

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

A. La víctima como parte en el proceso penal

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

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

a) La querella

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

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

¹²⁴ *Idem.*

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

b) La acción penal privada o de particulares

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

c) La víctima coadyuvante

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

La participación en las audiencias

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

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

d) Fórmulas procesales para la reparación del daño

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

La negociación del conflicto

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

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

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

¹⁴³ Artículos 132 y 196, respectivamente.

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

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

Colección de Textos sobre Derechos Humanos

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

La acción civil

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

Otras variables procesales que ayudan a la reparación

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

e) El derecho a recurrir

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

f) La asistencia a la víctima

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

La asesoría jurídica

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

La asistencia médica, psicológica, social y económica

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 10.

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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

g) Las medidas cautelares y resguardo de la identidad

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

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

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

Colección de Textos
sobre Derechos Humanos

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

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

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

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

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

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

Los Derechos Humanos de las víctimas de los delitos

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