

# Equilibrios procesales. La víctima del delito en el sistema garantista y en el proceso penal acusatorio en México

José Zamora Grant\*

## **Resumen:**

La inclusión de derechos para las víctimas de los delitos en la justicia penal trastoca la naturaleza del sistema garantista asumido parcialmente en México a través de la fórmula procesal acusatoria y la incorporación de las garantías instrumentales. El garantismo penal no incluye ni en sus raíces epistémicas ni en su sistematización ni en su teleología a las víctimas de los delitos. El artículo analiza críticamente la manera en cómo se ha incluido a las víctimas en el proceso penal acusatorio en México.

## **Abstract:**

*The inclusion of rights for victims of crimes in Criminal Justice disrupts the nature of the Guarantee System partially assumed in Mexico, through the accusatory procedural formula and the incorporation of instrumental guarantees. Criminal Guarantee does not include victims of crimes in its epistemic roots, nor in its systematization, nor in its teleology. The article critically analyzes the way in which victims have been included in the accusatory criminal process in Mexico.*

**Sumario:** Introducción / I. Epistemología garantista / II. El sistema garantista / III. Teleología garantista. Las razones de la intervención penal / IV. La influencia del garantismo penal en la fórmula punitiva en México. El significado de la inclusión de las víctimas / V. Los equilibrios procesales. La víctima como parte del proceso penal en México. A manera de conclusión / Fuentes de consulta

\* Doctor en Derecho y Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

## *Introducción*

La influencia del sistema garantista en la construcción de modelos procesales acusatorios en países latinoamericanos ha estado latente en las últimas décadas. En México, la reforma judicial en materia penal de 2008, de rango constitucional, significó la incorporación de las variables procesales de corte acusatorio en la legislación de la materia. La organización política federada de México motivó, a su vez, la incorporación paulatina de dichos modelos en las entidades federativas de la república hasta el 2014, año en que se promulgó el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y por el que los códigos de la materia de las entidades federativas quedarían paulatinamente abrogados.

La reforma —se afirmó— dejaría atrás los modelos procesales de corte mixto inquisitivo, propios de la influencia ideológica de defensa social,<sup>1</sup> para adoptar uno de corte acusatorio; afirmación que motiva la pregunta de si en verdad se asumía un modelo tal o por el contrario se adoptaban ciertas variables propias del modelo procesal acusatorio y en qué medida. El propio Luigi Ferrajoli habla del grado de garantismo<sup>2</sup> que un modelo procesal dado puede asumir; esto es, independientemente de la afirmación de la naturaleza misma del procedimiento por quien lo legisla —para el caso, el adoptado en México— habrá de evaluarse la correspondencia del modelo con los axiomas garantistas definidos y esquematizados por el autor y con la propia epistemología garantista. La reforma incorporó algunos de los principios en la Constitución federal —artículo 20, principalmente— y se asentó en el texto del artículo en cita que “el proceso penal será acusatorio y oral y que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”, todos propios de un modelo procesal acusatorio.

<sup>1</sup> La ideología de la defensa social se asocia con los orígenes del derecho penal moderno y fórmulas punitivas centradas en la protección de la sociedad y de los intereses públicos; ideología que a la postre se arraigaría en la cultura punitiva con la influencia del positivismo que sustentaría modelos intervencionistas y autoritarios, poco o nulamente respetuosos de los derechos humanos de las personas a las que alcanzaba y fundamento de prácticas punitivas totalitarias. En palabras de Juan Bustos: “El positivismo brindó al intervencionismo su legitimación”. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, p. 16.

<sup>2</sup> Para no hablar de la alternativa entre autoritarismo y garantismo, Luigi Ferrajoli habla del grado de garantismo de los sistemas penales concretos. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 69-70.

Incorporar principios de naturaleza acusatoria, propios del modelo procesal, no significa que el modelo en cuanto tal sea totalmente garantista o que cumpla con la teleología de un modelo de tal índole. La fórmula procesal acusatoria es sólo una parte del sistema garantista, pero un proceso penal de corte acusatorio por sí sólo no puede alcanzar las expectativas de un sistema garantista. Ferrajoli estructura el sistema garantista en tres presupuestos: uno ligado a la pena, otro al delito y uno más al juicio; y, como sistema que es, su funcionamiento depende del correcto engranaje —y congruencia— entre estas tres variables epistémicas para que el sistema funcione como tal.

La reforma en cita incluyó derechos para las víctimas que fueron incorporados en el apartado C del artículo 20 constitucional, principalmente. El advenimiento del CNPP, en correspondencia con la reforma, incorporaría a su vez derechos para las víctimas en el procedimiento penal, entre ellos, el de considerarlas parte en el proceso. La consideración de la víctima como parte del proceso y el reconocimiento de un cúmulo de derechos como los previstos en estos instrumentos legislativos darían un matiz particular al procedimiento penal en México debido a que la epistemología garantista no prevé a la víctima ni como parte del proceso ni para la consagración de sus derechos. Ello plantea la problemática central de este trabajo y, por ende, una serie de interrogantes digna de responder, entre otras, a: ¿cómo se logra la “igualdad de armas” cuando agregas a una tercera parte —la víctima— en una fórmula procesal diseñada sólo para la parte acusadora y para la persona imputada? ¿Cómo se puede —debe— garantizar el equilibrio procesal entre todas las partes involucradas cuando se agrega a la víctima del delito? ¿Es compatible el reconocimiento de derechos para la víctima en un modelo procesal de corte acusatorio?

A ello hay que agregar que la promulgación de la Ley General de Víctimas (LGV), en 2013, aumentaría considerablemente el cúmulo de derechos para las víctimas, tanto de los delitos como de las violaciones de derechos humanos, en distintos ámbitos en los que se incluyen los del sistema penal. La LGV retomaría la influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente de aquellos que prevén derechos para las víctimas, tanto de los delitos como del abuso de poder, en particular, de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener repara-

ciones, instrumento que si bien no es vinculatorio sí es orientador para la consideración y consecución de la reparación integral del daño para las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

A la par de estas reformas, la de derechos humanos de 2011 fortalecería el reconocimiento de la dignidad en la Constitución, además de otorgar rango de ley suprema a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de la materia en los que México es parte. Si se considera que el concierto de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se erigió en torno a las víctimas del holocausto y el reconocimiento de su dignidad,<sup>3</sup> se puede concluir que el pilar y centro de los derechos humanos se funda, hoy día en Occidente, en la dignidad humana. En virtud de ello, todos los espacios del ejercicio del poder regulado, organizado y limitado por el derecho deben no sólo respetar, sino desplegarse en torno a la dignidad de las personas —en tanto eventuales víctimas del abuso de poder—, lo que implica priorizar la garantía de goce y ejercicio de sus derechos, el respeto de su autonomía y autodeterminación, y nunca utilizarlas como objeto o medio de pretensiones e intereses de otros —colectivos, hegemónicos, sociales, etcétera— y, por supuesto, tampoco de violencia arbitraria.

Los derechos de las víctimas, desarrollados de manera tan vasta como lo están en la legislación mexicana, a mi parecer, motivan una expectativa que trastoca la teleología garantista y la mera reforma procesal para la consecución de un sistema garantista para la justicia penal mexicana. Bajo un esquema de derechos para víctimas de tal envergadura y el fortalecimiento de la dignidad humana y de los principios de derechos humanos reconocidos en

<sup>3</sup> El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos alude a la dignidad humana; a la postre, la dignidad se erigiría como la base y fundamento del derecho internacional de los derechos humanos al contenerse no sólo en instrumentos que le dan vida, como convenciones, tratados, declaraciones, principios, directrices, etcétera, sino que se irían incorporando a las constituciones de los países que forman parte de este concierto internacional. Es claro que el reconocimiento de la dignidad como categoría jurídica se habría motivado por la reacción de las naciones en contra las atrocidades sufridas en el período conocido como el holocausto, por el que fueron victimadas millones de personas en uno de los genocidios más cruentos que ha sufrido la humanidad. El derecho internacional de los derechos humanos se erige en torno a la dignidad de las víctimas; sin embargo, “(...) aún en las más recientes interpretaciones acerca de la dignidad humana en el marco de los derechos fundamentales, no se parte, ni veladamente de una referencia a la víctima del Holocausto”, afirma Federico Lefranc; tampoco se abunda en su contenido, a pesar de que “se trata de una idea positivizada, que forma parte de un texto legal y que por lo mismo está sujeta a reinterpretaciones periódicas”. Federico Lefranc, *Holocausto y dignidad. Significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, pp. 215-216.

la Constitución Federal, la justicia penal en México no puede menos que aspirar a consolidarse como un modelo punitivo de justicia restaurativa, pero ¿es el modelo procesal garantista un mecanismo punitivo de justicia restaurativa?, o más aún ¿es suficiente la garantía de equilibrio procesal, que incluya a las víctimas, para el logro de la justicia restaurativa?

