

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA**  
**MAESTRÍA INTERINSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS**

**TEMA:**

**AUSENCIA DEL ASESOR JURÍDICO INSTITUCIONAL DE LA VÍCTIMA  
EN EL JUICIO DE AMPARO: REFERENCIA DEL MENOSPRECIO  
JURÍDICO DOCTRINAL DE LA VÍCTIMA**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO HUMANOS**

**Sustentante: Raquel Rebeca Zertuche Zertuche**

**Director de Tesis: Doctor Omar Vázquez Sánchez**

## ÍNDICE

### Introducción

<b>I.</b>	<b>Capítulo 1. Identificación de los niveles epistemológicos del derecho y la relación con el derecho victimal</b> - - - - -	<b>06</b>
	<b>1. Tridimensionalidad del derecho y sus raíces epistemológicas</b> - - - - -	<b>08</b>
	<b>1.1 Los intérpretes de los estadios de la tridimensionalidad del derecho</b> - - - - -	<b>11</b>
	<b>2. Los derechos humanos y la tridimensionalidad del derecho</b> - - - - -	<b>17</b>
	<b>2.1 Las dimensiones axiológica, lógica y ontológica de los derechos humanos</b> - - -	<b>18</b>
	<b>3. Estudio del derecho victimal desde la tridimensionalidad del derecho</b> - - - - -	<b>21</b>
	<b>3.1 El derecho victimal como estamento axiológico</b> - - - - -	<b>23</b>
	<b>3.2 El derecho victimal como estamento lógico y ontológico</b> - - - - -	<b>25</b>
<b>III.</b>	<b>Capítulo 2. El menosprecio de la víctima u ofendido en el Derecho Penal Mexicano</b> - - - - -	<b>33</b>
	<b>1. Precisiones lingüísticas acerca de los términos víctima u ofendido y menosprecio</b> - - - - -	<b>33</b>
	<b>1.1 Víctima u ofendido</b> - - - - -	<b>33</b>
	<b>1.2 Menosprecio</b> - - - - -	<b>41</b>
	<b>2. El devenir jurídico de la víctima u ofendido en el contexto histórico doctrinal</b> - - - - -	<b>43</b>
	<b>2.1 La víctima u ofendido, gobernados súbditos del mundo antiguo</b> - - - - -	<b>44</b>
	<b>2.2 Modernidad del Estado y soslayo de la víctima en las prácticas punitivas</b> - - -	<b>48</b>
	<b>2.3 El positivismo criminológico como referente del Estado de legalidad</b> - - - - -	<b>57</b>
	<b>2.4 Reflexiones conclusivas sobre el menosprecio de la víctima</b> - - - - -	<b>59</b>

**IV. Capítulo 3. Juicio de amparo, derechos humanos y garantismo ante la víctima u ofendido - - - - - 65**

**1. El escenario del Estado constitucional de derecho y los derechos humanos - - 65**

**1.1 La importancia de las estructuras doctrinales en la ciencia jurídica - - - - - 68**

**1.2 El Estado constitucional de derecho y la necesidad de legitimar su función administradora de justicia - - - - - 71**

**2. Constitucionalidad en el sistema acusatorio adversarial - - - - - 75**

**2.1 Derechos humanos y su configuración constitucional - - - - - 78**

**3. El garantismo como estructura funcional de los derechos humanos - - - - - 81**

**4. Las víctimas y el derecho nacional e internacional público - - - - - 87**

**4.1 Concepción de víctima u ofendido en el Código Nacional de Procedimientos Penales - - - - - 89**

**4.2 Concepción de la víctima en la Ley General de Víctimas - - - - - 90**

**V. Conclusiones - - - - - 99**

**VI. Fuentes de información básicas - - - - - 101**

## INTRODUCCIÓN

Una de las condiciones para comprender los significados del presente trabajo, que compila los elementos que explican en un sentido laxo y extendido el menosprecio del papel de la víctima u ofendido en el juicio de amparo, es el análisis de los niveles epistemológicos de la ciencia jurídica, pues sin esa base teórica, no podremos distinguir este panorama que hoy afecta, en no pocos sentidos, la condición jurídica de la víctima u ofendido en uno de los medios de defensa tan significativos en materia penal, como lo es el juicio de amparo.

Invariablemente, habremos de relacionar a lo largo de estas páginas, la categoría de víctima u ofendido de las personas en calidad de pasivos en cuestiones antijurídicas ante un imputado o sentenciado, y eventualmente, relacionaremos ambos conceptos en uno solo, es decir, en la víctima, a efecto de no ser reiterativos, salvo cuando las condiciones conceptuales nos obliguen a una mayor precisión entre lo que significa víctima con relación al ofendido, porque, *stricto sensu*, no son sinónimos, pero sí pertenecen a una misma familia conceptual en materia de derecho penal.

Ello, porque si bien en el ámbito del *ius puniendi* se ha generado en los últimos cincuenta años un movimiento doctrinal que ha impactado en el universo jurídico en beneficio de las víctimas u ofendidos del delito, en este sentido no han quedado satisfechas de modo integral las necesidades de esta figura cuando se trata del juicio de amparo.

Así, en el primer capítulo, habremos de abordar las cuestiones relativas a lo que el derecho representa en el escenario de la epistemología jurídica, con las tres categorías desde las cuales debe ser estudiado, observado y materializado, de acuerdo a la tridimensionalidad del derecho y la filosofía del derecho, plataformas de carácter justificadamente teóricas a las cuales habremos de acudir para mejor corresponder los fines introductorios del presente documento de tesis, y en función de los objetivos planteados en el posgrado que motiva a la misma.

En cuanto al segundo capítulo, antes de ingresar al análisis del presente documento, hay que realizar un ejercicio de precisión de carácter semántico-jurídico en relación con los términos de víctima u ofendido.

Asimismo, habremos de relacionar algunas consideraciones de orden lingüístico para colocar en una comprensión adecuada, la conjugación de los términos *menos* y *precio*, que integran la

palabra *menosprecio*, que puede sonar un tanto extrema en relación con el título de este documento, sin embargo, como veremos aquí, es perfectamente plausible para nuestros fines.

También se hace una relación histórica de diversos conceptos y sucesos históricos que se pretenden identificar alguna similitud con el papel de la víctima o el ofendido, sin embargo como quedó establecido en el capítulo 1, es hasta la posguerra que sale a la luz la definición del tema en estudio.

En relación al tercer capítulo, para comprender el papel innovador que guarda la víctima u ofendido en el escenario de la posmodernidad, debemos analizar los avances que recién se verificaron en beneficio de esta figura en el paradigma de lo que denominamos el Estado constitucional de derecho.

Después de la descripción de este modelo de Estado —al que hemos aludido en algunos renglones en el capítulo 1— habremos de realizar una exposición de los tenues avances verificado recientemente en beneficio de la víctima, y que tienen en su menosprecio en el juicio de amparo una muestra palpable de esa insuficiente atención institucional.

También se hará mención del concepto de víctima u ofendido en la Constitución Federal y en diversas legislaciones de reciente muy creación en México, para comprender la descripción del problema materia de esta tesis.

## **CAPÍTULO 1**

## **IDENTIFICACIÓN DE LOS NIVELES EPISTEMOLÓGICOS DEL DERECHO Y LA RELACIÓN CON EL DERECHO VICTIMAL**

Desde los múltiples estudios facultativos en nuestra formación como juristas, como personas con cierta experticia en la ciencia jurídica, aprendimos diversas dimensiones de esta ciencia, categorías que estudiamos de modo difuso, y en no pocas ocasiones confuso, como lo argumentamos más adelante.

De este modo, ese proceso de aprendizaje en las aulas —no sólo de licenciatura sino eventualmente de posgrado—, por la configuración de los planes de estudio, no hace sustantivo hincapié en estas dimensiones que nos ayuden a comprender, por ejemplo, tres cuestiones básicas desde el plano epistemológico —que como sabemos, es la esencia filosófica del conocimiento humano en cuanto a sus principios, sus métodos, sus fundamentos, como ocurre con la epistemología jurídica—, que si bien no es nueva su concepción desde este plano, sí lo es el renacimiento de la ponderación de la ciencia jurídica, ante las nuevas condiciones de la posmodernidad: cuál es el fin del derecho, qué es el derecho, y cuál es la función del derecho.

Como referimos, esta circunstancia se ha revitalizado a partir de la experiencia académica y de investigación profunda de estas dimensiones, desde la prospectiva de autores como Eduardo García Máynez, Miguel Reale, Manuel Atienza o Serafín Ortiz, entre los más significativos de Europa y Latinoamérica.

Las tres cuestiones que planteamos, tienen extensa relación con la forma en que apreciamos el derecho; esto es, su condición como valor (dimensión axiológica), como norma (dimensión lógica) y como principio empírico (dimensión ontológica).

Toda esta exposición inicial, tiene como base conceptual el trabajo desarrollado por Serafín Ortiz Ortiz,<sup>1</sup> por considerarlo —desde nuestra perspectiva— como uno de los juristas más

---

<sup>1</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, segunda edición, ISBN 978-607-09-2757-7 Ciudad de México, 2017.

accesibles en el estudio y comprensión de un tema complejo y que, una vez revisado, nos dará los mayores argumentos para defender la postura que aquí presentamos y describimos desde la introducción de este documento de tesis.

A su vez, realizamos un análisis de por qué la valoración de la tridimensionalidad del derecho nos ayuda a vislumbrar la condición desventajosa de la víctima u ofendido con relación a sus derechos humanos, entre ellos, el de seguridad jurídica en el juicio de amparo, no como parte interesada en este procedimiento de *habeas corpus* —pues resulta evidente que no puede adquirir esa categoría normativamente—, sino como persona con un interés legítimo —en una consideración que va más allá del interés jurídico, que los mismos tribunales federales han delimitado de modo fehaciente<sup>2</sup> en la jurisprudencia del caso—, en una condición de menosprecio ante la protección que la justicia federal ofrece, eventualmente, a su ofensor:

INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado precepto establece que el juicio de amparo indirecto se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, “teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo”, con lo que atribuye consecuencias de derecho, desde el punto de vista de la legitimación del promovente, tanto al interés jurídico en sentido estricto, como al legítimo, pues en ambos supuestos a la persona que se ubique dentro de ellos se le otorga legitimación para instar la acción de amparo. En tal virtud, atento a la naturaleza del acto reclamado y a la de la autoridad que lo emite, el quejoso en el juicio de amparo debe acreditar fehacientemente el interés, jurídico o legítimo, que le asiste para ello y no inferirse con base en presunciones. Así, los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso

---

<sup>2</sup> Tesis 2ª/J.51/2019 (10ª.), Registro 2019456, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por reiteración, publicación 8 de marzo de 2019.

en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente. [...]

Y esta aparente contradicción respecto de los derechos de la víctima u ofendido que se vive cotidianamente en sede judicial, advierte su disfuncional manifestación en la normativa que no prevé algún tipo de apoyo en el interés legítimo de la víctima u ofendido en el juicio de amparo, y que devela algo mucho más preocupante: que existen víctimas u ofendidos del delito cuyos derechos humanos quedan completamente al margen de su condición de *personas humanas*, como lo veremos en la parte correspondiente en los episodios que siguen.

### **1. Tridimensionalidad del derecho y sus raíces epistemológicas**

Ahora, para ingresar al análisis del tema, debemos apuntar que el estudio de la tridimensionalidad del derecho, tiene como fuente de justificación la comprensión epistemológica de las diferentes concepciones del derecho. Para mejor comprender esta condición en que estamos planteando el análisis de este subtítulo, es necesario apuntar la reflexión de Ortiz Ortiz:

El derecho no es exclusivamente una lectura de normas, pues no se trata de profundizar en el conocimiento de ciertos objetos de estudio para arreglar problemas hipotéticos de la vida social a través de la regulación normativa, sino de tener la posibilidad de observar en qué dimensión se construye ese objeto de estudio, que sin duda desborda las particularidades del asunto estrictamente normativo; por tanto, a la argumentación jurídica la enmarcaremos en una revisión epistemológica; para ello, debemos entender que el derecho es un objeto de estudio tridimensional.

Desde la década de 1950 se problematizó en Alemania sobre perspectivismo jurídico. ¿Qué quiere decir esto? Que el derecho tiene perspectivas, tiene dimensiones. En esta corriente del pensamiento jurídico destacan de modo relevante varios autores, como Goldshmidt, Maihoffer, o un gigante de la axiología del derecho, Gustav Radbruch, quien planteaba la idea de la perspectiva o de las perspectivas jurídicas; y Arthur Kaufmann, quien también desarrolló esta postura, sosteniendo que el derecho tiene diversas perspectivas de abordaje, y no se concreta sólo en la lectura de las leyes.<sup>3</sup>

¿Qué significa esta apreciación de Ortiz en el ámbito de quienes hacen del derecho su espacio de desarrollo profesional, y por consecuencia, una parte importante de la comprensión de su realidad social?

Bueno, significa que la forma en que percibamos el derecho y su existencia, marcará también la manera en que entenderemos la función, esencia y eficacia de la norma jurídica al medio de la colectividad que se sujeta a los mandatos de la ley.

Pero, debemos reflexionar algo significativo: ¿el derecho es sólo una norma para regular las relaciones entre las personas?

Si es así, tendríamos una definición muy limitada del derecho porque cargaríamos a nuestra disciplina de un determinismo poco persuasivo para la solución de las problemáticas sociales —y cuya manifestación más clara y común estaría representada, *v. gr.*, en el fenómeno del inflacionismo penal, donde se quiere controlar y delimitar las expresiones criminales a golpe de decreto no sólo en México sino en Latinoamérica—. No obstante, el derecho es más que eso, más que una función: es una esencia de la evolución humana con relación a sus más preclaros valores cultivados hasta los momentos cúspides de las civilizaciones más avanzadas.

Y sin embargo, no se puede agotar allí el análisis; se tiene que ir más a fondo, en una concepción *iusfilosófica* de la condición del derecho. Tenemos que valorar sensiblemente su eficacia en cuanto a construcción social, es decir, en cuanto al aspecto teleológico y fáctico de la norma.

---

<sup>3</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la...*, *op. cit.*, p. 1.

Apunta Ortiz Ortiz:

Así, el derecho es a un mismo tiempo tres cosas: el derecho se refiere a normas, por supuesto, a hechos, y a valores; el derecho es tridimensional, discusión no nueva, sólo que en el foro jurídico mexicano lo hemos venido aterrizando a nuestra perspectiva.

Todas las instituciones del derecho admiten esta triplicidad; empero, *hay instituciones que nos resultan incomprensibles porque hay quienes las ubican en una sola dimensión.* Esto se vincula a tres particularidades que se desprenden de un ejercicio que se plantea en el campo del derecho, del que se generan tres preguntas: ¿qué es el derecho?, ¿cuál es su función?, y ¿cuál es el fin del derecho? [Las cursivas son nuestras].<sup>4</sup>

La raíz de este análisis de la ciencia jurídica que nos proporciona Ortiz Ortiz, deriva evidentemente de la filosofía del derecho, que advierte los siguientes estadios, conforme lo expone el magistrado Ojeda Velázquez:

Axiológico: Trata sobre los valores supremos hacia los cuales tiende el derecho. De aquí nace la Teoría de la Justicia.

Ontológico: Dirigido a precisar en qué consiste el derecho como norma obligatoria y coactiva. Cuáles son las propiedades esenciales del derecho y con ello las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente a los otros órdenes normativos como la moral (Teoría General del Derecho).

Fenomenológico: Estudia el comportamiento efectivo de los seres humanos que viven en sociedad, sus reacciones frente a la autoridad: la vida del derecho, su desarrollo y cambios institucionales. Sociología jurídica.<sup>5</sup>

### **1.1. Los intérpretes de los estadios de la tridimensionalidad del derecho**

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>5</sup> OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Teoría y ciencia de la justicia*, primera edición, ISBN 978-607-8551-01-9, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México, 2017, p. 5.

En el primer escenario de desarrollo de la ciencia jurídica determinada como un valor filosófico, encontramos el trabajo de los juristas doctrinales, los estudiosos de la condición axiológica de la norma, y que son quienes en el devenir de nuestra ciencia, nos aportan los elementos jurídico-epistemológicos que le dan solidez teórica al derecho.

En este segmento, podemos mencionar a los clásicos como Herman Heller y su *Teoría del Estado*, a Eugenio Raúl Zaffaroni y su *Tratado de derecho penal*, a Luigi Ferrajoli y sus aportaciones al *Garantismo penal*, a Manuel Atienza y su *Filosofía del derecho*, a Stephen Toulmin y *Los usos de la argumentación*, a Karl Larenz y su *Metodología de la ciencia del derecho*, y muchos otros teóricos cuya principal preocupación ha sido fundamentar y describir los aspectos conceptuales y doctrinales de nuestra disciplina social.

Para tener una referencia de lo que implica esta categoría, traemos a cuenta la condición axiológica que Ferrajoli rescata en el proceso evolutivo del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho —modelos de Estado que estudiaremos a detalle en otros subtítulos—, sobre todo en cuanto al paulatino soslayo del rígido positivismo jurídico:

En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes —su «deber ser», y no sólo su «ser»— los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.<sup>6</sup>

Varios de estos nombres y sus obras, lamentablemente —por la impericia de académicos y desconocimiento del alumnado o por el condicionamiento de la rígida y repetitiva enseñanza positivista del derecho en las aulas académicas—, no alcanzan a conocerse e impartirse plenamente

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, cuarta edición, ISBN 84-8164-285-1, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 19.

en el proceso de enseñanza-aprendizaje en nuestra etapa de estudiantes, y en último caso, el acercamiento a los temas descritos, suele darse de modo únicamente circunstancial, sin enterarnos de la trascendencia de ese abordaje, que es el que pretendemos evidenciar en esta parte inicial.

