos por el delito tienen en el artículo 20 constitucional, queda claro que sin duda se trata de un derecho constitucional digno de enumerar para este grupo vulnerable; se trata de un derecho que también los comprende: *El derecho a la justicia*. Se trata entonces de un derecho en principio individual, de acceder a la justicia formal, esto es, de acceso a la jurisdicción ante los tribunales para ello instaurados. Ello implica en consecuencia una obligación del propio Estado de instituir la administración de justicia como servicio público.<sup>1</sup> A tal obligación, sin embargo, el precepto constitucional aludido exige que tal servicio público sea prestado de manera pronta, completa e imparcial. Y son precisamente estos calificativos los que deben posibilitar la consagración real de este derecho para quien lo exija.

La justicia será *pronta* siempre y cuando se respeten con exactitud los plazos dados por la ley misma, que no pretende establecerlos de manera arbitraria, sino de forma que razonablemente se proteja el valor de los bienes jurídicos en juego (como la libertad, la propiedad, etcétera) y que encuentre el justo equilibrio entre la celeridad necesaria y el tiempo suficiente para la mayor certidumbre en las resoluciones de los tribunales, que aseguren la sanción para los culpables, pero garanticen la absolución de los inocentes. La Constitución misma establece los plazos máximos por los que la justicia penal deberá ser impartida en cada caso; ello significa un derecho del propio inculpado, pues incluso se encuentra dentro del catálogo de sus derechos, y también un derecho para la víctima u ofendido, que aunque no reconocido expresamente como tal, la prontitud en la impartición de justicia reducirá en mucho el sufrimiento de las víctimas ante las complicaciones de la justicia penal que suele victimizarle.

Es el transcurso del tiempo una de las formas en las que la justicia penal sobrevictimiza a las víctimas de los delitos; el que genera no sólo afectaciones psicológicas, traslados recurrentes e innecesarios sino también prescripciones que le dejan en la imposibilidad de que se le haga justicia.

La justicia será *completa* sólo si se posibilitan a los actores los medios necesarios para el ejercicio de todos los derechos que la propia

<sup>1</sup> Héctor Fix-Fierro, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I, IIJ-UNAM/Porrúa, México, 2000, p. 224.



ley les otorga. Así, en materia penal la justicia será completa sólo si, por un lado, el inculpado puede hacer uso real de todos aquellos derechos que garanticen su defensa y, con ello, la posibilidad de demostrar su inocencia, lo que implica la fiel consagración de los principios de legalidad, audiencia, contradicción y probanza, entre los principales; y por el otro, la eficaz consagración, a su vez, de todos los derechos de las víctimas para que en términos de igualdad, la resolución de los tribunales se apegue a la verdad histórica, consagrándose con ello la seguridad jurídica. La justicia será completa para la víctima en tanto su agresor obtenga sentencia condenatoria, por supuesto en los términos previstos por la propia ley en respeto de sus derechos.

Por último, la justicia será *imparcial* si la independencia de los tribunales, de los jueces y de la ejecución de los fallos se respeta en atención al principio mismo de la *división de poderes*, lo cual implica la no injerencia de los otros poderes de la unión en las resoluciones jurisdiccionales. Ello va de la mano de los mecanismos para la designación de los jueces, su estabilidad, su remuneración y, sin duda, su responsabilidad ética.

Asimismo, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34, adoptada por nuestro país el 29 de noviembre de 1985, prevé el acceso a la justicia al establecer, en su parte correspondiente, que tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia.

#### INICIAR Y TERMINAR EL PROCEDIMIENTO

Consecuencia necesaria del derecho a que se le imparta justicia, la víctima y/o el ofendido por el delito tendrán la facultad de llevar la *notitia criminis* ante los operadores de la justicia penal para que la maquinaria del propio sistema empiece a funcionar —salvo los casos en los que un tercero tiene conocimiento de los hechos y los denuncia ante las instancias competentes—. Para muchos, la víctima u ofendido actúa así como agente de control penal informal; y se llega a considerar incluso que eso implica una obligación para quien es lesionado en un bien jurídico, pues para poder hacer exigibles todos sus derechos, debe empezar por dar a conocer al sistema penal su victimización. Ello requiere, sin embargo, de ciertas precisiones, pues la impartición de justicia lamentablemente no se ha distingui-



do ni por su imparcialidad, ni por su celeridad y mucho menos por su eficacia; lo que hace hasta cierto punto lógico que la desconfianza en el propio sistema de justicia penal lleve a las víctimas u ofendidos por el delito a callar su victimización. Además, no existe forma legal de exigir el cumplimiento de tal obligación, por lo que sólo puede ser considerada como una obligación ética; y será el mejor ejercicio de la justicia penal, pero sobre todo la mejor protección y respeto de los derechos de las víctimas, lo que las lleve a denunciar su afectación.

La impunidad que se genera por la inadecuada o tardía intervención de los órganos de procuración y administración de justicia no sólo afecta al buen funcionamiento del sistema penal y al respeto a los ordenamientos jurídicos penales, sino también directamente a las víctimas. Cada vez que por errores, descuidos, incompetencia o corrupción de los operadores del propio sistema penal se genere impunidad, la afectación más clara será para la víctima que verá perdidas las posibilidades de que se le imparta justicia y con ello las de su reparación. Habrá que cuidar, asimismo, que las garantías procesales concedidas al inculpado tengan exacta observancia, pues será —como lo es— imperdonable que esto sirva de “pretexto” para que algún inculpado evada la acción de la justicia.

La inercia evolutiva de la justicia penal en nuestro país ha mostrado una paulatina y cada vez mayor incorporación de los derechos de las víctimas y/o de los ofendidos por el delito, que impacta directamente en el grado de participación de éstos en el escenario penal. Ello impacta a su vez en la manera en cómo la víctima y/o los ofendidos por el delito pueden, por derecho, iniciar y/o terminar los procedimientos penales, en los casos que así la legislación aplicable lo prevea.

Dependiendo de la legislación penal, la posibilidad de la víctima de otorgar el perdón o desistirse de la acción se da con la fórmula de la querrella, y dependerá de que el delito de que se trate sea de querrella, esto es, no perseguible oficiosamente. Los delitos perseguibles por querrella suelen ser los de menor cuantía o también denominados leves o no graves, y su enunciación varía de una legislación penal a otra.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Recordemos que la organización federada de nuestro país hace que las entidades de la República legislen en las materias de su competencia y jurisdicción, con lo que cada una de ellas tiene —y decide acerca de— su propia legislación penal.

Es importante entender, como de alguna manera lo hemos querido evidenciar en estas líneas, que el valorar la mayor o menor inclusión de la víctima en el Derecho Penal tanto adjetivo como sustantivo ofrece diversos matices y por ende diversas posibilidades. Es evidente que una forma clara —aunque no la única— de propiciar mayor inclusión de la víctima en el proceso penal es estableciendo la fórmula de la querella; pues se posibilita no sólo una participación más directa de la víctima en el proceso y la facultad de otorgar el perdón, sino que además las posibilidades de que el conflicto se solucione de manera pronta y pacífica y se obtenga la reparación son más factibles; las consecuencias nocivas del proceso penal no sobrevienen, las cargas de trabajo disminuyen y la procuración y administración de justicia deben mejorar.

Habrá que cuidar, sin embargo, que tal circunstancia no implique que la víctima por deficiente o mala asesoría otorgue el perdón sin saber los alcances de ello y se quede sin la posibilidad de que se haga justicia y se le repare en su daño. De ahí la importancia de asegurarse que la víctima y/o el ofendido por el delito sean debidamente informados del significado y trascendencia jurídica de otorgar el perdón, cuando éste proceda.

En consecuencia se trata de la posibilidad de iniciar o terminar el procedimiento a voluntad de las víctimas y/o de los ofendidos por el delito, principalmente mediante la fórmula de la querella, que si bien no es un derecho constitucional como tal, sí se deriva de los textos procesales en el ámbito penal. La reciente reforma penal del 2008 ha abierto la puerta para el aumento de las posibilidades de composición del conflicto entre el agresor y su víctima, pero además ha impreso en el artículo 21 la posibilidad de que la legislación secundaria determine los casos en los que los particulares puedan ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. Trascendente resulta tal incorporación al texto del 21 constitucional, pues abre la posibilidad, como nunca antes había sucedido, de que la víctima y/o el ofendido por el delito no dependan del Ministerio Público para ejercer acción penal ante el juez competente, lo que quita el monopolio de la acción penal a la institución del Ministerio Público y amplía las posibilidades de participación de las víctimas y los ofendidos en la justicia penal. Esta fórmula es la que se ha dado en llamar *acción privada*, la que además de ampliar las facultades de las víctimas y ofendidos por el delito, también supondrá el aumento de sus obligaciones; ya que en el Derecho Penal la carga de la prueba está en quien acusa, y si bien éste siempre había sido el Estado a través del Minis-

terio Público, con la acción privada la carga de la prueba, para el caso concreto, recaerá en la víctima. Ello sucede por la preservación del principio de la presunción de inocencia que opera a favor de los inculpadados y que la reforma incorporó en el texto constitucional a manera de garantía en la fracción I del apartado B del artículo 20. En consecuencia, el que el Ministerio Público o las víctimas y/o los ofendidos ejerciten acción penal según sea el caso, no puede afectar el derecho del inculpadado a que se presuma su inocencia; luego, quien acuse, el Estado o el particular, tendrá la carga de la prueba y deberá probar su acusación. Como consecuencia lógica, según opera nuestro Derecho, si las facultades de las víctimas y de los ofendidos por el delito aumentan, también aumentarán sus obligaciones.

#### TENDRÁ DERECHO A RECIBIR ASESORÍA JURÍDICA

Desde la incorporación de los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito en rango constitucional, el derecho de éstos a recibir asesoría jurídica ha tenido un papel protagónico y sin duda abanderó la intención de proteger y darles presencia en el escenario penal. Supone el derecho a ser informados de sus prerrogativas, tanto sustantivas como procesales y cuando lo soliciten, a ser informados del desarrollo del procedimiento penal.

Por esta razón, habrá de ponerse especial atención en que el encargado de asesorar a las víctimas y a los ofendidos por el delito —que en nuestro medio lo hace el Ministerio Público—, no sólo les informe sobre sus derechos, sino que les explique las formas y mecanismos para que los mismos se hagan efectivos y, de proceder, lo gestione como corresponda. La asesoría jurídica debe implicar comunicación constante entre víctima y ofendido y Ministerio Público, quien deberá mantenerles informados en todo momento de las actuaciones y sus alcances dentro del procedimiento; en suma, tenerles al tanto de los pormenores del procedimiento penal.

La ley secundaria, las leyes orgánicas y los acuerdos internos deberán proveer para que la asesoría a la víctima u ofendido sea puntual y sobre todo eficaz. Asimismo, cabe la posibilidad de que se generen instancias públicas o de carácter privado que dentro del marco de la propia ley asesoren a víctimas u ofendidos por el delito e incluso coadyuven con el Ministerio Público, como lo consagra también otra de las garantías constitucionales.

No es un secreto que la afectación de la víctima y/o el ofendido no concluye cuando terminan los efectos del delito. La afectación que implica a su vez el retraso en los procedimientos se une a la falta de comunicación que generalmente padecen respecto de los operadores del sistema penal, todo lo que sin duda reafirmará su condición de víctima. La dilación en la integración de las averiguaciones previas, aunado al desconocimiento de la víctima y/o del ofendido de su derecho a exigir respuesta pronta, información y sobre todo a ser tratado con dignidad, lo colocan desde el principio en una situación de inferioridad, la cual difícilmente superarán. La falta de capacidad, ética y profesionalismo de muchos servidores públicos seguramente acentuará tal condición.

La reciente reforma judicial —2008— no modificó —sólo cambió de lugar— el texto constitucional que preserva el derecho a la asesoría jurídica de las víctimas y los ofendidos por el delito, en él se explica que éste deberá consistir en ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo soliciten, del desarrollo del procedimiento penal. El texto constitucional por supuesto no es limitativo, por lo que las legislaciones secundarias, reglamentarias y las disposiciones al interior de las instituciones han ampliado —o pueden hacerlo— el contenido de este importante derecho. Así, la asesoría jurídica deberá tener carácter gratuito y deberá consistir al menos en orientarles sobre la forma y modos para hacer valer sus derechos constitucionales; deberán asimismo encauzarles con las instancias y autoridades competentes cuando sea procedente, de acuerdo con las características del delito materia de la investigación y deberá, asimismo, informarles sobre el estado de su averiguación previa o, en su caso, del proceso penal.

Para los casos en los que la acción privada proceda y así se ejerza, la legislación en la materia deberá reglar en qué condiciones y quién será el obligado de salvaguardar este derecho para las víctimas y los ofendidos por el delito.

#### COADYUVAR CON EL MINISTERIO PÚBLICO

El derecho de las víctimas y los ofendidos por el delito, desde su incorporación constitucional en la década pasada, supone la facultad de ayudar al encargado de la investigación primero, y luego al representante de éstos ante la autoridad judicial, para la integración y el seguimiento de los expedientes respectivos, para la mejor con-

secución de las expectativas de la justicia penal y de los intereses de los afectados. Tal facultad obliga a su representante, esto es, al Ministerio Público, a permitir a la víctima proporcionar todos los datos y pruebas con los que cuente, según el texto constitucional tanto en la investigación como en el proceso y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

La reforma judicial reciente incorporó en el texto de este derecho, la potestad para las víctimas y los ofendidos por el delito de intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Ello, sin embargo, es una enunciación que en rango constitucional da la posibilidad de que la ley secundaria especifique en qué casos y bajo qué condiciones tal potestad podrá hacerse valer; con lo que la reforma constitucional abre la posibilidad de que la intervención de las víctimas y los ofendidos por el delito se amplíe, pero dependerá de la ley secundaria la amplitud de tal posibilidad.

Esta prerrogativa es el más claro intento de dar participación a una víctima olvidada en los procedimientos. Habrá que recordar que el punto de partida de los argumentos victimológicos fue aquel que señalaba la necesidad de dar a la víctima el papel protagónico que le correspondía; sin embargo, por la estructura misma del sistema jurídico penal mexicano, la fórmula de la coadyuvancia pretendió ser la respuesta suficiente a tal necesidad.

Se deduce que la coadyuvancia como en el caso de la asesoría jurídica a la víctima u ofendido por el delito, debe ser real y eficaz; habrá por tanto que buscar los mecanismos necesarios, legislativos y operacionales que hagan de la misma un instrumento efectivo para el mejor éxito del procedimiento y la puntual atención de víctimas u ofendidos por el delito. Habrá que cuidar que la coadyuvancia implique unión de fuerzas y no que la responsabilidad de otorgar pruebas recaiga en la víctima u ofendido y que el Ministerio Público se convierta sólo en simple conductor que recibe y lleva, que promueve y espera.

Está claro que la intención del legislador ha sido darle mayor presencia a las víctimas y a los ofendidos por el delito, pero también evitar que el propio agente del Ministerio Público sea obstáculo de los intereses victimales. Ha pretendido también conseguir mayor comunicación entre las víctimas y los ofendidos y encargados de protegerlos. Comunicación que suele ser escasa, pero sobre todo poco productiva.

Las inercias de la incorporación de este derecho han dejado a las víctimas y a los ofendidos por el delito con la obligación de coadyu-

vancia, cuando en realidad se trata de una facultad. Es lamentable ver servidores públicos que sólo hacen y ofrecen ante la autoridad correspondiente lo que a su vez la víctima u ofendido les proporciona, dejándoles la carga de la prueba, cuando no tiene la obligación de demostrar su ofensa; por ello, cuando sus posibilidades —principalmente económicas— lo permiten suelen contratar los servicios profesionales de un abogado que coadyuve y “presione” en su nombre ante la autoridad ministerial, lo cual genera gastos que en principio deberían ser innecesarios.