La realidad para las víctimas parece, sin embargo, muy alejada de la pretensión teleológica que supondría una consagración de sus derechos en la legislación de la materia como la que existe; un deber ser que está muy lejos de ser y que —al parecer— no cuenta con los mecanismos idóneos para su consecución. ¿Es el sistema penal mexicano un mecanismo carente de racionalidad<sup>4</sup> por su incapacidad de garantizar las predicciones —exigencias— normativas en materia de justicia penal y víctimas?

Utilizando el marco teórico de la epistemología garantista, su sistematización y su teleología como directriz, el objetivo de estas líneas es dar respuesta a todas estas interrogantes, contrastando sus presupuestos con el contenido normativo y analizando críticamente el sistema penal mexicano construido a la luz —sólo en parte— de la influencia garantista, pero de reminiscencias positivistas serias, para con todo ello discernir sobre las implicaciones de insertar a las víctimas de los delitos en el sistema garantista y dar sentido al vasto, pero poco eficaz, desarrollo de los derechos de las víctimas en la legislación nacional.

A la par del hilo conductor de la teoría garantista reformulada por Ferrajoli, complementa el marco teórico y método en esta reflexión, la perspectiva crítica criminológica que, utilizando la categoría sistema penal,<sup>5</sup> se centra en

<sup>4</sup> Para Zaffaroni, la expresión *racionalidad* es de uso abusivo y por lo tanto de alta equívocidad; al referirse al discurso jurídico penal “sería racional si fuera coherente y verdadero”; esto es, su no contradicción dentro de las fórmulas legislativas, pero también realizable socialmente conforme a su predicción. Para el autor: “El discurso jurídico penal se elabora sobre un texto legal, explicitando mediante los enunciados de la “dogmática” la justificación y el alcance de una planificación en la forma de “deber ser”, o sea, como un “ser” que “no es” pero que “debe ser” ... El discurso jurídico penal no puede desentenderse del “ser” y refugiarse o aislarse 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 pues de lo contrario lo convierte en un *ser que jamás será*, o sea en un *embuste*”. Para el autor: “En nuestro margen es absolutamente insostenible la racionalidad del discurso jurídico penal puesto que no cumplimenta ninguno de los requisitos de legitimidad (...)”. Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, pp. 16-23.

<sup>5</sup> El sistema penal es un constructo metodológico propio de la criminología de la reacción —criminología crítica— que sirve con herramienta idónea para entender y analizar críticamente la reacción al delito por parte de las instituciones públicas encargadas de ello y que debe —deberían— funcionar

el análisis crítico de la reacción al delito en el despliegue punitivo y sus consecuencias en la pretendida garantía de goce y ejercicio de derechos para las personas frente a él involucradas.

## ***I. Epistemología garantista***

Ferrajoli ha hecho una reconstrucción teórica del garantismo y, en particular, en su obra *Derecho y razón*, delinea y define las tesis centrales del garantismo penal. Hay una influencia en su pensamiento de la filosofía analítica y del positivismo jurídico, este último limitado al enfoque metodológico de separación entre el derecho y la moral,<sup>6</sup> entre el ser y el deber ser. Al tratarse de una reconstrucción teórica, es preciso identificar las raíces epistémicas del garantismo originario correspondidas con el advenimiento del derecho penal en la naciente modernidad hacia el siglo XVIII, pero también de aquellas que dieron pie a la reconstrucción misma. El garantismo penal originario, erigido en la lucha contra el antiguo régimen, despótico y absolutista, para limitar el ejercicio del poder —penal— y proteger el derecho a la vida y a la libertad de las personas, se construyó mediante principios de esencia política y, por ende, morales y de origen *iusnatural*; principios que progresivamente se irían incorporando en las constituciones y codificaciones penales de los Estados —occidentales— en el devenir de la *modernidad*, consolidándose como categorías también jurídicas.<sup>7</sup>

Derivado de ello, una de las preocupaciones de la teoría jurídica ha sido la distinción entre enunciados jurídicos verdaderos o falsos, preocupación que

de manera coherente e integral en el despliegue punitivo y la consecución de las predicciones legislativas para el efecto. Roberto Bergalli explica que “el sistema penal está configurado mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes de fondo (penales) y de forma (procesales). Pero, asimismo, deben necesariamente existir unas instancias de aplicación de ese aparato legislativo, con la misión de concretar sus situaciones, comportamientos y actores cuando se comete el delito y cómo éste se controla”. Roberto Bergalli, *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, p. VIII. Para el autor se trata de un complejo de momentos e instancias encargadas de la aplicación del poder punitivo estatal.

<sup>6</sup> En este sentido, José J. Moreso y Pablo E. Navarro, “Introducción”, pp. 10-11.

<sup>7</sup> Para Ferrajoli, la pretendida distinción entre derecho y moral del *iuspositivismo*, que obedece “a un lento proceso de secularización del derecho penal”, generó también un equívoco que trivializa la cuestión de la justificación rebajada a la de la explicación que motiva el reenvío al derecho natural o la discrecionalidad normativa del juez, parámetros de construcción y/o decisión normativa; lo que tergiversa la anhelada distinción *iuspositiva* entre el derecho y la moral. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

cobra particular relevancia en la obra de Ferrajoli para distinguir el punto de vista interno del externo de las definiciones penales. El punto de vista interno es meramente jurídico, el punto de vista externo se refiere al “(...) carácter instrumental del derecho y del Estado, respecto a las finalidades, valores, necesidades, intereses y voluntades extra-estatales y metajurídicas”.<sup>8</sup> Punto de vista que se ha introducido en el derecho positivo con la incorporación de normas constitucionales de los derechos fundamentales; así, el punto de vista externo quiere decir, principalmente —afirma el autor—, el punto de vista de las personas, “(...) de todas sus específicas y diversas identidades, así como la variedad y pluralidad de los puntos de vista externos expresados por ellas”.<sup>9</sup>

En este orden de ideas, la validez de las normas en los modernos estados de derecho está subordinada a la adecuación de los contenidos sustantivos expresados como principios constitucionales, por lo que se debe distinguir cuidadosamente entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas:

La validez de las normas jurídicas está subordinada a la adecuación de las pautas morales, y ello significa que las probables antinomias que se encuentran en los ordenamientos jurídicos entre preceptos constitucionales y las leyes ordinarias no tienen sólo una importancia teórica, sino también un profundo ingrediente moral y una directa repercusión sobre la democracia.<sup>10</sup>

La preocupación de Ferrajoli en su reformulación garantista estriba en que en la fórmula *iuspositiva* esta doctrina de democracia sustancial puede resultar paradójica, pues resuelve solamente el problema de la legitimación formal de quien decide, esto es, de la investidura democrática de los sujetos titulares de los sujetos de gobierno; y que, por lo demás, corre siempre el riesgo —cuando tal legitimación se asume como valor absoluto— de resolverlo con el sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos.<sup>11</sup>

Así, por ejemplo, en su reformulación del garantismo penal, Ferrajoli sostiene la inadmisibilidad de las normas penales constitutivas, pues se debe respetar la igualdad que supone el valor de persona como tal, no importando sus diversas identidades. De ahí la importancia de distinguir entre argumentación jurídica y argumentación moral.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 905.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 906.

<sup>10</sup> Moreso y Navarro, *op. cit.*, p. 13.

<sup>11</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 884.

En la naciente *modernidad* hacia el siglo XVIII —incluso las del siglo siguiente—, las ideologías se presentan con tal heterogeneidad que lo mismo sirvieron para sostener una postura humanista que para legitimar fórmulas totalitarias antigarantistas. Ferrajoli utiliza como ejemplo la influencia utilitarista que sirvió tanto para sostener una visión de la pena como mínima aflicción posible, como para fundar fórmulas penales autoritarias como las de prevención especial o las de defensa social.<sup>12</sup> Precisamente, el garantismo penal de aquella época liberal tuvo en la construcción de sus principios y fundamentos, entre otras, la influencia clara de la corriente utilitarista de la época; corriente ideológica que se arraigaría en el saber penal por décadas y que originaría fórmulas punitivas centradas en la pretendida utilidad social que la pena privativa de libertad —principalmente— revestiría, como las de corte prevenciónistas, entre ellas, la de readaptación social.

En la reconstrucción teórica del garantismo, Ferrajoli dejaría fuera del sistema garantista al principio utilitarista. El principio utilitarista no sólo no tendría sentido en la reformulación del garantismo, tampoco tendría cabida por su antagonismo con la garantía de derechos. La utilidad social en el discurso punitivo daría legitimidad al derecho penal para la cosificación de las personas, utilizándolas como objeto de pretensiones públicas, lo que acabaría por disminuir y hasta nulificar derechos para ciertas personas a las que se les etiquetaría de inferiores; por ello, esta y otras concepciones del liberalismo clásico ancladas en la ideología de la defensa social<sup>13</sup> no serían retomadas en el sistema garantista de Ferrajoli.

El garantismo penal se erigiría en buena medida por la enunciación de principios, como el de legalidad de las penas enunciado por Beccaria como

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 33-34.