Así, cuando deseamos comprender en la categoría fenomenológica u ontológica los alcances de la categoría axiológica, nos vemos limitados en nuestra apreciación, porque no contamos con los instrumentos doctrinales para entender, por ejemplo, por qué la posición del garantismo penal de Ferrajoli debe suponerse como un factor esencial para el control del *ius puniendi*, en tanto conveniente mecanismo para el ejercicio disimulado pero contundente del poder, pues los sistemas políticos de finales del siglo XIX vieron en el positivismo jurídico una referencia ideal para ese fin, teniendo como divisa la presunta solución de todas las problemáticas en materia de derecho penal.

Ese mismo escenario concurre cuando queremos realizar una descripción desde la fenomenología sobre la utilidad de la metodología de la ciencia que propone Larenz respecto a la confrontación entre el derecho como ciencia y el derecho como instrumento de control, y si vamos más allá, olvidamos en el soslayo de la lectura de Atienza y Toulmin las condiciones que deben caracterizar el ejercicio de la norma jurídica en el ámbito del neoconstitucionalismo, que como campo teórico de avanzada, pondera los derechos humanos prescritos en la Carta fundamental.

En el segundo escenario de desarrollo de la ciencia jurídica, determinada como un factor ontológico, colocamos a todos y cada uno de los procesalistas y dogmáticos de la ciencia jurídica, como es el caso de los juristas romanos —civilización de un acabado concepto perfeccionista de la ciencia jurídica, como el derecho civil que vive pleno en nuestros días— encabezados por Ulpiano, por Gayo, por Aquilio, y que habrían de ser sucedidos en la corriente epistemológica de la eficiencia y eficacia de la norma por los grandes dogmáticos de Alemania como Franz von Liszt y su *Dogmática Jurídica* afirmada en su *Programa de Marburgo*, o a Carl Schmitt con su *Teoría del orden político* que tanto favoreció a la ideología del régimen nazi, a Hans Kelsen y su *Teoría pura del derecho*, o al clásico florentino Piero Calamandrei y sus *Instituciones de Derecho Procesal*, y en este tenor, no podemos olvidar a Claus Roxin y su *Programa alternativo* y a Günther Jakobs y su *Dogmática Jurídica y Derecho Penal del Enemigo*.

En esta categoría es donde se nos educó desde las aulas, merced a la enorme influencia que ejerció (y sigue ejerciendo en no pocos sentidos) el positivismo jurídico de Hans Kelsen, que le

otorgó a la norma secundaria un poder sustantivo sobre la Ley fundamental, a partir del modelo de Estado que propició esta supremacía, como lo es el Estado legalista, el Estado de derecho, y del cual Ortiz nos da una referencia contundente:

No es muy agradable hablar de formalistas —lectores de códigos—, pues implica mirar a los abogados sólo como reproductores de esa lectura. Cuando nosotros leemos los códigos y tratamos de interpretarlos, lo que estamos haciendo es construir sobre un lenguaje, porque el lenguaje que interpretamos es la norma y nosotros producimos interpretación de éste, lo que se convierte en otro. Así, se dice que hacemos o producimos metalenguaje y que algunos otros hacen meta del metalenguaje. Esta visión de los lenguajes, todo esto que llamamos positivismo o normativismo, es en esencia lenguaje.<sup>7</sup>

En esta dimensión epistemológica fue donde nos educamos los juristas de mediados y finales del siglo XX: en el legalismo que otorgaba mayor peso a la *validez* de la norma que al *valor* de la norma, actualizando el eterno diferendo entre lo que es *justo* y lo que es *legal*.

Al modo que Hans Kelsen lo planteó, el derecho generaba al Estado y el Estado genera al derecho,<sup>8</sup> y desde esa simbiosis autorreferente, ambos conceptos se legitimaban.

Se nos enseñó a los profesionales del derecho —desde los espacios de habilitación y formación académica—, a pensar más en la coacción de la norma que en la presencia sociológica de la misma.

Radbruch apunta la condición positivista de la norma —que es la categoría ontológica en la cual nos estamos ubicando al momento—, y las consecuencias que esa corriente del positivismo jurídico nos ha determinado como operadores del derecho; así, por ejemplo, el juez en este sistema, es un funcionario que se pregunta qué es jurídico, pero nunca si también es justo lo que piensa:

Todo juez atendiendo a la ley es por eso y sólo por eso, también al mismo tiempo un juez justo y está obligado a rendir obediencia al derecho, aún en los casos en que éste se halla en contradicción con la justicia, porque la seguridad jurídica reclama *que el derecho*

---

<sup>7</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Fontamara, México, 1998.

*positivo se aplique aun cuando sea injusto* y, por otra parte, la aplicación de un derecho injusto lo mismo hoy que mañana, su aplicación igual a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia; de esta manera, lo injusto se reparte justamente y por igual entre todos [las cursivas son nuestras].<sup>9</sup>

Resulta ser esta dimensión donde se quedaron los juristas del siglo XX, y que hoy en el siglo XXI, no alcanzan a comprender en los espacios institucionales de procuración y administración de justicia civil y penal —especialmente— los alcances de la tridimensionalidad del derecho.

Aun con ciertas reservas, para Herrera, la crisis aparentemente terminal del positivismo jurídico de estricta observancia y del más puro formalismo jurídico, a partir de la segunda mitad del siglo XX, luego de la aparición de normas positivas manifiestamente injustas en la primera parte del siglo, trajo aparejado un replanteo respecto al tema del contenido (justo) de las normas jurídicas. En otras palabras, se refiere al problema de la verdad en las proposiciones jurídicas. Así pues, sin caer en el iusnaturalismo al que algunos consideran superado desde el punto de vista científico, ni el positivismo jurídico en retirada, aparecen algunos intentos de buscar una tercera vía que sirva de fundamentación del derecho. En este terreno podemos citar a “la teoría de la justicia de Rawls”; la “teoría de la adjudicación de Dworkin; la “teoría de la acción comunicativa” de Habermas; la “Moderna hermenéutica” de Kaufmann; el “retorno de la tópica aristotélica” de Viehweg, o la “Nueva retórica” de Perelman.<sup>10</sup>

La lectura crítica de Herrera sobre la condición del positivismo jurídico ante las nuevas condiciones sociales, denotan que si los entornos colectivos cambian, sin duda deben influir a su vez en la modificación de los aparatos jurídico-doctrinales en función de la efectividad y vigencia que debe ser trasladada a la siguiente categoría de la filosofía del derecho, como lo es la categoría fenomenológica.

---

<sup>9</sup> VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Distribuciones Fontamara, 2008, pp. 21-35.

<sup>10</sup> HERRERA, Daniel Alejandro, “¿Es posible una argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”, en Puy Muñoz, Francisco, y Portela, Jorge Guillermo (eds.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, primera edición, ISBN 84-9750-365-1, Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, 2004, p. 169.

Así, en el tercer escenario de desarrollo de la ciencia jurídica comprendida bajo una mirada fenomenológica, se ubican quienes desde la función del derecho pretenden incidir en la transformación de la sociedad, esto es, buscan impactar en el cambio de las condiciones de desarrollo que en algún momento pueden o no afectar a determinados intereses de grupo.

Debe señalarse en este sentido autores como el ya aludido Gustav Radbruch, desde su *Introducción a la filosofía del derecho*, o al jurista portugués Boaventura de Sousa Santos, quien desde su *Crítica de la Razón Indolente* como referente sustantivo de la sociología del derecho, nos muestra el camino para comprender las razones de por qué la norma debe configurarse sobre todo en un argumento que modifique en un acto de justicia social las condiciones de los menos favorecidos en las relaciones jurídicas y en las condiciones sociales de los diversos colectivos.

Asimismo, y para mejor explicar esta dimensión fenomenológica, De Sousa Santos pone de relieve el papel de los derechos humanos en el actual escenario de la posmodernidad como una alternativa para llenar los vacíos ideológicos del poder político, necesitado de la legitimidad cada vez menos concurrente en los procesos democráticos:

Durante los últimos veinte años, me ha sorprendido el grado en el que los derechos humanos se han convertido en el lenguaje de la política progresista. En efecto, durante muchos años, después de la segunda guerra mundial, los derechos humanos constituyeron una parte y parcela muy importante de la política de la guerra fría, y así los consideraba la izquierda. Los dobles criterios, la complacencia hacia los dictadores aliados, la defensa de concesiones mutuas entre los derechos humanos y el desarrollo, provocaron que los derechos humanos despertaran sospechas en todo guion emancipatorio. Tanto en los países del centro como en el mundo en desarrollo, las fuerzas progresistas prefirieron el lenguaje de la revolución y del socialismo a la hora de formular una política emancipatoria. No obstante, con la crisis aparentemente irreversible de estos proyectos para la emancipación, aquellas mismas fuerzas progresistas se encuentran en la actualidad teniendo que recurrir a los derechos humanos a fin de reconstruir el lenguaje de la emancipación. *Es como si se acudiera a los derechos humanos en busca de apoyo para*

*llenar el vacío de las políticas sociales. ¿Puede en realidad el concepto de derechos humanos llenar semejante vacío? [Las cursivas son nuestras]*<sup>11</sup>

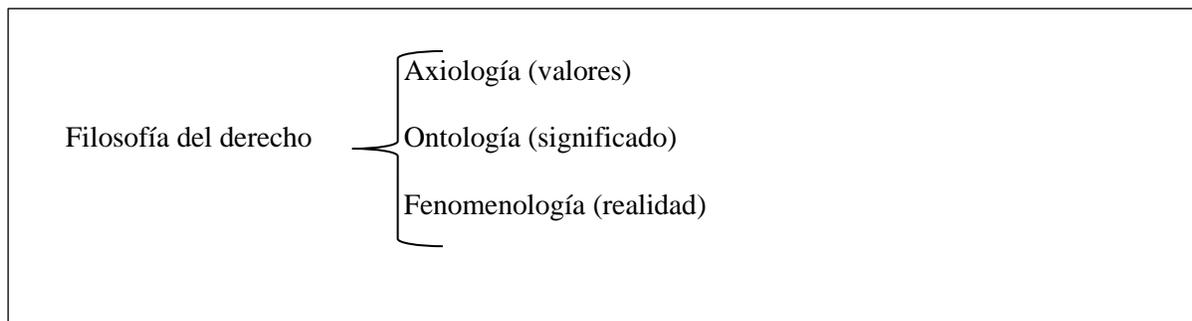
A lo largo de estos subtítulos, hemos distinguido las apreciaciones de Jorge Ojeda Velázquez desde la filosofía del derecho, y de Serafín Ortiz Ortiz desde la epistemología jurídica, y ambos autores coinciden en estas tres categorías, aunque en algún momento, lo que para Ortiz es la categoría ontológica, para Velázquez resulta ser la categoría fenomenológica, como se puede ver en el siguiente cuadro:

**Cuadro 1. Niveles epistemológicos del derecho**

Axiológico	-----Valores-----	Iusnaturalismo-----	Justicia-----	Enfoque filosófico
Lógico-----	Normas-----	Iuspositivismo-----	Validez-----	Enfoque teórico
Ontológico-----	Hechos-----	Realismo sociológico-----	Eficacia-----	Enfoque sociológico

Fuente: Obra ya referida de Serafín Ortiz Ortiz.<sup>12</sup>

**Cuadro 2. Clasificación de la filosofía del derecho**



Fuente: Obra ya referida de Jorge Ojeda Velázquez.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar el saber. Reinventar el poder*, primera edición, ISBN 978-9974-32-546-3, Ediciones Trilce, Montevideo, 2010, p. 63.

<sup>12</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la...*, op. cit., p. 11.

<sup>13</sup> OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Teoría y ciencia...*, op. cit., p. 5.

A partir de las consideraciones descritas, advertimos una afinidad en la prospectiva de Ortiz Ortiz, porque como ya mencionamos en párrafos precedentes, resulta ser su tratamiento teórico el que más se ajusta a los fines de este documento, en especial, porque desde ese tratamiento aborda la condición jurídica de los derechos humanos.

## **2. Los derechos humanos y la tridimensionalidad del derecho**

Para Ortiz Ortiz, como ya se dijo, el derecho es a un mismo tiempo tres cosas: el derecho se refiere a normas, por supuesto, a hechos, y a valores; el derecho es tridimensional.<sup>14</sup>

Teniendo como marco el Estado constitucional de derecho en el que se explica la tridimensionalidad del derecho, Ortiz se hace tres preguntas con sus respectivos apartados en relación a los derechos humanos en cada una de las dimensiones:

Axiológica: ¿Cuál es el fin de los derechos humanos? Desde un enfoque valorativo, es la libertad, la igualdad y la dignidad humana, en un contexto político democrático que genera consenso respecto a esos derechos fundamentales.

Lógica: ¿Qué son los derechos humanos? Desde un enfoque normativo, son los tratados internacionales, las convenciones, las constituciones, las leyes que los contienen, y que afirman su positivización como derechos humanos y sus garantías.

Ontológica: ¿Cuál es la función de los derechos humanos? Desde un enfoque empírico, describe las causas y consecuencias de la atenuación de la violencia o la mitigación de necesidades a partir de la realización material de los derechos humanos, dentro de un determinado sistema de desarrollo.<sup>15</sup>

Por supuesto que al igual que hicimos en el anterior subtítulo, aquí haremos uso de esas herramientas teóricas para distinguir la interpretación de los derechos humanos, a modo de paráfrasis, sobre lo que consideramos relacionado con los derechos humanos de las víctimas, para

---

<sup>14</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la...*, op. cit., p. 2.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 10.

demostrar cómo estos derechos han quedado en estamentos subyacentes que no alcanzan a cubrir esta condición de la tridimensionalidad a favor de la víctima, y por ende, acarrea las consecuencias que indicamos desde el título de este trabajo de tesis.

## **2.1. Las dimensiones axiológica, lógica y ontológica de los derechos humanos**

A partir de las consideraciones que al momento hemos realizado, debemos apuntar los siguientes escenarios de los derechos humanos conforme a las dimensiones analizadas.

Refiere Molina Carrillo que son dos las grandes posturas filosófico-jurídicas en las que descansa el contenido de los derechos humanos, e inclusive, enriquecen el debate sobre su significado: la iusnaturalista y la iuspositivista.<sup>16</sup>

Así, la postura iusnaturalista (dimensión axiológica) se refiere a “los derechos fundamentales que corresponden al ser humano; a las reglas del derecho natural que son anteriores a las normas jurídicas que existen dentro de la propia naturaleza humana, y que son imprescindibles y esenciales para poder desarrollarse y vivir como ser humano en distinción de los demás seres vivos”.<sup>17</sup>

Esta vía iusnaturalista, la encontramos sobre todo en el contexto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en la parte de su preámbulo, destaca a la proclamación de la Declaración Universal como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.<sup>18</sup>

En la corriente iusnaturalista, concurre a su vez la postura axiológica en torno a los derechos humanos que, de acuerdo a Molina Carrillo, menciona que son los derechos morales:

---

<sup>16</sup> MOLINA CARRILLO, Julián Germán, *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, primera edición, ISBN 968-865-085-4, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2003, p. 1.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>18</sup> PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y GARCÍA HUANTE, Omar (comps.), *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Tomo 1, primera edición, ISBN 970-644-331-2, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, pp. 33-34.

Dicho de otro modo, son valores de la dignidad humana. Esta corriente parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos no pueden ser jurídicos antes que ser valores del hombre; además, asegura que toda norma moral o jurídica, presupone una serie de valores acerca de los fines de la vida individual, social y política.

Como se observa, la teoría del derecho natural —*iusnaturalismo*—, se opone a la del derecho positivo —*iuspositivismo*— y a la del derecho a través de la historia —*historicismo*— como única fuente del derecho.

En otras palabras, los iusnaturalistas parten de la idea de un derecho intrínseco al ser humano.<sup>19</sup>

Para los teóricos de la corriente positivista (dimensión lógica del derecho), los derechos humanos tienen como base de interpretación la validez del derecho a partir de cumplir una serie de requisitos de carácter parlamentario, es decir, el derecho humano nace desde la visión del poder político, y no desde la expresión de la dignidad humana intrínseca de las personas en cuanto gobernados.

Esta es una apreciación que ha permeado a lo largo del siglo XX, y que se relaciona con la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, que por antonomasia identifica *ciertos* derechos del ciudadano ante el Estado como derechos subjetivos.<sup>20</sup>

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se alude también en el preámbulo a esta dimensión lógica de los derechos humanos, al apuntar que esta declaración se promulga a partir de considerar que resulta esencial que “los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión [y que] los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> MOLINA CARRILLO, Julián Germán, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>20</sup> Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), segunda edición, ISBN 968-58-0032-4, UNAM, México, 1982.

<sup>21</sup> PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y GARCÍA HUANTE, Omar (comps.), *Compilación de Instrumentos...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

En el nivel de lo ontológico, como hemos dicho —y que de acuerdo a Ortiz Ortiz, es el mundo de los hechos—, el derecho se configura como un hecho social.

La ciencia del derecho es práctica si la sabemos comprender en toda su magnitud y abarcar los contenidos; pero si nos dedicamos sólo a leer códigos, entonces de nada nos servirá una formación académica más avanzada, con maestría y doctorado en el palmarés. El objetivo del jurista debiera focalizarse no en ser mejor lector de leyes, sino comprender el fenómeno jurídico en toda su enorme complejidad.<sup>22</sup>

En el espectro de los derechos humanos, la Declaración Universal ya aludida, plantea el enfoque desde el realismo jurídico, y expone en su preámbulo que esta declaración se emite al tenor de considerar que el desconocimiento y el menosprecio de estos derechos “han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.<sup>23</sup>

Sin embargo, dado su carácter equitativo e igualitario así como reafirmador de la condición del ser humano ante el Estado, esta categoría no ha sido expuesta sino hasta hace unas décadas, al retomarse el discurso de los derechos humanos como un argumento para la legitimación de los regímenes en la posmodernidad, como lo apuntamos en líneas anteriores sobre la lectura del portugués De Sousa.

