PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DENTRO DE LA NUEVA PROPUESTA PROCESAL PENAL EN MÉXICO*

Celia Blanco Escandón¹

Introducción

En la última década, más de una docena de países latinoamericanos –de Guatemala a Argentina– han emprendido procesos de reforma en el ámbito procesal penal, todos bajo distintas modalidades pero destinados en lo fundamental, a sustituir el tradicional sistema de corte inquisitivo heredado de las instituciones coloniales por un proceso más del tipo acusatorio con fuerte influencia del modelo norteamericano.

Se trata de establecer una estructura de oposición, contradicción, independencia e igualdad entre las partes del proceso penal: el fiscal o Ministerio Público que investiga y acusa, el defensor que responde a la estrategia y planteamiento de la acusación en representación del inculcado, y el juzgador, que supervisa la legalidad de las actuaciones y resuelve conforme a derecho. Implica una nueva forma de desarrollar los juicios (aparece por ejemplo el juicio oral), nuevos presupuestos para investigar, distintos métodos para defender a los imputados, distinta jerarquía para las víctimas, una nueva estructura de litigio, cambios en la presentación, admisión y valoración de las pruebas, entre otros.

La experiencia de la reforma procesal latinoamericana muestra distintas facetas que conviene revisar con detenimiento. Por una parte, en varios de los países donde se ha adoptado el nuevo modelo para la administración de justicia en materia penal, las estadísticas señalan una disminución significativa en la duración del proceso penal, esto es, entre el inicio del juicio y la sentencia definitiva. Por el otro lado, sin embargo, han surgido una larga lista de dificultades y deficiencias en la práctica de países como Colombia, Argentina, Costa Rica y Guatemala, que son de los que llevan ya más años con el nuevo proceso penal en vigencia. No debemos ignorar tampoco factores externos de

* Ponencia presentada el día 29 de abril de 2004 en el coloquio "Actualidad de los Derechos Humanos en México y el Mundo" con sede en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

¹ Académica de tiempo completo y coordinadora de posgrado del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Ciudad de México.

enorme importancia como lo es el hecho de que el gobierno de Estados Unidos ha patrocinado abierta y fuertemente la adopción del modelo acusatorio entre los países en vías de desarrollo, mediante la generosa financiación de proyectos destinados a promover cambios tanto legislativos como estructurales².

En cuanto a México, los vientos de la reforma soplan cada vez con mayor fuerza y habrá que aprender de las experiencias vividas por el resto de América Latina. El día 29 de Marzo de 2004 el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos presentó una Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad y Justicia Penal³, que ya ha sido enviado al Poder Legislativo para su análisis y discusión. Dicha propuesta comprende tanto reformas constitucionales como legales diversas que buscan la renovación completa del sistema de justicia penal⁴.

Entre las razones que se señalan en la Exposición de Motivos para justificar las diversas medidas político-criminales que se proponen, resaltan las siguientes: la insatisfacción de la sociedad en los niveles de seguridad y de justicia penal con la consiguiente desconfianza hacia las instituciones de administración de justicia, el incremento de la delincuencia y de la inseguridad pública, el crecimiento de la impunidad y, por tanto, el fracaso del Derecho Penal frente a la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad frente a la delincuencia. Las causas de la crisis son perceptibles tanto en el ámbito de la legislación penal (sustantiva, procesal y ejecutiva) como en la forma de aplicación de la ley, y por tanto, en la actuación misma de los encargados de su aplicación a casos concretos, como es el caso de los Agentes del Ministerio Público, juzgadores, encargados y empleados de los centros penitenciarios, abogados litigantes y defensores públicos, entre otros.

La Iniciativa Presidencial propone una muy amplia reforma estructural a todo el sistema de justicia penal y de seguridad pública, sobresaliendo en su mayoría los cambios que afectan fundamentalmente al ámbito del sistema procesal penal, es decir, a la forma de funcionar del procedimiento penal, planteándose un cambio de modelo más de corte acusatorio. Entre las diversas propuestas, destaca la elaboración de un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales que acorde con las reformas que se proponen a la Constitución, transforme estructuralmente el procedimiento penal, simplifique la averiguación previa, establezca el proceso penal acusatorio, el juicio oral y público y establezca mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito. También se busca instrumentar medidas alternativas de solución de conflictos y mecanismos de negociación dentro del nuevo proceso penal.

Muchas de estas propuestas representan un cambio de orientación filosófico-política con relación a diversos contenidos del actual sistema de justicia penal, que sin duda tendrán importantes implicaciones prácticas y teóricas. El nuevo modelo ha sido

2 Para conocer más sobre los proyectos de reforma procesal en países latinoamericanos, véase: Blanco Escandón, Celia. "El nuevo proceso penal en América Latina" en *Criminalia*, Año LXX, No. 1, enero-abril, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 271-293.

3 La iniciativa completa se encuentra publicada en la siguiente dirección de internet: www.seguridad.yjusticia.presidencia.gob.mx

4 Adicionalmente, el día 26 de abril de 2004 se presentó una iniciativa de reforma en materia de Derechos Humanos.

justificado en nombre de una postura garantista del juez, propia –según alegan sus promotores– de un sistema democrático en el que deben existir mecanismos de vigilancia del respeto a los derechos humanos. Como estudiosos de la materia jurídica no debemos permanecer al margen de este gran cambio normativo; sobre todo teniendo a la vista las implicaciones que éste representa desde el punto de vista del respeto de los derechos de distintas personas que se ven involucradas en el litigio penal.