Habrá que observar que tal facultad se encuentra estrechamente ligada a recibir la asesoría jurídica necesaria; si el agente ministerial proporciona e instruye de todos los pormenores legales, alcances y posibilidades técnico-jurídicos, la víctima sabrá qué elementos realmente puede ofrecer que sean de trascendencia en la protección y defensa de sus intereses.

En este orden de ideas, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder aludida establece en su punto seis, de manera aún más detallada que la propia Constitución, cómo es que se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, y establece cinco lineamientos que señalan la obligación de informar a las víctimas sobre su papel, alcances, desarrollo cronológico y marcha de sus actuaciones; de la decisión de sus causas, sobre todo si se trata de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas a las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses. Prestarle asistencia apropiada durante todo el proceso judicial; adoptar medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad y la de sus familiares y testigos, contra todo acto de intimidación y represalia; y evitar demoras innecesarias en la resolución de sus causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

En atención a este derecho, algunas legislaciones locales y algunas instituciones han implementado políticas que tienden a ampliarlo, como el deber de notificar a las víctimas para diligencias en donde los inculpados tengan derecho a estar; asimismo, la posibilidad de contar con todas las facilidades para identificar a su agresor; de tener acceso al expediente de la averiguación previa; de recibir gratuita-

mente copia de la denuncia o querrela; y a que su identidad se proteja, entre las más importantes.

El texto constitucional que preserva este derecho prevé que cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de una diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.

#### A QUE SE LE PRESTE ATENCIÓN MÉDICA Y PSICOLÓGICA DE URGENCIA

El texto constitucional que prevé este derecho, desde su incorporación hasta sus últimas reformas, establece sin más explicaciones el derecho a recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia. Es sin duda, como lo señala don Sergio García Ramírez,<sup>3</sup> una aplicación específica del derecho universal a la protección de la salud; por lo que también las leyes de la materia deberán precisar las formas y procedimientos que cumplimentarán dicha obligación.

Es la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder, la que de forma más precisa establece que la asistencia para las víctimas será material, médica, psicológica y social, según sea necesario, y que será proporcionada por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Indica que se informará a las víctimas de la disponibilidad de los servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. Establece que se debe proporcionar al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado, capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida. Finalmente, es enfática al señalar que al proporcionar los servicios y asistencia a víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por el tipo de los daños sufridos o debido a factores de raza, color, sexo, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento, situación familiar, origen étnico, social o impedimento físico.

<sup>3</sup> Sergio García Ramírez, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I, Miguel Carbonell (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Porrúa, México, 2000, pp. 272-301.



Algunas codificaciones penales han incorporado el derecho a que, cuando se trate de delitos que atenten contra el normal desarrollo psicosexual, quien auxilie a la víctima sea persona de su mismo sexo.

Es importante para la consecución de este derecho garantizar no sólo que todas las víctimas tengan acceso real a los servicios de salud, sino además que tales servicios sean de calidad y solventen las necesidad de salud no sólo indispensables sino las que permitan a las víctimas, en la medida de lo posible, recuperar las condiciones que tenían antes de su afectación. Será importante, para ello, que se dicten todas las medidas necesarias y que estén a su alcance para que la víctima u ofendido reciba atención médica y psicológica de urgencia, pero también las necesarias para que tal atención sea extensiva a sus familiares. Será importante la celebración de acuerdos y convenios con autoridades locales y municipales en los que se establezcan mecanismos de cooperación y coordinación en la prestación de servicios de asistencia médica y psicológica.

#### DERECHO A QUE SE LE REPARE EL DAÑO

Si bien todos los derechos de las víctimas son importantes, por su trascendencia, la reparación del daño es sin duda uno de los más relevantes. La tendencia legislativa que incluye cada vez más a las víctimas de los delitos, tiene —o al menos debe— no sólo que incrementar sus derechos y proteger sus intereses —como el de reparación del daño—, sino además de dar un sentido diferente a la justicia penal, que incluso la redefine. Tal expectativa, por supuesto, exige de un análisis mayor y diferente, no correspondido con la intención de este apartado; sin embargo, que el Derecho Penal aspire a reparar a la víctima más que a la defensa de la sociedad es muestra de un camino que se ha empezado a andar y que puede no tener vuelta atrás.

Si analizamos sólo a la reparación como un derecho para las víctimas —cual es la intención de este apartado—, encontraremos en texto constitucional su consagración sin mayor explicación: el derecho a que se le repare el daño. Así se prevé incluso ahora con las recientes reformas constitucionales. Las disposiciones constitucionales exigen también que el Ministerio Público solicite la reparación del daño y que el juzgador no absuelva al inculpado de dicha reparación si la sentencia es condenatoria. La reforma incorporó el derecho para las víctimas y los ofendidos por el delito de solicitar directamente la



reparación; pero la reforma judicial en sí, sobre todo por su implicación procesal, muestra su interés prioritario por la reparación.

Por su parte, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder,<sup>4</sup> en su punto cuatro establece el derecho de las víctimas a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. Determina asimismo, en su punto cinco, que se deberán establecer y reforzar, cuando sea necesario, los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación sobre los procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles; y que se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

La Declaración habla también del resarcimiento y de la indemnización; establece que los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales, y señala en qué debe consistir el resarcimiento, al plasmar en su punto ocho 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 su victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Enfatiza en el punto 11 que, en los casos en que funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial y que hayan violado la legislación penal nacional, el Estado deberá resarcir a las víctimas, siempre que tales agentes sean responsables de los daños causados; y en los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Relevante resulta en realidad lo previsto en el punto 11 aludido, ya que en realidad los daños causados por servidores públicos en ejercicio de sus funciones difícilmente son resarcidos; pero, más aún, es muy común que las administraciones cambien y que las instituciones no respondan por los daños de sus antecesores, lo cual engrosa la lista de daños nunca resarcidos.

Es precisamente el derecho a la reparación del daño uno de los derechos que más preocupa por su inoperancia. Existen, sin embargo, intentos legislativos para hacer de la reparación del daño un instru-

<sup>4</sup> Adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

mento más eficaz, intentos que se enfrentan con ciertas implicaciones que limitan operatividad.

Algunas legislaciones secundarias y algunas instituciones han incorporado diversas estrategias que tienden a hacer efectivo este derecho; insistiendo por un lado en la obligación del Ministerio Público de solicitar la reparación del daño y en el derecho mismo de la víctima u ofendido, éste tendrá derecho a ser restituido en sus derechos cuando sean acreditados. Otras inercias apuntan al deber de asegurar o restituir a la víctima u ofendido en sus derechos desde la averiguación previa; a la obligación de los agentes del Ministerio Público, cuando sea procedente, de señalar en la consignación los elementos que obren en la averiguación previa tendientes a acreditar el monto de la reparación para que sean valorados por autoridad judicial, sobre todo para el caso de fijar la caución; de solicitar de la autoridad judicial, cuando proceda, el embargo precautorio de bienes que puedan hacer efectiva la reparación; y de que al formular conclusiones acusatorias, solicitar la reparación del daño fijando concretamente el monto de la misma.

La reparación del daño debe comprender la restitución de la cosa obtenida por el delito o el monto de la misma; la indemnización del daño material y moral causado; y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Implementar mecanismos para mejorar las posibilidades de la reparación del daño ha supuesto una inercia que transforma paulatinamente las bases de la justicia penal moderna, que lleva a priorizar no sólo al castigo por la prevención sino también a ésta por la reparación. Tal tendencia por supuesto encuentra inconvenientes cuyo origen estriba en un Derecho Penal moderno que no nació para las víctimas sino para la defensa social. Reflexionemos al respecto. Una de las principales posturas en pro de las víctimas tiende a sugerir que la reparación del daño se realice desde la averiguación previa y otras se postulan por implementar mecanismos de mediación y composición; posturas que a criterio de muchos ofrecen ciertas problemáticas si es que no se observa antes la realidad normativa vigente y los principios que en ella se postulan, sobre todo tratándose de garantías individuales.

Algunos autores consideran que la implementación de nuevos argumentos victimológicos hasta donde constitucionalmente sea posible, puede importar redundancia o quebrantamiento normativo que recaiga en contra de quien, en principio, se pretende proteger: la víctima; y que si se admiten sin las debidas reservas las alternativas de

reparación, se encontrará una serie de contradicciones que podrían lesionar nuestro sistema de garantías.

Los principios en juego son: la presunción de inocencia, el de igualdad, el de oportunidad y el de jurisdiccionalidad.

Así, si un inculpado acepta la reparación previa al juicio estará aceptando su culpabilidad, sería como si declarara contra sí mismo, aun sabiéndose inocente, podría ser incluso la desconfianza en el sistema mismo la que lo incline por tal opción. Si por alguna circunstancia la reparación previa al juicio no se consuma y éste se sigue, la postura del inculpado podría influir de manera determinante en la visión y por supuesto sentencia del juez de la causa. Todo lo que incide directamente en el derecho del inculpado a que se presuma su inocencia.

La igualdad se sustenta como uno de los ejes fundamentales del Derecho moderno —y por supuesto, del Derecho Penal moderno—, pero su real consagración, no en los textos legales, sino en la vida cotidiana, es uno de los aspectos que más ha preocupado a los juristas. Primero, porque el Derecho, en su aplicación, se ha tornado selectivo tratando a los iguales como desiguales; y segundo, porque las diferencias sobre todo económicas han hecho del derecho, en muchos de los casos, un instrumento “nocivo” de poder. Así, ante hechos análogos, mediante la alternativa de reparación, algunos sujetos podrán evadir la pena privativa de libertad y otros no. Por ello no todos los sujetos podrán ser tratados idénticamente, pues todo dependerá de sus posibilidades personales y materiales de reparación a la víctima: aquel de condición económica pauperada deberá ir a presidio, a diferencia de aquel que podrá evitar tal circunstancia.

Otro principio a considerar es el *de oportunidad*, que, enlazado con el punto anterior, se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad de los operadores del sistema penal —Ministerios Públicos y jueces, por ejemplo— quienes elegirán a su arbitrio quién tiene posibilidades de optar por el sistema alternativo y quién no, relegando incluso, en detrimento de la víctima, aquellos asuntos cuya reparación parezca más problemática.

Finalmente el *principio de jurisdiccionalidad*, por la facultad de jurisdicción encomendada sólo a los jueces que parecen incompatibles con la mediación, sobre todo si es el juez quien debe mediar y estampar su firma en el acuerdo correspondiente. Pues no declara el derecho, en tal caso, da fe de un acuerdo de voluntades —plasmado mediante un convenio de carácter civil—. Si es el Ministerio Público quien lo hace, aun cuando sus funciones no son de jurisdiccionali-

dad, tampoco lo son en estricto sentido las de mediación, con lo cual también se distorsionaría su función de investigación de los delitos. No obstante lo anterior, en nuestro medio más de una legislación secundaria u orgánica prevé facultades, más o menos discrecionales, de conciliación. Para muchos, la mediación como proyecto alternativo de reparación y la posibilidad de reparar desde la averiguación previa ofrecen en sí serias contradicciones respecto al contexto normativo penal, por lo que su implementación supondría no sólo que los límites constitucionales no deban de respetarse, sino asumir una postura crítica respecto a la viabilidad y permanencia de las mismas cuando se consagran sin las debidas reservas que la reparación y, en su caso, la mediación implícitas.

La pregunta es: hasta dónde se puede llegar, esto es, qué hechos podrían ser considerados como factibles de resolución *a priori*, mediante la mediación y que puedan ser eliminados de la legislación penal vigente; y hasta dónde puede ser sustituida la pena privativa de libertad.

La discusión de fondo es que con estas tendencias se está generando un Derecho Penal de corte privatista, de tendencias incluso premodernas, olvidándose el carácter social del delito y contemplarlo, netamente, desde la perspectiva exclusiva de la víctima, con el riesgo incluso de que no se cuestionaría el grado en que la víctima ha contribuido al delito o incluso lo ha provocado. Elena Larrauri<sup>5</sup> rechaza la afirmación general de que la víctima siempre desea la reparación, incluso, a su decir, ni siquiera resulta siempre probable que la víctima desee volver a ver a la cara a su victimario.

Me parece que la reparación como mecanismo alternativo a la pena privativa de libertad debe tener cabida dentro de los márgenes del Derecho Penal moderno; sobre todo si atendemos a los bajos índices de eficacia de la justicia penal, el aún más bajo índice de reparaciones y del alto índice de violaciones a los derechos humanos de los involucrados.

Se trata nuevamente de la vieja polémica de las antinomias de los fines de la pena, al enfrentar pena con reparación; polémica que sin embargo toma crucial interés con las reformas que en materia de reparación del daño, pero sobre todo procesal, han acaecido recientemente en nuestra Constitución federal.

<sup>5</sup> *La herencia de la Criminología Crítica*, 2a. ed. en español, Cárdenas Editores, México, 1992, pp. 233 y ss.

Para Queralt, “la prevención general es el límite infranqueable de cualquier medida estrictamente penal o de sus sustitutivos de la índole que se antoje”.<sup>6</sup>

En la República mexicana muchas de las legislaciones penales han establecido a la reparación del daño como penal pública, lo cual la beneficia por las expectativas de reparación que ello implica y muchas otras han implementado e incrementado los mecanismos de composición y de justicia alternativa.

#### AL RESGUARDO DE SU IDENTIDAD

Hasta antes de la reciente reforma judicial en el 2008, la Constitución federal consagraba el derecho de las víctimas u ofendidos por el delito, menores de edad, y tratándose de los delitos de violación o de secuestro, a no carearse con su presunto agresor.

Sin embargo, en atención a la garantía constitucional de los inculcados —siempre que así lo soliciten— de carearse con quien depone en su contra, el carearse constituye una obligación para las víctimas y los ofendidos por el delito, por lo que la posibilidad de evitar el careo de la víctima con su agresor se dio por la vía de la excepción, en los términos señalados en el párrafo inmediato anterior.

En efecto, la ya reformada fracción v del artículo 20 de la Constitución en su apartado B, a manera de excepción advertía que la víctima no estaría obligada a carearse cuando se tratara de las circunstancias especiales que ella misma preveía; ello ha traído a colación una controversia más, pues ciertos derechos ya consagrados para el inculcado parecían impedir la implementación de otros derechos para las víctimas.

Un postulado, o más bien un reclamo presente en las argumentaciones victimológicas ha sido la del resguardo de la identidad de la víctima, y aquella fracción aludida era lo más cercano a ello, sin embargo el texto aludido nunca advirtió sobre tal resguardo; sólo sobre la no obligación a carearse en los supuestos establecidos.

La reciente reforma constitucional incorporó ya en su texto el derecho al resguardo de la identidad de la víctima y/o del ofendido

<sup>6</sup> Joan Queralt, “Víctimas y garantías. Algunos cabos sueltos”, en Jesús Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, M. J. Bosch, Barcelona, 1999, p. 168. En el mismo sentido Diego Manuel Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 61 y ss.

por el delito, para los supuestos que ahí mismo se contienen y que son mayores a la precaria posibilidad prevista en la fracción ya reformada y respecto sólo de los careos.

A partir de la reforma aludida, la Constitución ya no habla en lo particular de la posibilidad de no carearse, sino del resguardo de la identidad de la víctima y otros datos personales cuando se trate de los supuestos que la propia disposición constitucional prevé de manera independiente y no conectada como para el caso anterior. Así, serán sujetos del resguardo de la identidad todos los menores de edad que sean víctimas y/u ofendidos por el delito, y sólo por tal circunstancia; otro supuesto para el resguardo de la identidad será para las víctimas de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y un tercer supuesto se prevé cuando a juicio del juzgador sea necesario el resguardo de la identidad para salvaguardar los derechos de la defensa.