Y es que el discurso socio-jurídico de los derechos humanos, además de refrescante, suele tener un matiz ciertamente revolucionario de los rígidos paradigmas del positivismo y el legalismo, que limitan su visión solamente en la validez de la ley (dimensión lógica, como ya dijimos), soslayando su carácter axiológico, y por ende, modificando sus alcances como factor de cambio en las sociedades actuales.

---

<sup>22</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>23</sup> PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y GARCÍA HUANTE, Omar (comps.), *Compilación de Instrumentos...*, *op. cit.*, p. 33.

En ese escenario de definiciones se inscribe, indudablemente, el derecho victimal que, como parte formal de los derechos humanos, tiene una serie de condicionamientos de orden doctrinal que veremos a continuación en esta parte del documento.

### **3. Estudio del derecho victimal desde la tridimensionalidad del derecho**

Antes de comenzar esta exposición, debemos puntualizar que una de las condiciones que jurídica y doctrinalmente identifica al debido proceso —y que incluso podríamos decir que lo legitima—, es la igualdad procesal de la que deben tener los diferentes actores involucrados en el proceso penal.

Ya el propio Piero Calamandrei lo apunta en su conocido aforisma procesal: “Las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones”.<sup>24</sup>

En consecuencia, la igualdad procesal es la igualdad de las partes ante la ley, lo que significa que este principio extiende su interpretación ante el debido proceso en tanto derecho humano de cualquier persona. Esta expresión, que pareciera configurarse en una señalada obviedad, no necesariamente se cumple en el contexto procesal integral de la víctima u ofendido en el caso del derecho penal mexicano.

Y cuando referimos el término *integral*, no hablamos sólo del auxilio que hoy tiene la víctima u ofendido por parte del Estado en los momentos inmediatamente posteriores a la *notitia criminis* y a lo largo de todo el proceso de parte de los operadores jurídicos (fiscal, asesor victimal, profesionales de la psicología y la medicina, etcétera), sino a la realidad que viven las personas pasivas del delito ante el juicio de amparo, que promueven de modo consuetudinario las personas activas de la conducta ilícita, y donde se pone en evidencia, en el escenario de los órganos de control constitucional, que el ofendido o la víctima se encuentra soslayada institucionalmente en ese momento del proceso penal: ya no está el fiscal, ni el asesor victimal, y mucho menos los psicólogos o los médicos.

---

<sup>24</sup> CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Trad. Santiago Sentís Melendo), Editorial Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 418.

Es allí donde identificamos un problema de falta de igualdad procesal de la víctima u ofendido en el juicio de amparo, que a la luz de las consideraciones socio-jurídicas, implica un grave olvido en esta parte del proceso, lo que a su vez, resulta una muestra de lo que identificamos como el menosprecio jurídico-doctrinal de la víctima en el sistema jurídico mexicano desde las propias instituciones, factor que analizaremos en los capítulos subsiguientes de este documento de investigación, junto con una serie de variables que estamos exponiendo desde la tridimensionalidad del derecho<sup>25</sup> y otras construcciones doctrinales específicas de la victimología<sup>26</sup> y el derecho penal.<sup>27</sup>

### **3.1. El derecho victimal como estamento axiológico**

Nadie puede estar en desacuerdo —sin duda— de que la víctima u ofendido y sus derechos representan un valor sustantivo desde el punto de vista iusnaturalista. Sobre todo cuando comprendemos que los derechos humanos tienen la finalidad de colocar en un plano de igualdad y equidad a personas dispares.

Sin embargo, a lo largo de la historia moderna, recién en el siglo XX la víctima u ofendido del delito comenzó a ser tomada en cuenta, y para Zamora Grant —al margen de que en capítulos subsecuentes haremos una revisión más exhaustiva de los orígenes de esta situación con la víctima u ofendido—, esto tiene una explicación muy clara:

El derecho penal de la modernidad fue concebido bajo las inercias de la defensa social, instrumentado para proteger a la sociedad organizada y reaccionar ante quienes atentan contra ella. Un derecho penal por tanto de orden público, creado para atender un problema considerado únicamente entre el Estado y el transgresor de la norma, para reaccionar en

---

<sup>25</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la...*, op. cit., p. 11.

<sup>26</sup> ZAMORA GRANT. José, *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, primer edición, ISBN 978-607-8211-26-5, Colección de textos sobre derechos humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio, TENORIO, Fernando, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejanddro, *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 2013.

contra de quienes infringen las leyes penales, precisamente por infringirlas. Un derecho penal que no sólo olvidó a la víctima, sino que la excluyó, expropiándole de las potestades que —en una concepción premoderna— hasta entonces había gozado.<sup>28</sup>

Este paradigma de un derecho penal interesado en responder a la presencia del imputado en el drama penal como ofensor de la sociedad y no de la víctima propiamente, se trasladó a las sociedades que crecieron jurídico-doctrinalmente bajo el cultivo de occidente, esto es, de la influencia epistemológica romano-germánica, como lo es el caso de México:

El que en el país no se atendiera el tema de los derechos de las víctimas sino hasta la década de los noventas, no es más que el reflejo del desinterés generalizado por un tema que tardó mucho tiempo en entrar en el ánimo de penalistas y criminólogos pero principalmente de los legisladores, debido a las pocas posibilidades de incorporar a la víctima a un procedimiento penal que le era completamente ajeno. Un derecho penal que no fue concebido para atenderle, tampoco para protegerle y mucho menos para asistirle y repararle.<sup>29</sup>

Para las sociedades de las recientes décadas, tiene mayor importancia la protección de los intereses como ente colectivo abstracto, extraviándose el papel sustantivo de la víctima en el contexto de la dinámica criminal, donde incluso, la preocupación por el delincuente era tal, que se manifestaba en la pretensión de poder reconvertirlo a un estado de reivindicación a partir de, primero, el respeto a sus derechos fundamentales, y más tarde, su reinserción al núcleo social, ya completamente, por así decir, “normalizado”; ¿y la víctima?

El proceso penal, así, es concebido como un instrumento destinado a la imposición de una pena a un inculcado al que se reconocen y garantizan sus derechos fundamentales, buscando, además, facilitar su reinserción social, quedando la víctima reducida, en la

---

<sup>28</sup> Vid. ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, segunda edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010, pp. 13 y ss.

<sup>29</sup> ZAMORA GRANT. José, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 11.

mayor parte de los casos, a un mero instrumento de investigación, el testifical, y sin tener en cuenta las necesidades que en no pocos casos presenta la víctima de un delito de asistencia, e incluso de resocialización (piénsese en las víctimas de violencia de género).

Desde esta perspectiva, es fácil entender el fenómeno denominado de victimización secundaria que comprende todos los daños y perjuicios materiales y morales que sufre la víctima por parte del propio sistema durante la sustanciación del proceso penal, derivados de la falta de una adecuada asistencia e información por parte del sistema de justicia penal, y que se añaden a la experiencia negativa de haber sufrido un delito (victimización primaria). En la actualidad, sin embargo, se está produciendo un importante cambio cultural, institucional y social, que tiende a un progresivo reconocimiento y protección de los derechos e intereses de las víctimas de delitos, a impulsos, además, de los trabajos e instrumentos legislativos.<sup>30</sup>

### **3.2. El derecho victimal como estamento lógico y ontológico**

Empero, en México, esta necesidad de carácter ontológico para atemperar la indefensión de las víctimas, no ha caminado conforme a las condiciones que necesariamente debería observar esta realidad, aunque los avances, como siempre, se pueden verificar en el nivel lógico de la norma, es decir, en la construcción de la ley desde sede parlamentaria y que trata de afinar un cambio de paradigma donde la vigencia del Estado constitucional de derecho (con todos sus contenidos axiológicos) comienza a redefinir y garantizar el debido proceso como un derecho humano perfectamente constitucionalizado a favor de la víctima, conforme a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),<sup>31</sup> que en el caso concreto es la debida asesoría jurídica

---

<sup>30</sup> TARDÓN OLMOS, María, “El estatuto jurídico de la víctima”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*, ISSN 1696-8441, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, Madrid, julio-septiembre 2008, pp. 11 y 12.

<sup>31</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 21, inciso C, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, Ciudad de México, 2018.

a las víctimas u ofendidos de un hecho ilícito, conforme a la Ley General de Víctimas (LGV)<sup>32</sup> y al propio Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).<sup>33</sup>

Y aun cuando existe el derecho humano de la víctima u ofendido a un debido proceso, la garantía que materialice ese derecho fundamental, no se cumple de modo integral, a causa de una omisa legislación ordinaria en el caso de la tramitación de los juicios de amparo donde les asiste la calidad de parte, por disposición expresa en la fracción I, párrafo cinco, del artículo 5° de la Ley de Amparo (LA),<sup>34</sup> y que sea posible su realización técnicamente, es decir, que las víctimas u ofendidos sean representados jurídicamente ante los tribunales del Poder Judicial de la Federación (PJF), por personal especializado desde las instituciones del Estado, tanto para figurar como quejosos, o bien para apersonarse como terceros interesados y estar en aptitud de comprender los alcances que implica un juicio amparo hasta sus últimas consecuencias, así como tener la oportunidad —según sea el caso— de ofrecer pruebas, así como interponer los recursos de revisión, queja o reclamación cuando sean pertinentes, entre otros actos jurisdiccionales que corresponden al ámbito lógico del derecho.

Y desde el plano ontológico, uno de los aspectos *sine qua non* de las diferentes reformas constitucionales de los últimos años (1993, 2000, 2008 y 2011), ha sido revertir el papel del ofendido o víctima *revictimizada* por el sistema penal mexicano, a partir de reconocer su condición de *persona humana* con derechos fundamentales que revitalicen y legitimen la función del Estado en el marco del neoconstitucionalismo y el garantismo ante las sociedades de la posmodernidad.

Como se puede advertir, reiteramos nuestro planteamiento desde la tridimensionalidad del derecho, con la finalidad de satisfacer los diversos aspectos que se involucran en este trabajo de investigación, y que identifican las relaciones axiológica, lógica y ontológica del derecho penal y los derechos humanos en relación a la víctima u ofendido del delito.

Y en el cumplimiento parcial de esta visión del derecho victimal, pueden encontrarse las respuestas a ese menosprecio de los derechos de la víctima a un debido proceso.

---

<sup>32</sup> *Ley General de Víctimas*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013, Secretaría de Gobernación, México, 2013.

<sup>33</sup> *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, Secretaría de Gobernación, México, 2013.

<sup>34</sup> *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, Secretaría de Gobernación, México, 2013.

Porque, en efecto, hay principios constitucionales, hay ley, hay derechos, pero no todas las garantías que implicasen esa plena satisfacción de los derechos de la víctima.

Debe puntualizarse que respecto de la falta de apoyo institucional a la víctima dentro del juicio de amparo, no se advierte debate o controversia en el tema desde un punto de vista teórico, dado que como podemos suponer — y que es el aspecto doctrinal que vamos a confirmar—, este factor tiene o forma parte de esa lógica jurídica que ha envuelto a la víctima en su devenir histórico dentro del derecho penal.

A su vez, hasta el momento dentro del aparato jurisdiccional federal, no sabemos por qué no se aprecia de cerca la problemática de la carencia de este apoyo institucional, o, lo que es más grave, el por qué no se han percatado los operadores jurisdiccionales de la magnitud de esta disfuncionalidad en perjuicio de las víctimas.

El tema en cuestión no es menor: los gastos que se originan por la tramitación de un juicio de amparo indirecto o directo, impide que las víctimas —que por lo general son de escasos recursos— hacen poco posible que aquellas se auxilien de un asesor jurídico privado, y es allí donde ubicamos una problemática bastante aguda en lo que es la vigencia de la igualdad procesal de la víctima ante el imputado, que a diferencia de aquella, cuenta con el apoyo institucional incluso en las actuaciones de los juicios de amparo indirectos o directos que se promueven ante los juzgados de distrito o tribunales de circuito.

Todo ello, no obstante que el apoyo a la víctima del delito se trata de un derecho de fuente constitucional, contenido en el artículo 20, fracción I, inciso C) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone que constituyen derechos de la víctima o del ofendido “Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal”.<sup>35</sup>

Así, estamos ante una realidad jurídica de que la violación a derechos humanos de la víctima o el ofendido de un delito o hecho ilícito, se verifica en el juicio de amparo, lo que coloca a la persona agraviada en una condición de vulnerabilidad al no contar con un asistente jurídico institucional, proporcionado por el Estado, y en consecuencia, experto y gratuito.

---

<sup>35</sup> *Constitución Política de..., op. cit.*

Se trata de un derecho escrito en el bloque constitucional de imposible realización porque el juicio de referencia, que es el medio de tutela de los derechos humanos, es improcedente contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecución de las mismas, en términos del artículo 61, fracción IX de la Ley de Amparo, y contra actos del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), de quien depende el Instituto de la Defensoría Pública Federal, lo que significa que si la víctima o el ofendido pretenden acudir al juicio de amparo, ya sea con el carácter de quejoso o de tercero interesado, en materia penal no existe figura jurídica en nuestra legislación con los conocimientos técnicos necesarios para brindarles asesoría jurídica gratuita, pues en el sistema tradicional inquisitivo que todavía opera en algunos casos, cuando la denuncia o querrela se formuló con antelación a la iniciación de la vigencia, se puede ejercer el derecho, sólo dentro del procedimiento penal a través de la figura del Ministerio Público adscrito a los juzgados; asimismo, en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, tienen derecho la víctima y ofendido a designar un asesor jurídico, aunque sólo para ser asistidos durante la investigación y en el procedimiento jurisdiccional de primera o segunda instancia, pero en ningún caso se encuentra previsto que tenga derecho a la asesoría en el medio extraordinario de defensa como lo es el juicio de amparo, por lo que queda en un estado de desequilibrio e indefensión a diferencia del imputado, quien cuenta en todo momento con la asistencia y asesoría jurídica en todos los ámbitos a través de un Defensor Público Federal, quien está obligado a promover, tramitar y dar seguimiento a los juicios de amparo indirectos o directos que se requieran para su defensa, como lo refiere la siguiente jurisprudencia:

PERSONA PRIVADA DE SU LIBERTAD, PROVISIONAL O DEFINITIVAMENTE. Atento a que conforma un grupo vulnerable por su condición de interno, si promueve juicio de amparo indirecto y de su demanda no se advierte que haya señalado un abogado que la represente, el juez de distrito debe asignarle un defensor público para que la asesore adecuadamente y se potencialice su derecho humano a una defensa adecuada, ya que omitirlo actualiza una violación a las leyes del procedimiento que amerita su reposición, hecha excepción cuando ha de privilegiarse el examen de la decisión de fondo, al traer consigo mayor beneficio al quejoso.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Tesis XXIV.2º.J/2 (10ª.), Registro 2014075, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 41, Tomo II, abril de 2017, página 1616.

Esto se advierte de las *Bases Generales de Organización y Funcionamiento* del Instituto Federal de la Defensoría Pública, que si bien es cierto contempla la figura del Asesor Jurídico, sólo opera en las demás materias, con excepción de la penal.

Esta problemática se presenta en el día a día en el trámite de los juicios de amparo en materia penal, y ante esta realidad, como recurso estimable se canaliza a los agraviados a las Comisiones de Derechos Humanos en tanto organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos, y que aun cuando en ocasiones toman en cuenta la queja de la víctima o del ofendido, no los pueden asesorar debidamente porque las Comisiones se dedican a la tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, por lo que no dan seguimiento ni una asesoría adecuada a las víctimas u ofendidos para interponer los recursos pertinentes en el juicio constitucional, por lo que en el caso analizado se trata de un aspecto práctico con raíces muy identificadas en el contexto doctrinal.

Y ese panorama de carácter ontológico, trasladado a la dimensión del realismo jurídico y/o fenomenológico, se alimenta y acarrea consigo de otras consideraciones como las que siguen:

- 1) La renuencia de las viejas generaciones de operadores estatales a dejar de lado las visiones legalistas de la estructura del cada vez más superado paradigma del Estado de derecho.
- 2) La falta de experticia y compromiso de las generaciones vigentes con los cambios adjetivos que se generan, y
- 3) Los altos índices de reproducción del crimen e impunidad ante el mismo que se vive en México.

La nación se debate en este tiempo en esa contradicción que mencionamos, sobre todo cuando, en una población de 115 millones de habitantes promedio, existen desde hace seis años, registros de las entidades gubernamentales que contabilizan cantidades de delitos del orden común y federal, que no bajan de la espantosa cantidad de entre más de 20 y 25 millones de víctimas en promedio, con un número estimado entre 27 y más de 33 millones de ilícitos, de los cuales, como todos sabemos, se investigan un porcentaje de menos del 5 por ciento, y se sancionan, si acaso, el uno por ciento de los mismos.

Sobre esa lacerante realidad, se puede reflexionar sobre este relativo emerger de la víctima en el contexto de la ciencia penal, tiene qué ver incluso con la reciente formalización de su disciplina de estudio, esto es, la victimología.

No es casual que el surgimiento de la victimología como ciencia, surja de los escombros morales de la segunda guerra mundial, y de la mano de quienes representaron a los grupos poblacionales más agraviados.