El objetivo de este trabajo es analizar las perspectivas de los derechos de las víctimas dentro del marco de la nueva propuesta procesal penal en México.

Proceso Penal y Derechos Humanos

La convivencia entre seres humanos necesariamente presupone conflictos, por lo que la elaboración de cualquier marco legal debe surgir del diálogo y la concertación entre las partes, teniendo siempre en mente la necesidad de valorar los derechos exigidos y confrontados, y sin descuidar los límites impuestos por los principios orientadores de la defensa de los derechos fundamentales de los seres humanos. En un plano práctico, el derecho se desarrolla en función a una serie de recursos, infraestructura y personas, a través de los cuales se ejerce la jurisdicción, la capacidad de decir o declarar el derecho, es decir la facultad de conocer de conflictos, resolverlos conforme a derecho y hacer cumplir lo resuelto.

El Derecho define, señala, prescribe y regula situaciones cambiantes con base en disposiciones generales y abstractas de carácter obligatorio. La impotencia de los mandatos generales se vuelve evidente cuando una discordia se formaliza mediante el ejercicio de acciones legales, ya que esto implica tanto una confrontación como un cuestionamiento entre al menos dos partes, bien intencionadas, honestas e incluso asesoradas y por tanto conocedoras de sus derechos y obligaciones. De no existir duda y posibilidad de conflicto, no habría litigio. Por ello es que se afirma que solo ante el conflicto y la disputa surgen los procesos legales como el escenario dentro del cual se expondrán, se investigarán, se argumentarán y se verificarán los hechos con la finalidad de que se resuelvan conforme a derecho, los desacuerdos relativos a la interpretación y el alcance de las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Es en el ámbito de las normas de procedimiento donde reside el fundamento para mejorar las instituciones jurídicas⁵. El sistema procesal es reflejo de la organización y de los sistemas sociales, económicos y políticos imperantes en cada país. El régimen de enjuiciamiento penal es un espejo de la sociedad a la que pertenece y se podrá entender a partir de la cantidad de atribuciones que otorgue en el proceso a los actores o partes que intervienen en el mismo: jueces, presuntos responsables, agentes del Ministerio Público, defensores, víctimas, testigos, peritos... Es precisamente aquí en donde la relación entre proceso penal y el régimen constitucional se vuelven evidentes, quedando plasmados en una serie de principios básicos como la presunción de inocencia, el derecho de audiencia, el derecho a la defensa y las demás garantías procesales.

5 Véase. Romero Apis, José Elías, *El desafío de la justicia*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2001, pags. 85-90.

Los principios del proceso penal están particularmente ligados con los derechos fundamentales, y casi todos los actos procesales constituyen puentes entre las normas penales procesales y los derechos humanos. La incidencia del plano constitucional sobre el derecho procesal penal es contundente, como lo demuestra por ejemplo, el reconocimiento expreso y manifiesto de derechos como el de ser oído, que se traducen en acciones tales como el emplazamiento y las notificaciones para dar aviso a quienes son requeridos por los tribunales, volviendo a nuestro derecho procesal penal más justo y más humano. La idea del Estado de Derecho se ha ido consolidando poco a poco dentro del proceso penal por medio de diversos mecanismos que aseguran el cumplimiento de las garantías del debido proceso e impiden situaciones que obstaculizan la impartición de justicia y merman los derechos humanos. Por ejemplo, no sólo se ha regulado la duración del proceso poniéndole tiempos y plazos, sino que se ha prohibido la excesiva duración del procedimiento. En este mismo sentido, se ha ampliado y se ha mejorado la probanza dentro del proceso penal. Aún así, México todavía no cuenta ni con una doctrina procesal penal ni con una política procesal penal sólida, coherente, actual y bien desarrollada.

Los alcances y límites del *ius puniendi* (facultad de castigar) del Estado, en un tiempo y lugar determinado, responden a la realidad de cada sistema político. Toda sociedad humana produce conflictos entre sus miembros, la mayoría de los cuales se resuelven entre los sujetos involucrados sin que sea necesaria la intervención del Estado para obligar y sancionar. Sin embargo, cuando el conflicto es de naturaleza penal, el Estado deberá ejercer su poder punitivo. Es aquí donde deberá optar entre dos alternativas: privilegiar el interés público y fortalecer el papel del Estado en la persecución de los delitos aún a costa de los derechos del individuo, u otorgarle a las personas las suficientes garantías para hacer frente al poder punitivo, preservando su integridad y protegiendo la dignidad de la persona humana. La Constitución Mexicana, por ejemplo, con frecuencia descrita como moderna y vanguardista en materia de derechos humanos, establece derechos y garantías fundamentales y consagra principios básicos que deben regir al proceso penal y que se constituyen en límites concretos al poder punitivo del Estado: debido proceso, irretroactividad de la ley, principio de legalidad, derecho de audiencia, presunción de inocencia, derecho a la defensa, prohibición de la analogía, libertad probatoria, etc. La Constitución mexicana vigente persigue la consolidación de un Estado de Derecho, pero a pesar de los propósitos planteados en el ámbito constitucional, el sistema procesal penal y la legislación respectiva, no han sido instrumentos idóneos para la realización de los fundamentos constitucionales y se han traducido en un tajante divorcio entre Constitución y proceso penal.