Trascendente resulta este postulado para los derechos de las víctimas y los ofendidos por el delito, sobre todo cuando de su protección se trata, pero sin duda el presupuesto resulta complejo en su interpretación y genera la duda para su implementación. La preocupación se genera porque la interpretación, pero sobre todo la implementación en ambos casos sesgada de las motivaciones del texto constitucional, genere anonimatos ficticios y arbitrariedades que violenten principios básicos de un Derecho Penal garantista como el nuestro y propicien violaciones a los derechos humanos de los inculpados.

#### PODRÁ SOLICITAR LAS MEDIDAS CAUTELARES Y PROVIDENCIAS NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN Y RESTITUCIÓN DE SUS DERECHOS

Hasta antes de la reforma judicial del 2008, la Constitución federal establecía el derecho a solicitar las medidas y providencias que la ley prevea para su seguridad y auxilio; precepto demasiado general al no decir qué tipo de medidas y providencias se trataba, pero demasiado estrecho al referirlas sólo para su seguridad y auxilio. Aunque en forma general este derecho presupone otro ya consagrado constitucionalmente que es el derecho de petición y ello supone en sí que la víctima —y no sólo ella— puede pedir ante la autoridad lo que considere su derecho. Es por eso quizá que este derecho consagrado a las víctimas se entienda en el sentido de la obligación que implica para las autoridades acordar y atender favorablemente

aquellas medidas solicitadas por la víctima para su auxilio y protección, siempre que sean procedentes; medidas que ya se exigen de los servidores públicos cuando se consagra el derecho a la atención médica y psicológica de urgencia y el de la reparación del daño, por ejemplo.

La reciente reforma a la Constitución de este precepto especificó que se trata de medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos; lo que le hace a su vez más extensivo pues se trata de la protección y restitución de todos los —sus— derechos consagrados en ley, también el de su integridad física y psíquica. La finalidad de las medidas cautelares en el Derecho es evitar que la afectación de un derecho se dé o se continúe, en tanto queda clara la legalidad del proceder.

Recordemos que los derechos de las víctimas también son todos los derechos que los gobernados tenemos en rango constitucional y no sólo los específicamente enunciados ahora en el apartado C del artículo 20 de la Constitución federal. La protección de todos los derechos para las víctimas resulta de vital trascendencia, sobre todo si consideramos que en justicia penal los procedimientos son largos y las responsabilidades se deslindan hasta el final de ellos, y en atención al principio de presunción de inocencia y las garantías procesales con las que cuentan los inculpados, la capacidad de defensa y las posibilidades de distorsionar la verdad histórica son muy amplias.

En infinidad de ocasiones cuando la justicia penal llega es demasiado tarde, porque el diseño del Derecho Penal es en realidad para reaccionar no para prevenir, sin embargo evitar que los daños sean mayores o se tornen irreparables si está al alcance de fórmulas que en realidad son del Derecho Civil, pero que han llegado al Derecho Penal, cuando se decidió que la víctima debería tener mayor participación en el escenario penal.

Debemos entender que la interpretación que la legislación secundaria dé a este precepto, deberá atender a medidas que tiendan a la protección de su salud y de su integridad o la de sus familiares y amigos involucrados; a la protección de sus bienes y posesiones afectados por el delito y susceptibles de afectarse; a la protección de sus testigos; a garantizar la restitución de la cosa obtenida o dañada por el delito o el pago de su valor, la indemnización del daño material o moral causado y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, entre muchas otras.



### A IMPUGNAR LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

La reforma judicial del 2008 incorporó un derecho importante para las víctimas y los ofendidos por el delito, consistente en impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Trascendente resulta tal incorporación constitucional, cuando paradójicamente la entidad encargada de proteger, representar y hacer valer los derechos de las víctimas, también es la que más afectación de sus derechos hace. La lista de omisiones e irregularidades en la integración de las averiguaciones previas y las acciones prescritas por la falta de atención en la investigación e integración de las mismas, son las que más afectan los derechos de las víctimas, principalmente a la justicia y a la reparación del daño, dejándola en estado de indefensión. ¿Cómo quejarse de la autoridad ante la que la víctima se tiene que quejar?; por supuesto, los reclamamos ante la misma autoridad —incluso las denuncias— nunca o difícilmente prosperan. Por ello, el que una autoridad diferente, la judicial, puede revisar la manera en cómo el Ministerio Público atiende y protege a las víctimas, deberá redundar en el mejoramiento de la función ministerial y la mejor protección de los derechos de las víctimas de los delitos.

### A QUE SE LE TRATE CON DIGNIDAD Y RESPETO

Así lo establece el punto cuatro de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso de poder, cuando se refiere al acceso a la justicia y trato justo: *“Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad”*; en realidad no hay otra posibilidad, pues habrá que recordar que la Constitución proscribe cualquier tipo de discriminación; consagra la igualdad y sujeta cualquier acto de autoridad a los límites de la ley, la que por supuesto debe garantizar probidad, ética, respeto, eficiencia y eficacia en la forma de proceder de los servidores públicos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos prevé en su artículo primero reconocer 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.

Reconocimientos que se consagran en otros instrumentos internacionales más, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre cuando hable de igualdad ante la ley sin distinción de raza, sexo, idioma, etcétera.

En la legislación secundaria se suelen enumerar ciertas exigencias para garantizar el respeto a la dignidad de las víctimas y los ofendidos por el delito, como que el Ministerio Público y sus auxiliares les presten sus servicios con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia, eficacia y diligencia; se les trate por los servidores públicos con la atención y debido respeto a su dignidad humana; a 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, servicio de intérpretes o traductores; sobre todo cuando pertenezcan a algún grupo étnico o pueblo indígena; entre otras.

El derecho al trato digno no es una dádiva para las víctimas, es obligación de todo servidor público respetar la dignidad de las personas, pero por supuesto que la situación de vulnerabilidad física y emocional en la que se encuentran las víctimas y los ofendidos por el delito hace indispensable no sólo un trato respetuoso, sino además considerado a su condición.

Si se sigue lo argumentado podemos concluir que la mayor o menor inclusión de la víctima en el Derecho Penal, principalmente adjetivo, dependerá únicamente de la forma en que las leyes penales la contemplen; el cúmulo de derechos consagrados constitucionalmente marcarán la pauta indudablemente de la legislación penal del país y dependerá de cada legislación local si su consagración se obstaculiza o se facilita. Ello, independientemente de aquellas fallas o deficiencias —consentidas o no— que impliquen una mala, deficiente o nula aplicación de la ley penal y que seguramente acentuarán los procesos de victimización.

En la República mexicana no todas las entidades federativas consagran derechos para las víctimas u ofendidos por el delito.

Si bien se puede considerar que es suficiente que la Constitución federal los consagre, lo cierto es que los estados de la República de-

berán retomarlos y adecuarlos a sus propias necesidades, en el entendido de que su puntual consagración redundará en beneficio de las víctimas y de los ofendidos por el delito.

También considero prudente señalar que no todas las entidades federativas los retoman fielmente, e incluso los hacen más extensivos, pues algunos de ellos sólo aluden en una mínima parte algún derecho para la víctima.

Me decido ineludiblemente por una mayor participación de la víctima en el proceso penal. Aunque el Derecho Penal pretende ante todo garantizar el orden público y la paz social, tal finalidad no puede agotarse con la aplicación de la pena al autor del delito, sino que debe extenderse hacia el ámbito de tutela y asistencia de la víctima. Debe procurarse mayor incidencia de la víctima en el proceso penal que le garantice “igualdad de armas” con la debida ponderación de intereses, pues una justa y oportuna intervención de la víctima en el proceso penal contribuiría a una mejor y eficaz administración de justicia.

La víctima es, como consecuencia, una protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y éste nunca podrá pretender hallar solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada. Sólo con la participación de los protagonistas —el imputado y el ofendido como hipotéticos protagonistas principales— resulta racional buscar la solución del conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible.<sup>7</sup> Este argumento esbozado por Julio Maier es quizás una de las principales razones por las que el tema del papel de la víctima en el proceso penal es el que mayor preocupación ha tenido en Victimología, y por ende el de mayor productividad en los últimos años.

Tal actitud se ha hecho evidente no sólo en la literatura victimológica, sino además en acciones concretas de política legislativa que —aunque de manera discreta— han propiciado reformas a leyes existentes —constitucionales y procesales penales, principalmente—. El trato de la policía respecto de la víctima, la adecuación de la persecución al daño sufrido por aquélla, el respeto a la dignidad de la víctima en los interrogatorios, la importancia y preponderancia de la reparación, la protección de la intimidad de la víctima; son

<sup>7</sup> Julio Maier, “La víctima y el sistema penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 12, Madrid, 1991, pp. 42-43.

todos argumentos suficientes para que tal preocupación se manifieste.<sup>8</sup> Es por estas y otras circunstancias que se ha desarrollado el concepto de *victimización secundaria* o segunda victimización, por caracterizar elementos de desamparo e inseguridad de la propia víctima.

Al ser completamente mediatizada, la víctima sufre falta de información sobre sus derechos y asesoría jurídica deficiente, amén del trato que recibe de los servidores públicos que en más de una ocasión significa ahondar en la afectación personal sufrida, todo lo que reafirma su etiqueta de víctima. Pero tal etiqueta no recae sólo en el sujeto pasivo —la víctima del delito— sino en otros sujetos que por determinadas circunstancias se ven involucrados en el proceso; es el caso de los testigos en el proceso, quienes carecen también de información sobre sus derechos y de asesoramiento jurídico, e incluso el mismo delincuente y sus familiares quienes sufren vejaciones en su persona y se convierten en víctimas del abuso de autoridad.

<sup>8</sup> En tal sentido, la Organización de las Naciones Unidas y el Comité de Ministros del Consejo de Europa han emitido diversas recomendaciones; por ejemplo, la Resolución núm. (85) 11, del 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros.

## XII. CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (CNPP)

LA VÍCTIMA en el CNPP es reconocida específicamente como sujeto del procedimiento penal, con calidad de parte en los procedimientos previstos por el Código y es definida como el sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva; es reconocida específicamente como sujeto del procedimiento penal, con calidad de parte en los procedimientos previstos por el Código.<sup>1</sup>

Con estos preceptos, su posición y el ejercicio de sus derechos pueden identificarse de tres maneras en el mencionado instrumento:

- 1) Cuando se le hace referencia directa y explícita como víctima (u ofendido).
- 2) Donde se considera como parte del proceso.
- 3) En los casos en los que se le alude de manera implícita o indirecta, como persona o individuo que participa o forma parte del procedimiento o en alguno de sus momentos.

Derivado de la reforma judicial de 2008, el CNPP prevé el derecho de la víctima a conciliar o negociar el conflicto, específicamente en cuanto al derecho de acceder a mecanismos alternativos de solución de controversias, básicamente cuando se trate de delitos por querrella o requisito equivalente de parte ofendida, delitos culposos o delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.<sup>2</sup> Asimismo, el derecho a ejercer acción penal directamente sin necesidad de acudir ante el Ministerio Público cuando tenga la calidad de víctima u ofendido, lo que procede únicamente en los delitos perseguibles por querrella, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.<sup>3</sup> Para ello, la víctima u ofendido podrá acudir directamente

<sup>1</sup> 105 y 108, respectivamente.

<sup>2</sup> Se hace a través de los acuerdos reparatorios y tendrán como efecto la conclusión del proceso (arts. 186 y 187).

<sup>3</sup> Artículos 109 y 426.

ante el juez de control, ejerciendo acción penal por particulares en caso de que cuente con datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; en tal caso, deberá aportar para ello los datos de prueba que sustenten su acción, sin necesidad de acudir al Ministerio Público.<sup>4</sup> El ejercicio de la acción penal por particular hará las veces de presentación de la querella, y si la víctima u ofendido decide ejercer la acción penal, por ninguna causa podrá acudir al Ministerio Público a solicitar su intervención para que investigue los mismos hechos.<sup>5</sup>

En ambas fórmulas procesales, se trata de fortalecer el acceso a la justicia mediante el reconocimiento de derechos procesales que le permiten decidir directamente sin la intervención del Ministerio Público que investiga y que por mandato, salvo esta excepción, debe de acusar. Sin embargo, el CNPP acota las posibilidades a modalidades muy concretas que pueden ser evaluadas desde dos perspectivas, ya que, por un lado, el reconocimiento de los derechos en cuanto tales sienta las bases de la predicción procesal que, por otro, parece quedarse corta; esto significa que a nivel de la ley procesal se ha decidido sobre el contenido del derecho constitucionalmente reconocido, pero tal contenido pudo ser más ambicioso desde la lectura del acceso a la justicia para las víctimas.

En el hilo conductor de las ideas reflexionadas en este trabajo, es en este tipo de decisiones de política criminal donde se evidencia —y puede medirse— el grado de desarrollo democrático de un sistema de justicia penal dado, como el que se analiza, convirtiéndose la víctima en una de las muchas formas en las que se puede evaluar según los derechos que le son reconocidos y el número de supuestos en los que los puede ejercer. Así, entre más sean los supuestos en los que una víctima pueda optar por mecanismos de solución de la afectación sufrida y más los supuestos en los que pueda ejercer la acción por particulares, mayor será el grado de desarrollo democrático del sistema de justicia en tanto aumenta los derechos de la víctima y acota, en consecuencia, las potestades punitivas del Estado.

Según el Código Nacional en comento, en las audiencias de desahogo de pruebas, la víctima, como parte del proceso, personalmente o mediante su asesor jurídico, tiene, de forma resumida, los mismos derechos que todos los participantes: desde ser oferente de

<sup>4</sup> Artículo 428.

<sup>5</sup> Artículos 429 y 432.

los medios de prueba supervenientes o de refutación, preparar contrainterrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, ofrecer la práctica de diversos medios de prueba para ser valorados, y en su caso, aprobados por el juez, exponer alegatos, realizar preguntas a los comparecientes, incluyendo al acusado, solicitar el desahogo anticipado de cualquier medio de prueba, realizar las exposiciones pertinentes durante la audiencia, oponerse a los acuerdos probatorios y conocer completamente la información derivada, accediendo a su registro, entre los más destacables.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Lo que se puede deducir de los artículos 66, 71, 103, 171, 262, 304, 306, 344, 346, 372, 373, 377, 390, 395, 399 y 489 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

### XIII. LEY GENERAL DE VÍCTIMAS

LAS LEYES generales tienen su fundamento en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y constituyen una fuente del Derecho que emana directamente de la propia Carta Magna, por las que se incide en todos los órdenes jurídicos que integran el Estado mexicano; en este sentido, son leyes respecto de las cuales el Constituyente o el Poder revisor de la Constitución renuncia a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano.<sup>1</sup> No se trata, luego entonces, de leyes federales que regulan a los órganos de un orden de gobierno específico, sino de leyes generales que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos del Estado mexicano.

La finalidad de estas leyes generales es establecer un conjunto de disposiciones para todos los órdenes de gobierno (federal, estatal o municipal) en la materia que la propia ley regule; así, en el ámbito de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, es la Ley General de Víctimas la que obliga en la materia a las autoridades de estos tres ámbitos de gobierno. Por ello, la propia ley en su artículo primero prevé que es de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional.

Es muy clara la ley cuando prevé, en el artículo primero, tercer párrafo, que: “obliga en sus respectivas competencias, a las autoridades de todos los ámbitos de gobierno, y de sus poderes constitucionales, así como a cualquiera de sus oficinas, dependencias, organismos o instituciones públicas o privadas que velen por la protección de las víctimas, a proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral”. En este párrafo queda clara, además de su ámbito de aplicación, la teleología de la propia ley.