<sup>13</sup> Si bien se asocia a la ideología de la defensa social con la influencia del positivismo en el derecho penal del siglo XIX, lo cierto es que la ideología es común tanto en las nociones clásicas del derecho penal como en las de la Escuela positiva. Siguiendo a Alessandro Baratta: “(...) 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 como nudo teórico y político fundamental del sistema científico”. *Criminología y crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, p. 35.

*nullum crimen, nulla poena, sine lege penale*.<sup>14</sup> Ferrajoli, en su reconstrucción teórica del garantismo, retomaría la mayoría de aquellos principios para darles unidad y coherencia en un plano epistémico,<sup>15</sup> para lo cual estructuraría diez principios o axiomas deónticos —como también los denomina— que a su decir están ligados entre sí, los cuales ordena y conecta sistemáticamente para que sirvan como una condición —una garantía— para la afirmación de una responsabilidad penal y para la aplicación de una pena; “(..) no, téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar. Sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar”.<sup>16</sup> Ferrajoli clasifica los diez principios en dos tipos de garantías: las penales y las procesales, ya sea que se refieran a la parte sustantiva relativa a la definición legislativa o a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible.<sup>17</sup>

Dado que la reforma de 2008 —a la que aludiré más adelante— fue, en esencia, procesal,<sup>18</sup> cobra particular relevancia para este trabajo identificar el origen epistémico de las garantías procesales del sistema garantista en particular, que toma de las tesis sociológicas del conflicto del pensamiento marxista la influencia ideológica para el desarrollo de las garantías procesales. De la lucha de clases de la obra de Marx, se construyó desde la criminología de la reacción<sup>19</sup> una serie de teorías centradas en torno al conflicto como natural en una sociedad plural, diferenciada por razones sociales, culturales y económicas. Las teorías criminológicas del conflicto perciben a la sociedad como un ente altamente diversificado y, por ende, heterogéneo, donde la apuesta a la homogeneidad y el consenso en torno a valores únicos y universalmente válidos para lograr la cohesión social ya no es un presupuesto. La diversidad en una sociedad, sin duda, es fruto de la evolución de

<sup>14</sup> En el libro, *De los delitos y de las penas*, el autor sostiene su visión humanista del derecho penal mediante la enunciación de éste y otros principios garantistas. César Bonesana Marqués de Beccaria, pp. 7–32.

<sup>15</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 91.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>18</sup> *Vid.*, notas 52-53.

<sup>19</sup> La criminología de la reacción, también identificada como criminología crítica, invierte el objeto de estudio de la criminología originaria de influencia positivista que, si bien reacciona contra ésta, su nombre obedece a que se ocupa de analizar y estudiar la reacción al delito, por lo que su objeto de estudio es el sistema penal.

las propias sociedades determinada a su vez por los procesos de migración, el aumento de la densidad de población y el desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación.

En sociedades así, la alta conflictividad es más que manifiesta y los cambios sociales están condicionados a ella. La diversidad de intereses, más que generar consensos, genera disensos, ya sea por el origen étnico y racial o por la ideología e intereses en particular; a ello habrá que agregar el componente de la desigual distribución de la riqueza que condiciona el acceso a derechos y hace de los conflictos una contienda desigual, donde los que generalmente salen vencedores son los más fuertes —en toda la extensión de la palabra—.

El desequilibrio e inequidad en la contienda generalmente acaban condicionando el resultado. La crítica criminológica contenida en estas teorías hace énfasis en el ejercicio del poder punitivo como elemento condicionante del resultado en los procesos de criminalización. En este sentido, Massimo Pavarini afirma:

El sistema jurídico penal es siempre expresión de los intereses de quien detenta el poder y que los intereses de quien detenta el poder existen en el sentido de influir los procesos de criminalización, esto es de reprimir penalmente a quienes en diversas formas atentan contra los intereses de quien tiene el poder o impugnan las condiciones que permiten que el poder se conserve en las manos de quien lo posee.<sup>20</sup>

Esta perspectiva crítica puso el dedo en la llaga: el desequilibrio en los conflictos determina la supremacía del más fuerte; la inequidad en el conflicto es realmente el problema y no el conflicto en sí. En el mismo sentido, Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy afirman que las raíces epistémicas del garantismo se encuentran en el Materialismo y las tesis del conflicto: “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)” 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

<sup>20</sup> Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 139.

(actos desviados, por ejemplo) nos muestra claramente que Ferrajoli está pensando en un modelo conflictivo de sociedad”.<sup>21</sup>

Con la clara influencia de este modelo ideológico conflictivista, en su reformulación garantista, Ferrajoli concibe el juicio como una contienda que debe ser entre iguales, de ahí la importancia de los equilibrios procesales en el desarrollo de los axiomas garantistas referidos al proceso. La igualdad de armas para un proceso justo sólo se logra si existe paridad procesal; para ello, limitar el ejercicio del poder punitivo penal durante el juicio es la tarea de las garantías procesales; la separación del juez respecto de la acusación, la carga de la prueba para quien acusa, la garantía de contradicción para la defensa en un juicio oral y público son presupuestos indispensables para el equilibrio en la contienda.<sup>22</sup>

### I.1. La víctima en la epistemología garantista

Las raíces epistémicas del garantismo no incluyen a las víctimas; esto es porque, por un lado, el garantismo originario fue erigido bajo la influencia de las tesis iluministas —como el contractualismo— que exaltaron a la sociedad como el bien a proteger del mal delito,<sup>23</sup> haciendo de este un problema del ámbito público y no del privado merced a la distinción realizada —en la naciente modernidad— entre lo público y lo privado, excluyendo a las víctimas del escenario penal y de cualquier posibilidad de reconocimiento de derechos frente al sistema penal; y, por el otro, en la reconstrucción garantista, Ferrajoli, al retomar el método *iuspositivo*, mantiene la noción clásica del derecho penal como una rama del derecho público ocupada de las relaciones entre el Estado —su sistema penal— y las personas que cometen delitos. Por esta razón, la reconstrucción teórica de Ferrajoli no incluye en sus planteamientos ni fundamentos a las víctimas de los delitos; sí ayuda a afianzar la perspectiva

<sup>21</sup> Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, “La criminología crítica y la construcción del delito. Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, pp. 47-49.

<sup>22</sup> “(...) Se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales, iniciadas por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 564.

<sup>23</sup> Alessandro Baratta, al desarrollar los principios que caracterizan el modelo ideológico de la defensa social, afirma: “El delito es un daño para la sociedad. El delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social. La desviación criminal es, pues, el mal; la sociedad constituida, el bien”, Baratta *op. cit.*, p. 36.

de entender a las personas imputadas, procesadas y sentenciadas como potenciales víctimas de violaciones a derechos humanos eventualmente cometidas por el sistema penal en los procesos de incriminación.

Estas razones dejan claro que el autor no consideró a la víctima de los delitos como parte de su reconstrucción teórica —fiel a la naturaleza epistémica del garantismo penal— a diferencia de otras ideologías de corte crítico que construirían sus argumentos entorno a las víctimas de los delitos, como los abolicionistas. La base del garantismo originario, en cuanto a la preocupación por las personas incriminadas y sus derechos contra la arbitrariedad pública, para Ferrajoli, sigue siendo esencia de la naturaleza garantista en su reformulación teórica, sustentada a su vez en la relación dicotómica de la acusación por el ente público y la persona agresora como parte acusada.

La “igualdad de armas” como base del modelo procesal acusatorio es planteada por el autor bajo la premisa del equilibrio procesal entre quien acusa y quien es acusado; en ningún momento de su trabajo se refiere a la posibilidad de que la víctima sea parte del proceso y, como tal, al equilibrio que supondría una relación procesal tripartita —si así se le pudiera denominar—.

## ***II. El sistema garantista***

Con base en sus diez axiomas o principios garantistas, referidos tanto a las garantías penales como a las procesales, Ferrajoli da estructura al sistema garantista —reconstruido—, formulando tres preguntas: ¿cuándo y cómo castigar?, ¿cuándo y cómo prohibir? y ¿cuándo y cómo juzgar?; las razones y argumentos por él desarrollados en su obra<sup>24</sup> para dar respuesta a las preguntas planteadas se erigen como la columna vertebral de su sistematización y como base de su teleología.

El cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar, están ligados a los diez axiomas garantistas sistematizados por el autor como base del sistema garantista: los referidos a la pena, al delito y al juicio. Las razones del cuándo y cómo castigar están soportadas en los tres primeros axiomas: *nulla poena sine cri-*

<sup>24</sup> Ocupando tres principales apartados en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*; uno referido a la pena: cuándo y cómo castigar; otro al delito: cuándo y cómo prohibir, y otro referido al juicio: cuándo y cómo juzgar. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 353-692.

*mine, nullum crimen sine lege y nulla lex (poenalis) sine necessitate*; las del cuándo y cómo prohibir en los tres axiomas siguientes: *nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione y nulla actio sine culpa*; y los cuatro últimos axiomas soportan las razones del cuándo y cómo juzgar: *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicio sine accusatione, nulla accusatio sine probatione y nulla probatio sine defensione*.