El derecho procesal penal, apoyándose en las disposiciones constitucionales, debería destacar y proteger la calidad de personas y la condición humana de los involucrados en el proceso penal. El eje central sería entonces, la persona humana, ya sea el procesado, la víctima u algún otro ofendido. Se equipararían las facultades y derechos procesales del imputado y de la víctima, ésta última hasta ahora ignorada en la legislación penal y procesal penal. Todo ello en un plano de realización efectiva de los derechos fundamen-

tales que son inherentes a la naturaleza humana y que son proclamados y garantizados por la Constitución.

Son las personas las que deben interesar. La víctima como el acusado son seres humanos, personas con familia, con responsabilidades, con anhelos y esperanzas que esperan mucho del proceso penal.

El proceso penal no puede ignorar ciertos principios rectores de carácter constitucional. Es de interés de la sociedad que los delitos sean sancionados, pero también lo es, el que en la administración de justicia prevalezcan la verdad y el derecho. Es fundamental para la colectividad que tanto la investigación como el procedimiento penal se lleven a cabo sin menoscabar los derechos fundamentales de las personas.

Derechos de las víctimas⁶

Existe en nuestros días lo que pudiera calificarse como una urgencia por lograr en corto tiempo una transformación radical de nuestro sistema de administración de justicia, particularmente en el ámbito del derecho penal, en donde se replantearía la visión que la sociedad mexicana tiene sobre el delito, el proceso penal, la seguridad pública, el delincuente y las víctimas.

Ciertamente se ha avanzado en las últimas décadas dentro de la materia procesal, de hecho, en un esfuerzo por contrarrestar los excesos y abusos, ciertos e inaceptables, en contra de los procesados, la tendencia se volvió a favor de los inculcados. Prácticamente todos los abogados mexicanos hemos sido formados dentro de una cultura jurídica penal que gira en torno al inculcado y al delincuente, olvidando y desatendiendo a la víctima del delito. Quienes hemos ejercido profesionalmente como abogados postulantes o como autoridades jurisdiccionales, hemos podido observar como resulta mucho más fácil mover la maquinaria procesal a favor de los derechos del inculcado que en beneficio de las víctimas. Hay en la sociedad mexicana una profunda indolencia, frustración e incredulidad frente a la administración de justicia, siendo sumamente raro que acudan ante el abogado, el Ministerio Público o el Juez, las víctimas u ofendidos de delitos. En esta nueva etapa de análisis y propuestas para reformar al proceso penal, uno de los signos característicos e ineludibles que deberán adoptar las modificaciones legales será sin duda, la revaloración del papel de la víctima del delito dentro de nuestro sistema de administración de justicia.

Todo ser humano que ha sido acusado de la comisión de algún delito, goza de una serie de derechos que se encuentran garantizados en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ahora bien, si todo acusado goza de esas garantías, de igual manera las víctimas deben disfrutar de un mínimo de derechos asistenciales, sobre todo de aquellos vinculados con el proceso penal. La Organización de las Naciones Unidas ya emitió una declaración universal sobre los derechos de las víctimas, firmada por México, en el que se establecen importantes recomendaciones a fin de

⁶ Para efectos del presente artículo, nos ajustamos a la fórmula constitucional en vigor de manejar indistintamente los conceptos de víctima y ofendido como si se tratara de sinónimos aunque técnicamente no lo son.

que las víctimas tengan no sólo un mínimo de derechos, sino también la protección de su persona y de aquellas personas de su dependencia económica en especial cuando se encuentran en condiciones de extrema necesidad y pobreza. En nuestro país algunas entidades federativas ya han dado respuesta a la solicitud de la ONU⁷ pero por lo que toca a la federación aún subsisten las carencias del sistema.

El Derecho Penal y el proceso penal en México, junto con sus instituciones respectivas, no fueron creados para la víctima ni se apoyan en un Derecho Victimal, de hecho, es hasta 1993 cuando el artículo 20 constitucional incorpora nociones derivadas del derecho de las víctimas, obligando a la asesoría jurídica, la reparación del daño, la coadyuvancia con el Ministerio Público y la atención médica. Actualmente, debido a reformas posteriores, la víctima u ofendido tiene derecho a recibir asesoría jurídica y a estar informado oportunamente sobre el desarrollo del procedimiento penal, además de participar en coadyuvancia con el Ministerio Público. Además existen otros derechos: el inculcado será careado excepto cuando la víctima sea menor de edad o sea víctima de violación o secuestro; derecho a medidas para su seguridad y auxilio; derecho a atención médica y psicológica⁸, entre otros.

El reto más importante ahora es lograr que la víctima sea ya parte del proceso penal y que la víctima tenga una protección de derechos equiparable a la que ampara los derechos del victimario. Sería interesante también contar con centros de atención a víctimas independientes del Ministerio Público y de las Procuradurías.