Entre los grandes pensadores, juristas y humanistas que se ocuparon del tema que nos interesa, primero de la víctima y luego de los mecanismos de justicia restaurativa en su beneficio, podemos citar a Hans von Hentig, quien publicó en 1948 *El criminal y sus víctimas* en Norteamérica, y a Benjamín Mendhelshon en Rumania, el que por primera vez utilizó el vocablo *victimología*. Los siguieron otros tratadistas, entre ellos, Henry Ellenberguer en Canadá, Lean Graven en Suiza, Stefen Shafer y Margery Fry en Inglaterra, quienes se han encargado de hacer conocer la nueva disciplina y vienen organizando simposios y congresos internacionales sobre la materia.

Estos autores y otros más en México como José Zamora Grant, Luis Rodríguez Manzanera o María de la Luz Lima Malvido, han dado a la victimología la estructura doctrinal que se debe interpretar como el andamiaje axiológico del derecho victimal.

Lima Malvido refiere los principios de solidaridad (compasión, reconocimiento y universalidad), subsidiaridad (el Estado coadyuva y colabora), reciprocidad (dar y recibir), inmediatez (respuesta oportuna y ágil), consenso, jerarquía (prioridad de ciertas víctimas), colaboración (participación de la víctima), sustentabilidad (posibilidad de aplicación), transversalidad (atención integral), individualización.<sup>37</sup>

Para Rodríguez Manzanera, estos principios, que guían al derecho victimal, en mucho nos marcan la diferencia con el derecho penal, y son necesarios para lograr el respeto a la dignidad de la víctima, su efectivo acceso a la justicia, la creación de la normatividad necesaria, y su adecuada interpretación. “Un derecho nuevo debe ser creado para la víctima, su derecho a que los operadores

---

<sup>37</sup> LIMA MALVIDO, María de la Luz, “Derecho Victimal y su construcción científica”. en *Victimología*, N° 10, Encuentro (Editor), Argentina, 2011, p. 17.

del control social usen un método científico nuevo distinto del tradicional escolástico y (en cierto sentido) del cartesiano. Un método metarracional”.<sup>38</sup>

Debemos apuntar que incluso a la víctima la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU) la comienza a evidenciar de cierto modo tardío, con la emisión de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, donde se trata de integrar una definición que integre a la víctima en un escenario de comprensión sobre las personas que “individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.<sup>39</sup>

Si tomamos en cuenta que desde los textos de la Antigüedad clásica se confiaba en proteger el interés de la sociedad y los derechos del imputado, entonces cabe preguntarnos desde la dimensión axiológica, si la víctima no es un valor menospreciado en el contexto del derecho punitivo a través del inicio de los tiempos humanos.

Por supuesto, no debemos confundir los derechos del gobernado que en diferentes épocas le fueron reconocidos por el Estado y sus instituciones, con los derechos de las víctimas. Es una cuestión dialécticamente diferenciada y que, como muchos otros puntos, habremos de detallar en siguientes párrafos.

En tanto, vale reflexionar lo que Zaffaroni *et al* expresan acerca de esa misma condición del Estado ante la víctima en los tiempos pretéritos, que son todos los que nos precedieron:

¿Qué caracteriza al modelo punitivo abstracto? ¿En qué se diferencia este modelo punitivo del reparador, por ejemplo? En que en el modelo punitivo no hay dos partes como en el reparador o el restitutivo. En el proceso civil hay dos partes (demandante y demandado), pero en el proceso penal no, porque en éste el Estado (señor, soberano, rey,

---

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “Derecho victimal y victimodogmática”, en *Eguzkilore*, Instituto Vasco de Criminología, núm. 26, ISSN 0210-9700, San Sebastián, 2012, p. 134, en cita a BERISTAIN, Antonio, *De Dios legislador en el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología*, primera edición, ISBN 978-9700753-553, Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, México, 2005, p. 187.

<sup>39</sup> PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y GARCÍA HUANTE, Omar (comps.), *Compilación de Instrumentos...*, *op. cit.*, p. 175.

república) usurpó o confiscó el derecho de la víctima. En el proceso penal el Estado dice que el lesionado es él y la víctima, por más que demuestre que la lesión la sufre en su cuerpo, o que el robo lo sufre en su patrimonio, es ignorada.

Sólo se le toma en cuenta como un dato, pero no como una persona con jerarquía de parte. Más aún, si se niega a cooperar con el Estado, es compelida a hacerlo (y sancionada si no lo hace). Sólo excepcionalmente la víctima dispone del derecho a mover el aparato punitivo, porque la regla es que está confiscado su derecho como lesionado, que lo usurpa completamente el Estado, aún contra su voluntad expresa.

Por ende, el modelo punitivo, incluso abstractamente y a diferencia del modelo reparador (civil) *no es un modelo de solución de conflictos, sino sólo de suspensión de conflictos*. Es un acto de poder vertical del Estado que suspende (o cuelga) el conflicto. Nada hace por la víctima, por definición y esencia.<sup>40</sup>

En este capítulo, tratamos de evidenciar las condiciones del derecho desde las tres dimensiones que importan en su estudio y comprensión epistemológica, y al abordar tanto los derechos humanos como el derecho victimal de modo epidérmico —pues, como ya insistimos, en los capítulos subsecuentes habremos de profundizar en aspectos que hoy pueden parecer soslayados—, desde este modelo epistemológico que comprende la filosofía del derecho, advertimos que los derechos materializados de la víctima no cumplen de manera sustantiva e integral con la satisfacción de esos niveles, lo que sin duda contribuye a sistematizar —por decirlo de alguna manera— las disfuncionalidades de la ciencia jurídica penal mexicana en relación con la víctima u ofendido del delito.

Y esa realidad, esa fenomenología, la advertimos en el juicio de amparo, como lo detallaremos más adelante.

---

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Raúl; TENORIO T., Fernando; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, primera edición, ISBN 978-607-09-0935-1, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 7.

## **CAPÍTULO 2**

### **EL MENOSPRECIO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO**

Antes de ingresar al análisis del presente documento, hay que realizar un ejercicio de precisión de carácter semántico-jurídico en relación con los términos de víctima u ofendido.

Asimismo, habremos de relacionar algunas consideraciones de orden lingüístico para colocar en una comprensión adecuada, la conjugación de los términos *menos* y *precio*, que dan sentido a la palabra *menosprecio*, que puede sonar un tanto extrema en relación con el título de este documento, y sin embargo, como veremos aquí, es perfectamente plausible para nuestros fines.

#### **1. Precisiones lingüísticas acerca de los términos víctima u ofendido y menosprecio**

##### **1.1. Víctima u ofendido**

En el *Diccionario Jurídico Mexicano* de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consta en su edición de 2011, la ausencia del término “*Víctima*”, y en su lugar consta el término “*Ofendido*”, el cual describe la señalada publicación del siguiente modo:

Ofendido. 1. Del latín *offendere*, participio pasado del verbo ofender. Ofendido es quien ha recibido en su persona, bienes o, en general, en su *status* jurídico, una ofensa, daño, ultraje, menoscabo, maltrato o injuria.

II. Dentro del proceso penal reciben el nombre de ofendido la víctima del hecho delictivo, así como quienes, a causa de la muerte o de la incapacidad ocurrida a la víctima a resultas del ilícito penal, le suceden legalmente en sus derechos o les corresponde su representación legal.

Las funciones que al ofendido se asignan dentro del enjuiciamiento penal derivan, fundamentalmente, del sistema que adopte en materia de acusación.<sup>41</sup>

Como se advierte, para Oñate Laborde (cuya aportación al prestigiado *Diccionario...* de la UNAM no ha sido cuestionada de modo alguno desde la perspectiva historiográfica doctrinal, hecho que de sí le otorga fortaleza conceptual), las atribuciones que se le reconozcan al ofendido “se asignan dentro del enjuiciamiento penal derivan, fundamentalmente, del sistema que se adopte en materia de acusación”, lo que de sí coloca en un plano de relatividad ante el imputado la condición de la víctima u ofendido.

Respecto del término *víctima*, sus orígenes etimológicos no son muy claros como el término *ofendido*, puesto que, de acuerdo al notable filólogo uruguayo Ricardo Soca, el término guarda estrecha relación con fuentes diversas:

En los primeros siglos de la lengua latina, *victuma* y, más frecuentemente, *víctima*, eran las palabras que designaban a los seres humanos o animales vivos que habían sido elegidos para morir en sacrificios ofrecidos a los dioses. *Victimarius* era el nombre del verdugo encargado de matar a esos hombres o animales, hoy en español, *victimario*. Con el tiempo,

---

<sup>41</sup> OÑATE LABORDE, Santiago, “Ofendido”, término en *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. I-O, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 2681.

víctima se fue aplicando no sólo a las personas y animales inmolados, sino también a aquellos que sufrían agresiones, torturas, accidentes, incluso enfermedades, una evolución que no ocurrió en el español, sino ya en el propio latín, como vemos en estas palabras de Ovidio: *Victima decipientis error* (Seré víctima de un defraudador).

¿Cómo llegó al latín la palabra víctima? Debemos admitir que no está claro, pero podemos observar que muy cerca de este vocablo están *victus*, “alimento” (aunque, también, “vencido”) y *vinctus*, “encadenado”. Lo único cierto es que el papel de la víctima es cargar con los pecados de todos, ser “sacrificada” —de *sacrum facere*, “hacer algo sagrado” — para que la sociedad se vea libre de sus culpas. Para los cristianos, ése fue el papel de Jesucristo, llamado cordero de Dios que quita los pecados del mundo, es decir, una víctima sacrificada para expiar las culpas de los demás.<sup>42</sup>

En el Código Nacional de Procedimientos Penales queda más clara esta distinción, al apuntar de acuerdo a su numeral 108 lo que sigue:

#### Artículo 108. Víctima u ofendido

Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

---

<sup>42</sup> SOCA, Ricardo, *La fascinante historia de las palabras*, Lectulandia, Montevideo, 2016, pp. 587-588

La víctima u ofendido, en términos de la Constitución y demás ordenamientos aplicables, tendrá todos los derechos y prerrogativas que en éstas se le reconocen.<sup>43</sup>

Como podemos observar, en el código adjetivo nacional, se hace un puntual deslinde en cuestión de ambos términos, lo que implicaría entonces considerar procesalmente a la víctima u ofendido como sujetos en la misma circunstancia penal —como afectados del delito, por supuesto—, aunque con una diferencia especial: la afectación directa en los bienes jurídicos de la víctima, y por extensión, la afectación indirecta de los bienes jurídicos de los ofendidos en tanto que padece las consecuencias del ilícito endilgado a la víctima o a sí mismos.

Aunque esto pudiese parecer claro, resulta necesario evidenciar otras expresiones que tiene la normatividad alrededor de estos dos conceptos a efecto e plantear una condición unánime respecto de la diferencia/similitud de ambos términos.

Por ejemplo, en lo que fue el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, en su momento (2001) y hasta antes de la reforma de 2008 y la consecuente aparición del CNPP, precisaba la distinción entre la persona que directa o indirectamente era la afectada de un acto delictivo, y decía lo siguiente:

...víctima es toda persona que individual o colectivamente haya sufrido cualquier tipo de daño, el cual comprende lesiones físicas, mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo en sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones tipificadas como delitos por las leyes penales del Estado. Víctima directa u ofendido es la persona ofendida directamente por la comisión del delito. Víctima indirecta es la persona que sin ser sujeto pasivo del delito, sufre las consecuencias del mismo.<sup>44</sup>

Asimismo, el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas, en su última versión de 2015, enlista las siguientes definiciones sobre la víctima y el ofendido.

---

<sup>43</sup> *Código Nacional de...*, *op. cit.*

<sup>44</sup> *Código de Procedimientos Penales del Estado de Sonora*, Cámara de Diputados, Hermosillo, 2001.

Artículo 103.- Víctima.

Se considerará víctima la persona que haya sufrido directamente un daño con motivo de la comisión de un delito.

Artículo 104.- Ofendido.

Para los efectos de este código, se considera ofendido:

a) Al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

b) En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que el ofendido directo no pudiere ejercer directamente los derechos que este código le otorga, se considerarán como ofendidos, bajo el siguiente orden de prelación, al cónyuge, concubina, concubinario, hijo o padre adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad y al probable heredero, aunque no haya sido declarado como tal en la jurisdicción civil;

c) A los socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan;

d) A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses; y,

e) A las comunidades indígenas, en los hechos punibles que impliquen discriminación o genocidio respecto de los miembros de la etnia o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural.<sup>45</sup>

De manera similar, el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, en su versión de 2014, refiere así el concepto de víctima y ofendido.

---

<sup>45</sup> *Código de Procedimientos Penales del Estado de Chiapas*, Poder Legislativo, Tuxtla Gutiérrez, 2015.

Artículo 49. Derecho a la reparación del daño. En orden de preferencia tiene derecho a la reparación del daño:

I. La víctima:

- a) El directamente afectado por el delito;
- b) Las agrupaciones, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que su objeto se vincule directamente con esos intereses, o
- c) Las comunidades indígenas, en los hechos punibles que impliquen discriminación o genocidio respecto de sus miembros o generen regresión demográfica, depredación de su hábitat, contaminación ambiental, explotación económica o alienación cultural.

II. En caso de muerte de la víctima, los ofendidos con el presente orden de prelación:

- a) El cónyuge, concubinario o concubina o la persona que hubiere vivido de forma permanente con la víctima durante, por lo menos, dos años anteriores al hecho;
- b) Los dependientes económicos;
- c) Los descendientes consanguíneos o civiles;
- d) Los ascendientes consanguíneos o civiles, o
- e) Los parientes colaterales, consanguíneos o civiles, hasta el segundo grado.

III. Los demás que determine la legislación aplicable en materia de víctimas.<sup>46</sup>

Y, finalmente, por ser *stricto sensu*, tenemos la definición que sobre la víctima nos otorga la Ley General de Víctimas (LGV), promulgada en el año 2013, es decir, de muy reciente cuño, si coincidimos en que las novedades jurídicas tienen una mayor necesidad de tiempo para generar sus beneficios en la sociedad o en el sector al cual pretende beneficiarse, como es el presente caso.

Refiere el señalado ordenamiento en su artículo 4:

---

<sup>46</sup> *Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala*, H. Congreso del Estado, Tlaxcala de Xicohtécatl, 2014.

Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella. Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo. Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.<sup>47</sup>

Así las cosas, y después de pretender clarificar este galimatías lingüístico, podemos identificar en todo caso a la víctima u ofendido en general, dentro del proceso penal, como personas individuales o colectivas afectadas por alguna acción u omisión tipificada como delito, de manera directa e indirecta, y con derecho al resarcimiento del daño causado por la o las personas señaladas como imputadas en determinado proceso penal.

Apuntamos el galimatías, en razón de lo que Oñate Laborde lo identifica como una irregularidad derivada del ejercicio constitucional en nuestro sistema penal, y que tiene estrecha relación con nuestro tema de estudio:

---

<sup>47</sup> *Ley General de Víctimas*, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Secretaría General, Cámara de Diputados, Ciudad de México, 2017.

En México, de modo claro a partir de la Constitución de 1917, la facultad de acusar — ejercicio de la acción penal— se ha reservado al Ministerio Público en su carácter de órgano estatal encargado de la “persecución de los delitos” (artículo 21 de la Constitución). Dado que tal facultad constituye un “monopolio”, y que la reparación del daño se concibe como “pena pública”, el ofendido tiene en nuestro proceso penal un papel asaz limitado. Sin reconocerse hoy día la posibilidad de que el particular ofendido por un hecho delictivo ejercite ante los tribunales competentes la pretensión punitiva, la ley le asigna funciones procesales de carácter secundario. Suele justificarse lo reducido de su papel aduciéndose que el otorgarle mayores facultades que las que hoy se le asignan contribuiría a introducir en el proceso el afán de venganza.

A pesar de lo limitado de su función y de lo mal encuadrada que se encuentra la figura dentro de nuestra legislación procesal penal, el ofendido es un interviniente en el proceso, a quien le corresponde ejercitar diferentes facultades en las varias etapas en que se descompone el enjuiciamiento penal.<sup>48</sup>

Empero, las cortes federales en nuestro país han hecho la distinción entre víctima y ofendido en la propia jurisprudencia, y plantea la diferencia de este modo:

OFENDIDO Y VÍCTIMA DEL DELITO. Es conveniente precisar que dentro de la técnica del derecho penal no puede identificarse el concepto de la víctima del delito con el del ofendido, pues aunque bien es cierto que en la mayoría de los casos víctima y ofendido se reúnen en una sola persona, no sucede así en otros, sirviendo de ejemplo el homicidio, delito en el cual la víctima se identifica con el sujeto privado de la vida y el ofendido con sus familiares o aquellas personas que se encuentran en relación de dependencia económica con él. También resulta interesante, para los efectos de la sentencia, el precisar que no debe de ninguna manera confundirse el resultado en el delito con el daño causado con el delito y menos aún con los efectos de éste. En sentido amplio, el resultado se refiere a la realización de un estado de hecho en relación al principio de la causalidad, mientras que, en sentido restringido, se le pone en relación necesaria con la acción humana.

---

<sup>48</sup> OÑATE LABORDE, Santiago, “Ofendido”, término en..., *op. cit.*, pp. 2681-2682.