En la lógica de la sistematización garantista, en particular de los principios referidos a la pena, la respuesta al cuándo castigar se liga a los principios de 1) retributividad (*nullum poena sine crimen*) que expresa no el fin sino el criterio de distribución y de aplicación de las penas;<sup>25</sup> 2) legalidad<sup>26</sup> (*nullum crimine sine lege*), referido a la mera legalidad, en tanto garantía irrenunciable contra el arbitrio punitivo, y a la estricta legalidad “(...) cuya función garantista reside en el hecho de que los delitos estén predeterminados por la Ley de manera taxativa, sin reenvío (aunque sea legal) a parámetros extralegales, a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos”<sup>27</sup> y distinguiendo las justificaciones internas —noción exclusivamente formal— de las externas o políticas; esto es, morales, que asocian delito con pecado y antijuridicidad con antisocialidad, como la inmoralidad, la peligrosidad, la anormalidad psicofísica, etcétera.<sup>28</sup> La respuesta al cómo castigar, a su vez, se enuncia a través del principio de necesidad y humanidad de las penas (*nulla lex sine necessitate*) y tiene que ver con la calidad y la cantidad de la pena. Las penas —afirma el autor— “(...) deben consistir en hechos desagradables (...) idóneos para disuadir de la realización de otros delitos y evitar que la gente tome la justicia por su mano”;<sup>29</sup> pero no puede consistir en un mal de la misma naturaleza e intensidad del delito cometido. Tal noción está ligada —siguiendo al autor— a la concepción taliónica y, por ende, retributiva de la pena.<sup>30</sup> Las penas modernas no pueden ser aflicción, deben ser abstractas e iguales; esto es, al margen de las

<sup>25</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 368.

<sup>26</sup> Otros principios en la fórmula garantista desarrollada por Ferrajoli se relacionan con el principio de legalidad, a saber: la irretroactividad y la prohibición de la analogía que, a su decir, aseguran la certeza del derecho penal mínimo. *Ibid.*, p. 381.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 376.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 374-376.

<sup>29</sup> *Ibid.*, las penas se imponen “(...) contra la voluntad del condenado para prevenir los males mayores que provendrían de las represiones informales y de la repetición de delitos análogos”, p. 393.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 388.

condiciones personales del reo, mesurables y configurables en su aplicación y predeterminables judicial y cuantitativamente.<sup>31</sup>

Respecto de las garantías referidas al delito y a sus elementos constitutivos: resultado, acción y culpabilidad, las razones de cuándo y cómo prohibir se soportan en los principios de lesividad, materialidad y responsabilidad personal. Ferrajoli plantea dos limitaciones a la potestad prohibitiva.<sup>32</sup> La primera, fundada en lo que denomina el principio de economía de las prohibiciones, por el que se adhiere a la visión utilitarista clásica de función preventiva de la pena de acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros, esto es, con la tolerancia jurídica de comportamientos no lesivos para terceros; pero no coincide con “(..) la prohibición de comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o incluso peligrosos”.<sup>33</sup> Con su postura de derecho penal mínimo, el autor concibe la intervención punitiva como remedio extremo. Al ligarlo con el principio de necesidad de las penas, Ferrajoli se refiere a los utilitaristas del Iluminismo, como Beccaria, cuando afirma: “Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos”.<sup>34</sup> La segunda limitación de la potestad punitiva referida por el autor alude a la necesidad de tutela del propio derecho penal de bienes fundamentales no garantizables de otra manera, lo que se explica por la naturaleza del resultado, esto es, la lesividad. La justificación de prohibición de ciertos comportamientos radicaría en el beneficio que supone evitar daños mayores a los costes de las penas mismas; esto es, el impedimento de daños lesivos y reacciones informales que supondrían una mayor violencia; el derecho penal como instrumento de tutela y protección de los más débiles contra actos de los más fuertes; en suma, minimización de la violencia.<sup>35</sup>

Estas limitaciones prohibitivas pretenden ayudar a la definición de qué prohibir; es decir, qué acciones deben ser consideradas delitos bajo la lógica del daño ocasionado a determinados derechos identificados con bienes a tutelar por el derecho penal. El autor afirma que la fórmula utilitarista conlleva

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 389–392.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 465 y ss.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>34</sup> *Apud* Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, y en el mismo sentido —afirma— Montesquieu.

<sup>35</sup> *Id.*

un riesgo latente bajo el argumento —de justificación externa o política y por tanto valorativa— de la máxima seguridad y no de la mínima restricción necesaria de la libertad, que lleva irremediamente a fórmulas totalitarias que “presuponen tácitamente como dado lo que todavía hay que demostrar”<sup>36</sup> por lo que los daños deben ser demostrables. La influencia de la ideología de la defensa social distorsionaría —aún lo hace— la noción del daño material a los intereses individuales, trasladándolos a los intereses del Estado, por lo que los bienes jurídicos a tutelar no serían los de las personas “de carne y hueso”, sino aquellos que expresarían los intereses y la voluntad del Estado; ello supone una noción idealista de los bienes jurídicos.<sup>37</sup> En suma, el problema del cuándo y cómo prohibir es cuando encuentra en las fórmulas represivas un asidero totalitario; por ello, en la medida en que los tipos penales protejan bienes jurídicos referidos a valores “pretendidamente” sociales, atemporales y universalmente válidos, se criminalizará a las personas y a su desobediencia a los regímenes despóticos propios de fórmulas inquisitivas de ejercer el poder.

Para el sistema garantista, la respuesta al por qué tipificar ciertos delitos y no otros requiere una argumentación fundada en la necesidad de evitar daños mayores para los intereses y derechos de las personas en lo individual, no garantizables de otra manera y evitando una lesión mayor de otros intereses no estatales para —siguiendo a Kant— hacer compatibles entre sí las libertades de cada persona.<sup>38</sup>

Finalmente, las garantías instrumentales referidas al juicio, por las que el autor responde al cuándo y cómo juzgar, se sustentan en la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho a la defensa.

El principio de jurisdiccionalidad concibe la jurisdicción como la “(...) actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”;<sup>39</sup> en consecuencia, el principio de jurisdiccio-

<sup>36</sup> En este sentido Alf Ross, *apud* Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 467.

<sup>37</sup> “Esta concepción idealista del bien jurídico —afirma Ferrajoli— suministra la base de la clasificación de los delitos en el código fascista de 1930”, *ibid.*, pp. 468-469.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 467.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 549.

nalidad sustentado en la presunción de inocencia —en la concepción garantista— implica garantías de libertad, verdad y seguridad.

La respuesta al cuándo juzgar se sustenta en el principio acusatorio. Un proceso acusatorio “(...) concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por un juez según su libre convicción”.<sup>40</sup> Para el autor, la respuesta al cuándo juzgar se concentra en lo que denomina garantías orgánicas, centradas en la imparcialidad del juez y su papel en la relación procesal, en la independencia de los jueces, las formas para su elección y su recusabilidad; y el cómo juzgar se sustenta en las garantías procesales; esto es, en el proceso como garantía de verdad y de libertad, lo que concierne a la carga acusatoria de la prueba, el derecho a la defensa y la contradicción, la publicidad y oralidad del juicio, y la formulación de las pruebas.

## II.1. El papel de la víctima en la sistematización garantista

Atendiendo a la sistematización garantista delineada por Luigi Ferrajoli, la relación a equilibrar en la contienda procesal es entre quien acusa y la persona juzgada, y es una relación de derecho público, por lo que los equilibrios deben darse entre la fórmula pública de la acusación y la persona imputada, que suele ser la parte débil de la relación procesal; de ahí la importancia en la fórmula procesal acusatoria de la separación entre el juez y las partes para que este no tome protagonismo en la acusación. Hay una inercia clara, sin embargo, de incorporación de derechos para las víctimas de los delitos en los así denominados modelos procesales acusatorios y de la incorporación de principios que no forman parte de esa esencia y naturaleza garantista, principalmente de naturaleza procesal, por ejemplo: la inderogabilidad del juicio,<sup>41</sup> la obligatoriedad de la acción penal y la indisponibilidad de las situaciones penales. Fórmulas como la discrecionalidad en el ejercicio

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 564.

<sup>41</sup> Por el que una vez activado el juicio por una acusación que denuncia la existencia de un delito y reclama la imposición de una pena, éste no puede ser derogado. La acción penal es una obligación para los entes públicos y un derecho para las personas. En este sentido, Ferrajoli. *Ibid.*, pp. 561 y 570.

de la acción penal y el así definido principio de oportunidad<sup>42</sup> son contrarios a dicha naturaleza y, a decir del autor, se sujetan a criterios meramente potestativos y, por ende, arbitrarios.<sup>43</sup>

En suma, la disponibilidad de situaciones penales reflejadas en absoluciones, transacciones, aceptaciones o renunciaciones afecta —a decir Ferrajoli— la igualdad penal “(...) que excluye toda disparidad de tratamiento de los delitos ligada a opciones potestativas sobre la oportunidad del proceso”;<sup>44</sup> sin embargo, una vez que se ha incorporado este tipo de fórmulas de origen epistémico diverso —propias de fórmulas del *civil law*—, queda la interrogante de su eventual compatibilidad con el sistema garantista, frente al riesgo de toma de decisiones arbitrarias y potestativas, contrarias a la certidumbre jurídica que le caracteriza y que determina su teleología, amén de las razones que han propiciado una inercia de tal magnitud.