Debemos tener cuidado también con las corrientes y movimientos radicales que en su afán de fortalecer la protección de las víctimas, no dudan en promover la disminución de los derechos de los procesados y de los delincuentes. No se trata de volver a un sistema regido por la presunción de culpabilidad para satisfacer un deseo de venganza, enojo y frustración derivado del aumento de la criminalidad, el sentimiento de inseguridad y del descrédito de nuestras autoridades, instituciones y del sistema de administración de justicia en su conjunto.; se trata simplemente de lograr la reivindicación del ofendido.

Ahora bien, sin apartarnos de este contexto, habrá que distinguir acciones a favor de derechos que corresponden a personas afectadas por el fenómeno de la llamada victimización primaria y aquéllas que lo son de la victimización secundaria.

Victimización primaria y secundaria

Por victimización primaria se entienden los agravios derivados de haber padecido un delito, que suelen ir acompañados de efectos físicos, psicológicos, económicos y de rechazo social que se pueden sostener a lo largo del tiempo. La víctima de un delito no sólo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado por la conducta delictiva, sino que en muchos casos, acompañan-

⁷ Cabe destacar la postura vanguardista del Estado de Durango y esfuerzos importantes como la *Ley que Crea el Centro de Atención a Víctimas del Delito* por la legislatura local del Distrito Federal.

⁸ Se han establecido en más del 80% del territorio nacional centros de atención a víctimas dentro de las Procuradurías de los Estados.

do a este, se producen otros efectos que aumentan la gravedad del daño causado y vuelven indispensables a los derechos asistenciales.

Ahora bien, las tribulaciones y aflicciones de las víctimas no terminan ni se solucionan con la denuncia del delito, falta contemplar lo relativo a la victimización secundaria, que sería aquella que deriva de las relaciones de la víctima con el sistema de administración de justicia⁹. La victimización secundaria es aquella en la que el propio sistema victimiza a quien acude al mismo solicitando la impartición de justicia: con la policía, los agentes del Ministerio Público, los abogados, los funcionarios de juzgado y los juzgadores mismos, la víctima experimenta frecuentemente el sentimiento de estar perdiendo el tiempo, de ser incomprendido, de ser ignorado e incluso de ser pisoteado y abusado. Aquí aparecen solapadamente aquellas ideas moralizantes de la víctima provocadora y cuestiones como las de si la imprudencia de la víctima agrava o propicia el delito y puede por ello atenuar o eximir de responsabilidad al agente¹⁰. Además se ha confirmado como la indumentaria, el aspecto y la conducta de la víctima, así como su edad, raza y sexo influyen de forma importante en el desarrollo y la resolución del proceso penal¹¹.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó hace años (el 28 de junio de 1985), una serie de recomendaciones encaminadas a mejorar la situación de la víctima en el derecho penal y en el proceso penal que establece entre otras, las siguientes medidas:

- Cuando la víctima de un delito se dirige a la policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún daño psicológico adicional;
- Se le deben indicar las posibilidades de recibir en instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas;
- Se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado;
- A lo largo del procedimiento la víctima debe ser interrogada de forma cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad;
- Los niños sólo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o guardadores.

Hoy, a pesar de todo lo hasta aquí expuesto y ante la clara situación de fracaso de nuestro sistema para proporcionar asistencia a las víctimas de delitos, se advierte el resurgimiento de una corriente innovadora dispuesta a propugnar y luchar incluso por la modificación radical de nuestro sistema de administración de justicia y de seguridad pública.

9 Véase: Paz M. De la Cuesta Aguado (coord.), *Victimología Femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia*, editado por la Universidad de Cádiz, Cádiz, España, 1994.

10 A veces por ejemplo, los interrogatorios de la defensa o del Ministerio Público se orientan a tergiversar la participación de la víctima en los hechos, por ejemplo, buscar responsabilizar a la víctima de una violación de otorgar un consentimiento tácito basado en una conducta provocativa o imprudencial que explica e incluso justifica la actuación del agresor.

11 Véase. Rodríguez Manzanera, *Victimología*, págs. 187 y sigs.

Son varios los derechos asistenciales que debe tener un individuo que ha sido víctima de delito, entre ellos, el ser atendido médicamente y asesorado jurídicamente; que su daño sea reparado; y que se otorgue protección por parte del estado a las víctimas indirectas; que durante el proceso penal las autoridades le den amplia participación en cada una de las etapas procesales; y que cuando se trate de delitos contra la familia, la libertad y los llamados delitos sexuales, por ejemplo, que no se publicite en los medios masivos de comunicación los acontecimientos sin su consentimiento; y que también se garantice ampliamente su seguridad personal. Es precisamente en la inclusión de algunos de estos derechos en donde surgirán inevitablemente controversias, algunas de las cuales analizaremos a continuación:

La publicidad en el juicio oral: toda información que podrá ser utilizada por los jueces para fundamentar una sentencia debe ser proporcionada en una audiencia pública

Toda víctima del delito debería tener derecho a que no se publicite en los medios masivos de comunicación, en cualquier tiempo, sin su consentimiento, diligencias, audiencias, autos, evidencias, documentos o cualquier otra parte del proceso penal, cuando se trate de situaciones que afecten, dañen o pongan en peligro a su persona, familia, libertad, reputación, etc.

Estos derechos cobran cada vez mayor importancia por el enorme desarrollo que han alcanzado los medios de comunicación masiva: prensa, radio, televisión, cine e informática, y por la influencia del sistema procesal norteamericano que fomenta en grado superlativo el elemento de publicidad dentro del juicio oral.