Mientras por efecto del delito se entiende toda consecuencia, aun el más indirecto o remoto de la actividad humana, el resultado es sólo aquel efecto que tiene relevancia para el derecho penal o sea el que el derecho toma en consideración y a cuya verificación conecta consecuencias de carácter jurídico (consumación del delito o agravación de la pena). En cuanto al daño, se le identifica como un efecto del delito, pero no como un efecto natural sino de naturaleza esencialmente jurídica; así, por ejemplo, Antolisei estima que aunque en realidad el daño está incluido en el concepto del delito y se identifica con él, según nuestro modo de ver, no hay dificultad ninguna, ni lógica ni práctica en ver las relaciones entre el delito y el daño desde el punto de vista causal y, consiguientemente, en considerar el daño como un efecto del delito, con tal de que quede bien claro que no se trata de un efecto natural, sino de un efecto jurídico del delito mismo. La lesión del interés, aun suponiendo siempre la existencia de un suceso natural, es sin duda un hecho jurídico; por tanto, ninguna crítica puede dirigirse a los autores que consideran el daño precisamente como un efecto jurídico del delito y en general del acto ilícito (*La acción y el resultado en el delito*, página 126, México, 1959). Tomando como base las ideas apuntadas, con relación al concepto de daño como efecto jurídico del delito y su identidad con el de interés, resulta fácil deducir que tal daño constituye un derecho patrimonial que pertenece tanto a la víctima como al ofendido. Aceptando que la reparación del daño exigible a terceros constituye un derecho patrimonial, por cuanto es apreciable en dinero, se debe recordar que patrimonio es, según la opinión clásica, el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero y formando una universalidad. De tal concepto se infiere que todo patrimonio consta de un activo y de un pasivo, el primero representado por los derechos o bienes y el segundo por las obligaciones o deudas; que el patrimonio es inalienable e imprescriptible y sólo se transmite con la muerte de la persona titular, por lo que el acontecimiento de muerte resulta el instante en que la persona deja de tener posibilidad de acrecentar su patrimonio por ser éste insuperable de la persona misma.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Amparo directo 4016/60. José Arévalo Córdova y coagraviado. 18 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Varias de las consideraciones aquí expuestas alrededor de la víctima u ofendido, se identificaban en el sistema inquisitorio, y que en la actualidad se mantienen cultural e inercialmente dentro del sistema procesal acusatorio, y que más adelante habremos de abordar respecto de la condición de la víctima u ofendido en el juicio de amparo, condición que consideramos de *menosprecio*, y que ya mismo habremos de descifrar en sus contenidos semánticos.

## 1.2. Menosprecio

Recordamos lo que refiere José Zamora Grant (*ut supra*) respecto de que “El derecho penal de la modernidad fue concebido bajo las inercias de la defensa social, instrumentado para proteger a la sociedad organizada y reaccionar ante quienes atentan contra ella. Un derecho penal por tanto de orden público, creado para atender un problema considerado únicamente entre el Estado y el transgresor de la norma”,<sup>50</sup> e incluso identifica que los derechos de las víctimas se ubican en los ordenamientos mexicanos hasta hace apenas no más de dos décadas, concluyendo que ese derecho penal no sólo olvidó a la víctima, sino que la excluyó.<sup>51</sup>

Olvido o exclusión, resultan ser dos condiciones en la realidad nacional que hoy las víctimas u ofendidos han visto comenzar a ser superadas —en apariencia— en el entramado jurídico penal, a partir de las distintas políticas públicas que el Estado mexicano ha traducido en leyes e instituciones que favorezcan los derechos humanos de las personas afectadas por la comisión u omisión de alguna conducta tipificada como delito.

En esa política criminal que se ha impulsado alrededor de las víctimas, tenemos que reconocer los múltiples esfuerzos que se identifican en las diferentes reformas constitucionales de 1993, 2000, 2008 y 2011, y ello implicaría distinguir que las víctimas no están olvidadas o excluidas, aunque sí, para los efectos de este trabajo, menospreciadas.

---

<sup>50</sup> ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal. La..., op. cit.*, p. 13.

<sup>51</sup> *Ibíd.*

Refiere el *Diccionario de la Lengua Española* (del *alma mater* de nuestro idioma, la Real Academia Española de la Lengua) que *menosprecio* es un término que implica “poco aprecio, poca estimación”, o incluso, se afirma también como “desaire”.<sup>52</sup>

Este sustantivo tiene sus raíces latinas en *minus* (menos) y *pretium* (precio), y se interpretaría como el hecho de otorgar “poco precio” o “poco valor” a una persona o a un objeto en función de su existencia en el escenario de la realidad.

Y es que, en efecto, las víctimas u ofendidos han sido reconocidos en sus derechos, es decir, se les otorga un valor procesal a su papel en el asunto penal, pero ese papel ha sido, como lo hemos observado en las diferentes distinciones semánticas de víctima u ofendido, menospreciado, en una normal actitud de relatividad normativa de la clase política del Estado mexicano, representada en el escenario de otorgar derechos en el contexto de la ley, pero no organizar la estructura o los recursos materiales y humanos para hacer posible la satisfacción plena de esos derechos. En resumen, nuestro sistema legislativo tiende al inflacionismo legal, pero sin considerar las posibilidades políticas, sociológicas e incluso culturales para cumplir con las perspectivas que se plantea en la promulgación de cualquier cantidad de leyes, lo que se presta indudablemente a la simulación.

Sobre esa base, el menosprecio nos parece uno de los términos que mejor se ajusta a los fines de este documento de investigación, porque si bien la participación de la víctima u ofendido en el escenario del procedimiento penal se ha modificado en los contenidos de la Ley fundamental mexicana, ello no quiere decir que se hayan atendido de modo preciso y adecuado los diferentes espacios de actuación de estas figuras, como ocurre con el juicio de amparo.

¿Qué implica este menosprecio de las víctimas u ofendidos en el juicio de amparo?

Que no se encuentran consideradas en función del propio espíritu de protección que el juicio de amparo implica a los ciudadanos que se ven afectados en su seguridad jurídica por parte de las autoridades, menospreciando al tercero interesado, al que se le reconoce su presencia, mas no se le brinda el respaldo que sí tiene el promovente del juicio de amparo, que en este caso —como vemos en materia penal— es el imputado o sentenciado.

---

<sup>52</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, “Menosprecio”, definición, Real Academia Española de la Lengua, Madrid, 2019, en sitio web <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=menosprecio>, consultado el 11 de mayo de 2019.

## **2. El devenir jurídico de la víctima u ofendido en el contexto histórico-doctrinal**

La asunción de este epígrafe, implica realizar un ejercicio reflexivo alrededor del devenir histórico-doctrinal del papel de la víctima en el mundo occidental, tratando de colocarnos en una posición inclusive más allá de la dimensión lógica u ontológica que vimos *ut supra*, en palabras de Ortiz Ortiz y Ojeda Velázquez.

Y es que en un contexto poblacional como el que vivimos, cualquiera de nosotros puede ser víctima u ofendido del delito. Se han creado tantos tipos penales en una sociedad tan disfuncional, que no es difícil estar encuadrados cualquiera de nosotros y en cualquier circunstancia, como pasivos de alguna acción criminal, como lo estamos viendo en este tiempo, y que *ut infra* comentaremos en la última parte de este capítulo.

Como la literatura histórico-doctrinal alrededor de la víctima es un tanto difusa, y por ende confusa y poco específica —porque a fin de cuentas en el entorno sociológico el ser víctima u ofendido es tan común que se ha soslayado su importancia—, habremos de acercarnos a este devenir confrontando el estudio del desarrollo del Estado, de las sociedades necesarias de autoprotección penal, y de la figura del delincuente.

### **2.1. La víctima u ofendido, gobernados súbditos desde el mundo antiguo**

Una de las condiciones sobre las cuales recae la argumentación más común para explicar el control de la criminalidad, subyace en la responsabilidad que a la figura del Estado se le ha encomendado para la protección de los intereses sociales.

Y para cumplir ese objetivo, el Estado en su condición categórica de antiguo, moderno o posmoderno, ha observado a la pena como uno de los aspectos más recurrentes, hecho que se ha traducido en un derecho penal en permanente evolución.

El contrato social que Jean Jaques Rousseau dibujó respecto de la civilización humana desde la Antigüedad —y cuyo origen se manifiesta en la relación contractual entre la figura del Estado y los gobernados—, implicó el sacrificio de la libertad individual de los súbditos en función de la gobernabilidad del Estado, y con esa gobernabilidad, el sostenimiento de los procesos de paz y desarrollo necesarios en las civilizaciones de todos los tiempos:

El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás. ¿Cómo se ha operado esta transformación? Lo ignoro. ¿Qué puede imprimirle el sello de legitimidad? Creo poder resolver esta cuestión.

Si no atendiese más que a la fuerza y a los efectos que de ella se derivan, diría:

“En tanto que un pueblo está obligado a obedecer y obedece, hace bien; tan pronto como puede sacudir el yugo, y lo sacude, obra mejor aún, pues recobrando su libertad con el mismo derecho con que le fue arrebatada, prueba que fue creado para disfrutar de ella. De lo contrario, no fue jamás digno de arrebatársela”.

Pero el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre convenciones. Tratase de saber cuáles son esas convenciones; pero antes de llegar a ese punto, debo fijar o determinar lo que acabo de afirmar.<sup>53</sup>

En esa circunstancia reside la legitimación de la figura del Estado, conforme a lo que expresa Lozano Tovar:

Desde la antigüedad, las civilizaciones han procurado organizarse en torno a un ideal que es representado por la figura del Estado, pues esta abstracción concita los diferentes intereses de los individuos, para llegar a una conveniencia que los haga fuertes, amparados en su homogeneidad, al confrontarse con otros grupos sociales.

Es en ese instante histórico donde surge la legitimidad del Estado, más allá de la clásica visión contractualista que todos conocemos, porque un contrato debe su legalidad a la posibilidad de cumplir con sus fines, y en el caso del Estado, antes de legalidad, debemos hablar de gobernabilidad, pues del respeto a las normas y a las instituciones que éstas crean, surge la legalidad.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> ROUSSEAU, Jean Jaques, *El contrato social*, Editorial El Aleph, Buenos Aires, 1999, pp. 4-5.

<sup>54</sup> LOZANO TOVAR, Eduardo, “El derecho penal mínimo en la protección de la transición a la democracia”, en revista *Tatbestand*, No. 4, julio-diciembre de 2016, ISSN 25940783 Universidad Autónoma de Tlaxcala, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología, Tlaxcala de Xicohtécatl, 2016, p. 24.

Es necesario reiterar, entonces, que desde las primeras civilizaciones, se hablaba de documentos que protegiesen a los humanos tanto en contra de ellos mismos como de los abusos de las autoridades que los gobernaban, pues ese era el sentido del contrato social: así, desde la ideología judeo-cristiana, surge el paradigma del pastor que guía al rebaño, modelo donde se puede identificar perfectamente quién manda y quiénes obedecen, y “obedecen bien”.

De ese paradigma nace el primer castigo para los que con sus actos obraran *en contra del rebaño*, es decir, en contra de la condición gregaria de los primeros grupos humanos. Perfectamente se puede identificar en los textos bíblicos (en específico en el Antiguo Testamento) la expulsión de Adán y Eva del paraíso, una vez que atentaron contra la sacralidad del recinto. Esa analogía es perfectamente adaptable a la expulsión que hacían los primeros grupos humanos de los sujetos que por su comportamiento negativo y avieso, ponían en riesgo la existencia de esos primitivos conglomerados.

Dice Lozano Tovar nuevamente en relación a estas incipientes prácticas sancionatorias de actos contrarios a la normalidad al interior de los grupos humanos:

El origen de esa condición de mandato incuestionable, tiene antecedentes más remotos: el paradigma judeo-cristiano del rebaño y su guía; para explicar esto, debemos identificar lo siguiente: cuando comienzan a formarse las primeras tribus nómadas, que habrán de constituirse como las herederas organizadas del *homo sapiens* (localizado en el año 40,000 antes de la era cristiana), la forma de supervivir era compartiendo esfuerzos para la cacería, para la recolección y para la transportación de los víveres que esos grupos humanos, y quienes atentaban contra esa propiedad comunal, y por consecuencia contra la supervivencia de la tribu, eran echados fuera de la propia agrupación.<sup>55</sup>

Especialista en la ciencia política en México, Andrés Serra Rojas menciona que un elemento que cohesionaba a la gobernabilidad, está representado por la coercitividad de la norma, y en este sentido,

---

<sup>55</sup> LOZANO TOVAR, Eduardo, *Política criminal en la sociedad moderna. Un acercamiento al pensamiento de Franz von Liszt y su incipiente política criminológica*, ISBN 9786070920066, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2015, p. 12.

la cuestión contractual entre el sujeto y el Estado queda sujeta a esa coacción, y donde la teoría política mucho nos enseña de esta realidad; de acuerdo a Jellineck, es el Estado quien opone las condiciones de esta relación contractual, pues la figura del Estado y su carácter legendario sobrevive a las diferentes generaciones, que se deben sujetar a ese modelo de Estado.<sup>56</sup>

En este punto de nuestro documento, debemos aclarar que antes de la Carta Magna de Juan Sin Tierra en Inglaterra de 1215, ya en la Antigüedad existió un precedente donde el gobernante, instruido por una lógica contractual de la que habla Rousseau, cede y respeta algunas libertades a los súbditos, en tanto éstos manifiesten una adhesión al orden monárquico atesorado por el soberano.

Nos referimos al poco conocido *Cilindro de Ciro* —ubicando su existencia entre los 600 y 500 a.C., en la zona de Babilonia, hecha en letras cuneiformes que caracterizaron a las culturas sumerias y asirias—, que refiere en su contenido, la declaración de Ciro —delegado rey por mandato del Dios Marduk—, contenida en el texto del *Cilindro*, misma que se significa como una suerte de declaratoria de derechos sobre el territorio conquistado —una especie de *requerimiento de Palacios Rubios*, que como sabemos, era el documento que los conquistadores españoles leían a manera de protocolo de presentación ante las poblaciones indígenas a las cuales llegaban a conquistar, y que fue creado por Juan López de Palacios Rubios en 1512—, y del cual consta el siguiente testimonio-ley del *Cilindro de Ciro*

[Marduk] sin combate y sin lucha le permitió entrar en la ciudad de Babilonia [a Ciro]. Salvó a Babilonia de la opresión. A Nabonido, el rey que no lo honraba, lo puso en sus manos.

Todos los habitantes de Babilonia, el país de Sumer y el país de Acad en su totalidad, príncipes y gobernadores se postraron de hinojos ante él, besaron sus pies, se alegraron de que fuera el rey; sus rostros estaban resplandecientes. “El señor, que con su ayuda ha devuelto a los muertos a la vida, que en [un momento de] desastre y opresión ha beneficiado a todos”, así lo celebraban llenos de alegría y ensalzaban su nombre.

[...]

---

<sup>56</sup> SERRA ROJAS, Andrés, *Ciencia política*, Editorial Porrúa, México, 1978, p. 65.

Mis numerosas huestes desfilaron pacíficamente a través de Babilonia. *No permití que se levantara ningún alborotador en todo el país de Sumer y Acad.* La ciudad de Babilonia y todos sus centros de culto mantuvo en buen estado.

A los habitantes de Babilonia, [que tenían] contra la voluntad [de los dioses...] *un yugo inapropiado para ellos, les permití que encontraran descanso a su fatiga, los liberé de su servidumbre.*

Marduk, el gran señor, se regocijó con mis [buenas] obras.<sup>57</sup>

Fuera del tema doctrinario del derecho penal, este documento no contiene, como uno de sus contemporáneos, que es el *Código de Hammurabi*, el mismo peso como *alter ego* jurídico. No obstante, en ninguno de esos dos antiguos documentos, junto con los textos bíblicos, se hace referencia a las víctimas u ofendidos de manera explícita, y si acaso, se les podría identificar con el adjetivo de *súbditos*, es decir, aquellos que *obedecen bien*, que no necesitan de una protección especial, aunque sí el conjunto de la sociedad a la que pertenecen.

## **2.2. Modernidad del Estado y soslayo de la víctima en las prácticas punitivas**

Cerca de dos milenios y medio después, en el horizonte de la Europa moderna, surge la división de las responsabilidades de la Iglesia y el Estado, a partir de los conocidos *Tratados de Westfalia*.

El papado y la monarquía, metidas a diferentes negocios en la conquista de nuevas tierras más allá del horizonte conocido por Europa, llevó a una serie de diferendos que enfrentó, por ejemplo —y a causa de las intrigas palaciegas del papado, como siempre— a Francia e Inglaterra en guerras muy sangrientas y desgastantes, lo que forzó a que en 1648, se firmaran los Tratados de Westfalia, y con ellos, la decisión de dar paso a la separación de la Iglesia y la Monarquía, con las siguientes especificaciones:

- a) Un nuevo orden territorial con fronteras mejor delimitadas.

---

<sup>57</sup> BROSIUS, María (Ed.), *The Persian Empire from Cyrus II to Artaxerxes I*, Association of Classical Teachers London, 2000, p. 67.

b) Un nuevo orden legal con derechos y obligaciones bien definidas para el Sacro Imperio Romano Germánico, que sustituyó a su viejo y confuso régimen tradicional. Mediante una nueva acta constitucional se determinaron las facultades y derechos de los Estados alemanes en sus relaciones con el emperador.

c) Un nuevo orden legal para regular la convivencia en el espacio germánico entre los poderes establecidos y las tres religiones institucionales (el catolicismo, el luteranismo y el calvinismo).<sup>58</sup>

Así es como entonces, la racionalidad había decantado en las sociedades pos-renacentistas, lo que habría de traducirse a su vez en una nueva relación con el individuo, por lo menos en cuanto a los ideales que se planteaban en los tratados de Westfalia.

¿Qué importancia tiene para nuestro estudio de tesis sobre víctimas u ofendidos el hacer esta regresión histórico-jurídica?

Que en ningún momento se puso en la mesa de discusión la realidad intra-social de los habitantes de esas épocas. El ideal de justicia indexado al Estado y a sus gobernantes había sido trasladado a los jueces y soldados del monarca, o en su defecto, a la Iglesia a partir de la Inquisición, pero no había un determinado orden penal. Y si no existía esa sistematización científica del tratamiento hacia el delincuente, mucho menos una protección específica para la víctima.