Con un diseño congruente con la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 y con los estándares internacionales en la materia, el objeto de la ley se estructura en cinco rubros principales (según su artículo 2 en sus respectivas fracciones, sin duda comple-

<sup>1</sup> En este sentido la Tesis Aislada P.VII/2007, Novena Época, con número de registro 172739, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, xxv, abril de 2007, p. 5

mentarios unos de otros), a saber: *a)* reconocer y garantizar los derechos de las víctimas de los delitos y de violaciones a derechos humanos; *b)* establecer y coordinar acciones y medidas de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos e implementar mecanismos para el cumplimiento por las autoridades de su obligación de prevenir, investigar, sancionar y lograr la reparación integral del daño; *c)* garantizar el efectivo ejercicio del derecho de las víctimas a la justicia; *d)* establecer deberes y obligaciones específicas de los intervinientes en los procedimientos relacionados con víctimas, y *e)* establecer sanciones por incumplimiento de las obligaciones en la materia.

El principio de interpretación conforme y el *pro persona* se consideran expresamente en la ley al asentarse en sus respectivos párrafos de los artículos primero y tercero que de entre las normas que protejan víctimas se aplicará siempre la que más favorezca a la persona, y que la propia ley general se interpretará de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales favoreciendo en todo momento la protección más amplia para los derechos de las personas.

#### VÍCTIMAS POTENCIALES, VÍCTIMAS DIRECTAS Y VÍCTIMAS INDIRECTAS

Expresamente, la ley prevé que su objeto de protección son tanto las víctimas del delito como las de violaciones a los derechos humanos, lo que queda claro de la lectura del artículo 2, fracción I, al establecer el objeto de la ley, y en el artículo 4, párrafo primero, cuando define a las víctimas directas.

La ley distingue, además, entre víctimas directas, indirectas, potenciales y colectivas, a las que en ningún momento reduce o limita el reconocimiento ni el goce de sus derechos. Así, las víctimas directas son quienes sufren algún daño, menoscabo, puesta en peligro o lesión de sus bienes jurídicos o derechos; las víctimas indirectas son los familiares o las personas a cargo de las víctimas directas que tengan una relación inmediata con ellas; se refiere a las víctimas potenciales como aquellas personas cuya integridad física o derechos peligran por prestar asistencia a la víctima o impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito; y finalmente, considera víctimas a los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado tanto de la comisión de un delito como de la violación de derechos.



## PRINCIPIOS VICTIMALES

La ley establece principios que deben regir los mecanismos, las medidas y los procedimientos al momento de su diseño, implementación y evaluación. Sin duda, destaca el hecho de prever no sólo derechos para las víctimas, sino los principios, en tanto que estos últimos dan un sentido de transversalidad que implica el despliegue de la función pública en atención a los mismos para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las víctimas mediante su promoción, protección y respeto; así, no sólo es una prohibición de no hacer o afectar, sino de proveer lo necesario para la garantía del goce y ejercicio de los mismos.

Si bien es complicado sistematizar los principios previstos por la ley general de víctimas, y sin pretender jerarquizar por su importancia, resulta interesante reflexionar respecto de algunos de ellos, intentándolos sistematizar o agrupar, según su intención; así:

*a) Los principios de buena fe y no criminalización.* Principios que sin duda se complementan, ya que prevén la imposibilidad de las autoridades de tratar de responsabilizar a las víctimas o tratarlas como sospechosas de la comisión de los hechos que denuncien.

Principios fundamentales para la garantía de acceso a la justicia a las víctimas, tanto de delito como de violaciones a derechos humanos, en tanto que está más que documentado por las encuestas de victimización que una de las causas por las que las víctimas no denuncian es por temor a ser criminalizadas. Son relativamente comunes las quejas ante los organismos públicos no jurisdiccionales de derechos humanos por trato indigno de las víctimas a causa de falta de credibilidad en el dicho de las víctimas y por la intención clara de hacerlas responsables del hecho que denuncian; lo que causa, sin duda, que las víctimas desistan de su intención o simplemente no regresen a las instancias ministeriales por temor a ser criminalizadas.

La buena fe del dicho de las víctimas es un principio indispensable para garantizar el acceso a la justicia, pues debe implicar el más completo despliegue de las líneas de investigación sin discriminar ninguna por causas subjetivas o predisposición alguna.

*b) La víctima, además, en complemento a aquéllos, debe ser tratada con dignidad, lo que implica, según la ley, que las autoridades están obligadas a respetar su autonomía como base del ejercicio del resto de sus derechos.* El principio de dignidad, como lo llama la Ley General, se corres-

ponde sin duda con el de igualdad y no discriminación, previsto por la propia ley, por el que las autoridades, para el ejercicio de los derechos de las víctimas, se deberán conducir sin distinción, exclusión o restricción por razón de sexo, raza, color, origen étnico, social, nacional, lengua, religión, opiniones políticas, ideológicas o de cualquier otro tipo, género, edad, preferencia u orientación sexual, estado civil, condiciones de salud, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio y discapacidades, o cualquier otra —se asienta en la definición del principio— que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de las personas.

c) Los principios de integralidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y no regresividad derivan del precepto constitucional producto de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos; estos principios, para efecto de la Ley, implican que, derivado de la interrelación de los derechos contenidos en la misma, la violación de uno de ellos pone en riesgo el ejercicio de los otros, por lo que no se podrá garantizar el goce y ejercicio de alguno de los mismos sin que a la vez se garantice el resto de los derechos, en virtud de los principios de integralidad, indivisibilidad e interdependencia, por un lado, y por otro, respecto de la progresividad y no regresividad, la garantía de los derechos reconocidos no podrá retroceder o supeditar los derechos a estándares o niveles de cumplimiento alcanzados.

d) Los principios de debida diligencia, trato preferente y enfoque diferencial y especializado son reflejo de la consideración de que las víctimas no son sólo vulnerables por los daños sufridos, sino que su situación de vulnerabilidad previa se acrecienta por la afectación sufrida; por ello, la víctima requiere no sólo un trato digno y preferente como lo prevé el principio, sino diferenciado y especializado según su particular situación de vulnerabilidad —género, origen étnico, ideología, costumbres, etcétera.— a fin de evitar no sólo cualquier proceso secundario de victimización —que también la ley enuncia como principio: victimización secundaria— sino hacer posible su garantía de goce y ejercicio de sus derechos, principalmente el de acceso a la justicia.

e) En consonancia con estos principios, el del enfoque transformador prevé el deber de las autoridades de que aquellas medidas de asistencia, protección, apoyo y reparación contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron dar pie a los hechos victimizantes. Las autoridades, luego entonces,

deben dirigir los esfuerzos necesarios en el ámbito de su competencia para el logro de tal cometido, y deben, asimismo, según el principio de máxima protección, velar por la aplicación más amplia de medidas de protección a la dignidad, libertad, seguridad y del resto de sus derechos.

f) Por el principio de complementariedad, la Ley exige los mecanismos de atención a víctimas para su asistencia, ayuda, protección y reparación; principalmente, deben realizarse de manera armónica, eficaz y eficiente, siempre como complementarias y no excluyentes, tanto las individuales, administrativas o judiciales; es un principio relacionado con el de participación conjunta, que prevé que el Estado implementará este tipo de medidas con el apoyo y colaboración de la sociedad civil y del sector privado.

g) Todas las acciones, mecanismos y procedimientos que se lleven a cabo no sólo deberán ser gratuitos y transparentes, como lo prevén los principio de gratuidad y transparencia, sino que deberán, además, ser públicos (principio de publicidad), en tanto no vulneren, por supuesto, los derechos humanos de las víctimas; esto con el ánimo de poder difundir información que oriente a las víctimas acerca de sus derechos, garantías y recursos, así como las acciones, mecanismos y procedimientos con los que cuentan para hacerlos valer.

En congruencia con estos principios, se encuentra el de rendición de cuentas, por el que todos los servidores públicos, así como los planes y programas que la ley regula, están sujetos a mecanismos tales como el de revisión y evaluación.

## DERECHOS

La Ley General de Víctimas, de forma enunciativa y no limitativa, reconoce una serie importante de derechos que deben ser interpretados —asienta— de conformidad<sup>2</sup> con la Constitución, tratados y leyes en materia de atención a víctimas. Estos derechos, si bien los clasifica por capítulo según su especificidad, lo cierto es que los mismos giran en torno al derecho a la verdad, trato digno, asistencia, ayuda y protección de sus derechos, acceso a la justicia y reparación integral; así, en el Título Segundo de la Ley se integran cinco capítulos en los que se relaciona una serie de derechos clasificados de la si-

<sup>2</sup> Interpretación conforme al artículo 1, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

guiente manera: Derechos en lo general (cap. i), Derechos de ayuda, asistencia y atención (cap. ii), Derecho de acceso a la justicia (cap. iii), Derechos en el proceso penal (cap. iv), Derecho a la verdad (cap. v) y Derecho a la reparación integral.

Así, en el capítulo denominado “Derechos en lo general de las víctimas”, se consagran los Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, a que las víctimas sean tratadas con humanidad y respeto a su dignidad, a ser asistidas de forma oportuna y pronta para su bienestar físico y psicológico, y por supuesto, a la salvaguarda de su vida e integridad corporal. Este capítulo también prevé una serie de derechos de participación, como trabajar de forma colectiva con otras víctimas en la defensa de sus derechos, ser beneficiaria de acciones afirmativas y programas sociales para proteger y garantizar sus derechos, formulación, implementación y seguimiento de política pública de prevención, ayuda, asistencia y reparación integral y a que las mismas tengan enfoque transversal; también, a participar en espacios de diálogo institucional y de soporte colectivo para apoyo e interrelación con otras víctimas.

En este apartado se relacionan, a su vez, una serie de derechos de manera directa con el derecho de acceso a la justicia, que si bien se enuncia de manera particular en el capítulo iii del mismo título, lo cierto es que relaciona una serie de derechos que están íntimamente relacionados y por los cuales no podría haber un pleno acceso a la justicia por las víctimas ni de los delitos, ni de violaciones a los derechos humanos. Entre los derechos del rubro en cita que se identifican dentro de la categoría de acceso a la justicia se enuncia, en primer término, el de una investigación pronta y eficaz, la identificación y enjuiciamiento de los responsables, y en este sentido, a acceder a los mecanismos de justicia disponibles, a participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia a su disposición, a expresar libremente sus opiniones e intereses ante la autoridad, a ejercer los recursos legales en contra de las decisiones que afecten sus intereses y el propio ejercicio de sus derechos, y a tomar decisiones informadas sobre las vías de acceso a la justicia o mecanismos alternativos.

En este apartado también se encuentra una serie de derechos relacionados con el acceso a la información, como solicitar, acceder y recibir información clara, precisa y accesible sobre las rutas, mecanismos, procedimientos, medios de acceso, y toda la necesaria para el pleno ejercicio de sus derechos; conocer el estado de los procesos

judiciales y administrativos; ser notificada de las resoluciones de solicitudes de ayuda, asistencia y reparación, entre los principales.

El derecho de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 10 de la Ley, lo contempla como el Derecho a “un recurso judicial adecuado y efectivo [...] que garantice su derecho a conocer la verdad, a [...] una investigación inmediata y exhaustiva del delito o de las violaciones a derechos humanos sufridas [...] a que los autores [...] sean enjuiciados y sancionados; y a obtener una reparación integral por los daños sufridos”.

Los elementos que componen la concepción del derecho a la justicia desde la Ley General de Víctimas, en el artículo 10, sin duda ayudan a fortalecer la idea central del acceso a la justicia, pues del pleno goce y ejercicio de este derecho es que se puede lograr el derecho a la verdad, a que los autores sean enjuiciados y sancionados y a que se le repare de manera integral el daño. No puede haber pleno acceso a la justicia para las víctimas si no se respeta en todo momento su dignidad y se le da un trato especializado que ayude a lograr los tan anhelados equilibrios procesales.

La Ley en cita incorpora, además, en el capítulo iv del Título Segundo, una serie de derechos de las víctimas en el proceso penal, y prevé, en el artículo 11, que para garantizar el derecho de acceso a la justicia, las víctimas deberán tener acceso a los mecanismos y procedimientos previstos en las leyes, así como relación con los siguientes derechos: 1) a ser informado de manera clara, precisa y accesible de sus derechos; 2) a que se les repare el daño en forma expedita, proporcional y justa; 3) coadyuvar con el Ministerio Público; 4) a ser asesoradas y representadas dentro de la investigación y el proceso por un asesor jurídico; 5) a impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento; 6) a comparecer en investigación o juicio y sean adoptadas las medidas necesarias para minimizar las molestias que se les causa, así como proteger su intimidad, identidad y otros datos personales; 7) a que se garantice su seguridad y la de su familia y testigos; 8) a rendir o ampliar su declaración sin ser identificados dentro de la audiencia; 9) a obtener copia simple, gratuita y de inmediato; 10) a solicitar medidas precautorias o cautelares para su seguridad y protección; 11) a ser informadas sobre la realización de audiencias donde se vaya a resolver sobre sus derechos y estar presentes en ellas; 12) a que se les notifique toda

resolución que pueda afectar sus derechos e impugnarlas; y 13) a solicitar la intervención de expertos independientes que colaboren en la investigación de los hechos y realización de peritajes, cuando se trate de violaciones graves a sus derechos humanos.

Los derechos relacionados forman parte del artículo 12 en sus diferentes fracciones, y es congruente con los derechos constitucionales reconocidos para las víctimas de los delitos; derechos todos que, en mayor o menor medida, en tanto se respeten y hagan efectivos, contribuirán directamente al pleno acceso a la justicia para las víctimas de los delitos y de las violaciones a derechos humanos. Destacan, entre ellos, la figura del asesor jurídico, que es creado por la propia Ley y al que las víctimas tienen el derecho de elegir libremente para que las represente y asesore; y destaca también lo previsto por la última fracción para que las víctimas puedan solicitar la intervención de expertos independientes que colaboren con las autoridades en la investigación a las violaciones graves a derechos humanos, lo que sin duda ayuda mucho no sólo al fortalecimiento de la investigación, sino a su transparencia y legitimidad.

Algunos artículos más en este apartado complementan los derechos de las víctimas en el proceso penal y que resultan trascendentes, como el derecho a intervenir en el proceso penal y ser reconocidas como sujetos procesales, y el derecho a optar por la solución de conflictos, conforme a las reglas de la justicia alternativa, a través de las instituciones como la conciliación y la mediación. Ambos derechos trascienden en la medida en que las posibilidades de intervención procesal por un lado, y de conciliar en mayor número de supuestos delictivos por el otro, hagan de los mismos una mejor garantía de goce y ejercicio del acceso a la justicia.

## XIV. SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS

LA LEY GENERAL de Víctimas crea el Sistema Nacional de Atención a Víctimas, cuyo objeto es crear, proponer, establecer y supervisar las directrices, servicios, planes, programas, proyectos, acciones institucionales e interinstitucionales y demás políticas públicas que se implementen para la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral en todos los órdenes de gobierno.

El Sistema Nacional coordina los instrumentos, las políticas, los servicios y las acciones entre las instituciones y entidades públicas federales, estatales y municipales, órganos autónomos como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, organizaciones públicas o privadas, tanto los ya existentes como los creados por la propia Ley. Para ello, la Ley General dio vida a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, para la operación del sistema y el cumplimiento de sus atribuciones; así como Comisiones Ejecutivas de Atención a Víctimas de las entidades federativas.