En su obra *Derecho y razón*, Ferrajoli alude a la categoría de víctima para referirse sólo a quienes pudieran ser, han sido o son víctimas de los procesos de incriminación; así, por ejemplo, a aquellas víctimas que engrosan lo que él denomina la cifra negra de la injusticia:

En la que se incluyen: a) los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva; b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión; c) las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular —verdadera cifra negra de la injusticia—, de los errores judiciales no reparados.<sup>45</sup>

En el mismo sentido, personas internas víctimas de centros correccionales y de tratamientos terapéuticos “(...) en los que han justificado modelos y prácticas penales ilimitadamente represivos, paternalistas, persuasivos, de aculturación forzada y de manipulación violenta de la personalidad del condenado”.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> A decir de Conde-Pumpido Ferreiro, se trata de una oportunidad reglada en tanto la posibilidad de acogerse a él opera sobre la base de una previsión legal, *apud* Perfecto Ibáñez Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*, p. 71.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 561-570.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 570.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 274.

También, personas condenadas a pena de muerte; víctimas de la reclusión y de prisión preventiva; víctimas de las prácticas de lo que se ha conocido como el derecho penal de excepción; víctimas de tipos penales imprecisos, entre las principales alusiones. Ninguna alusión a las víctimas del delito.

En suma, al no identificarse a las víctimas de los delitos en las raíces epistémicas del garantismo, estas no forman parte de su naturaleza epistémica, ni de su sistematización y, por ende, tampoco de su teleología. Ello —insisto— no significa que el modelo sea incompatible con el desarrollo de garantías sustanciales e instrumentales para ellas, ni tampoco que no existan razones suficientemente legítimas para su incorporación.

### ***III. Teleología garantista. Las razones de la intervención penal***

Limitar el ejercicio del poder sigue siendo desde sus bases epistémicas una de las principales finalidades del garantismo penal, pero en la reconstrucción realizada por Ferrajoli se pueden identificar claras prescripciones, no de cómo el despliegue punitivo es, sino de cómo debería ser.<sup>47</sup> Como en cualquier disciplina, la epistemología del garantismo determina su teleología; así: “Asegurar (...) el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”, en palabras de Ferrajoli.<sup>48</sup>

Recuperar el carácter garante del derecho penal, tras la inflación punitiva que caracterizó a los modelos punitivos durante la influencia de la ideología de la defensa social, es la razón del ser del sistema garantista en la reconstrucción de Ferrajoli. Sanciones elevadas, un sinfín de tipos penales y modelos procesales basados en la presunción dolosa caracterizaron las fórmulas punitivas durante el siglo XIX y el XX. México no fue la excepción; modelos procesales más inquisitivos que garantes se fundaron en la presunción dolosa por la que la carga de la prueba quedaba del lado de la persona imputada quien, si no podía demostrar su inocencia, estaba a merced de una justicia penal

<sup>47</sup> “Los axiomas garantistas (...) no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o parámetros de justificación externa”. *Ibid.*, p. 92.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 34.

desequilibrada que lo sumiría en procesos de criminalización sesgados que pretendían encontrar en él al delito.

En efecto, encontrar la causa del delito en los así etiquetados delincuentes predisponía juicios de irreversible resolución condenatoria. Recuperar, por tanto, el aspecto garante de los derechos del iluminismo clásico ha sido una de las principales finalidades de los sistemas garantistas; modelo que ha permeado en las reformas a los sistemas de justicia penal en México y en gran parte de los países latinoamericanos.

Fundada en las bases epistémicas y en la sistematización garantista, las razones del derecho penal, bajo la lógica de la racionalidad en la reacción punitiva, estaría definida la teleología garantista; en un ejercicio reduccionista y, con apoyo en lo argumentado en los dos puntos inmediatos anteriores, las principales razones para dar respuestas a las preguntas del cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar, se sustenta la teleología garantista. Sentencias obtenidas en juicios justos donde la equidad procesal y, por ende, la igualdad de armas esté garantizada; sentencias de juicios desplegados por la comisión de conductas necesarias de reprimir por no existir un mecanismo menos lesivo y con la certidumbre de la existencia de sanciones soportadas en razones jurídicas y no extralegales de venganza y represión.

Los fines del derecho penal mínimo expresan de manera contundente la teleología del modelo: la prevención de los delitos y la prevención de las penas informales. La noción utilitarista ligada a la prevención de los delitos ha tenido una doble interpretación; una ligada a la idea del máximo bienestar para la mayoría como en —Beccaria y Bentham—, pero otra legitimadora de autoritarismos, que maximiza el poder punitivo y de pocos o nulos límites al arbitrio punitivo, fundadas en justificaciones externas de venganza y disuasión. Esta segunda noción utilitarista es de la que Ferrajoli se deslinda en su reformulación garantista; para el autor, el fin del derecho penal moderno, para una doctrina de justificación externa, implica “(...) además del máximo bienestar posible para los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados”.<sup>49</sup> Penas mínimas, pero necesarias para evitar las reacciones privadas que a falta de penas suficientes podrían motivarse; esto es, la limitación de la potestad punitiva estriba en la necesidad de evitar reacciones informales, espontáneas y arbitrarias como las llama Ferrajoli:

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 332.

Es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito... Este otro mal es la mayor reacción —informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal— que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal.<sup>50</sup>

### III.1. La víctima en la teleología garantista

Como se desprende de lo tratado en este punto y lo afirmado en el punto anterior, en la epistemología garantista no se encuentra a la víctima del delito como presupuesto del sistema garantista; en la ideología de la época —origen del derecho penal—, no se desprende interés alguno por el desarrollo de derechos o de un estatus en particular para ella, al contrario; tampoco de la reconstrucción garantista realizada por Ferrajoli hacia finales del siglo XX se muestra preocupación particular por la víctima de los delitos. Ello llevaría a considerar, en principio, que en la naturaleza del garantismo penal, la víctima del delito no tiene un rol determinado, por lo que tampoco lo tendría en su teleología; sin embargo, ello no significa que la teleología del garantismo penal sea incompatible con la consideración de derechos para las víctimas de los delitos; la pretensión teleológica garantista del “máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”, citada líneas atrás, parece idónea para la protección de las víctimas del delito frente a la arbitrariedad del despliegue punitivo que sin duda les afecta.

La racionalidad en el despliegue punitivo para la tutela de las personas contra la arbitrariedad lleva a concebir a las personas imputadas, procesadas y condenadas como eventuales y potenciales víctimas del sistema penal que les incrimina por la eventual y potencial violación a sus derechos humanos en los procesos inculpativos; pero nada obsta que otras personas involucradas frente a dicho sistema también lo sean, como las víctimas de los delitos. Un modelo garantista para la justicia penal pretende proteger y prevenir —tam-

<sup>50</sup> *Loc. cit.*

bién disminuir— las violaciones a los derechos humanos de estas personas frente a la justicia penal; se trata de la protección de eventuales víctimas de violaciones a los derechos humanos, sin importar su condición de probable responsable de la comisión de un delito. Aunado a ello, se trata de un modelo idóneo para el desarrollo de derechos para las personas imputadas, y ello lo hace también idóneo para el desarrollo de derechos para otras personas involucradas, como las víctimas de los delitos. Esta idoneidad ha motivado que variables propias de otras epistemologías<sup>51</sup> compatibles con la garantista hayan impactado en las reformas identificadas como *acusatorias* en muchos de los procedimientos penales occidentales, en particular los latinoamericanos, como México, que no sería la excepción.

Para Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy: “El garantismo penal se sustenta en tres niveles de garantías: 1) las garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado, 2) las garantías de las víctimas ante el daño causado por el delincuente y, 3) las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular”.<sup>52</sup>

Esta interpretación realizada por los autores en cita habla de las garantías de las víctimas como parte de los fundamentos del garantismo penal; sin embargo, interpreto que más que una finalidad es una consecuencia lógica de un modelo respetuoso —en su diseño— de la dignidad de las personas a las que alcanza el sistema penal en su reacción al delito. La incorporación de derechos para las víctimas de los delitos ha sido un camino para darles progresivo protagonismo en el escenario penal, particularmente en el procedimiento penal, hasta llevarlas a su consideración como parte de él. En un modelo procesal de corte inquisitivo, no importando su grado de mixtura —contenido de derechos para limitar la potestad punitiva—, la posibilidad de garantía de derechos considerados para las víctimas es prácticamente nula, porque un modelo tal no es idóneo para ello; en contrario sentido, en un modelo procesal de corte acusatorio, las posibilidades de garantía de goce y ejercicio de derechos por las víctimas, sea o no vasto su desarrollo en la legislación, es alto.