La víctima era, en todo caso el sujeto *sacrificado* en aras de los intereses del Estado moderno para legitimar su hegemonía por encima de los gobernados.

En efecto, no se puede hablar desde inicios del milenio pasado de que los sistemas de justicia penal existiesen como tal; subyacía una cierta informalidad que ha sido estudiada de modo incipiente, y nos hemos quedado con el ideal de que el derecho penal existía como tal desde tiempos antiguos. Pero no así. Y si no existía un derecho penal sistemático, racional, mucho menos fiscales, y por ende, ni siquiera preocupación en lo que significaba la víctima u ofendido.

Para ubicar la función punitiva pública del poder político, debemos acercarnos a la historia de

---

<sup>58</sup> BREMER, Juan José, *De Westfalia a Post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, p. 10.

la propia Iglesia católica, emporio que iba creciendo conforme las estructuras monárquicas le otorgaban legitimidad y viceversa. Por ello la lucha contra la invasión de los pueblos musulmanes hacia el siglo X d.C., fue encabezada por la Iglesia misma acompañada de los dueños de los enormes feudos, donde coincidían lo mismo señores de auténtica sangre bárbara (germánica), que aquellos que se entremezclaron con la sangre romana.

Es cierto que las costumbres germánicas de enemistad y venganza estaban tan arraigadas que se siguieron usando hasta la Edad Moderna. Pero una cosa es el Derecho y otra es la religión, y estas costumbres caen por distintos conceptos en ambas esferas. La venganza está aprobada por las leyes y es seguida por el pueblo, pero es ilícita a los ojos de Dios y el mismo pueblo tiene viva conciencia de ello. Por eso quien se venga ejercita, sí, un derecho, pero comete un pecado y ha de pedir perdón a Dios y hacer penitencia. *Si quis pro vindicta fratris sui hominem occiderit, tres annos poeniteat; si componit dimidio spatio.*<sup>59</sup>

¿Se ocupaba la Iglesia del criminal? Sí, lo tomaba incluso como impío, y lo segregaba para que expiase sus delitos, que eran pecados.

¿Se preocupaba la Iglesia de la víctima o sus ofendidos en la agresión sufrida? No.

De acuerdo a López-Amo, en el periodo de la Alta Edad Media (alrededor del siglo VI al XI de nuestra era, “vemos un periodo de la Historia del Derecho germánico, mientras que en la Baja se conjuga este elemento con las influencias romano-canónicas”,<sup>60</sup> lo que se puede explicar desde la perspectiva de Gómez Rocha:

La Iglesia se constituyó, tras la caída de Roma, como la única estructura organizada común a toda la Europa cristiana [...] Las monarquías bárbaras y altomedievales, que por su parte también se atribuyeron una notable condición sagrada, se valieron de las estructuras burocráticas de la Iglesia para ejercer su soberanía, de modo que durante estos siglos lo

---

<sup>59</sup> LÓPEZ-AMO MARÍN, Ángel, “El derecho penal español de la Baja Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. XXVI, Madrid, 1956, pp. 339-340.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 338.

habitual fue que el personal que podríamos calificar como “cancilleresco” —las cancillerías propiamente dichas son posteriores— fuera exclusivamente eclesiástico y que las tipologías y fórmulas documentales tuvieran un marcado sesgo religioso. Sin embargo, este apoyo burocrático de la Iglesia no será suficiente para ejercer una autoridad completa desde el punto de vista jurídico, sino que por el contrario predominarán los diferentes fueros y derechos consuetudinarios de carácter local que se transmitían en forma oral.<sup>61</sup>

Tal *a-sistematización* del derecho (por así calificarlo), tiene varias explicaciones que trataremos de sintetizar en lo que se refiere al acto de castigar en el proceso de la Alta Edad Media, que va del siglo VI al siglo XII aproximadamente, y que es donde se observa un notable faltante en el estudio de la ciencia penal; para ello, tomamos referencia de la paráfrasis que de esa etapa de la historia realiza Hernández Hernández:<sup>62</sup>

a). Una notable atomización del poder feudal después de la caída del Imperio romano de occidente, donde, para darnos una idea de cómo se manifestaba la lucha por la definición de los nuevos reinos, tendremos que mencionar a los protagonistas de semejante *balcanización*:<sup>63</sup>

a.1). Batallas y posesión de las diferentes ciudades pro-romanas, por parte de los invasores germánicos, alrededor del periodo de 480 a 600.

a.2). Surgimiento de los poderosos ejércitos de los ostrogodos a manos de Teodorico el Grande, para conquistar y tomar las tierras de lo que hoy es Italia a finales del siglo V.

a.3). Paulatino avance de las hordas bárbaras de los francos, para hacerse del espacio que hoy ocupa Francia, hacia el siglo VI-VII, y su posterior asalto hacia tierras anglosajonas (Inglaterra), iniciando con ello una serie de largos agravios entre Francia y

---

<sup>61</sup> GÓMEZ ROCHA, Javier, “Poder y escritura documental en la Edad Media. Los documentos del Infante don Alfonso de Castilla del Archivo Municipal de Toledo”, en *Funciones y prácticas de la escritura. I Congreso de Investigadores Noveles en Ciencias Documentales*, Departamento de Ciencias y Técnicas Historiográficas, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013, pp. 109-110.

<sup>62</sup> HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Édgar G., “Los procesos históricos y sus diferentes *balcanizaciones* en el mundo contemporáneo”, en *Tatbestand*, Año 4, No. 8, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2018.

<sup>63</sup> Este término es utilizado para hacer un símil de lo ocurrido con la caída de la ex Yugoslavia en Los Balcanes, caída que motivó una brutal separación de esa república en varias naciones como Bosnia, Serbia, Croacia, etc.

Gran Bretaña como reinos concurrentes en la Edad Media y después en la Edad Moderna.

a.4). Los visigodos, bajo la égida de Alarico II, se sitúan en las tierras romanas de lo que hoy es España, hacia el siglo VI.

a.5). La nobleza lombarda comienza a tomar relevancia en las zonas centrales y del sur de lo que hoy es Italia, consolidando su influencia con apoyo del incipiente pero irreversible poder del Papado, hacia el siglo VII.

a.6). En el magno reino de lo que será Inglaterra, los diferentes reinos se convierten al catolicismo, con todo lo que ello habrá de implicar en cuestión de influencia económica y política en Europa, hacia el siglo VIII.

a.7). Los musulmanes invaden Europa y someten al reino visigodo en terrenos de la vieja Hispania, y comienzan el dominio de la península, hacia el siglo VIII. Junto con ellos, los árabes toman Tolouse, en el reino de los francos, y lo toman para sí, comenzando a partir de ese momento, la toma plena de lo que hoy es España y parte de Europa central.

a.8). Irrupción hacia el siglo IX de las poderosas huestes del dios Odín, representadas por los míticos guerreros vikingos, hacia espacios dominados por los anglosajones, los francos y los hispano-árabes. En ese siglo también, con la unificación del mundo escandinavo en el reino de Noruega, se consolida esta fuerza guerrera y cultural.

a.9). Hacia el siglo IX, se afirman los reinos musulmán-europeos centrales, y donde, por supuesto, no se encuentran ni vikingos, ni anglosajones, ni germánicos, aunque sí algunos pueblos de éstos últimos que se encontraban desarrollándose en la Hispania románica.

a.10). En el siglo X, a la par del avance del poderío musulmán, se consolidan los reinos germánicos, escandinavos y anglosajones, lo que habrá de devenir en un nuevo y relativo orden mundial que será puesto en evidencia con las Cruzadas, hacia el siglo XI, estimuladas por el Papado de Urbano II, para recuperar la así llamada Tierra Santa de Jerusalén, y con ello, paradójicamente y hacia el siglo XII (porque fueron varias cruzadas a lo largo de 150 años), la liberación de Europa central e hispánica de las manos del poder de los conquistadores de Medio Oriente.

a.11). Todos estos escenarios de convulsión guerrera, cultural, política y poblacional, habrán de dar forma a lo que en los posteriores siglos (a partir del año 1400), conoceremos como los máximos reinos de Europa, recuperados algunos de las huestes musulmanas, como España y Francia, acompañados más allá del norte de Inglaterra, Italia, y la hegemonía implícita de Germania en cada una de las casas reales existentes, sin olvidarnos, por supuesto, de Portugal.<sup>64</sup>

b). La constante aparición de ordenamientos costumbristas que, inevitablemente, tendrían como influencia sustantiva los resabios del orden jurídico romano, que trascendió, por ejemplo, hacia los reinos visigodos y francos.

b.1). Tenemos, por ejemplo, la aparición del *Código de Eurico* (nombre del mismo gobernante), se constituye como el primer intento formal de romper con ese pasado clásico, a partir de ese cuerpo legal germánico, que apelaba en las sanciones a castigar especialmente actos que pusiesen en riesgo la estabilidad del incipiente reinado visigodo.

b.2). De ese tiempo también tenemos el *Breviario de Alarico* (gobernante hijo de Eurico), llamada a su vez *Lex Romana Visigothrum*, posterior al señalado Código de Eurico, que retoma los postulados del derecho romano vulgar, en la etapa posterior a la caída del Imperio. Una de las condiciones para este retomar de la esencia jurídica romana, desde la visión del noble Alarico II —visión avanzada a la de su padre Eurico—, era que con este texto se podía unificar la visión de los vencidos y los vencedores (es decir, los romano-católicos y los germánico-visigodos, respectivamente), apostando por una conquista jurídico-cultural. Y esto puede ser muy cierto porque el *Breviario de Alarico* tuvo entre sus notables condiciones, la fortaleza de poder responder a las diferentes problemáticas derivadas de las relaciones privadas, y con ello resguardar los bienes personales.

b.3). Pero una de las notables obras que integran ya de modo más consistente lo que en la doctrina se denomina la corriente romano-germánica, lo significa sin duda el *Código de Recesvinto* (bautizado en honor del monarca del mismo nombre), de mediados del siglo

---

<sup>64</sup> HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Édgar G., “Los procesos históricos...”, *op. cit.*

VII. Conocido también como el *Liber Iudicum* o el *Libro de los Jueces*, su influencia trasciende hasta el siglo XIII, cuando en 1241, es traducido del latín al castellano por instrucciones del rey de Castilla, Fernando III, transformándose en el denominado *Fuero Juzgo*.<sup>65</sup>

c) La constante aparición de la Iglesia con su notable aparato burocrático del cual se respaldaron los reinos emergentes, y que a partir de ello, y como lo denota el propio *Liber Iudicum*, los pleitos de carácter civil y criminal, eran desahogados con el arbitraje y auxilio de los sacerdotes y obispos, que llevaban a cabo sus actos jurídicos con adhesión —en su calidad de jueces extra oficiales— a los principios básicos de la lógica jurídica y a las referencias que sobre estos casos hacía tanto el *Liber Iudicum* como algunas normas romanas de la compilación del Código de Justiniano (reunión del derecho romano en el Imperio romano de Oriente, hacia el año 530 de nuestra era, en la lejana Constantinopla, por parte del emperador bizantino Justiniano).

d) Recordemos en este espacio la influencia de la Iglesia, a partir de lo que nos dice López-Amo:

No sólo indirectamente, a través de las conciencias, logra la Iglesia ir dominando las costumbres bárbaras, sino por influjo de sus enseñanzas en el mismo legislador, que, citamos a manera de ejemplo, suprime en el Código de Huesca de 1247 las ordalías del procedimiento judicial [a las cuales habremos de referirnos en el siguiente inciso]

La Iglesia pone al servicio de su causa las mismas instituciones del Derecho germánico. De la paz de la casa deriva el asilo de los templos, que sustrae a quien a él se acoge de la venganza de los enemigos. Las composiciones, otra institución de derecho penal germánico, son el medio de satisfacer con que el clero de la Iglesia a cuyo asilo se acogió el perseguido detiene para lo sucesivo la venganza del perseguidor.

Y no es sólo con las enseñanzas evangélicas y con el espíritu del Cristianismo como la Iglesia influye en el Derecho penal de los pueblos germanizados, sino también sirviendo de vehículo para el conocimiento y aplicación del derecho mosaico [es decir, el derecho judío, de la ley mosaica o de Moisés] y, en general, del contenido en el Antiguo

---

<sup>65</sup> *Ibidem*.

Testamento, que por ser fuentes reveladas por Dios forman una unidad con el Derecho eclesiástico de la época [...]

Pero la influencia decisiva y duradera de la Iglesia en el Derecho penal fue aún más profunda, no limitándose a templar ciertos usos salvajes y ciertos rigores primitivos. La acción de la Iglesia echó las bases del Derecho penal moderno con sus ideas acerca del delito y de la pena y su regulación de uno y de otra.<sup>66</sup>

Una vez más surge el cuestionamiento: ¿existía una preocupación por la víctima u ofendido en cada uno de estos periodos? Tampoco.

Es así que tenemos, como refiere López-Amo, una organización penal y penitencial en donde todas las penas, a diferencia del sistema de venganzas y composiciones, están en *manos de la autoridad*. Se forma un *sistema de penas aflictivas* que también se sustenta, por consecuencia de lo anterior, “en el Derecho penal popular, que da realce ante la consciencia del pueblo a la labor punitiva de la autoridad, desarraigando el afán de venganza, ya cumplido con la pena o la penitencia sufrida e inspirando temor y respeto a los posibles delincuentes”.<sup>67</sup>

Este sistema de penas, se recoge en los *libros penitenciales*, antecedente de nuestros códigos penales, que dan al sistema de penas la seguridad de una reducción a escritura de valor oficial. “La finalidad de la pena no ha de ser la satisfacción al ofendido, ni siquiera la expiación en sí sola, sino que trata de lograr la mejora del reo mediante el arrepentimiento, con lo cual, como dice Pertile, enseñaba al Estado *los más elevados fines del poder punitivo*”.<sup>68</sup>

Es así como podemos comprender la perfección del sistema penitencial eclesiástico, mismo que acompañó al derecho punitivo del Estado monárquico, ya fuera franco, germánico o inclusive anglosajón —antes de la reforma luterana, por supuesto—, y que subsistió hasta iniciado el siglo XII.

e) Las ordalías eran la base de las sanciones posteriores al primer milenio de nuestra era;

---

<sup>66</sup> LÓPEZ-AMO MARÍN, Ángel, “El derecho penal...”, *op. cit.*, p. 340.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 341.

<sup>68</sup> *Ibid.*

devenidas de tiempos primitivos, nos refieren estudiosos en el tema que *Los juicios de Dios* (como se conocía a este mecanismo), tuvieron sus raíces en las etapas primitivas bárbaras, y que consistían en dotar de cierto equilibrio los actos de venganza. Recordemos que la propia Iglesia condenó estas prácticas, como consta en la lectura de López-Amo, aunque no fueron pocos los eclesiásticos que participaban en ellas de modo práctico: ya desde entonces, las voces del Papado no necesariamente se reflejaban en las consciencias de sus ministros, sin duda, ya que siglos después, la habría de aplicar en el ejercicio de las facultades punitivas de la Santa Inquisición del siglo XV.

Las ordalías eran pruebas que se aplicaban a los acusados de algún delito para probar su inocencia; por ejemplo, si un acusado superada determinada “prueba de Dios”, sin perder la vida, era considerado inocente. De lo contrario, pues obviamente al morir se lo consideraba culpable.

De acuerdo a Ramos Núñez, varios eran los sistemas que se usaban en las ordalías:

En Occidente se preferían las pruebas a base del combate y del duelo, en los que cada parte elegía un campeón que, con la fuerza, debía hacer triunfar su buen derecho. La ley germánica precisaba que esta forma de combate era consentida si la disputa se refería a campos, viñas o dinero, estaba prohibido insultarse y era necesario nombrar dos personas encargadas de decidir la causa con un duelo.

La ordalía por medio del veneno era poco conocida en Europa, probablemente por la falta de un buen tóxico adecuado a este tipo de justicia, pero se utilizaba a veces la curiosa prueba del pan y el queso, que ya se practicaba en el siglo II en algunos lugares del Imperio romano. El acusado, ante el altar, debía comer cierta cantidad de pan y de queso, y los jueces retenían que, si el acusado era culpable, Dios enviaría a uno de sus ángeles para apretarle el gáznate de modo que no pudiese tragar aquello que comía.

La prueba del hierro candente, en cambio, era muy practicada. El acusado debía coger con las manos un hierro al rojo vivo por cierto tiempo. En algunas ordalías se prescribía que se debía llevar en la mano este hierro el tiempo necesario para cumplir siete pasos y luego se examinaban las manos para descubrir si en ellas había signos de quemaduras que acusaban al culpable.

El hierro candente era muchas veces sustituido por agua o aceite hirviendo, o incluso

por plomo fundido. En el primer caso la ordalía consistía en coger con la mano un objeto pesado que se encontraba en el fondo de una olla de agua hirviendo; en el caso de que la mano quedara indemne, el acusado era considerado inocente.<sup>69</sup>

Hemos realizado este recorrido por la Alta Edad Media y parte de la Baja Edad Media, dado que se tiende a confundir, como refiere Hernández,<sup>70</sup> los espacios temporales de la Edad Media con los tiempos del Estado moderno o etapa del Estado de derecho, cuyos puntos de partida se deben localizar en el Renacimiento, hacia inicios del siglo XVI, y no en el periodo del Medievo; incluso, no pocos estudiosos confunden a su vez las prácticas impías de la Inquisición (que se registraron sobre todo después del Renacimiento) con el tiempo de las penitencias religiosas de la Baja Edad Media a que hemos hecho mención en los párrafos anteriores, y de donde no podemos colegir la presencia sistemática, como ocurrió eventualmente en el derecho romano, de alguna institución que se pudiese parecer lo más adecuadamente posible al Ministerio Público, y por ende, a su función como protector y representante de las víctima o el ofendido, que se interpreta más bien como la función de represión estatal del crimen.