Entre las principales atribuciones del sistema están la de promover la coordinación y colaboración de todas las instancias que conforman el sistema para hacer posible la protección, ayuda, asistencia, atención, defensa de los derechos humanos, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral del daño; formular propuestas de atención integral a víctimas, elaborar propuestas de reformas en materia de atención a víctimas y promover una estrategia de supervisión y acompañamiento que busque el desarrollo profesional y la especialización de los miembros de las instituciones de atención a víctimas, para lo que debe fijar criterios uniformes de selección, ingreso, formación, permanencia, capacitación, profesionalización y evaluación, certificación y registro de los mismos.



## XV. MEDIDAS ALTERNATIVAS Y REFORMA PENAL

LAS REFORMAS a la justicia penal, desde la década pasada, han supuesto una incorporación paulatina de la víctima y el ofendido por el delito, principalmente en lo que atañe a sus derechos y su incorporación en el procedimiento penal. Sin embargo, los derechos constitucionalmente conferidos a la víctima u ofendido por la reforma del 21 de septiembre del año 2000, al agregar al artículo 20 constitucional un catálogo más preciso de derechos procesales, no parecen haber sido suficientes para la protección y atención de las víctimas. Si bien hay que reconocer que la situación en general de las víctimas no cambiará sólo por el reconocimiento constitucional de sus derechos, fue sin duda un avance significativo para los casos —muy pocos quizá— en que éstos verdaderamente se respetaron, pues resulta paradójico que siendo los operadores del sistema penal los principales encargados de la defensa y protección de la víctima, se conviertan ellos mismos en agentes victimizantes.

Ha sido menester, luego entonces, seguir propiciando no sólo la incorporación en la legislación penal de derechos para las víctimas, sino además la implementación de políticas alternas a la justicia penal que prioricen la reparación en detrimento de la sanción. Por supuesto que la preocupación en las reformas no sólo es para las víctimas de los delitos sino para la justicia penal en general, la que se ha mostrado lenta, parcial e ineficaz. La preocupación por las víctimas deriva precisamente de esa preocupación, pues uno de los grupos que quizá resienta con mayor impacto tales consecuencias sin duda es el de las víctimas de los delitos.

Las inercias de las reformas llegan hasta el 2008 cuando observamos una intención importante en el legislador por transformar la justicia penal y en tales reformas la víctima, en esta lógica, juega un papel trascendente.

Las apreciaciones anteriores son importantes por lo que a continuación argumento. Ha habido medidas que por su naturaleza no están al alcance de la ley penal, por lo menos no de la estructurada bajo la concepción del Derecho Penal moderno y de su sistema pe-



nal, otras que se erigen como mecanismos alternos al propio sistema penal. Otras, que han implicado únicamente una reforma de la ley penal, sobre todo adjetiva. En efecto, las propuestas de apoyo “procesal” a las víctimas de los delitos han obedecido —circunstancialmente quizá— a una u otra tendencia.

#### MEDIDAS QUE IMPLICAN REFORMAS DE LAS LEYES PENALES

Las medidas que implican sólo reformas a la ley penal, las propuestas, dependiendo del sistema jurídico en el que se esbocen, suelen ser, principalmente:

1) Las que se preocupan porque sea el juez penal quien además de determinar acerca de la responsabilidad penal, resuelva respecto a la responsabilidad civil; evitando que la víctima se vea en la necesidad de promover, una vez terminado el largo y cansado proceso penal, en la vía ordinaria civil un juicio de reparación del daño causado.

En nuestro país, si bien las reformas constitucionales han incorporado —como deben— los principios rectores de la justicia penal, lo cierto es que los diversos sistemas jurídicos de las entidades federativas no necesariamente los han incorporado, o al menos no del todo. En México las legislaciones penales, con sus variantes, ya prevén la reparación del daño dentro del proceso penal; sin embargo, las variantes que evidencian algunas legislaciones locales redundan en detrimento de la mejor atención y protección de las víctimas. La mayoría de ellas incorporan en su catálogo de sanciones a la reparación del daño como pena pública.

También en las legislaciones penales se prevén, para el proceso penal, incidentes que deben ser resueltos en la sentencia, lo cual da similares resultados; es decir, lo que preocupa a la víctima es que se le repare el daño, y es importante que tal reparación se obtenga dentro del mismo proceso. Por disposición constitucional, como lo analizamos, el Ministerio Público debe solicitar la reparación del daño cuando ésta proceda; y el juez, al condenar, deberá pronunciarse por la reparación del daño. Habrá que esperar a que estas disposiciones se incorporen en la totalidad de las legislaciones del país, y por supuesto que se implementen.

En suma, desde una óptica jurídico penal, tratándose de reparación del daño por vía penal, habría que distinguir en principio dos posibilidades: *a)* la impuesta por la sentencia de indemnización civil por el juez penal, y *b)* cuando la reparación es impuesta como una especie de pena por el juez penal.

Tales circunstancias deben ser atendidas a la luz del máximo interés por la víctima, pues implican en sí una confusión entre sanción civil y penal y se atenta contra la pretensión punitiva del Estado. La tendencia, al respecto, ha sido recomendada en delitos sobre todo de carácter patrimonial o con efectos preponderantemente económicos. Incluso hay quienes proponen el sobreseimiento del proceso penal cuando el autor del delito, en cualquier momento del proceso, voluntariamente ofrece la reparación. Para muchos se trata de una actitud más que criticable, pues implica convertir al tribunal penal en un tribunal de intereses civiles, haciendo completamente de lado la pretensión punitiva estatal.

2) Otras medidas de origen civil que tienden a proteger a la víctima concediéndole toda la posible gama de medidas precautorias, se han incorporado ya a nivel constitucional y en algunas de las legislaciones secundarias en el país, tales como: anulación de prendas o hipotecas, embargos, prohibición de contratar, etcétera. Tales medidas han sido poco explotadas, pero pueden importar mayor y mejor protección de los intereses de la víctima. Estas prácticas, sin embargo, deberán estar previstas en la ley, y la reforma constitucional ya marcó la pauta, por lo que habrá que propiciar las reformas pertinentes en las legislaciones de las entidades federativas de la República, para que de manera homogénea prescriban aquellas medidas.

3) Las que se preocupan por la protección personal de la víctima, sobre todo, en delitos que impliquen afecciones de carácter psicológico como en peritajes o interrogatorios —principalmente todo cuando se trate de delitos sexuales o por violencia intrafamiliar—, lo que obliga a establecer procedimientos que velen por la intimidad de la víctima: respeto a su dignidad, no divulgación del nombre, no publicidad de algunas diligencias, etcétera. También importante resulta garantizar la gratuidad en el ejercicio de sus derechos en el proceso y de los llamados servicios de asistencia que incluyen la asesoría jurídica a la víctima para informarle sobre sus derechos y la forma de hacerlos efectivos.

Tales mecanismos de protección son siempre pensados para personas físicas —como herencia de la tendencia positivista donde la

Victimología surge—, habrá que recordar que en Derecho Penal también se considera la afectación de personas morales, para las que en lo aplicable deberán concederse los mismos derechos, principalmente cuando la persona moral afectada sea una institución de beneficencia.

4) En cuanto a las medidas procesales de protección a la víctima en sentido amplio, habrá que establecer algunas diferencias como cuando se trata del presunto responsable, las medidas implican toda la gama de postulados que garantizan la certidumbre jurídica y donde la Victimología en realidad no aporta nada nuevo. No así cuando se habla de testigos y familiares, tanto de la víctima como del presunto responsable, donde interesan todas las medidas de protección, de preferencia a testigos, que faciliten su labor e incluso que le den apoyo social y psicológico en los casos necesarios; y qué decir de los problemas que ello le origine tanto en su actividad laboral como familiar.

#### MEDIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL

Para aquellas medidas que se erigen como mecanismos alternos al proceso penal se ha hablado con insistencia de la composición como propuesta fundamental. En efecto, el Derecho Penal moderno se erige sobre la base de la alienación del conflicto, esto es, el Estado absorbe el conflicto y el problema y parte del supuesto de que lo resuelve satisfactoriamente. Sin embargo, la realidad muestra que lejos de que tal resolución sea satisfactoria lo que se logra es la prolongación del conflicto con efectos victimizantes. Si a tales argumentos se agregan los que evidencian (estadísticamente, incluso) la ineficacia del propio sistema penal, como lo son los de la cifra oscura de la criminalidad que muestra el porcentaje tan elevado de delitos que no llegan a conocimiento de las instancias del control penal, quizá las propuestas alternativas al sistema penal mismo no sean tan descabelladas.

Así, se habla de la mediación como una medida alterna al procedimiento penal. La mediación pretende, en principio, lograr la reparación de la víctima sin necesidad de acudir ante procesos jurisdiccionales.

La reparación implica la restitución o reposición a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico penal lesionado. Como Dere-

cho sustantivo implica la certeza —consagrada constitucionalmente a nivel de garantía individual, para quien es ofendido por un delito— de regresar al *statu quo*, esto es, al estado en el que se encontraba antes de su lesión. A nivel procesal, su análisis implica, en principio, el estudio del procedimiento —penal o civil— mediante el cual ha de tener lugar la reparación.

Sin lugar a dudas el mejor sistema de reparación, el mejor por estar conectado a la prevención general, sería el proveniente del propio infractor.<sup>1</sup>

Si bien un análisis dogmático evidencia incluso generosas las previsiones legales tratándose de reparación del daño, otra cosa bien distinta es la referente al alcance real de dichas previsiones. Ello exige un análisis ahora crítico de los problemas de hecho que imposibilitan en mayor o menor medida la consagración fáctica de los preceptos de ley. En un primer intento de enunciación, enumero algunos de los obstáculos más evidentes cuando de reparación se trata:

Por un lado topamos con los problemas de aplicación técnica de ley. Esto por: falta de capacidad, poco profesionalismo, carga de trabajo, corrupción, errores técnicos involuntarios, deficiente asesoría legal.

A su vez, la insolvencia económica del sujeto infractor. El obstáculo de la capacidad económica del sujeto al momento de deslindar la responsabilidad civil por la infracción cometida. Tal problemática requiere de algunas precisiones: por un lado esa *imposibilidad* debe ser real; esto es, se deberán implementar los mecanismos técnico-legislativos necesarios para que la insolvencia económica sea acreditada de manera real, tras investigaciones de rigor. Pero además habrá que tomar en cuenta que el grueso de la población penitenciaria del país —y del mundo— es clase pauperada; es la que con mayor facilidad —por mil razones, o quizá por una muy simple— capta el sistema penal. Ello explica el porqué del índice tan elevado de procesos penales sin reparación. Como alternativas se han propuesto también el poder sustituir la prestación —a manera de reparación— de carácter económico por otra de carácter personal; así desde un trabajo para la víctima o una reparación de carácter simbólico hasta unas simples disculpas.

Ahora bien, a partir del reconocimiento anterior, se deduce con claridad que los delincuentes de cuello blanco —gente económi-

<sup>1</sup> Joan Queralt, “Víctimas y garantías. Algunos cabos sueltos”, en Jesús Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, M. J. Bosch, Barcelona, 1999, p. 166.

camente poderosa— no son cooptados por el sistema penal; luego entonces, tampoco caen en el supuesto de la reparación. Y a ellos habrá que sumar toda la criminalidad “no conocida” —la que no llega al conocimiento de las instancias del sistema penal y que por tanto engrosa la conocida cifra oscura de la criminalidad— que al evadir a los mecanismos del propio sistema, evaden entre ellos a los de reparación.

Todo lo anterior hace que el porcentaje de víctimas que no alcancen la reparación —su derecho constitucional— sea desorbitado.

Siguiendo a Joan Queralt, la serie de alternativas ofrecidas a propósito de víctimas, *grosso modo*, se pueden sintetizar como las corrientes doctrinales de la mediación como proyecto alternativo de reparación.

El problema de estas medidas circunscritas fuera del Derecho Penal es el comprobar su adaptabilidad al ordenamiento jurídico existente. Analizo a continuación algunas de las ventajas, pero también objeciones que se plantean a propósito de la fórmula.

Evidentemente la mediación también supone una alternativa que pretende hallar una solución al problema de la victimización secundaria del sujeto pasivo del delito; esto es, no incrementar la victimización en cuanto tal. Consiste en que un tercero, incluso el propio juez, tercie entre los sujetos activo y pasivo con el fin de satisfacer a la víctima —no necesariamente económicamente— y evitar la prosecución del procedimiento penal.

Las ventajas de la mediación se esbozan principalmente por el hecho de que la misma supone la finalización anticipada del proceso penal o, incluso, evitarse su iniciación —si esto es posible—. Se reduciría en consecuencia el número de causas criminales, lo que beneficiaría de manera relevante a las instancias de administración de justicia penal. Para la víctima supondría la ventaja —no desdeñable— de encontrar una solución al problema que le ha causado el delito sin la necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular y evitarse así efectos de sobrevictimización —erogaciones de orden económico, frustraciones, careos denigrantes, demora de tiempo, etcétera—.

La mediación implica a decir de Beristain<sup>2</sup> una fuerte carga psicológica, pues busca esencialmente hallar una explicación al hecho punible sufrido, y desde esa racionalización, cuando es facilitada por el sujeto activo, aliviar la angustia de la víctima.

<sup>2</sup> Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta (dirs.), *La victimología creadora de nuevos derechos humanos*, San Sebastián, 1990, pp. 222 y ss.

Si bien tales ventajas son dignas de tomarse en consideración, es inevitable esbozar los inconvenientes de la mediación tanto a la luz de los argumentos político-criminales como dogmático-jurídicos. Siguiendo a nuestro autor, éstas pueden ser:

1) *Político-criminales*. Dos son los principales obstáculos que se esbozan en materia de política criminal; primero, porque se diluyen sensiblemente los límites razonables de la prevención, esto es, cuando el potencial delincuente observe que con una predisposición a la mediación la infracción puede quedar saldada, el sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado. Ello, evidentemente no sólo hace *rentable* al delito, sino que lesiona la seriedad del sistema penal en sus fines de prevención general negativa, esto es, mostrar al público que el castigo es una amenaza real. En sentido contrario resulta problemático hablar de *sometimiento voluntario a la mediación*, ya que cuando el sujeto activo no opte por la mediación y el procedimiento penal se lleve hasta sus últimas consecuencias, el juez, quien en principio intentó la conciliación de intereses —los de la víctima sobre todo—, seguramente se predispondrá al momento de individualizar la pena que, aún respetando los marcos legales, impondrá lo máximo que la propia ley le permita. Esto conlleva el riesgo de *hacer de mejor derecho a quien está dispuesto a conciliarse*<sup>3</sup> en detrimento de quien no hace, sino ejercer sus derechos constitucionales —ello con independencia de la gravedad del hecho— de legalidad, presunción de inocencia, probanza, audiencia, etcétera. El ejercicio de un derecho corre el riesgo así de convertirse en una carga para quien lo elige.<sup>4</sup> Con lo cual la voluntariedad del hecho es más que discutible. Tal voluntad de mediación, arreglar cuentas personalmente el autor y su víctima, tiene un claro toque de moralidad, pero choca indiscutiblemente con los principios normativos que rigen el Derecho Penal moderno.

2) *Dogmático-políticas*. Diversos son los inconvenientes desde esta perspectiva para adoptar, incluso legalmente, la figura de la mediación. La primera se esboza por la objeción a la privatización del Derecho Penal. El único atisbo se encuentra en la fórmula legal del perdón del ofendido que en las legislaciones penales de nuestro país

<sup>3</sup> Joan Queralt, "Víctimas...", *op. cit.*, p. 151.

<sup>4</sup> *Idem*. En el mismo sentido Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta (dirs.), *La victimología...*, *op. cit.*, p. 223.

queda posibilitada sólo por la querella como requisito del proceso. Así, el ejercicio del *ius puniendi* queda limitado a la formulación de la querella y por la posibilidad del perdón.