<sup>51</sup> El abolicionismo penal desarrollado en los Países Bajos en las últimas décadas del siglo XX aboga por la reapropiación del conflicto por la víctima y por cambiar las categorías penales por conceptos como el de reparación; si hay que identificar el origen epistémico de las fórmulas compensatorias y reparatorias, sin duda el abolicionismo penal es una de ellas. Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy citan a De Haan, quien propuso las categorías de compensación y reparación como alternativas conceptuales para sustituir las nociones de delito y pena, *op. cit.*, p. 34.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 47.

En conclusión, el modelo procesal acusatorio de origen garantista, si bien no está diseñado para el desarrollo y garantía de derechos para las víctimas de los delitos, es una herramienta compatible para ello, que no contradice en nada a la teleología garantista, por el contrario, quizá por esa razón, en la adopción de fórmulas procesales acusatorias en muchos de los países latinoamericanos, se han incorporado derechos para las víctimas de los delitos.

#### ***IV. La influencia del garantismo penal en la fórmula punitiva en México. El significado de la inclusión de las víctimas***

El quehacer punitivo en México, como el de otros contextos, principalmente los latinoamericanos, es el resultado de un proceso de construcción que ha dado vida a una fórmula punitiva compleja y de difícil caracterización por las múltiples influencias teóricas, pero también por la diversidad de componentes y factores que, en el devenir de las décadas, han influido en las decisiones del cómo, y bajo qué justificaciones, reaccionar institucionalmente al delito desde las instancias del sistema penal. Ello ha ido definiendo políticas de la criminalidad de difícil sistematización y, sobre todo, explicación por su entredicha congruencia interna y validez externa.<sup>53</sup>

Las razones del quehacer punitivo han buscado —y encontrado— en justificaciones extralegales la legitimación de las políticas de la criminalidad, dejándose de lado la deseable racionalidad de todo modelo punitivo comprometido con la dignidad personal y la garantía de igualdad. Fórmulas punitivas, en consecuencia, que han respondido más a coyunturas extralegales y, por ende, convenientes que a razones verdaderamente importantes como la garantía de derechos para las personas, el respeto irrestricto de su dignidad y la consecución de juicios justos que garanticen su efectivo acceso a la justicia.

##### **IV.1. La reforma 2008 en México y su correspondencia con el sistema garantista**

Así declarado, la reforma en materia penal de 2008 en México tuvo un objetivo principal: la adopción de un modelo procesal de corte acusatorio, siguiendo —a mi parecer— la reformulada sistematización garantista de Luigi

<sup>53</sup> *Vid.*, notas 8, 9, 10 y 11.

Ferrajoli. La teleología de la reforma como tal es, sin embargo, difícil de descifrar debido a que —como en toda reforma— se adoptaron variables propias de la naturaleza del garantismo, pero también variables de otras tradiciones jurídicas y, por ende, de orígenes epistémicos diversos, como las fórmulas compositivas, y otras más, propias de epistemologías antagónicas como las de la influencia ideológica de la defensa social. Si bien esto ya ha sido señalado con insistencia, el que así haya sucedido sigue generando problemas de difícil solución y, por supuesto, poca eficacia en el despliegue punitivo en el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas frente al sistema penal y en el efectivo acceso a la justicia.

Las garantías de jurisdiccionalidad o instrumentales tienen, en el sistema garantista, una correlación funcional con las garantías referidas a la pena o sustanciales; las garantías sustanciales evitan que los juicios sean arbitrarios y las instrumentales determinan la aplicación o —como lo denomina Ferrajoli— la afirmación de la ley. Para el autor, “la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal”;<sup>54</sup> por ello, “(..) las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad”.<sup>55</sup> Particular reflexión merece la estructura sistémica garantista que incluye estos dos tipos de garantías —sustanciales e instrumentales— y que, en tanto sistema que es, las hace interdependientes, sobre todo porque la reforma al sistema judicial penal de 2008 en México no tocó las garantías sustanciales referidas a la pena y al delito, fue meramente procesal, y lo mismo ha sucedido en las configuraciones penales de muchos de los países latinoamericanos que han asumido una fórmula procesal acusatoria, pero manteniendo los presupuestos penales —garantías sustanciales— anclados en fórmulas represivas propias de los modelos punitivos de defensa social que desplazan los intereses de las personas por los del Estado mismo. Este problema nos lleva a la pregunta de qué tan eficaz puede ser nuestra tergiversada fórmula garantista en la limitación de las potestades públicas y la subsecuente defensa de las personas frente al arbitrio punitivo si, como lo afirma Ferrajoli, son las garantías sustanciales las que evitan que los juicios sean arbitrarios,<sup>56</sup> afirmación esta que se constituye en contundente y clara

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 538.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 537.

<sup>56</sup> *Loc. cit.*

respuesta. Entonces, ¿qué tan eficaces podrían ser las garantías sustanciales e instrumentales concebidas para las víctimas en un modelo procesal cuya arbitrariedad está más que en entredicho?

La teleología de la reforma de 2008 evidencia incongruencias por la incorporación de fórmulas represivas en una pretendida fórmula procesal de corte garantista; luego, las reminiscencias de defensa social no sólo permanecen en las fórmulas sustantivas penales —hasta hoy poco atendidas para su deseable transición hacia fórmulas menos represivas y arbitrarias—, también se incorporaron fórmulas represivas en esencia como el arraigo y los procedimientos de excepción cuando de criminalidad organizada se trata;<sup>57</sup> fórmulas incompatibles con las variables garantistas que se asumían y con la naturaleza misma de todo sistema punitivo que se precie de garante.

El modelo punitivo en México muestra un cierto grado de garantismo y hace presumir un proceso de transición hacia su mejor correspondencia con un sistema garantista; en tanto, la teleología de la reforma, motivada por estas incongruencias, tiene objetivos antagónicos por el origen epistémico de pretensiones ancladas, tanto en fórmulas garantistas como de defensa social. Como toda transición, se trata de un proceso en dirección hacia y no de una confrontación entre fórmulas punitivas antagónicas para que unas prevalezcan sobre las otras. Reformas posteriores a esta han ayudado —en su mayoría— en esa progresividad hacia la construcción de un modelo punitivo más garante que represivo, aunque otras —como las que incluyen supuestos punitivos de prevención preventiva oficiosa— de clara regresividad.

## IV.2. La víctima en la reforma constitucional

La reforma en cita significó, en congruencia con su pretensión garantista, el incremento de principios y derechos para las personas imputadas, pese a las aludidas fórmulas restrictivas de derechos que también fueron parte de la reforma. La incorporación de derechos de naturaleza adjetiva para las personas imputadas —garantías instrumentales—, en mi interpretación, invita a consi-

<sup>57</sup> “Otro aspecto relevante de la reforma es el fortalecimiento en la Constitución del régimen especial para la delincuencia organizada: se establecen medidas como las que ya existen en otros países democráticos para enfrentar a los delincuentes peligrosos, entre ellas el arraigo antes de la sujeción a proceso, la prisión antes y durante el juicio (...)”. Gobierno Federal, *Justicia penal constitucional de seguridad y justicia*.

derarlas como eventuales y potenciales víctimas de violaciones a sus derechos humanos, por los procesos incriminatorios y sus implicaciones, lo que motiva la obligación de darles un trato de tal naturaleza, siguiendo principios como los contenidos en la LGV.

La reforma también implicó el reconocimiento —en rango constitucional— de más derechos para las víctimas de los delitos, los que en conjunto cobrarían un nuevo sentido con un procedimiento de naturaleza garantista compatible con el desarrollo de derechos para las personas, aun cuando —como se estudió en párrafos previos— la naturaleza del sistema garantista no prevé ni en sus presupuestos ni en su origen epistémico a las víctimas de los delitos. La reforma no fue —ni pretendió ser, me parece— cien por ciento garantista; asumió una serie de variables garantistas y otras tantas de inercias compositivas en las que las víctimas de los delitos toman un papel mucho más protagónico. La compatibilidad de estas fórmulas compositivas —propias de otra tradición jurídica— con los modelos garantistas, si bien parece viable, como se argumentó líneas atrás, a decir de Ferrajoli pone en entredicho la certeza del derecho penal y la tutela de las partes más débiles.<sup>58</sup> Para el autor, se trata de “(...) elementos que, aun perteneciendo históricamente a la tradición del proceso acusatorio, no son lógicamente esenciales a su modelo teórico”;<sup>59</sup> las espontáneas y contingentes dinámicas histórico-políticas pueden explicar la presencia de fórmulas no esenciales al modelo teórico garantista, pero al fin incorporadas y, por ende, aceptadas como parte de las fórmulas procesales acusatorias.<sup>60</sup> Es el caso de la incorporación de derechos para las víctimas de los delitos, con la intención de darles presencia y participación en los procesos penales, lo que ayuda a entender, explicar y también encontrar las razones e implicaciones de su presencia en una fórmula procesal que en su esencia teórica no fue diseñada para ellas.