### **2.3. El positivismo criminológico como referente del Estado de legalidad**

Si bien con la Independencia estadounidense de 1776 y la Revolución Francesa de 1789 se logró configurar un orden social que considerase el papel del gobernado ante el orden establecido, y marcó a su vez con este par de sucesos el paradigma del denominado Estado de legalidad — conocido también por otros doctrinarios como el Estado de derecho—, es muy cierto también que ambos sucesos históricos fueron acuerdos de las burguesías ante las anquilosadas monarquías absolutistas para mantener las condiciones de sujeción de los gobernados ante el nuevo siglo XIX, que planteaba, ante todo, una nueva doctrina surgida de las raíces del método científico de las ciencias naturales.

---

<sup>69</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos, “Ordalías y Juicios de Dios en la Edad Media Europea”, en *Revista Redes*, Universidad de Sevilla y Universitat et Barcelona, en sitio web [http://revista-redes.rediris.es/recerca/rvaldes/presen\\_archivos/ordalias.htm](http://revista-redes.rediris.es/recerca/rvaldes/presen_archivos/ordalias.htm), consultado el 11 de enero de 2018.

<sup>70</sup> HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Édgar G., “Los procesos históricos...”, *op. cit.*

En efecto, hablamos del positivismo como referente para las ciencias sociales en la búsqueda de generar sólidas categorías epistemológicas, y en ese sentido se inscribe el positivismo criminológico que, como podemos observar por definición propia, se preocupó sólo del criminal, pero no de la víctima, y cuya fuente de preocupación guarda estrecha relación con la protección de la sociedad:

Para la prevención especial negativa, la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de *un mal para la persona*, pero que es un *bien para el cuerpo social*. En general se la promueve en la anterior: cuando las ideologías *re* fracasan, se apela a la neutralización y eliminación de los *incorregibles*. En la *realidad social*, como las *ideologías re* fracasan, la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria. Sin duda que tienen éxito preventivo especial: la muerte y las mutilaciones son eficaces para impedir conductas posteriores del mismo sujeto o que éste realizaba con el miembro amputado. Así las cosas, puede apreciarse que ambas prevenciones especiales, la positiva y la negativa, son igualmente parasitarias entre sí.

El mismo discurso del positivismo criminológico que las funda a partir de su más difundida denominación como criminología clínica, cuyo saber es guiado a semejanza de la medicina, y justo como esta última, figuran la idea de sujetos curable y de otros no curables.<sup>71</sup>

No olvidemos que la criminología positivista fue fundada por Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso, los tres criminalistas pero no juristas (salvo Garófalo), por lo que siempre permeó en estos individuos conceptos racistas creados por Herbert Spencer a la luz de la reinterpretación equívoca de los textos de Charles Darwin y su *Origen de las especies*. No resulta extraña la actitud de los tres ilustres italianos, cuyos conocimientos y suposiciones alrededor del criminal decantaron en la filosofía *lombrosiana* que hoy siguen utilizando diferentes operadores del sistema policial,

---

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Raúl; TENORIO T., Fernando; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 42.

penal y militar para *calificar* por la sola apariencia de un determinado sujeto a un criminal.

En efecto, como refiere Zaffaroni *et al.*, el racismo Spencer era *optimista*:

La humanidad era un organismo en evolución que cumplía también la ley de selección natural [como lo pensaba Darwin, aunque Spencer le dio otro sentido un tanto ajeno a lo que el naturalista pensó]. Su cosmovisión era violentísima, partiendo de que toda evolución se producía a fuerza de lucha, cataclismos y selección violenta de los más aptos.

Sostenía que a medida que avanzaba la civilización, se reducía el apetito sexual y surgía la moral. Para ello había inventado una biología ridícula: según él las células cerebrales y sexuales consumen el mismo alimento; cuanto más se usan las primeras, menos se usan las segundas y, como la función hace al órgano, más se desarrolla el cerebro. De allí la diferencia entre la alta moral victoriana inglesa y la frecuencia amoral de los trópicos colonizados.

En la lucha competitiva se fortalecían los débiles; por ende, no debía ayudarse a los pobres, porque se debilitaban; el Estado debía intervenir lo menos posible, para no interferir en su esfuerzo por fortalecerse.

## **2.4. Reflexiones conclusivas sobre el menosprecio de la víctima**

Es aquí donde deseamos detenernos a evidenciar algunas de las ideas centrales de lo que consideramos han sido a su vez las razones para menospreciar a la víctima u ofendido del delito, a partir de lo descrito hasta el momento.

Hemos realizado un ejercicio revisionista de la historia del Estado para darnos y dar cuenta de lo que sigue:

a) El Estado, al apropiarse desde antiguos tiempos de la venganza privada, se apropió a su vez de los derechos de las víctimas u ofendidos, trasmutando esta responsabilidad en un determinado “proteccionismo” de las sociedades clásicas, medievales y renacentistas de Occidente.

b) El Estado, al convertirse en representante de la gobernabilidad para el sustento y

desarrollo de los pueblos en tanto conjuntos humanos, colocó bajo el manto de sus instituciones (sea de emperadores, de monarcas o de presidentes), la protección de los gobernados, considerados como un conjunto y no una individualidad: no existían las víctimas como tales, sino los agraviantes a la sociedad y al orden establecido.

La idea de un derecho penal sistemático, no ocurre sino hasta ya entrado el siglo XIX, con la codificación de la norma, y a su vez, se genera la figura derivada del fiscal español renacentista, a partir de la creación del Ministerio Público francés, institución responsable de la persecución del criminal, y a su vez, en teoría, defensor de la víctima u ofendido.

c) La ideología positivista, al instalarse en el pensamiento de mediados del siglo XVIII y de lleno en el siglo XIX, planteó también las ideas spencerianas y de la criminología clásica, en el sentido de que los delincuentes, en algún momento, en tanto enfermos y/o degenerados, tienen una suerte de fortaleza nacida de su reto a la fuerza del Estado, y por tanto, había que confrontar a ese peligro que amenazaba desde ya al *establishment* social.

d) La víctima u ofendido, entonces, en el imaginario de la evolución y origen de las especies darwiniana, eran en cierto modo seres inferiores por su calidad de *necesitados* de la ayuda del Estado. Aquí no debe confundirse el auxilio a la sociedad con la ayuda a cada uno de sus miembros en tanto sujetos de derecho, porque eso no es políticamente rentable para quienes gobiernan.

e) A propósito de esto último, desde el plano de la actividad política de las personas que manejan los destinos de un país, de una nación, especialmente a partir del siglo XIX, es más rentable desde la competencia política, la estigmatización y persecución de delincuentes a partir de las criminalizaciones primaria y secundaria, que la protección a la víctima. Ello porque, se le ofrece a la sociedad desde las alturas del poder estereotipos que preocupen a los gobernados, y los unifiquen en relación a un temor generado desde los recursos políticos (leyes, medios de información, instituciones): “los prejuicios (racistas, clasistas, xenófobos, sexistas) van configurando una figura del delincuente en el imaginario colectivo, que es alimentado por las agencias de comunicación: construyen una *cara del delincuente*. Quienes son portadores de rasgos de estos estereotipos, corren serio riesgo de selección criminalizante”.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 11.

Entonces, reiteramos la concepción de Zaffaroni en relación a las víctimas, en donde cuenta en primera persona, lo que denomina *La confiscación de las víctimas*:

En otras palabras: si alguien me rompe la nariz y el Estado se digna notarlo o tomar en cuenta mi denuncia, en el mejor de los casos, es decir, suponiendo que no surja ningún inconveniente y que los funcionarios pongan un mínimo de diligencia (lo que sucede en muy pocos casos), el sistema penal, después de un largo y complicado trámite, se limita a imponerle una pena al que me rompió la nariz, con el argumento de que debe resocializarlo, asustar a los que nunca rompieron narices para que nunca lo hagan o reafirmar la confianza pública en el propio Estado, o todo eso junto. Pero el sistema penal de modo alguno hace caso de mis protestas si acudo ante el juez y le expreso que mi interés como víctima, es decir, como persona lesionada, es que me recompongan la nariz. Lo mismo pasa si me roban algo: incluso a veces mantienen secuestrada la cosa robada todo el tiempo que dura el proceso, porque es una prueba que el Estado necesita, y me la devuelven poco menos que inutilizada.

Todo ello sin contar con que a menudo la víctima es para el sistema penal el primer sospechoso (al que interrogan sobre si tiene seguro), cuando no se meten en su vida privada y le dan la publicidad sin importar el daño moral que con ello se provoca. Como la delincuencia sabe esto, busca ocasiones especiales para cometer ciertos delitos (el robo en prostíbulos y lugares análogos). Para el sistema penal las víctimas de delitos sexuales son por lo general sospechosas de extorsión o de provocación de la situación o de denunciar por despecho, los cónyuges del muerto son los primeros sospechosos del homicidio, los dueños de locales incendiarios son sospechosos de fraude de seguro, etcétera.<sup>73</sup>

Si observamos a detalle cada uno de los argumentos aquí descritos, podemos darnos cuenta que el positivismo criminológico racista spenceriano y lombrosiano sigue vigente, junto con la ideología política del control social a partir de las necesidades básicas de justicia de la víctima u ofendido

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

del delito, que son tomadas, como se puede advertir, como una excusa del poder político para fundar en esas necesidades su amplia capacidad de ejercicio del gobierno, del usufructo de los recursos económicos para mayor represión e intimidación de los gobernados, colocando en medio de esta acción el eterno conflicto entre el criminal y la víctima.

Porque, en efecto, como apunta nuevamente Zaffaroni *et al.*, no solamente es selectiva la criminalización que lleva a cabo el sistema penal, sino que éste opera de modo que la *victimización* también se hace selectiva y va recayendo sobre las personas de menores ingresos. Los servicios de seguridad se deterioran y en los últimos años se privatizan, de modo que goza de mayor seguridad quien puede pagarla o vivir en barrios de más alta renta en que el servicio es mejor.

Por regla general la seguridad es un derecho y un servicio que se reparte en relación inversa a los ingresos de las personas, de modo que los más expuestos a ser victimizados también son quienes están más cerca de la base de la pirámide social, y son los más *vulnerables*. Es lógico que reaccionen con mayor violencia frente a las agresiones que sufren y, por ende, que reclamen pena de muerte y mayor represión en general,<sup>74</sup> ideas en las que cualquier político de derecha en el mundo occidental (como lo estamos viendo actualmente en Europa, Estados Unidos y algunas naciones de Sudamérica) tome para sí esas demandas, y las ofrezca como la solución a diferentes problemáticas de corte social, olvidando que no es a través del derecho penal únicamente como se va a generar la estabilidad y la paz sociales que reclaman diversas naciones que han optado por la rigurosidad de las políticas criminales duras en los países de referencia.

Y claro, se trata de proteger a la sociedad, pero no a la víctima. No en vano incluso desde la dogmática penal alemana se ha inventado una nueva forma de identificar al criminal que atenta contra los intereses del Estado, que no son efectivamente los intereses de la víctima: nos referimos, por supuesto, a lo que Günther Jakobs identifica como el “derecho penal del enemigo”:

Las señas de identidad de este «Derecho penal del enemigo» que describía Jakobs en su conferencia de 1999 y que después ha reiterado en otros trabajos posteriores son las siguientes:

1. Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad,

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 14.

aplicando incluso «penas draconianas».

2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc.

3. Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos [como ocurre con los bienes afectados de las víctimas], adelantando la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito. Imaginemos lo que podría llegar a ser un Derecho penal de este tipo con los siguientes ejemplos:

1. Aplicar penas más allá de la idea de proporcionalidad, incluso «penas draconianas», puede significar, si se toman las palabras de Jakobs al pie de la letra, aplicar penas de prisión de larga duración, incluso la pena de prisión perpetua o la de muerte, a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.

2. Abolir o reducir los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal puede significar, por ejemplo, admitir que éste no tenga derecho al debido proceso o a la asistencia de abogado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, incluso con el empleo de tortura, derogar la competencia del Juez natural y crear Tribunales especiales, excepcionales o militares, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decretar el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas, etc.

3. Criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía públicamente hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas, o

incluso escribir un artículo a favor de estas ideas, o defenderlas en el curso de una conferencia, etc.<sup>75</sup>

Por cierto, de este derecho penal del enemigo, surge la controvertida figura del arraigo, que, como podemos ver en el numeral 16, párrafo séptimo de nuestra Constitución Política, dispone lo siguiente:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

¿Y la víctima? ¿No debería manifestarse este ejercicio de punición preventiva para proteger a la víctima?

Esa es la ideología de menosprecio que ha impactado el papel de esta figura en el escenario jurídico mexicano, cuyas raíces tratamos de explicar en este largo epígrafe, raíces que se configuraron a la par de un derecho penal que ha sido utilizado por el Estado para el control social formal e informal de las sociedades de nuestro tiempo.

---

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?”, en *Revista Penal*, ISSN 1138-9168 No. 21, Enero 2008, Madrid, 2008, p. 94.

## CAPÍTULO 3

### JUICIO DE AMPARO, DERECHOS HUMANOS Y GARANTISMO PENAL ANTE LA VÍCTIMA U OFENDIDO

#### 1. El escenario del Estado constitucional de derecho y los derechos humanos

Amparándonos en el análisis del tridimensionalismo jurídico abordado en el capítulo 1, debemos reiterar que fuimos educados, como profesionales del derecho, en el legalismo positivista; toda una generación de abogados nos convertimos en lo que se denomina “lectores de códigos”, donde únicamente se apreciábamos las condiciones fácticas que nos marcaba la ley, pero no íbamos más allá de los significados axiológicos de la misma, perdiéndonos la enorme oportunidad de que se cumpliera un fin sustantivo: alcanzar un objetivo del jurista que “debería focalizarse no en ser mejor lector de leyes, sino comprender el fenómeno jurídico en toda su enorme complejidad”,<sup>76</sup> y cuando hablamos de complejidad, hablamos de los contenidos integrales del derecho.

Ubicados en los tiempos a que hacemos referencia, sólo bastaba la fundamentación del silogismo jurídico, al confrontar el hecho con el tipo penal identificado en la norma punitiva, y de allí, en un ejercicio mecanicista, emergían las personas *responsables jurídicamente* desde esta limitada interpretación jurídica, pero no las personas *responsables real e históricamente*.

Es así que nos acostumbrados a fórmulas metódicas y que aplicábamos a una realidad criminal, procurando integrar hechos reales a fórmulas sistemáticas, sin buscar algo más allá del silogismo jurídico, lo que nos llevó en no pocas ocasiones a verdaderos escenarios de injusticia jurídica que puede verificarse en cualquiera de los expedientes que al azar se pretendan analizar a la luz de este tipo de reflexiones.

De esa vena jurídica se alimentaron múltiples criterios en cada uno de los espacios jurídicos que correspondían a las instituciones del Estado mexicano, y cualquiera de las reformas que se pudiese manifestar a nivel penal, sólo iban en función de dar mayores elementos para la satisfacción de los requisitos del burócrata investido de agente ministerial, que a su vez consignaba esos mismos

---

<sup>76</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la..., op. cit.*, p. 29.

expedientes de entramado positivista hacia jueces anegados de criterios legalistas, que lo único que hacían, era ratificar ese prejuizamiento que ya devenía de la fiscalía, con actuaciones policiales ajustadas *a modo* para que el Ministerio Público sólo se dedicase a ratificar el silogismo jurídico positivista, sin mayores contemplaciones al contexto de la norma.

Por supuesto, los propios responsables de la defensa pública también se ubican, sin espacio a controversia, en esa lógica mecanicista.

No es gratuito este comportamiento autoritario de los operadores del Estado ante la criminalidad. Sólo se sigue una lógica establecida desde ese constructo penal.

La propia norma criminalizaba de modo primario, desde los espacios del legislador a quienes, desde su condición social, económica, cultural o religiosa, se habrían de convertir en “los clientes” del sistema jurídico penal, que a su vez, agobiado de la cauda de acciones delictivas imposibles de atender material y humanamente, realizaría entonces un ejercicio de *selección de casos* delincuenciales que se ajustasen al modelo preestablecido desde instancias policiales y ministeriales.

Reiteramos lo apuntado por Zaffaroni respecto de la clientela habitual del sistema penal, donde,

no es difícil que buena parte de los portadores del estereotipo criminal realmente cometan delitos que, como corresponde a su pertenencia de clase, grado de instrucción y entrenamiento, son obras toscas de la delincuencia, fáciles de descubrir (arrebatos, robos con efracción, asaltos a mano armada, fraudes rudimentarios, venta minorista de tóxicos). Son los clientes habituales de las prisiones. En el imaginario colectivo éstas están llenas de homicidas y violadores, pero en la realidad, éstos son minoría, y las prisiones están repletas de ladrones fracasados y vendedores minoristas de tóxicos prohibidos en un noventa por ciento.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> ZAFFARONI, Eugenio, TENORIO, Fernando, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejanddro, *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 12.

Para Eduardo Lozano Tovar, existen diferentes motivaciones cuando se trata de responder desde la norma a ciertos fenómenos o aspectos patológicos de la sociedad, como lo son, precisamente, los comportamientos criminales.

Desde el punto de vista estrictamente de la legislación, la creación de la norma penal debe ser construida en la contemplación y eficacia del derecho penal, bajo el prisma o punto de vista de la finalidad, los efectos de las exigencias de la fiabilidad de los postulados teóricos y los criterios valorativos propios del derecho penal, en la condición político criminal de la configuración de un sistema jurídico punitivo que trate de atender a la realidad práctica y en las condiciones que acrediten la posibilidad de alcanzar los fines pretendidos por la regulación jurídica, como lo afirmase Hippel [Robert von] en sus estudios relativos a la escuela jurídico penal de finales del siglo XIX.