Es innegable que los medios se convierten en una eficaz salvaguarda de los derechos individuales y sociales, sobre todo cuando éstos son trastocados mediante abusos del poder público, pero también, contradictoriamente, pueden servir para que personas sin escrúpulos utilicen a los propios medios de comunicación para la comisión de atropellos, difamando, calumniando o simplemente invadiendo las esferas mínimas de privacidad a las que una persona tiene derecho. Es común observar que en las páginas de periódicos o revistas que aparezcan ciudadanos presuntos responsables de la comisión de delitos, aparezcan ante la opinión pública como criminales definidos sin serlo y sin considerarse que la presunta responsabilidad está aún por ser resuelta, siendo lesionados en sus condiciones personales y su vida privada. Lo mismo ocurre ya en la actualidad con las víctimas de delitos y la situación puede agravarse considerablemente con la implementación de reformas procesales que lleven a la implementación de un juicio de tipo acusatorio, oral y público.

Consecuentemente, el derecho a que aspira la víctima del delito para que no se publiquen audiencias, diligencias o documentos del proceso, sin su consentimiento reafirma la libertad de la víctima y su familia y evita el sufrimiento en sus vidas privadas. En este sentido, debemos subrayar que víctima puede llegar a ser cualquier miembro de la

sociedad, por lo tanto, este problema y su solución son indudablemente de interés público y social, y no únicamente de carácter individual.

Esta situación se agudiza al presentarse de la mano con conceptos como la libertad probatoria amplia, si no, absoluta; la confrontación y contradicción entre víctima y procesado como partes dentro del proceso; y, principios como el del “both parties discoverry” (igualdad de armas o de posiciones en el ámbito procesal) que obliga a las partes a compartir los elementos probatorios que serán utilizados durante el juicio, incluyendo declaraciones y testimoniales, además del ya citado elemento de publicidad.

De la contraposición entre los derechos de las víctimas, derechos de los testigos y el derecho a la defensa en el nuevo sistema procesal penal

La nueva apuesta procesal penal contemporánea, de corte acusatorio, implica una tensión permanente entre la eficacia y las garantías. Dicha tensión aparece con mayor fuerza cuando se trata de revisar la relación existente entre la protección de las víctimas y testigos, y el derecho a la defensa.

El nuevo proceso penal busca contribuir a la eficacia de la persecución penal, a la vez que respetar los derechos de los ciudadanos involucrados. Esta dualidad en sus objetivos adquiere gran relevancia a propósito de los derechos de las víctimas y de los testigos, así como del derecho a defensa del imputado. De lo que se trata en este punto, es de determinar dentro de la reforma procesal penal y desde la perspectiva del debido proceso, la esencia del derecho a la defensa, a fin de establecer en qué casos la protección de la víctima o el testigo constituiría una afectación de ese derecho fundamental.

El derecho de la víctima y del testigo a ser protegidos por el Estado, cuando sus vidas se ven amenazadas por un hecho constitutivo de delito, debe ser adecuadamente cubierto. El Estado no puede ni debe ignorar su responsabilidad en ese ámbito, pero tampoco puede desconocer que en un Estado democrático de Derecho debe imperar el debido proceso.

Resulta un lugar común, a partir de la reforma procesal penal en América Latina, afirmar que el proceso penal –para que sea tal– requiere del reconocimiento del derecho a la defensa, uno de cuyos componentes esenciales es el de poder aportar elementos de prueba que sirvan al objetivo de sostener una defensa activa en juicio, así como a controlar las pruebas de responsabilidad. El derecho a contra-examinar a los testigos es de aquellas garantías procesales mínimas, que, ni aún frente a hipótesis delictuales graves, pueden ser vulneradas.

En el momento en que el órgano de persecución penal decide llevar adelante la acusación contra el indiciado, debe mostrarle a la defensa cuáles son los elementos de prueba con los que cuenta y, tratándose de testigos, la individualización de cada uno de ellos. La revelación de la identidad real es el único mecanismo que la defensa tiene para poder contra-interrogar a esos testigos. Estas acciones pueden acarrear riesgos inminentes para testigos y ofendidos, pero ¿cómo puede la defensa hacer frente a la acusación si desconoce la identidad de quienes declararán en contra del inculpado? Es imposible mantener un debido proceso a partir de un derecho a la defensa mermado.

Al respecto, conviene citar algunos fallos y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la vinculación debido proceso –derecho a defensa. Así, en la Opinión Consultiva OC-16/99 del primero de octubre de 1999, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, solicitada por México, se puede leer:

“117. En opinión de esta Corte, para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal...”

“118. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, ‘sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho’ y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, no. 71, Caso del tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), sentencia del 31 de enero de 2001, señala:

“64. ...el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto permite disfrutar de otros derechos, y por ello su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder...”

Siguiendo esta línea de pensamiento, el Estado no puede, so pena de vulnerar derechos fundamentales, regular la declaración de testigos en un proceso penal en el que la defensa desconozca la identidad de los mismos.

Dentro del nuevo proceso penal, corresponderá a los jueces establecer el equilibrio entre protección de testigos, protección de víctimas y derecho de defensa, minimizando en lo posible el riesgo para el ciudadano que decide colaborar con la administración de justicia, sin menoscabar el derecho de defensa.