Incluir derechos para las víctimas de los delitos en México, en gran medida, obedece a la coyuntura histórica que en las últimas décadas hizo más que evidente la gravedad de su exclusión de los asuntos penales no muy diferente a las inercias histórico-políticas vividas en muchos de los países latinoamericanos que han sufrido, como México, el flagelo de la desaparición de personas.

<sup>58</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 569.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 563.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 564.

A estas razones hay que agregar el número creciente de víctimas y la documentada imposibilidad de atenderlas; una elevada cifra negra de la criminalidad que arroja, desde hace más de una década, un porcentaje que asciende al 93% de víctimas que no denuncia o que, haciéndolo, no encuentra respuesta a su reclamo en sede ministerial, amén de los altos índices de impunidad también documentados respecto de las cifras oficiales.<sup>61</sup>

Por las dinámicas históricas y políticas aludidas, y muchas otras no relacionadas en estas líneas, es que se ha motivado un reconocimiento vasto de derechos en diversas leyes y codificaciones posteriores a la citada reforma constitucional de 2008; lo que me lleva a concluir que el modelo punitivo en México no puede menos que constituirse como un modelo de justicia restaurativa. Sin ánimo de profundizar en esta idea en particular ni agotarla —por no ser la esencia de este trabajo—, todo modelo garantista —o que se precie de serlo— aspira, según su teleología y como su nombre lo dice, a garantizar el acceso a la justicia y proteger al más débil de la fuerza punitiva estatal y de los procesos de incriminación; el vasto desarrollo de derechos para las personas que quedan involucradas frente al sistema penal es consistente con tal pretensión. La inclusión de tales derechos para las víctimas de los delitos —como se afirmó— exige reflexión, análisis y desarrollo teórico del cómo debe ser su inclusión, cuál su significado y cuáles sus alcances. Me parece que la teleología no se trastoca; sigue siendo —justo— la protección del más débil frente al arbitrio punitivo, para el caso, además de las personas imputadas, la protección de las víctimas de los delitos, generalmente débiles frente a un sistema penal cuyos procesos inculporatorios resultan lesivos también para ellas, ya porque las sobrevictimice, las criminalice y/o —sin duda— porque no las proteja. El derecho de las víctimas de los delitos de acceso pleno a la justicia en equidad y paridad de armas de recuperar su proyecto de vida y reinsertarse socialmente no es diferente a los reconocidos y exigidos para las

<sup>61</sup> La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), documenta desde el 2012 la cifra negra de la criminalidad; esto es, delitos cometidos en los cuales no hubo denuncia o habiéndola no se inició investigación alguna. De 2012 a 2021 —años en los que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) ha realizado la Encuesta—, se ha documentado una cifra negra alrededor del 93%; la última publicada documenta para 2021 un 93.2%. La ENVIPE también documenta las causas por las que las personas víctimas de los delitos no denunciaron, las que en un porcentaje mayor al 60% son atribuibles a las autoridades, ya sea por pérdida de tiempo, por desconfianza, por trámites largos y difíciles, por actitud hostil de la autoridad o por miedo a ser extorsionado.

personas imputadas de delito; se trata de la protección de personas imputadas y de víctimas de los delitos frente a un sistema penal obligado a la garantía de sus derechos por igual. La prioridad de todo sistema restaurativo, como el que, afirmo, pretende ser el mexicano, debe ser las personas antes que las pretensiones punitivas, la consecuente sanción para las personas responsables y la afirmación del derecho que evita las reacciones particulares que dan sentido al quehacer punitivo; deben ser eso, consecuencias deseables de un modelo punitivo centrado en las personas.

## ***V. Los equilibrios procesales. La víctima como parte del proceso penal en México. A manera de conclusión***

### **V.1. El papel de la víctima en los procesos penales de corte acusatorio**

Un modelo procesal acusatorio se caracteriza, principalmente, por la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación, y defensa, y la publicidad y oralidad del juicio. A decir de Luigi Ferrajoli, estas características de los modelos procesales acusatorios son identificables tanto a nivel teórico como histórico a diferencia de otros elementos como la discrecionalidad de la acción penal, por ejemplo, que sólo tienen verificación histórica.<sup>62</sup>

Definir teóricamente el papel de la víctima en un modelo procesal acusatorio es una factura pendiente; no es algo que desarrollara el garantismo, ni que tenga que desarrollar, por no ser esencia de la fórmula garantista. La verificación histórica —a la que alude Ferrajoli— de modelos procesales de corte acusatorio que han integrado variables compositivas y mecanismos alternativos —entre otras fórmulas— para mejorar el acceso a la justicia y a la reparación de las víctimas de los delitos, sin embargo, genera la necesidad del desarrollo de líneas de investigación e hipótesis de trabajo que orienten y den sentido al cómo debe ser el papel de las víctimas de los delitos en el proceso penal acusatorio mexicano, en particular, y del papel de ellas en modelos procesales que, como en México, han asumido tales variables en general.

Si se retoma la idea planteada líneas atrás de que si bien la incorporación de derechos para las víctimas de los delitos en las fórmulas punitivas, y en particular el reconocimiento de derechos —en mayor o menor medida— para

<sup>62</sup> *Vid.*, nota 58.

ellas en modelos procesales autodefinidos como acusatorios, no es esencia del modelo teórico garantista, pero es compatible con él, merece la pena reflexionar sobre el porqué de tal compatibilidad.

Si se toma el origen epistémico del garantismo —ya reflexionado— y la posterior reformulación realizada y sistematizada por Luigi Ferrajoli, queda claro que el trabajo del autor dejó atrás las fórmulas de origen garantista de influencia ideológica de la defensa social, como las utilitaristas; principalmente aquellas que dieron pie a la cosificación de las personas bajo justificaciones de defensa y utilidad social; fórmulas que se sumaron a toda la inercia de tal influencia ideológica de control de unas personas por otras son pretexto de una insostenible —pero mantenida y llevada a la legislación— superioridad de unas respecto de las otras. El origen epistémico de unas y otras es antagónico y, por ende, metodológicamente incompatible: las de defensa social dan prioridad a la sociedad a costa de las personas y los garantistas priorizan los derechos de las personas por sobre los intereses punitivos públicos. Afirmo, por ello, que en gran medida la ineficacia del sistema penal y la consecuente afectación —lacerante— de los derechos de las personas involucradas frente a él obedecen a la presencia, en el modelo punitivo, de variables de origen epistémico antagónico con teleologías también antagónicas; todo en detrimento del acceso a la justicia para las personas imputadas de delito y para las víctimas de este.

No todas las teorías que explican la criminalidad y la reacción al delito, aun de origen epistémico diverso, tienen teleología antagónica; por ello, muchas de las fórmulas punitivas soportadas en ellas pueden convivir bajo una misma pretensión; se trata de metodologías compatibles, por su origen epistémico también compatible. Es el caso de las teorías que dan prioridad a los derechos de las personas y se construyen en torno a la dignidad humana, aun cuando las formas de su desarrollo impliquen supuestos diversos; para el caso, las garantistas centradas en el respeto de los derechos de las personas imputadas —eventuales y potenciales víctimas del abuso de poder— y la garantía de juicios justos, por la limitación de la potestad punitiva, y las abolicionistas y las realistas de izquierda, que se centran en las víctimas de los delitos. Las dos últimas —como en el caso del garantismo— también han logrado permear en el desarrollo de fórmulas punitivas, principalmente en la tradición anglosajona, pero igual en las de tradición occidental.<sup>63</sup> La híbrida-

<sup>63</sup> Para autores como Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, se trata de paradigmas críticos que comparten elementos en común: “(...) estos tres ‘grandes’ paradigmas críticos poseen al menos tres

ción entre fórmulas que históricamente habían pertenecido a determinadas tradiciones jurídicas ha ido permeando de manera importante, en las últimas décadas, en las fórmulas jurídicas, y las punitivas no son la excepción.

La confluencia de variables propias de tradiciones y epistemologías diversas, pero de pretensiones análogas, como es el caso de las fórmulas procesales acusatorias cuando incorporan derechos para las víctimas de los delitos y/o técnicas jurídicas que les benefician, no sólo es verificable históricamente, sino que además es viable técnica y metodológicamente en cierta medida; esto es, siempre que no se trastoque la esencia del modelo asumido de manera que se impida la consecución de sus pretensiones. Llevar derechos para las víctimas de los delitos en modelos procesales acusatorios, en este sentido, debe suponer que la pretensión de limitación de la potestad punitiva y la protección de las personas imputadas no se debe —ni se puede— trastocar y que la teleología en esencia garantista encuentre su equivalente cuando de víctimas de delito se trate.