Si la mediación se admitiera, sobre todo para el caso de las infracciones más irrelevantes penalmente, esto es, si se admitiera un control desformalizado, eso significaría que su tipificación en los textos penales está de más. En ese sentido Jesús Silva Sánchez, afirma: “A mi entender, instituciones que no son aptas para prevenir lesiones de bienes jurídicos esenciales ni respetan las garantías fundamentales, no deben formar parte del derecho penal”.<sup>5</sup>

Tratándose de delitos graves, sólo parece plausible hablar de mediación, previa al proceso penal, respecto de delitos de orden estrictamente económico. Sin embargo, los argumentos esbozados en materia de política criminal dificultan sensiblemente tal posibilidad.

Otra crítica esencial se esboza<sup>6</sup> en razón de que el proceso de reparación excluye el proceso de investigación, lo que, evidentemente, tiende exclusivamente a la reparación, olvidando los derechos del presunto autor del daño, lo cual supone pasar por alto que el sistema penal moderno se estructura para garantizar que el castigo y la eventual reparación del daño se consagren una vez depurada la responsabilidad del infractor de acuerdo a un proceso penal. Todo lo anterior con el inconveniente extra de definir quién debe mediar, debe hacerlo el mismo juez penal previo a la sustanciación del proceso o, por el contrario, es el juez civil quien debe mediar. Si quien debe hacerlo es el juez penal, la situación se torna ostensiblemente riesgosa pues un primer intento de conciliación implica el reconocimiento tácito de la culpabilidad, a manera incluso de confesión, lo cual pone en peligro la consagración de las garantías procesales para el caso de que no se llegue a una conciliación.

<sup>5</sup> Jesús Silva Sánchez, “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, en Silva Sánchez, Jesús, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 6.

<sup>6</sup> En ese sentido, Joan Queralt, “Víctimas...”, *op. cit.*, pp. 154 y ss.



## XVI. VÍCTIMA Y LEY PENAL

### UN ACERCAMIENTO A LA VICTIMODOGMÁTICA

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

Los primeros reclamos teóricos por el extraño olvido de la víctima de los delitos en el Derecho Penal moderno llevaron paradójicamente a afirmar que la víctima podría haber desencadenado la comisión delictiva y por tanto debía ser considerada al momento de resolver sobre la culpabilidad del agresor, a grado tal que incluso la imprudencia o total responsabilidad de la víctima en el hecho delictivo debería traer como consecuencia la absolución del agresor.

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

El Derecho Penal evoluciona constantemente para ser —o al menos pretender ser— más eficaz en su despliegue y funcionamiento, pero sobre todo para hacerse menos lesivo y más justo. Ello ha llevado al Derecho Penal —por desgracia sólo en ciertos aspectos— a restar potestad punitiva a la justicia penal y en consecuencia a ampliar las libertades y demás derechos de los involucrados, principalmente los inculpados y las víctimas de los delitos. Esto es lo que reconocemos como la transición de un modelo de justicia inquisitivo a uno acusatorio y por ende democrático.

Al ampliarse los derechos de las víctimas de los delitos en la justicia penal, se está propiciando su incorporación en los procedimientos, dándole por supuesto mayores atribuciones; pero al mismo tiempo, como en consecuencia corresponde, se han implementado también sus obligaciones a manera de responsabilidades.

Las recientes reformas constitucionales en la materia abren la posibilidad de que la víctima, según el delito de que se trate, no dependa

del Ministerio Público para que interceda con el juez, además de que se abre la posibilidad que los modelos de composición/negociación entre víctima y victimario se amplíen, dejando de lado la potestad del Estado para castigar y poniéndose en manos de la víctima, no en todos los supuestos claro está, la decisión misma de que su agresor vaya o no a prisión.

Pero, en efecto, al ampliarse los derechos de las víctimas de los delitos en la justicia penal y por ende al aumentar su presencia y protagonismo, también se incrementan sus responsabilidades. La igualdad procesal pretendida para la víctima respecto de su agresor supondrá también igualdad hacia sus obligaciones y eventuales responsabilidades.

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

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

Tal tendencia ha abierto la discusión en torno a la distinción de en qué casos debe la víctima responder por su imprudencia y el riesgo asumido, y en cuáles ello deba ser irrelevante. La variable que ayuda a aclarar entre una y otra es el reproche que podamos hacer por un lado al inculpado de que pudiendo actuar de otra manera no lo hizo, y por el otro a la víctima, que debiendo asumir un deber de cuidado tampoco lo hizo.

Una cosa es reclamar a la víctima por asumir un riesgo no permitido y otra muy diferente es obligar a la víctima a que asuma mecanismos de autoprotección. Generar este tipo de mecanismos para prevenir ser victimizados siempre es un derecho y nunca podrá ser una obligación, por lo que ello no puede ser relevante jurídicamente y mucho menos trascender en la sentencia; se dan muchos ejemplos en materia de delitos sexuales. Pero existen circunstancias en las que existe una obligación del deber de cuidado y de evitar imprudencias que se convierten para el Derecho en una obligación a considerar. El

que tal obligación trascienda en una sentencia depende, sin embargo, del modelo jurídico adoptado por el lugar donde haya de aplicarse y la manera incluso de cómo el juzgador la interprete.

Como ya lo señalé, la Victimología en sus orígenes —eminente-mente positivistas— se preocupó mucho por el estudio de la interrelación víctima-victimario, con el objetivo primordial de develar el papel y grado de responsabilidad que la primera pudiera tener en el desencadenamiento del delito. En efecto, los ejemplos al respecto abundaron. Las tipologías victimales no dejan de lado tal actitud. El típico ejemplo de la estafa o el defraudador defraudado, en los que se resalta la ambición de quien al final resulta victimizado. Pues bien, tales posturas dieron pie a desarrollos posteriores desde la perspectiva dogmática penal que ahora se les identifica bajo el rubro de victimodogmática.

Tales tendencias se han preocupado del análisis interpretativo de la posición de la víctima en la ley penal misma y, en general, en el contexto de la dogmática penal. Se pretende encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmática a tomar en cuenta en la sistemática del delito.<sup>1</sup> Las problemáticas, por tanto, de la intervención del sujeto lesionado en la génesis del riesgo son hoy habitualmente agrupadas bajo la denominación de victimodogmática. Por ello, las preocupaciones victimodogmáticas tienden a determinar en qué medida la corresponsabilidad de la víctima en lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.<sup>2</sup>

Siguiendo a Manuel Cancio Meliá,<sup>3</sup> las aproximaciones victimodogmáticas tienen ciertos rasgos característicos que le son comunes, a saber:

1) Se trata de construcciones elaboradas específicamente para el fenómeno de la valoración de la posible incidencia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor.

2) Se trata —a diferencia de los postulados de sus inicios— de un fenómeno cuya amplitud excede con mucho el campo de la dogmá-

<sup>1</sup> Juan Bustos y Elena Larrauri, *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, vol. III, PPV, Barcelona, 1993, p. 23.

<sup>2</sup> Claus Roxin, citado por Manuel Cancio Meliá, *La conducta de la víctima en imputación objetiva en Derecho Penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 222.

<sup>3</sup> *Idem*.

tica penal (la de Parte General del Derecho Penal material); esto es, en la actualidad se refiere también a la Parte Especial del Derecho Penal, a los planteamientos criminológicos y al proceso penal.

Para Joseph M. Tamarit<sup>4</sup> la pretensión de la victimodogmática consiste en examinar cómo la contribución de la víctima al delito afecta la punibilidad del comportamiento del autor. Para este autor la victimodogmática parte de la constatación de la existencia de víctimas corresponsables del hecho para llegar a establecer un principio de autorresponsabilidad de las mismas; esto es, afirmar la existencia de un deber de autodefensa en relación con ciertos ataques a determinados bienes jurídicos cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela por parte de la víctima.<sup>5</sup> De este modo la limitación de la potestad punitiva estatal procedería no sólo frente a otras ramas del ordenamiento jurídico, sino también frente a los medios de autodefensa que estén a disposición del titular del bien jurídico. En palabras de Juan Bustos,<sup>6</sup> “quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes jurídicos no queda protegido en sus bienes jurídicos”.

Y esto es lo realmente grave, dejar al presupuesto de autorresponsabilidad la condición de tutela de un bien jurídico evidentemente choca contra los principios del Derecho Penal, pues dejaría de ser protección de bienes jurídicos. Con ello no desaparecería tanto el principio del bien jurídico como categoría garantista, como que se desconocerían los derechos de la persona y consecuentemente las bases mismas de un Derecho Penal democrático que es el nuestro, fundado en el presupuesto del ejercicio de la libertad por parte del ciudadano.

Hablar pues de “autorresponsabilidad” o responsabilidad de la víctima como se quiso en un principio desde la victimodogmática; esto es, pretender que la víctima responda por su propio comportamiento al no evitar ser la causa de su propia afectación tiene reminiscencias de corte positivista (pensamiento victimológico positivista). Ello implica buscar en el comportamiento de la víctima características de corte antropológicas, biológicas, psicológicas o sociales que lo predisponen a convertirse en víctima; una especie de determinismo victimológico.

<sup>4</sup> Joseph M. Tamarit, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 20.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>6</sup> Juan Bustos Ramírez y Elena Larrauri, *Victimología...*, *op. cit.*, p. 25.

Los victimólogos coinciden en afirmar que la victimología debe repercutir en el Derecho Penal; sin embargo, no se han formulado propuestas concretas de cómo tal repercusión se debe producir.

A mi parecer la preocupación desde la victimodogmática por la “responsabilidad” de la víctima en el delito mismo no puede ir más allá de meras circunstancias ilustrativas para el juzgador en la reconstrucción de los hechos; pero nunca deben las mismas generar ni impunidad ni mecanismos de “sanción” para la propia víctima. No así, en lo que pudiera ser una nueva fase de reflexión dogmática como es la de los derechos de la víctima o lo que se ha denominado derecho victimal.

En conclusión, el deber de protección de los bienes jurídicos es del Estado que reconoce los derechos, no los otorga. Incluir en el Derecho Penal el principio de autorresponsabilidad implica un retroceso de todo lo avanzado en derechos humanos; sería como negarle sus derechos al exigir a las personas como condición para la protección de sus derechos que ellas mismas los protejan.

Lo anterior no significa desconocer que los tipos penales no describen comportamientos, sino ámbitos situacionales; por lo que es evidente que habrá que tomarse en cuenta en los tipos penales específicos el consentimiento de la víctima o sujeto pasivo. Pero el consentimiento no tiene que ver con la autorresponsabilidad, sino con la autonomía ética de las personas y de su derecho de disponibilidad.

#### LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO. AUTOPUESTA EN PELIGRO, TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Los principales desarrollos teóricos de la victimodogmática en los últimos tiempos han oscilado entre el análisis de la relevancia del consentimiento de la víctima en el análisis de la teoría del delito. Tales argumentos han llevado a la inevitable discusión doctrinaria respecto de la disponibilidad de los bienes jurídicos por parte del sujeto pasivo, para consentir su lesión o puesta en peligro, cuando se trata claro de bienes jurídicos de disposición individual.

Se está por tanto ante un conflicto de intereses: ¿Debe prevalecer la actitud paternalista del Estado en protección de los bienes jurídicos considerados a tutela o se debe resaltar la libertad de disposición del bien jurídico por parte de su titular, erigiéndose el principio de autotutela en piedra angular de la organización social?

Luego entonces, se trata de un problema de los procesos de atribución de un hecho al tipo penal, con el que al valorar el comportamiento de la víctima se anularía la valoración del consentimiento del autor para los efectos de la atribución de la situación dada en el tipo penal; estaríamos ante una causa de atipicidad. Se trata sólo de aquellos tipos penales donde se exige la coparticipación de la víctima para su actualización. Esto es relevante si se recuerda el principio del Derecho Penal como *ultima ratio*. Tal postura es muy peligrosa en el sentido de que puede afectarse la finalidad misma del Derecho Penal cual es la protección de bienes jurídicos; pero sobre todo porque se corre el riesgo de quedar a la valoración arbitraria de los jueces según sus propias ideas, patrones morales o políticos, etcétera.

En este sentido Jescheck<sup>7</sup> ha criticado las teorías que basan la relevancia del consentimiento en el Derecho Penal en la renuncia de la protección de los bienes jurídicos por parte de sus titulares, pues a decir del tratadista no se explica por qué la omisión privada debe prevalecer sobre el deber fundamental del Estado de protección pública. De igual forma Mezger<sup>8</sup> en su obra advierte sobre los peligros de conceder un significado excesivamente amplio al consentimiento, pues en su consideración se podría propiciar una casi total privatización del Derecho Penal.

Dos ejemplos pudieran resultar más ilustrativos: pensemos por un lado en la comisión del delito de violación de una secretaria por su jefe en el que la justificación del hecho se fundara en la provocación supuesta de la misma, quien vestida todos los días de manera por demás provocadora y atractiva hubiera, con su “autopuesta” en peligro, propiciado la incontrolable actitud delictiva de su jefe. En este caso estaríamos frente a la ridícula circunstancia de desproteger el bien jurídico (el derecho a tener una relación sexual libre y consentida) contravieniendo el principio de garantía y tutela del bien jurídico de un sistema de Derecho Penal democrático cual es el que rige a este país.

Pero, por otro lado, sí existen ciertos tipos penales que resaltan la importancia del consentimiento para el encuadramiento del propio tipo penal. Pensemos así en el tipo penal de violación —o sus equivalentes— en el que el consentimiento de la víctima puede generar la atipicidad y por tanto la inexistencia del delito. O por ejemplo, en el

<sup>7</sup> H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4a. ed., trad. de Manzaneros Samaniego, Granada, 1993, pp. 338-339.

<sup>8</sup> Edmundo Mezger, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990, p. 163.

tipo penal de robo en el que se exige que el hurto sea en contra de la voluntad de quien pudiera disponer de él conforme a la ley.

El consentimiento, por tanto, sí es relevante en ciertos tipos penales, pero no se puede pensar en incluir en el tipo penal un principio de autorresponsabilidad que desnaturalizaría la función del Derecho Penal y sus principios de garantía.<sup>9</sup>

En conclusión, es evidente que habrá de tomarse en cuenta en los tipos penales específicos el consentimiento de la víctima o del sujeto pasivo.

Sin embargo, hay que destacar que el problema del consentimiento de la víctima en el campo del Derecho Penal es una cuestión que ha sido discutida desde hace mucho tiempo, incluso con anterioridad al advenimiento de los postulados de la Victimología; incluso hasta la fecha, en la dogmática penal alemana, principalmente, por ser crucial en relación con los fundamentos mismos del Estado de Derecho democrático que debe respetar y fomentar la libertad de sus ciudadanos y su ejercicio, como derecho humano fundamental de las personas.

Habrà que distinguir asimismo entre la falta de oposición de la víctima que hace desaparecer la lesividad de la acción y que genera la atipicidad de la misma, y el consentimiento referido a aquellas infracciones en las que la falta de oposición de la víctima no hace desaparecer la afectación del bien jurídico, pero esto se considera disponible por su titular y por tanto daría lugar a la concurrencia de una causa de justificación; como en el ejercicio de un derecho, donde resulta viable. No viable en el hecho de la puesta en peligro de un bien jurídico con la intención de obtener ciertos beneficios personales, como por ejemplo aquel expendedor del mercado quien de manera consciente ofrece sus productos de tal manera que quedan al alcance fácil del hurto; ahí la potencial víctima asume el riesgo con la intención de tener mayor éxito en sus ventas, bajo el razonamiento de que el menoscabo que implica el delito es mucho menor en comparación de los beneficios obtenidos en utilidades. Tal supuesto, sin embargo, no da lugar desde mi óptica a una causa de justificación, pues aun con el riesgo asumido, la responsabilidad penal no puede desaparecer y el Estado por tal circunstancia no puede proteger el bien jurídico lesionado por su puesta en peligro.