Reparación y negociación en el nuevo proceso penal¹²:

El nuevo proceso penal latinoamericano ha introducido instituciones que promueven la discrecionalidad de quien ejerce la acción penal, entre ellas, cabe mencionar la suspen-

¹² Véase: López, Julián. “Formas Alternativas de Solución del Conflicto en materia Penal”, en Las Reformas del Proceso Penal. Colegio de Abogados de Chile, Santiago de Chile, 2000, págs. 43-69.

sión condicional del procedimiento y de los acuerdos reparatorios. En efecto, estas instituciones dan pie a una etapa procesal que era prácticamente desconocida previa a las reformas procesales: la negociación con la fiscalía.

Si bien es cierto que existía en el ejercicio profesional la negociación antes de la presentación de una querrela o una vez impuesta para obtener a cambio de un desistimiento o perdón, algún tipo de reparación del daño, no es menos cierto que ello no constituía un elemento básico del proceso. En efecto, su franca introducción en el nuevo proceso penal abre la puerta y crea incentivos para que las partes negocien el resultado de la investigación. Estas instancias pueden contribuir grandemente a mejorar las posibilidades de las víctimas de obtener una reparación del daño adecuada, pronta y oportuna. La negociación en éstos términos debe ser entendida en el mismo sentido que el famoso “plea bargaining” de los Estados Unidos¹³.

El objetivo es ahorrar tiempo y recursos y velar por el respeto de las garantías, pero se debe tener cuidado para que los criterios de eficiencia económica que están dominando por ejemplo al sistema norteamericano, no se reproduzcan en nuestros países al grado de poner en riesgo las garantías de los procesados y de las víctimas.

Las negociaciones, en aquellos países latinoamericanos que las contemplan y aplican, han demostrado que es imposible romper el vínculo entre los principios teóricos que alimentan a las nuevas disposiciones jurídicas y la experiencia cotidiana de la impartición de justicia. Las controversias jurisdiccionales en materia penal se sustentan en gran medida en reglas informales que derivan de la práctica diaria, cuestiones que pueden estar en franca oposición con las nuevas propuestas legales y convertirse en un impedimento real y tangible para que la reforma resulte tanto exitosa como viable.

Al introducir las negociaciones en el llamado “nuevo proceso penal latinoamericano” se han tenido que redefinir los papeles de las autoridades y de los sujetos involucrados. La cooperación entre fiscales, jueces, abogados, defensores y procesados ha sustituido en gran medida a las decisiones unilaterales, forzando a los jueces y a los fiscales a reconocer la participación de los defensores y de los representantes de los ofendidos en un plano mucho más igualitario.

Como podía esperarse, las negociaciones dieron paso a problemas y controversias en cuanto fueron puestas en práctica, y un tema central y generalizado en la discusión ha sido el de su legalidad y constitucionalidad. En este sentido, y a pesar de que sabemos que la constitucionalidad y la legalidad de las negociaciones dependerán de la forma en que dichos principios sean interpretados, se han identificado problemáticas como las que se ejemplifican a continuación:

- Se argumenta que negociar la confesión en un delito es contraria a la exigencia de un juicio obligatorio.
- Se ha argumentado que las negociaciones realizadas por teléfono, correo electrónico, internet, en la oficina del juzgador, en el despacho del abogado postu-

13 Para más información sobre el “Plea Bargaining” ver: Alschuler, Albert, “Plea Bargaining and its history” en Columbia law review, Vol.79, January, 1999, Núm 1.

lante o inclusive en los pasillos de los tribunales no se apegan a los principios de publicidad, oralidad e inmediatez que rigen a los nuevos procesos penales.

- También se ha criticado el ofrecimiento de confesiones a cambio de sentencias reducidas o del desistimiento de alguna de las acusaciones argumentando que se trata realmente de forzar una confesión mediante amenazas o promesas ilegítimas y sin fundamento que ejercen una influencia indebida sobre el acusado. Esta situación deriva en otras problemáticas como los casos de las promesas rotas y las consecuencias jurídicas que de ello pueden surgir.
- Se ha tenido que revisar la cuestión de si un juez que haya tomado parte activamente en las negociaciones debe ser recusado.

Más problemáticas en el marco de la reforma procesal penal en América Latina que tienen impacto en la situación procesal del ofendido y en sus derechos:

1. ***Función investigativa:*** Se ha evidenciado que la implementación del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal conlleva nuevas actuaciones que distraen a la policía de investigaciones —en algunos casos a los Ministerios Públicos— de su función fundamental de investigar delitos. A lo anterior, cabe agregar que el nuevo sistema ha producido un aumento de los casos denunciados, motivado por la confianza de la ciudadanía en el nuevo modelo procesal penal, la protección explícita de las víctimas y testigos (al menos en papel) que hace desaparecer el temor de éstos de recurrir a los tribunales y la transparencia en el procedimiento, que les permite conocer oportunamente sus resultados. Este aumento de la carga de trabajo afecta la misión fundamental de investigación del delito.