Antes de ahondar en los equilibrios procesales y de sus implicaciones al añadir a la fórmula de la “igualdad de armas” a las víctimas de los delitos como parte procesal, es necesaria una reflexión más: el reconocimiento vasto de derechos, tanto para personas imputadas como para víctimas de los delitos, no puede ser sólo formal; es decir, sólo reconocerse e incorporarse en la ley, pero con pocas posibilidades de materialización. Cobra importancia la postura garantista respecto de la igualdad sustancial que deriva de su argumento sobre democracia sustancial o punto de vista externo; esto es, el de las personas; en el plano sustancial de la igualdad, es relevante el desvalor asignado a las personas por diferencias no identitarias, sino de tipo económico y social, plano por el que las desigualdades deben ser removidas o compensadas:

Con la prescripción de la igualdad formal —afirma Ferrajoli— se conviene que los hombres deben ser considerados como iguales precisamente prescindiendo del hecho de que son distintos, esto es de

virtudes interesantes: a) representan al menos de forma caricaturesca tres ‘mundos’ bien definidos como lo son los Países Bajos y Escandinavia por un lado, el contexto anglo-americano por otro, y desarrollos como el de Italia o España, en tercer lugar; b) comparten foros permanentes de discusión y formación (...) y c) producen —a distintos niveles— políticas concretas (y no son por lo tanto meros discursos sobre el delito y el control social)”, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

sus diferencias personales (...). Con la afirmación de la igualdad sustancial se conviene, por el contrario, que aquellos deben ser hechos tan iguales como sea posible y que, por consiguiente, *no* se debe prescindir del hecho de que son social y económicamente desiguales.<sup>64</sup>

Las personas que entran en contacto con el sistema penal deben experimentar los beneficios que la garantía de sus derechos supone, y ello debe ser empíricamente verificable. Un vasto desarrollo de derechos trae consigo la complejidad de su cumplimiento por los entes obligados, lo que exige la existencia de mecanismos de garantía idóneos y suficientes para la consecución del cúmulo de derechos reconocidos por la ley para todas las personas colocadas en los presupuestos normativos.

## **V.2. Los equilibrios procesales de las partes intervinientes en el proceso penal en México**

La incorporación paulatina de derechos para las víctimas de delitos en la Constitución propiciaría la subsecuente incorporación y ulterior desarrollo de derechos en la legislación secundaria, en particular en el CNPP, en el que se les consagró —entre otros— el derecho a ser parte en el proceso penal. Fórmulas como la coadyuvancia y el derecho a la asesoría jurídica ya desde el fin del siglo XX empezaban a dar cuenta de una intención progresiva de darles participación en los procedimientos penales. En un derecho penal —y su modelo procesal mixto inquisitivo— construido para excluirlos, tales derechos resultaron letra muerta en la mayoría de los casos, pero también interpretaciones sesgadas no correspondidas con la teleología de la incorporación de derechos frente a la justicia penal, por lo que la inercia de dejar la responsabilidad de coadyuvar en ellas, como si fuera una obligación, y la falta de capacidad estructural para garantizarles asesoría serían el común denominador.

Con la incorporación de un modelo procesal acusatorio, los derechos para las víctimas de los delitos cobrarían mayor sentido; la fórmula procesal mixta-inquisitiva excluye, pero la acusatoria es idónea para la garantía de derechos. Si se parte de la premisa de que la fórmula procesal acusatoria es compatible con el desarrollo de derechos para las víctimas —bajo determinados presupuestos—,

<sup>64</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 907.

la pregunta sería si incorporarlas como parte del proceso y los alcances de su intervención en este, como se prevé en el CNPP, es suficiente para la garantía del cúmulo de derechos reconocidos en la constitución y en la LGV, su efectivo y pleno acceso a la justicia y a la reparación integral de su daño. Reflexión a la que hay que sumar la incertidumbre del desarrollo de un proceso anclado en una cultura más inquisitiva que garante por quienes operan el sistema penal y van dando contenido a los presupuestos de ley.

El presupuesto de un juicio justo para las víctimas de los delitos es la equidad en la contienda y la igualdad de armas para ellas frente al resto de los sujetos procesales; pero, si bien en la esencia del modelo garantista es indispensable la equidad en la contienda entre quien acusa y quien juzga, ¿por qué se requeriría un equilibrio entre quien acusa y la víctima del delito, a quien en principio el órgano de la acusación protege?, y la respuesta inmediata nos lleva al principio de la discusión; por eso, la víctima no tiene un lugar en el sistema garantista y no tendría que requerirlo, pero aquí estamos. Es un hecho que en la fórmula procesal garantista en México a la víctima se le han asignado derechos, y esto es así por las dinámicas particulares que han documentado un sinnúmero de vejaciones y atropellos para ella —como se reflexionó—, incluso a pesar de la incorporación de derechos para su protección y garantía de acceso a la justicia. Las razones histórico-coyunturales de la incorporación de derechos para víctimas de los delitos se explican por sí mismas; son, sin duda, extralegales y, por ende, de legitimación externa, pero no por ello inviables como la misma fórmula garantista lo prevé. Las víctimas de los delitos requieren derechos frente al sistema penal para que su acceso a la justicia sea garantizado.

Los derechos reconocidos y, por tanto, incorporados en el CNPP, en congruencia con los reconocidos constitucionalmente y la legislación de la materia, no han sido eficaces; las estadísticas ya referidas y muchas otras, más el cúmulo de quejas por violaciones a los derechos humanos de las víctimas, dan cuenta de ello; la legislación y sus presupuestos no describen lo que sucede, prescriben lo que debe de suceder, por ello el análisis de los equilibrios procesales y del cómo de su prescripción normativa requiere inevitablemente de un segundo plano de análisis más sustancial y no sólo formal. Análisis que requiere ser pormenorizado y de desarrollo de hipótesis y líneas de investigación que le vayan dando sentido y explicación a lo que sucede, y alternativas formales y sustanciales para la consecución de juicios justos y en equilibrio

tanto para las personas imputadas como para las víctimas de los delitos. Si bien ello excede los parámetros de este trabajo, no por el contrario delinear los presupuestos generales de lo que —a mi juicio— el equilibrio procesal para las víctimas de los delitos debe implicar, según lo hasta ahora reflexionado, sería la principal finalidad.

Bajo esta lógica argumentativa, el equilibrio procesal en una fórmula procesal acusatoria en la que se ha incorporado a la víctima del delito como sujeto procesal y parte en el mismo debe al menos tener en cuenta —a mi juicio respetar— los siguientes presupuestos:

- Un derecho para la víctima no puede afectar o reducir un derecho de la persona imputada ni viceversa.
- Un derecho para la persona imputada en el proceso penal debe tener su equivalente para la víctima de cuando así proceda.
- Los derechos para las víctimas deben eliminar las desventajas sustanciales motivadas por razones sociales, económicas y culturales, y garantizar el acceso pleno a la justicia sin discriminación por razones constitutivas o identitarias
- A ambas partes debe garantizarse en igualdad de condiciones su acceso a la justicia y la consecuente reinserción social a la que tienen derecho.
- La defensa para las víctimas no puede ser menor que la de las personas imputadas
- Así como las personas imputadas, las víctimas de los delitos tampoco pueden ser objeto de intereses punitivos ni pretensiones de utilidad pública, incluso legítimamente de acciones que afecten o reduzcan los derechos del resto de las personas intervinientes.
- Debe garantizarse en todo momento el derecho a decidir de las víctimas en las decisiones procesales que afecten su proyecto de vida.

Estos presupuestos, sólo enunciativos, producto de lo argumentado en este artículo, pueden ser de utilidad para el análisis tanto de la manera en cómo se ha incluido a la víctima en el proceso penal acusatorio en México —o en otros países bajo similares inercias—, como para entender la manera en cómo se está desplegando —y sus resultados— en el día a día del quehacer punitivo.

## *Fuentes de consulta*

### *Bibliográficas*

- Baratta, Alessandro. *Criminología y crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.
- Bergalli, Roberto. *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*. Barcelona, María Jesús Bosch S.L., 1996.
- Bonesana Beccaría, César. *De los delitos y de las penas*. 6ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1995.
- Bustos Ramírez, Juan. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá, Temis, 1983.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 3ª ed. en español, España, Trotta, 1995.
- Ibáñez Andrés, Perfecto. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima y Bogotá, editoriales Palestra y Temis, 2007.
- Lefranc Weegan, Federico César. *Holocausto y dignidad. Significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. México, OBIJUS, 2009.
- Moreso, José Juan y Pablo E. Navarro. “Introducción”. *Epistemología jurídica y garantismo*, Luigi Ferrajoli, Fontamara, México, 2004.
- Pavarini, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 8ª ed. en español, México, Siglo XXI, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires, EDIAR, 1998.
- Zaitch, Damián y Ramiro Sagarduy. “La criminología crítica y la construcción del delito. Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”. *Delito y Sociedad*, año 1, núm. 2, Buenos Aires, Universidad del litoral, 1992, pp. 31-51.

### *Electrónicas*

- Gobierno Federal. *Justicia Penal Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma. <https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html>
- INEGI. “Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública”. (ENVIPE) 2022. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2022/doc/envipe2022\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2022/doc/envipe2022_presentacion_nacional.pdf)