Todas estas tendencias de la victimodogmática relacionadas con la valoración del comportamiento de la víctima, en teoría jurídica del

<sup>9</sup> Juan Bustos y Elena Larrauri, *Victimología...*, op. cit., p. 28.



delito han llevado a la consideración de tal comportamiento como criterio de exclusión de la imputación objetiva.

Así, tal convicción se ha planteado en el marco de la teoría del tipo, precisamente en la teoría de la imputación objetiva, por la que sólo puede resultar objetivamente imputable un resultado si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico. La doctrina de la imputación objetiva ha supuesto en gran medida un recorte del ámbito de responsabilidad jurídico-penal.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, el peatón que resulta atropellado por un vehículo cuyo conductor respetaba todas las reglas de tránsito, no será considerada ni siquiera como una conducta típica.

Pero, respecto de los delitos de resultado, se sostiene que para la construcción dogmática debe ser evidente que el causar una lesión evitable no puede bastar, ya en un plano objetivo, para dar lugar a una desvaloración jurídico-penal de la conducta en cuestión.

Es conveniente destacar el hecho de que esta teoría ha generado un intenso debate que ni por mucho ha logrado un consenso general; mismo que no expondré aquí por no ser éste el objeto de mi trabajo. Sin embargo, considero prudente señalar que en el marco de la teoría de la imputación objetiva, muchos autores han pretendido ubicar el problema de la intervención de la víctima. Y en efecto, desde esta perspectiva se introducen elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, lo que implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad. Y sí, uno de los sectores en que la imputación objetiva puede ser el marco sistemático adecuado, es el relativo a la cuestión de la determinación de esos ámbitos de responsabilidad, sobre todo en los casos en los que concurre en la génesis de un riesgo la persona que posteriormente resulta lesionada. Para Roxin<sup>10</sup> habrá que destacar en dos aspectos fundamentales de la imputación objetiva que son la creación de un peligro y el desarrollo de un riesgo no permitido. Para el autor, la solución en ambos casos debe realizarse en el mismo sentido: la que debe fundarse estrictamente en la voluntad responsable del que asume el peligro y no en el valor de la finalidad con que se procede.

Se corre el riesgo de considerar a un bien jurídico como no merecedor de protección por el comportamiento de su titular, lo cual lleva a una estigmatización de la víctima que lleva a desposeerla de sus

<sup>10</sup> Claus Roxin, citado por Joseph M. Tamarit, *La víctima...*, op. cit., pp. 85 y ss.

bienes jurídicos y convertirla en una persona de menos valor o sin valor de proteger, lo cual atentaría contra el principio de igualdad en Derecho Penal.

En conclusión, el análisis del consentimiento en Derecho Penal y de la libertad de disposición de un bien jurídico lleva a considerar que los conflictos, en primer término, son de las partes y no de un tercero, lo cual parece olvidado en el Derecho Penal en el que se ha mediatizado el conflicto. El Derecho Penal decide conflictos, no los resuelve. Y desde esta óptica habrá que resaltar los postulados victimológicos poniendo de relieve en la mesa de discusión que el Derecho Penal recae sobre un conflicto y que éste es en principio de las partes.<sup>11</sup>

#### DERECHO PENAL Y DIVERSIDAD CULTURAL

No hay mejor termómetro del grado de respeto de una sociedad a la dignidad del hombre que el nivel de eficiencia que el Estado desarrolla en la autolimitación del poder punitivo.

Aquellas personas que tradicionalmente no tienen demasiadas posibilidades de acceder al sistema de justicia con aspiraciones intactas de manifestar en un conflicto concreto sus intereses, deben recibir la asistencia del Estado a efectos de que el concepto procesal y muy gráfico de la “igualdad de armas” deje de ser una idea utópica y se instale para siempre en el seno de las interacciones sociales.

Cada violación, por el sistema de justicia, de un derecho o de una garantía debe ser vivida como una verdadera tragedia; nunca debemos perder nuestra capacidad de asombro frente a las reducciones del nivel de protección de los derechos humanos en la administración de justicia.

La importancia institucional de los principios en juego (legalidad, igualdad, culpabilidad, etcétera) exige la creación de alternativas que busquen poner el acento al papel de la víctima en el proceso penal, sobre todo en una sociedad como la nuestra, que se caracteriza por su pluriculturalismo, que ha sido reconocido en la Constitución y que debe ingresar como un valor a la administración de justicia.

A través del prisma de la diversidad cultural, cobran nuevas dimensiones los principios de legalidad, de igualdad ante la ley, así como el principio de culpabilidad. Todo el sistema de administra-

<sup>11</sup> Juan Bustos y Elena Larrauri, *Victimología...*, op. cit., p. 30.

ción de justicia penal y el modelo teórico que le sirve de sustento han sido pensados durante más de 100 años de espaldas a los orígenes culturales de nuestra tierra. Es hora de mirar hacia nosotros mismos.

La Constitución, tras las reformas de 1995, ha tomado una decisión absolutamente trascendente que, entre otras de la misma magnitud, debe guiar los pasos de una administración de justicia respetuosa de la dignidad del hombre. Merecen reflexión y análisis sobre la relación existente entre esa decisión y los límites propios del Derecho Penal que debe ser repensado a la luz de nuevas necesidades sociales.

#### ALGUNAS SOLUCIONES EN LA TEORÍA DEL DELITO

Siguiendo a Hans Welzel:<sup>12</sup>

La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado normal de la libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, por ejemplo, de acuerdo con los criterios causales. Por esta razón, las formas de acción socialmente adecuadas mencionadas con anterioridad no son de ninguna manera acciones de matar, de lesiones, de privaciones de libertad, de menoscabos abusivos de patrimonio [...].

Por lo anterior, para el padre del finalismo tipicidad implica “relevancia social”; así, aunque las conductas que se analicen impliquen una perfecta subsunción del caso a la norma, pero no signifiquen en la vida real una perturbación social comprobada, no deben ser consideradas típicas.

Para Nicolás Becerra, las razones para no considerar típicas las conductas “sin relevancia social” pueden ser numerosas, sin embargo tradicionalmente en el Derecho Penal han tenido relevancia dos, a saber:

1) La ausencia de esa relevancia social se puede dar por la magnitud del daño que no llega a representar una verdadera perturbación desde el punto de vista social, en los clásicos casos de *insignificancia*.

<sup>12</sup> Hans Welzel, *Derecho Penal alemán*, 12a. ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 85 y ss.

2) Se puede dar por las acciones que no representen relevancia social por manifestar una contravaloración entre la ley y el contexto social en el cual la norma y el caso se desenvuelven.

A decir del autor el segundo caso puede ser verdaderamente útil en la solución judicial de supuestos de diversidad cultural. Ello, cuando una conducta en principio típica es aceptada socialmente en el contexto de la comunidad indígena. Así, la adecuación social como elemento del tipo penal es el instrumento que permite tomar en consideración en el nivel de la tipicidad a las situaciones de diversidad cultural como supuesto de ausencia de tipicidad. Tal interpretación obliga a considerar el ámbito cultural donde se desenvuelve la norma; por lo que, según el autor, la norma no puede tener —reclamar— vigencia en un ámbito en el cual se transforma en una acción que es valorada por el contexto social en el cual se desenvuelve.

## XVII. PREVENIR LA VICTIMIZACIÓN. A MANERA DE CONCLUSIÓN

HE PRETENDIDO —por los objetivos mismos dados a este trabajo— mostrar un panorama general del papel de la víctima ante el sistema penal, estructurado, como lo estudié, dentro de los principios del Estado moderno, cuyo punto de partida es el reconocimiento de los derechos humanos, la función del mismo, y me refiero a que el sistema penal no puede menos que atender —porque su estructura jurídica así se lo exige— aquellos postulados. Sin embargo, las inercias del despliegue funcional del propio sistema penal parecen no siempre acatar tales principios, todo lo que sin duda ha repercutido en detrimento, principalmente, de las víctimas —y no sólo de los delitos, como lo expliqué—.

Por la estructura del propio sistema penal y por el mismo Derecho Penal moderno, el despliegue de actividades operativas de tal sistema debe ceñirse irremediabilmente a la legalidad; ello garantizará no sólo que la violencia social disminuya en consideración, sino que se eviten las formas de violencia institucionalizadas que exceden el límite de la necesidad. Recuerden que cuando la violencia institucional pierde legitimidad se está ejerciendo una forma *ya común* de victimización a la que he querido aludir con insistencia en este trabajo. Pero nótese que la solución que el propio Estado moderno puede ofrecer no puede obedecer sólo a tendencias humanistas que tienten el corazón de los mismos operadores del sistema, pues la coerción como atributo del Estado es su arma principal de control del poder mismo y que garantiza el respeto a las normas jurídicas, el mantenimiento del orden social y el consecuente progreso y mejora de las condiciones mismas de vida social. Así, el Estado y su Derecho Penal, operado a través del sistema penal, sólo pueden aspirar más que a lograr la exacta aplicación de la ley. Esto es, sólo pueden aspirar a conferir seguridad jurídica. A cuya consagración, sí, se debe exigir el mínimo de violencia (insisto, sólo la necesaria) con el máximo de seguridad. Claro, pues en cada situación en la que el Derecho no se cumpla y una acción ilícita quede impune, se estará, irremediabilmente, asintiendo a la vulneración de los derechos humanos de las

víctimas; cuyos derechos son, en términos de igualdad, tan importantes como los de sus agresores.

Respecto de la Victimología como tal, es evidente que no existe un acuerdo respecto de su calidad “científica”; sin embargo la mayoría de autores consideran no darle tal categoría, sin dejar de reconocer que la amplitud del campo victimológico día a día llevará a la misma a ser considerada como tal. Desde una perspectiva multidisciplinaria, la Victimología y por ende el victimólogo ampliarán su objeto de estudio; por lo que se auxiliarán, además, de los métodos y técnicas de investigación de campo y de otras disciplinas —Psicología, Medicina, Antropología, etcétera— que en conjunto apoyen a un mayor número de víctimas. Por ello, la Victimología no puede, ni pretende ser, sólo una disciplina jurídico-penal. Históricamente la víctima fue perdiendo facultades según se fue estructurando un mecanismo público de defensa cuyas inercias la dejaron de lado. Paradójicamente, las políticas en materia de política criminal de fin de siglo retoman como eje de su preocupación a la víctima. Por el origen positivista de la Victimología, su objeto, método y finalidad son muy limitados. Así, serán víctimas sólo las conocidas, las que lleguen al conocimiento de las instancias de la justicia penal; es decir las víctimas del delito. Por las inercias actuales de la Victimología, ésta se puede convertir en un instrumento importante no sólo para la atención y asistencia a víctimas, sino como un instrumento realmente importante de prevención delictiva. Existe una interdependencia entre los conceptos de Victimología y víctima. A partir de la perspectiva epistemológica desde la cual se concibe a la primera, se definirá quién es víctima y la forma y mecanismos de apoyo, el objeto, método y finalidad. Asimismo existe una interdependencia clara entre las formas de pensamiento que han influido tanto los planteamientos criminológicos como los victimológicos. El sistema penal surge para expropiar la venganza privada de la víctima, asumiendo el papel protector; y represiva como instancia pública. La estructura y principios que rigen el funcionamiento del sistema penal de la modernidad son aquellos que se deducen de la propia estructura y filosofía de Estado moderno, producto de movimientos políticos y filosóficos que desde hace más de dos siglos reconocieron los derechos humanos de los individuos. La concepción “sistema penal” no es común entre los académicos nacionales. Sin embargo, un análisis estructural de todo lo que implica el mundo del Derecho Penal a nivel ley penal —tanto sustantiva como adjetiva— e instancias de aplicación de esa ley penal —policía, jueces y cárcel— y todas las inercias que de ello se de-

riven, pueden dar más luz a los problemas del delito y de sus formas de prevención y represión. Una visión sistemática, que involucre un análisis estructural del sistema penal (ley penal e instancias de aplicación), seguido de la incorporación de métodos y técnicas de diversa índole (tanto documental como de campo) podrá ampliar las posibilidades de apoyo y protección a la víctima (en su concepción primaria y secundaria) frente al sistema de justicia penal. El sistema penal en su ejercicio no sólo se ha evidenciado como aquel que no cumple los fines para los que fue creado sino que, paradójicamente, su actividad se ha tornado altamente victimizante, y de ello debe ocuparse la Victimología. Cada vez que hay impunidad por el ejercicio incorrecto del propio sistema penal, automáticamente se están vulnerando los derechos de las víctimas que, en plano de igualdad jurídica, son tan merecedores de proteger como los del delincuente. El fin del Derecho Penal —a través de su sistema penal—, al igual que del Derecho como ciencia, debe ser primordialmente conferir seguridad jurídica; en la medida en que ello se logre, se estará automáticamente conservando el orden social —lo que permite el desarrollo personal y colectivo— y previniendo victimización. El cúmulo de derechos conferidos a las víctimas por la ley penal no son ni por mucho suficientes para solventar los requerimientos de las víctimas. Y, pese a los postulados victimológicos en pro de los derechos de las víctimas, no es posible implementarlos porque chocan tanto contra los principios del Derecho Penal moderno como con las garantías conferidas ya a los inculpados. Desde una óptica dogmática (de Derecho Penal), la Victimología (victimodogmática) no puede más que a nivel ley penal estructurar los mecanismos “legales” de apoyo y protección a la víctima en su concepción primaria, las formas de calificar su posible responsabilidad y la forma de hacerlos efectivos. El victimólogo, desde esta óptica, sólo hará un ejercicio interpretativo y por ende descriptivo del papel de la víctima ante el Derecho Penal. Los estudios en la llamada victimodogmática no se han preocupado más que en tratar de encontrar mecanismos de autorresponsabilidad de la víctima por los que la autopuesta en peligro tenga como consecuencia la no determinación de responsabilidad del inculcado por atipicidad o alguna causa de justificación; lo que conlleva a suponer que una buena defensa (jurídica) podría dejar a la víctima fuera de toda posibilidad de reparación. Tratándose de grupos vulnerables —senescentes, discapacitados, grupos étnicos, etcétera— no es posible, a través del sistema penal, conferir prerrogativas o “derechos especiales”, porque ello iría en contra del principio de igualdad,



base del Derecho Penal, y de un Estado democrático. Para ellos habrá que priorizar mecanismos asistenciales desde diversas instancias públicas. Y sólo cuando los principios del Estado moderno se modifiquen y por ende los del Derecho Penal, entonces se podrá pensar en políticas de discriminación inversa. Existen diferencias marcadas entre las perspectivas penal y criminológica en análisis y estudio del delito; sin embargo, como señala Bacigalupo, penalistas y criminólogos están condenados a convivir. Las diferencias se dan por ser diferentes perspectivas ópticas de estudio y ocupar diferente metodología y un fin diverso —interpretativo o descriptivo y explicativo— aunque al final éste sea el mismo: la prevención del delito. La mejor convivencia entre la política criminal —que busque las causas y proponga alternativas— y el Derecho Penal —que estructure los mecanismos legislativos pertinentes— podrá hacer del sistema penal menos lesivo y más eficaz en la prevención del delito, cumplimiento de los fines del Estado y protección de las víctimas. Por lo ineficaz que en gran porcentaje ha resultado el sistema penal, es que se ha desarrollado el concepto de victimización secundaria que, siguiendo un modelo de sociedad crítico —de corte socialista— ve en él —sistema penal— una forma más de victimización. Así, priorizar el respeto a la legalidad en ejercicio y aplicación de la ley penal disminuirá indefectiblemente este fenómeno. Por la mejor prevención de delito es necesario el análisis de las causas (sociales, antropológicas, psicológicas, etcétera) del mismo mediante la aplicación de los métodos propicios para el efecto —provenientes incluso de otras disciplinas— que den los elementos necesarios para la implementación de mecanismos legales que combatan el problema. Para ello Derecho Penal, Criminología, política criminal —siguiendo a Lola Aniyar— deberán unir sus argumentos en prevención del delito y la consecuente protección de víctimas. Se reconoce, sin embargo, la existencia de mecanismos que, si bien legales, quedan fuera del alcance del Derecho Penal, como los medios de control social informal.