2. ***Plazos de detención:*** Han sido frecuentes las dificultades que se han tenido que enfrentar para dar cumplimiento dentro de los nuevos modelos procesales penales al plazo de detención, plazos mucho más pronto y estrictos que buscan hacer vigente el principio de celeridad en la administración de justicia, en beneficio tanto del imputado como del ofendido. Sin embargo, esta situación demanda del sistema la utilización de recursos humanos y logísticos que no se previeron con anticipación como comisiones de servicio, viáticos, disponibilidad, suficiente personal, coordinación entre agrupaciones y dependencias, además de poner en riesgo la integridad física de los detenidos y de los funcionarios que los trasladan por la premura de cumplir los referidos plazos.

3. ***Medidas cautelares personales:*** Otro tema que suscita dificultades es el de las medidas cautelares, ya que tales medidas como el arresto domiciliario, la prohibición de salir del territorio nacional o de una determinada localidad o ubicación, la prohibición de comunicarse con personas determinadas o la prohibición de acercarse al ofendido o su familia, no traen aparejados mecanismos de control y no se ha especificado a que institución le corresponde hacerse cargo de su ejecución y vigilancia. En tales circunstancias —por ejemplo— una prohibición de acercarse al ofendido se convierte en letra muerta.

4. Control de medidas decretadas en virtud de suspensión condicional y/o de la sustitución de penas: No existe una institución u organismo definido especialmente para el control de las medidas decretadas a partir de la suspensión condicional ni por la sustitución de penas. Esta circunstancia podría dejar desprotegidos derechos e intereses de las víctimas.

5. Protección de víctimas y testigos: Se carece en la práctica de recursos humanos y económicos para cumplir con las medidas de protección ordenadas por fiscales, lo que además implica distraer a los oficiales de la policía de su función propia de investigar delitos.

6. Presencia ininterrumpida de policías y peritos en las audiencias: Ha resultado un fracaso el criterio de mantener a policías y peritos presentes durante todo el desarrollo de la audiencia del juicio oral. Esto con independencia de que por la frecuente demora en el inicio de las audiencias obliga a los elementos policiales a mantener la custodia del detenido y la protección de ofendidos y testigos.

Derechos del ofendido dentro de la iniciativa de reforma al sistema de administración de justicia penal del 29 de marzo del 2004¹⁴:

a) Asistencia jurídica. El texto de la iniciativa plantea el derecho del ofendido de recibir asistencia jurídica gratuita a cargo del Estado superando el concepto vigente que le atribuye únicamente el derecho de recibir asesoría jurídica. La diferencia radica en que la asesoría tiene un alcance muy limitado que se restringe a la orientación legal y excluye cualquier acción dentro del procedimiento. El concepto de asistencia, en cambio, pretende ser equivalente a la defensa pública y gratuita del inculpado, abarcando acciones dirigidas a proveer, asistir, auxiliar y acompañar al ofendido a lo largo del proceso.

Falta por crear la figura de un nuevo participante procesal que pudiera denominarse “asistente legal del ofendido” cuya función sería proporcionar el auxilio jurídico oportuno, adecuado, suficiente y profesional para la protección de los intereses y de los derechos de las víctimas y ofendidos. No está por demás sugerir que se evite encomendar la asistencia jurídica al Ministerio Público cuya labor deberá centrarse fundamentalmente en la acusación.

b) Reparación del daño. El proyecto de reforma al sistema de administración de justicia penal continúa haciendo alusión al derecho que tiene el ofendido a la reparación del daño. La iniciativa prohíbe asimismo la libertad provisional del inculpado en los casos de delitos no graves cuando no se garantice la reparación del daño. No hace mención expresa para la hipótesis de delitos graves pero resulta lógico presumir que ocurrirá lo mismo. Sigue quedando pendiente la inclusión del perjuicio, mismo que no queda incluido dentro del concepto de daño y que puede llegar a ser un reclamo tanto o más importante que aquél.

¹⁴ Para más información véase la iniciativa completa en: www.seguridadyjusticia.presidencia.gob.mx

La nueva propuesta no ha abandonado la idea de la reparación del daño como pena pública y con ello no logra reivindicar suficientemente la figura del ofendido a quien debiera concederle la calidad de actor para reclamar de forma directa y principal la reparación del daño.

c) Ejercicio de la acción penal. El proyecto de reforma en materia penal no termina de reivindicar la posición del ofendido ya que en lo relativo al monopolio de la acción penal, subsiste la idea de que permanezca en manos del Ministerio Público reconociendo la coadyuvancia. Falta fortalecer la presencia del ofendido en el proceso penal concediéndole el ejercicio de la acción penal, más allá de la exigencia en materia de resarcimiento¹⁵.

d) Igualdad de posiciones entre imputado y ofendido. la iniciativa presidencial del 2004 busca establecer una cuidada y restringida "igualdad de armas" en materia procesal entre imputado y víctima, ampliando los derechos del ofendido sin menoscabar los derechos ni las garantías procesales del imputado. Así, plantea el deber de proteger a la víctima durante todo el proceso penal pero también exigirá la colaboración del ofendido en las distintas actuaciones. Se incluyen mecanismos de apremio pero sólo como último recurso para lograr la participación de la víctima en alguna etapa del procedimiento.

e) Limitación del careo. En los términos del proyecto se propone una limitación del careo que amplía los derechos del ofendido y restringe los del imputado. Sustituye el deber del careo a favor de una declaración especial. Establece que la víctima o el ofendido no estarán obligados a carearse con el inculcado cuando aquellos sean menores de edad o sean técnicamente inimputables¹⁶. La propuesta aventaja a la normatividad vigente ya que actualmente esta disposición se aplica exclusivamente para los supuestos de secuestro o violación.

Conclusiones

La administración de justicia penal en América Latina en general, y en México en particular, se ha caracterizado por la adopción de un sistema burocrático, ineficiente, lento, rígido e injusto que ha permeado a tal grado la cultura jurídica que ha resultado prácticamente inamovible.

El procedimiento penal propio de nuestros países afecta, se opone, desconoce y vulnera gravemente los derechos y los intereses de las víctimas u ofendidos. Este panorama de violación y desconocimiento sistemático de derechos constituye uno de los problemas más graves que debe enfrentar un proyecto de reforma a los sistemas de justicia penal.

¹⁵ Esta idea ha sido externada en numerosas ocasiones por el ilustre jurista Sergio García Ramírez.

¹⁶ Por sujetos técnicamente inimputables se entiende –dentro de la iniciativa– a quienes no tengan capacidad para comprender el significado del hecho.

Diversos factores, entre ellos la magnitud de la crisis de la administración de justicia en materia penal y el aumento desmedido de la criminalidad, impulsaron el surgimiento de un proceso de reforma a fondo de la justicia penal en casi todos los países latinoamericanos como Guatemala, Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Bolivia y Paraguay, entre otros. México cuenta hoy ya con proyectos y anteproyectos de reformas procesales que en mayor o menor medida se asemejan a las anteriores.

En el fondo esta situación de conflicto entre realidad y teoría, e incluso entre las distintas orientaciones teóricas no son más que una manifestación de los profundos conflictos de carácter social a los que ni el legislador, ni el abogado, ni el juzgador, ni la academia, y mucho menos los ciudadanos pueden sustraerse. Por ello ante los proyectos y propuestas de defensa de los derechos de las víctimas cuya valoración de inicio no puede dejar de ser positiva, surge siempre la duda de si serán finalmente instrumentados o si se trata nuevamente de estrategias políticas.

El derecho victimal es una ciencia en ciernes donde aún está prácticamente todo el camino por andar, un camino que afecta a las bases de la estructura social y a las propias bases del sistema penal. Esperamos, sin embargo, que tal camino se recorra y sirva como el verdadero impulsor de una reforma procesal penal que permita acercar más la respuesta estatal frente al delito a las necesidades reales de las víctimas.

Las víctimas del delito son cada vez más numerosas, constituyen parte de un fenómeno generalizado, originado por la falta de empleo y la situación de pobreza que genera problemáticas sociales que inciden en el aumento de los índices de criminalidad, que aunado a un sistema de administración de justicia blando e ineficiente, caracterizado por la impunidad, nos dejan frente a un panorama trágico.

Permanece la esperanza de que el Poder Legislativo, con base en los diversos foros de análisis y discusión, asuma el compromiso reconocer, plantear e instrumentar un sistema de normas con derechos asistenciales amplios para apoyar a las víctimas del delito, que despejaría el camino para el desarrollo de un sistema que proteja a las víctimas del delito, o dicho en otros términos, en favor de cualquier ser humano que tenga la desgracia de ser victimizado.

Se requiere mucho más que las incipientes pinceladas que aparecieron en la reciente iniciativa de reforma procesal penal para finalmente poder asegurar el respeto de los derechos de las víctimas en nuestro país.

Bibliografía

- Bayltelman, Andrés, *El juicio oral en el nuevo proceso penal*, Editorial Cono Sur, Chile, 2000.
- Blanco Escandón, Celia, *Derecho procesal penal. Enseñanza por casos*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Bustos, J y Larrauri, E., *Victimología: presente y futuro*, PPU, Barcelona, 1993.
- Cárdenas, J., "La víctima en el proceso penal" en Nueva Doctrina Penal, Vol. B, Buenos Aires, 1999.
- Carocca, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Barcelona, 1998.

- Cevasco, Luis Jorge, *Principios de derecho procesal argentino*, Editorial Oxford, Buenos Aires, 1999.
- Darritchon, Luis, *¿Cómo es el nuevo proceso penal?*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- García Ramírez, Sergio, *Proceso penal y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 1992.
- González, Moisés, *El recurso de protección y el sistema jurídico chileno*, Escuela de Graduados, facultad de Derecho, Santiago de Chile, 1999.
- Hernández Pliego, Julio A., *Programa de derecho procesal penal*, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Hoyos, Arturo, *El Debido Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.
- Maier, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- Oronoz, Carlos M., *Las pruebas en materia penal*, Editorial PAC, México, 1996.
- Romero Apis, José Elías, *El desafío de la justicia*, Miguel Angel Porrúa Editor, México, 2001.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del puerto, SRL, Buenos Aires, 2000.
- Safford, J. y otros, *La implementación de la reforma procesal penal*, CDJ/CPU, Santiago, 1996.
- Squella, Agustín (ed.), *La cultura jurídica chilena*, Editorial CPU, Santiago de Chile, 1994.
- Sarre, Miguel, *La averiguación previa: un obstáculo para la modernización del procedimiento penal*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, 1997.
- Trejo, Miguel A. y otros, *En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de reforma Judicial, El Salvador, 1994.