En general el recuento aquí realizado nos muestra la evolución del discurso punitivo y la pretendida justificación en su implementación mediante las políticas en la materia, por un lado; y por el otro, la negación de los planteamientos hegemónicos y su desmitificación a través de argumentos contundentes y realidades contrastadas. Y es que un ejercicio objetivo nos lleva a entender que los pretendidos fines de prevención del delito han sido más eficaces en sus efectos de legitimación (prevención general positiva) que propiamente

en los de disminución de la delincuencia. Las estadísticas tanto oficiales como las no oficiales, al efecto son contundentes; los índices de eficiencia del sistema penal para conocer y reprimir delitos son ínfimos respecto del universo de comisión y denuncias de los mismos. Todo lo que arroja ahora una cantidad desmedida de víctimas y sobre todo de víctimas desatendidas.

Y es que el Derecho Penal moderno, preocupado, como vimos, por el discurso, olvidó a la víctima; de hecho, ni siquiera fue construido para ella, sino para la defensa social. Sin embargo, asistimos a un momento de la historia en que aquellas bases que dieron origen al Derecho Penal de la modernidad y a su sistema penal deben ser transformadas —y se están transformando— para la consecución de los fines declarados. Transformación que debe —y se está haciendo, o se empieza a hacer— recuperar a la víctima y hacerla partícipe del conflicto que en principio es suyo.

El Estado debe, a través de su sistema de justicia penal, evitar la venganza privada, y así surge el *ius puniendi*, y debe salvaguardar los derechos de la víctima y protegerla de la violencia de sus agresores; pero debe hacerlo con el mínimo de violencia y con el máximo de respeto a los derechos humanos de quienes involucra.

En conclusión, el ejercicio punitivo del Estado, caracterizado desde siempre por el despliegue desmedido de la violencia y la poca eficacia en su funcionamiento, asiste ahora a un nuevo siglo cuyas realidades e ideologías sociales se transforman y exigen del mismo la disminución de la violencia con el máximo de garantías. Lo que significa sanción para los culpables pero certeza en su incriminación, por el respeto irrestricto a sus derechos fundamentales; y resarcimiento y justicia para las víctimas. En síntesis: prevenir la victimización.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskil, Argentina, 1989.
- Abrahamsen, David, *La mente asesina*, FCE, México, 1976.
- Adame Goddard, Jorge, *Diccionario jurídico mexicano*, IIJ-UNAM, México, 1998.
- Aniyar de Castro, Lola, *Victimología*, Universidad de Zulia, Venezuela, 1969.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, 4a. ed., Siglo Veintiuno, México, 1993.
- Barreda Solórzano, Luis, *Justicia penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 1997.
- Barrita López, Fernando, *Delitos, sistemáticas y reformas penales*, Porrúa, México, 1995.
- Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, 6a. ed., Porrúa, México, 1995.
- Bergalli, Roberto, *La recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*, serte-sa, Barcelona, 1980.
- \_\_\_\_\_, *Sistema penal e intervenciones sociales*, 3a. ed., Hacer, Barcelona, 1993.
- \_\_\_\_\_, (coord.), *Sistema penal e intervenciones sociales*, Hacer, Barcelona, 1993.
- \_\_\_\_\_, (coord.) y otros, *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, M. J. Bosch, Barcelona, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Contradicciones entre Derecho y control social*, Goethe Institut-Barcelona, M. J. Bosch, Barcelona, 1998.
- Beristain, Antonio, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- \_\_\_\_\_, y José Luis de la Cuesta (dirs.), *La Victimología creadora de nuevos derechos humanos*, San Sebastián, 1990.
- Bertalanffy, L., *Teoría general de los sistemas*, FCE, México, 1976.
- Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- \_\_\_\_\_, R. Bergalli, T. Juan Miralles y otros, *El pensamiento criminológico i. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, 1983.
- \_\_\_\_\_, y Elena Larrauri, *Victimología: Presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, vol. III, PPU, Barcelona, 1993.
- Cancio Meliá, Manuel, *La conducta de la víctima en imputación objetiva en Derecho Penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1998.
- Carabaña, Julio y Emilio Lamo de Espinosa, "Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico", en *Teoría sociológica contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1978.

- Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal mexicano i*, 4a. ed., Porrúa, México, 1955.
- Carrillo Prieto, Ignacio, *Derecho e ideología*, IJ-UNAM, México, 1989.
- \_\_\_\_\_, Samuel González Ruiz y Ernesto Mendieta Jiménez, *Hacia la profesionalización de la Policía Judicial Federal mexicana*, INACIPE, México, 1992.
- Castellanos Tena, Fernando M., *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 27a. ed., Porrúa, México, 1989.
- Chapman, Denis, "El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales", en *Estigmatización y conducta desviada*, Puente, Maracaibo, del original *Criminal Journal of Criminology and Penology*, vol. 1, núm. 1, febrero de 1973.
- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, México, 1989.
- Cornil, Paul, "Contribution de la Victimologie aux Sciences Criminologiques", *Revue de Droit Penale et de Criminologie*, 1958.
- Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, 3a. ed., FCE, México, 1974.
- Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal i*, 8a. ed., Porrúa, México, 1971.
- D. Castelli Mireille, "Regards sur la victime", *Revue de Criminologie*, vol. 13, núm. 1, Montréal, 1980.
- Ellenberg, "Las relaciones psicológicas entre el criminal y su víctima", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, en Marchiori, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, México, 1998.
- Fattah, Ezzat, "Victimologie: tendances récentes", *Criminologie*, vol. 13, núm. 1, 1980.
- \_\_\_\_\_, *La victime-est-elle-coupable*, en Lucía Zedner, "Víctimas", en Mike McGuire, Rod Morgan y Robert Reiner (coords.), *Manual de Criminología*, trad. de Arturo Aparicio Vázquez, cap. 15, vol. 4, Oxford (Grandes Clásicos del Derecho), 1966.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sánchez y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Derecho y Razón. Tratado del garantismo penal*, 3a ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1998.
- Fix Fierro, Héctor, en Miguel Carbonell (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I, IJ-UNAM/Porrúa, México, 2000.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, 27a. ed., Siglo Veintiuno, México, 1998.
- Freud, Sigmund, *Totem y tabú*, trad. de Luis López-Ballesteros y de Torres, Alianza Editorial, Madrid, 1972.
- García Costa, Francisco Manuel, *La víctima en las constituciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- García Ramírez, Sergio, *El sistema penal mexicano*, FCE, México, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Panorama del Derecho mexicano*, MacGraw-Hill, México, 1998.
- \_\_\_\_\_, en Miguel Carbonell (coord.), *Constitución Política de los Estados*

- Unidos Mexicanos. *Comentada y concordada*, t. I, IJ-UNAM/Porrúa, México, 2000.
- Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Astera, Buenos Aires, 1978.
- González Vidaurri, Alicia, Klaus-Dieter Gorenc y Augusto Sánchez Sandoval, *Control social en México, D. F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*, ENEP-Acatlán-UNAM, México, 1998.
- Hentig, Hans von, "La estafa", en *Estudios de psicología criminal*, vol. III, Espasa-Calpe, Madrid, 1960.
- Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4a. ed., trad. de Manzanares Samaniego, Granada, 1993.
- Jiménez de Asúa, Luis, "La llamada Victimología", en *Estudios de Derecho Penal y Criminología I*, Omeba, Buenos Aires, 1961.
- Kaiser, Günter, *Criminología*, Espasa-Calpe, Madrid, 1978.
- Lamnek, Siegfried, *Teorías de la criminalidad. Nueva criminología*, 4a. ed., Siglo Veintiuno, México, 1998.
- Lamo de Espinosa, Emilio, *Delitos sin víctima*, Alianza, Madrid, 1989.
- Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Porrúa, México, 1982.
- Larrauri, Elena, *La herencia de la Criminología crítica*, 2a. ed., Cárdenas Editores, México, 1992.
- Lima Malvido, María de la Luz, *Serie Victimológica*, núm. 1, Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, México, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Modelo de atención a víctimas en México*, Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, México, 1995.
- López Betancourt, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*, 5a. ed., Porrúa, México, 1997.
- López Rey y Arroyo, Manuel, *Criminología*, t. II, Aguilar, Madrid, 1978.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.
- Maier, Julio, "La víctima y el sistema penal", *Jueces para la Democracia*, núm. 12, Madrid, 1991.
- Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, 3a. ed., Porrúa, México, 2000.
- Marchiori, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, México, 1998.
- Margadant, Guillermo F., *Los sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM, México, 1996.
- Márquez Piñeiro, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, UNAM, México, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Sociología jurídica*, Trillas, México, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Derecho Penal. Parte General*, 3a. ed., Trillas, México, 1996.
- Marsal, Juan F., *La crisis de la sociología norteamericana*, Península, Barcelona, 1977.
- Matthews, Roger y Jock Young, "Reflexiones sobre el realismo criminológico", en *Delito y Sociedad*, año II, núm. 3, CINAP, Buenos Aires, 1993.

- Mellón, Joan Antón, *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Melossi, Darío, *El Estado del control social*, 2a. ed., Siglo Veintiuno, México, 1992.
- Mezger, Edmundo, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
- Molina Piñeiro, Luis, *Aportes para una teoría del gobierno mexicano*, Serie E, núm. 21, IJ-UNAM, México, 1983.
- Moreno, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, Cepolcrim, México.
- Neuman, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 1a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992.
- , *Las penas de un penalista*, en Neuman, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 1a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992.
- Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, 5a. ed., Siglo Veintiuno, México, 1989.
- Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho Punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Trillas, México, 1993.
- Oronoz Santana, Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., Limusa/Noriega Editores, México, 1983.
- Ortiz Ortiz, Serafín, *Los fines de la pena*, Instituto de Capacitación de la PGR, México, 1993.
- , *Función policial y seguridad pública*, MacGraw-Hill, México, 1998.
- Ovalle Fabela, José, *Teoría general del proceso*, 3a. ed., Harla, México.
- Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 3a. ed., Siglo XXI, México, 1992, del original *Criminología*, Florencia, 1980.
- Placencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico. La responsabilidad penal de la persona jurídica*, IJ-UNAM, México, 1995.
- Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 27a. ed., Porrúa, México, 1991.
- Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría general del Estado*, 24a. ed., Porrúa, México, 1991.
- Porte-Petit, Celestino, *Hacia una reforma del sistema penal*, núm. 21, Cuadernos del Inacipe, México, 1985.
- Pratt Faechild, Henry, *Diccionario de Sociología*, FCE, México, 1980.
- Queralt, J. Joan, "Víctimas y garantías. Algunos cabos sueltos", en Jesús Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, M. J. Bosch, Barcelona, 1999.
- Ramírez González, Rodrigo, *La Victimología*, Temis, Colombia, 1983.
- Recasens, Amadeu, "Violencia policía y seguridad ciudadana", en *Imágenes del control penal. El sistema penal y sus agencias*, Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, Argentina, 1994.
- Reyes Calderón, José Adolfo y Rosario León Dell, *Victimología*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998.



- Rico, José María, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, Siglo Veintiuno, México, 1997.
- Rivera Beiras, Iñaki, *La cárcel en el sistema penal*, Bosch, Barcelona, 1995.
- Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, 3a. ed., Porrúa, México, 1996.
- Rousseau, J. J., *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1996.
- Ruiz Jiménez, José Manuel y Salvador Osorio Solís, "El sistema de justicia penal. Análisis descriptivo", *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, vol. 1, núm. 1, IIJ-UNAM, 1997.
- Sainz Cantero, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3a. ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1990.
- Sánchez Andrade, Eduardo, *Introducción a la ciencia política*, Harla, México, 1983.
- Sarre Iguiniz, Miguel, "En busca de un sistema acusatorio", *Gaceta*, núm. 9, año iv, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, mayo-septiembre de 1997.
- Schafer, Stephen, *Restitution to Victims of Crime*, Stevens, Londres, 1960.
- Senior, Alberto F., *Sociología*, Porrúa, México, 1992.
- Silva Sánchez, Jesús, "Medios no judiciales de reparación a la víctima", en Silva Sánchez, Jesús, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- Soberanes Fernández, José Luis, *Sistema Jurisdiccional Mexicano*, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica / IIJ-UNAM / Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, México, 1999.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino I*, en Castellanos Tena, Fernando M., *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 27a. ed., Porrúa, México, 1989.
- Tamarit Sumanlia, Joseph M., *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal mexicano*, 2a. ed., Porrúa, México, 1960.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, 12a. ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Wertham, Frederick, *Leyenda oscura. Psicología de un crimen*, Paidós, Buenos Aires, 1956, del original *Dark legend. A study in murder*.
- Witker, Jorge, *La investigación jurídica*, MacGraw-Hill, Serie Jurídica, México, 1994.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Coyoacán, México, 2007.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Temis, Bogotá, 1990.
- , *Muertes anunciadas*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos / Temis, México, 1993.
- , *Manual de Derecho Penal*, 2a. reimp., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley derechos, justicia*, 10a ed., Trotta, Madrid, 2011.



Zaitch, Damián y Ramiro Sagarduy, "La criminología crítica y la construcción del delito", en *Delito y Sociedad*, año 1, núm. 2, CINAP, Buenos Aires, septiembre de 1992.

Zamora Grant, José, *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, CNDH, México, 2012.

Zedner, Lucía, "Víctimas", en Mike Maguire, Rod Morgan y Robert Reiner (coords.), *Manual de Criminología*, trad. de Arturo Aparicio Vázquez, cap. 15, vol. 4, Oxford (Grandes Clásicos del Derecho), 1966.

# Derecho victimal

## La víctima en el nuevo sistema penal mexicano

¿Cómo se ha transformado en nuestro sistema penal el papel de las víctimas? Pareciera una pregunta de respuesta fácil pero para responderla cabalmente era necesario una investigación de mérito. *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano* es el resultado de esa investigación.

La víctima ha transitado, como señala el autor, de un sistema que no nació para protegerla sino que se construyó para dejarla fuera del proceso con el supuesto fin de evitar “su venganza”. Además, pone de manifiesto que el sistema que rige al Derecho Penal genera formas de victimización y sobrevictimización muy concretas que es necesario evidenciar.

Ahora bien, en esta tercera edición José Zamora Grant habla de la relevancia de la reforma judicial de 2008, por la que se modifica el modelo procesal y se sientan las bases para la democratización del propio sistema penal, y segundo, por la reforma de 2011 en materia de derechos humanos que con sus principios robustece los derechos de las víctimas mediante principios y obligaciones para todo servidor público de garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas, y de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

En este libro el lector encontrará una obra que le mostrará el panorama de la víctima antes y después de las reformas de 2008 y 2011, merced a las cuales se han sentado bases para la consolidación democrática de la justicia penal en México, donde los involucrados en el escenario penal, y las víctimas principalmente, encontrarán mayor garantía de acceso a la justicia y de reparación.

*Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano* se suma a las grandes obras de Derecho victimal que el Inacipe ha publicado y que constituyen una gran contribución para la consolidación del estado de Derecho.