[...]

En ese momento de la creación de la norma, es donde el legislador tiene bajo su responsabilidad la predeterminación de la relatividad del hecho jurídico, con sus limitaciones y posibilidades de prevenir y controlar el fenómeno criminal. La normativa penal como base de la política criminal, se plantea en su construcción legislativa considerando sólo ocasionalmente, en un determinado momento sociopolítico, la justificación doctrinal moderna acerca de los objetivos del derecho penal [Ferrajoli, 2004: 16], y, por el contrario, en lo general supone y confunde, no pocas veces, la prevención con la limitación de los márgenes de la acción delictiva a través del combate a la misma: la prevención con la sanción.

Ahora, en todo caso, ¿cuál es la necesidad de justificar y legitimar la violencia del Estado hecha ley a partir del ejercicio legislativo, siendo en apariencia muy obvias las necesidades que plantea el fenómeno criminológico a ese mismo Estado?<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> LOZANO TOVAR, Eduardo, *Política criminal en...*, *op. cit.*, pp. 113 y 116.

Una imperiosa necesidad de configurar el derecho punitivo, sin duda nace de la pretensión de proteger los intereses de la sociedad como legitimación de la existencia del propio Estado, y como muestra de ello, el inflacionismo penal propiciado por los políticos en épocas electorales, suele ser muy recurrente.

Ahora, retomando los contenidos doctrinarios, si la sociedad entregó —en el añejo acuerdo representado en el contrato social interpretado desde la visión de Jean Jaques Rousseau— la libertad individual de los hombres para hacer posible la construcción de ese paradigma llamado Estado, y asegurarse su organización y seguridad, y por ende su sobrevivencia, el Estado hará todo lo posible por proteger ese interés social en aras de su propia legitimidad.

Es sólo de ese modo como puede entenderse la función del derecho punitivo en el contexto de la modernidad —o de la posmodernidad, como otros lo quieren ver—, a partir de la reorganización política nacida al amparo de la caída de los regímenes monárquicos, y el surgimiento de las nuevas repúblicas en la Europa de mediados del siglo XIX.

Y será a lo largo del siglo XX que las funciones punitivas de los Estados de la posmodernidad habrán de confrontarse con el escenario de las guerras mundiales, y trascenderá la importancia de los seres humanos ante esta dudosa legitimidad de los Estados y sus políticas criminales, con un positivismo jurídico que atentaba, sobre todo, contra el derecho humano a una adecuada defensa oficiosa o *ex officio*.

De ese positivismo jurídico se alimentaron generaciones y generaciones de juristas que veían en la llana aplicación de la ley el sentido final de la ciencia jurídica, y aquí tenemos los resultados.

### **1.1 La importancia de las estructuras doctrinales en la ciencia jurídica**

En las ciencias sociales, la evolución de los conceptos duros tiende a caminar de la mano de las estructuras doctrinales que se van generando en función, sobre todo, de la necesidad de argumentar ideas que a su vez generan documentos o proclamas traducidas en leyes; esto, refiriéndonos por supuesto, al ámbito jurídico.

Eventualmente por ello, como funcionarios, litigantes o estudiosos de la norma jurídica, buscamos explicar el sentido de validez, pues es allí donde teóricamente encontramos la funcionalidad del derecho.

Por esa razón apreciamos tanto el legalismo, por encima de las ideas doctrinales que, no obstante, olvidamos que se mueven a niveles de mayor jerarquía en la ciencia jurídica, pues es a través de la condición axiológica y ontológica donde el derecho encuentra complementada su condición de verdadera ciencia.

Es así que no podríamos entender los cambios que se suceden, especialmente en el ámbito del derecho penal, si no tomamos en cuenta las modificaciones doctrinales que ha experimentado la ciencia jurídica en el siglo pasado, y los avances que ha estimulado en esta disciplina esas corrientes doctrinales.

En efecto, se ha reconocido a la Constitución de Weimar de 1919, como el referente de lo que se debe comprender como el Estado social de derecho, donde se apunta una serie de atribuciones adjetivas al ciudadano ante el poder estatal.

Esta Constitución, aparece con posterioridad a la primera guerra mundial que tuvo lugar entre 1914 y 1918, y cuya confrontación trajo como consecuencia una profunda recesión económica que afectó a los ciudadanos de Europa, entre ellos por supuesto y con mayor agudeza, a los alemanes; éstos, con la nueva Constitución, por primera vez cuentan con 57 artículos relacionados con los derechos fundamentales que deben ser protegidos por el Estado, así como disposiciones referidas a los derechos sociales, aunque a un nivel muy general y abstracto, entre los que se incluye el de la asistencia pública en salud.

Todo, dentro del desarrollo e implementación del denominado constitucionalismo social, cuya ideología hace que se consoliden los derechos sociales y entre ellos la seguridad social y los derechos asistenciales como prestacionales a cargo del Estado, verbigracia la salud.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> MARANIELLO, Patricio, y PARISI, Néstor Sebastián, “El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino”, en *Revista IUS*, Vol. 10, No. 38, julio-diciembre de 2016, ISSN 1870-2147, Instituto de Ciencias Jurídicas, 2019, Puebla, 2016.

Nos atreveríamos a inferir, incluso, que esa pretensión de colocar a los derechos sociales de la Constitución de Weimar como baluarte de las atribuciones del Estado, esto es, los derechos del ciudadano (olvidados desde la poco más que emblemática Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en la Revolución Francesa), influyó de algún modo en la confección, 29 años después —en el principio de la posguerra europea—, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) de la naciente Organización de las Naciones Unidas.

Es así como el modelo del Estado social de derecho en lo económico, y el Estado de derecho en lo jurídico, dan paso a la estructuración de las economías con agenda relacionada con lo social, esto es, vinculadas al modelo del Estado de bienestar. Porque, finalmente en la posguerra y su consecuente Guerra Fría, los modelos económicos de los países del bloque socialista y del bloque capitalista, habrían de emprender una competencia por demostrar al mundo entero cuál de ambos modelos habría de imponerse a lo largo de la segunda mitad del siglo XX en la satisfacción de los derechos sociales.

En el terreno de lo jurídico, el paradigma del Estado de derecho, manifestó un entrelazamiento con esta visión legalista del derecho; en este sentido, nos dice Ortega García lo siguiente:

La principal característica del modelo legalista es que el derecho se identifica con la ley. Otras formas de juridicidad quedan supeditadas a ella; ejemplos claros son la costumbre y el derecho internacional.

De igual modo se acepta el dogma de la plenitud o completitud de la ley. Que la ley debe ser necesariamente completa es la consecuencia inmediata de la prohibición para el juez de abstenerse de resolver los casos so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia del texto legal (artículo 18 del antiguo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928).

Eso, y las obligaciones consignadas hasta nuestros días en los artículos 14 y 16 constitucionales de aplicar la ley en forma exacta y de interpretarla de manera literal, respectivamente, llevan a la conclusión de que el juez se encuentra atado a la ley, y en esta vinculación reside la fuente de su legitimidad, por lo que en los supuestos de lagunas el

juez debe hacer como si la solución estuviese contenida en las disposiciones legales expresas, aunque en los hechos no sea así.

Ciertamente este modelo legalista se ve reforzado por lo resuelto en las tesis y en la jurisprudencia de los tribunales federales, principalmente de la primera a la octava época del Semanario Judicial de la Federación, y hay muchas máximas generales que lo respaldan: *nullum crimen, nulla poena sine lege; in claris non fit interpretatio*, etc.<sup>80</sup>

Esta distinción de la norma como figura máxima del protagonismo en la afirmación práctica y/o fenomenológica de la ciencia jurídica, como se ha dicho ya, responde a los intereses de quienes buscan arreglar todo desde el inflacionismo legal, sin considerar las causas estructurales de las sociedades hacia las cuales va dirigido ese derecho, y si eso ocurre en la delicada materia penal, el asunto se vuelve de mayor ampulosidad cuando se trata de la vulneración de los derechos humanos de la persona.

## **1.2. El Estado constitucional de derecho y la necesidad de legitimar su función administradora de justicia**

Empero, a contraluz de ese escenario del ejercicio legalista de la norma, derivado de ese positivismo jurídico del cual nos hablan los autores aludidos en este documento —como Serafín Ortiz, Ramón Ortega y otros—, también sucede que la evolución doctrinal motiva nuevos procesos de comprensión y desarrollo de la ciencia jurídica.

Así, arribamos a finales del siglo XX en México con la adopción del modelo del Estado constitucional de derecho —bastante rezagados en nuestro país, por supuesto, si tomamos en consideración que este modelo de Estado, de acuerdo a los teóricos, tiene sus raíces en la

---

<sup>80</sup> ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El derecho mexicano entre legalismo y constitucionalismo (anotaciones de historia constitucional)”, en revista *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, No. 54, 2017, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, Ciudad de México, 2017, p. 7.

Constitución de Bonn, de 1948; el penalista y criminólogo Ortiz Ortiz, nos refiere a propósito de ese modelo:

Es innegable que en el desarrollo de la sociedad —si convenimos en que aquel se refunde en el ente Estado—, la teoría aludida tiene un referente específico que, desde ahora adelante, se vincula a la instauración del Estado constitucional de derecho, acunado en el mundo a partir de la promulgación de la Constitución alemana de Bonn de 1949, prosiguiéndole la Constitución española de 1978, la Constitución portuguesa de 1976, y otros ordenamientos europeos con las debidas repercusiones en Latinoamérica. Al mismo tiempo, no puede desvincularse que este proceso de transformación socio-política está unido a una nueva concepción del fenómeno jurídico, a la luz de la preocupación de los juristas por la construcción de una epistemología del derecho; dicho de otra forma, es una tarea que tenemos por hacer los juristas: desmontar la vieja concepción de una Teoría General del Derecho, transmutándola por una nueva epistemología.<sup>81</sup>

Se puede objetar desde cualquier posición que en México no deberíamos estar pensando en los efectos fenomenológicos de la adopción del modelo del Estado constitucional de derecho, si aún no hemos satisfecho los principios de respeto a la legalidad y a su contexto doctrinal, que es el constructo del Estado de derecho.

Empero, aquí de lo que se trata es de observar el proceso de evolución de la doctrina jurídica a partir de lo que comienza a evidenciarse en el segmento de lo fáctico respecto de la supremacía de la Constitución, que ha venido acompañada de otra supremacía: la del Poder Judicial de la Federación, que al reconfigurarse —a través del trabajo hermenéutico de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Magistrados de Circuito y de los Jueces federales— como el máximo intérprete del ordenamiento constitucional —esto es, la Carta Magna mexicana a través del control de constitucionalidad—, entonces ese escenario se significa como otro argumento a favor de la configuración del Estado constitucional de derecho.

---

<sup>81</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la...*, op. cit., p. XVI.

Y en la perspectiva doctrinal que hemos venido trabajando sobre la evolución del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, y con ello, la supremacía del Poder Judicial en tanto máximo intérprete de la Carta Magna por encima de cualquier norma secundaria, nos refiere Ávila Ortiz el siguiente razonamiento adjetivo para los intereses de esta parte del presente documento de tesis:

Esta experiencia pluralista democrática pro-liberal y federalista, con sus virtudes y debilidades, ha dado lugar a una estrategia re-centralizadora que pretende reordenar la gestión del poder mediante una reconcentración de competencias y facultades. Supone, al mismo tiempo, el delicado y complejo proceso, acompañado, motivado y restringido por las dinámicas de la globalización y la gobernanza multidimensional, de transitar del Estado de derecho de legalidad al Estado de derecho de la constitucionalidad, y del Estado constitucional democrático al Estado constitucional democrático y social de derecho.<sup>82</sup>

De lo descrito por Ávila Ortiz, tenemos que reflexionar que es en sede judicial donde la Constitución Política de nuestro país se convierte en la guía y baluarte de las decisiones normativas que, a modo de un manto de luz, extiende su influencia hacia el orden jurídico de cada uno de los espacios de los actos jurídicos de este país.

Nos recuerda Ortiz Ortiz que con el advenimiento del Estado constitucional de derecho, surgirán también los órganos de autonomía constitucional, que rompen la clásica tripartición de poderes consabida (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); asimismo, emergen nuevas facultades para el Poder Judicial, ampliándolas en tal magnitud que lo convierten “en el poder de poderes”, porque justo en el Poder Judicial, es el espacio público en donde se resolverán los problemas más significativos y relevantes de los poderes públicos.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> ÁVILA ORTIZ, Raúl, “Veinte años de justicia constitucional electoral en México”, en Molina Piñeiro, Luis (Ed.), *Límites democráticos a las decisiones políticas, legislativas, administrativas y judiciales en materia electoral*, UNAM, PGR, FEPADE, Ciudad de México, 2017.

<sup>83</sup> ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la..., op. cit.*, p. XX.

Abonando a esta tesis sobre el ascenso del Estado constitucional de derecho en nuestro país, Ortiz Ortiz completa el escenario de alta responsabilidad de los jueces con relación a este nuevo escenario de poder institucional, con otros adjetivos propios de este modelo jurídico de Estado:

Como es de advertirse, no sólo el impacto de los derechos humanos, sino las reformas ya referidas [de la CPEUM respecto al Poder Judicial de la Federación], son las que van caracterizando a un modelo político que requiere otro tipo de derecho. Ya el positivismo no es suficiente (el juez no puede seguir siendo la voz del legislador), ahora el juez es un actor dinámico y creativo, y no autómatas aplicadores de leyes, sino que su deber reside hoy, más que en la interpretación y aplicación de sus decisiones, en ponderar y justificar sus decisiones, ya que convertido en el “poder fuerte”, en una democracia del Estado constitucional, está obligado a justificar sus decisiones, y la argumentación jurídica es justamente la teoría que le provee de esos elementos para dar razonamientos y argumentos que satisfagan una decisión democrática, pues de no hacerlo, generaría detrimento a la legalidad y a la constitucionalidad, o bien devendría en agravios a los gobernados.<sup>84</sup>

Y en este escenario de alta exigencia sobre la ponderación de los postulados constitucionales mexicanos, debe irse configurando el conjunto de capacidades que se reúnan en un servidor público eficaz, oportuno y de alta experticia en su labor, como lo es el defensor público o el defensor privado o el asesor victimal, y de modo esencial en materia penal, donde estamos ya en plena asunción del modelo acusatorio adversarial, y en el que los añejos moldes del jurista “positivista” no tienen cabida:

No obstante existir en los últimos años un mayor nivel de conciencia sobre el Estado —muchas veces crítico— de los servicios de asistencia legal y defensa pública en la región [de América Latina], no siempre se atendió con intensidad al diseño y puesta en marcha de mecanismos superadores de modelos de servicio que mostraban, sin embargo, una desconexión con las necesidades de la realidad.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. XVIII y XIX.

La circunstancia de que —sobre todo en Latinoamérica, y en la esfera del procedimiento penal— los porcentajes de casos que estos servicios cubren sobre el total de tramitados se encuentre cercano al 100%, obliga a considerar la cuestión como de absoluta relevancia para la administración de justicia en su conjunto.

Además, los procesos de reforma de la justicia penal se guían por el modelo procesal acusatorio, que busca que se garanticen plenamente los reaseguros del debido proceso en el mismo. Por ello la inexistencia de un sistema de defensa pública o su funcionamiento inadecuado, son tanto una afectación al debido proceso, como una inconsistencia con el impulso del modelo procesal propuesto.<sup>85</sup>

Hacia el terreno de los derechos humanos y el garantismo como pilares de la atención debida a la víctima es donde tenemos que ubicar los fines del Estado mexicano, en el marco del Estado constitucional de derecho y del sistema acusatorio adversarial.

## **2. Constitucionalidad en el sistema acusatorio adversarial**

Como sabemos, la reforma constitucional de 2008 en materia penal implicó la modificación de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos obviamente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>86</sup>

El número de artículos con sus respectivas adiciones y/o derogaciones relacionó a su vez la reforma en materia de seguridad pública, que involucró por supuesto a los sistemas policiacos y a los centros de internamiento penitenciario, de allí el número considerable de dispositivos constitucionales modificados.

---

<sup>85</sup> LÓPEZ PULCIO, María F., *Asistencia Legal y Defensa Pública. Documento de argumentación*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2000, p. 2.

<sup>86</sup> “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008, Secretaría de Gobernación, México, 2001.

Hay que recordar que la asunción de este modelo procesal acusatorio penal en México, en teoría obedece a la necesidad del Estado mexicano de contrarrestar la lógica de impunidad y corrupción en que había decantado el sistema inquisitorio mixto penal:

El cambio obedece al atraso e ineficacia del sistema actual para dar vigencia plena a los derechos humanos y las garantías que los tutelan, consagrados en la Constitución Federal, para brindar la seguridad debida a personas y propiedades pues en México existe una desconfianza extendida en el aparato de justicia, ya que las instituciones públicas han sido permeadas por la delincuencia, los procesos y juicios penales son burocráticos y lentos, escritos en expedientes interminables.<sup>87</sup>

Autores connotados en el estudio de este paradigma acusatorio en América Latina, como Hesbert Benavente y José Daniel Hidalgo, destacan que desde finales de la década de los noventa hasta la actualidad, Latinoamérica experimenta una importante reforma con relación al proceso penal, donde se viene adoptando el denominado “sistema acusatorio con tendencia adversarial”.<sup>88</sup>

No obstante, para quienes tendrán bajo su cargo la alta encomienda de defender y proteger la legitimidad de este esquema procesal penal acusatorio, esto es, los jueces, existe una oportunidad sustantiva innegable para cambiar el rumbo de la justicia penal en México; de este modo se pronunció en su momento el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Luis María Aguilar Morales:

La reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal representa uno de los más grandes cambios legislativos e institucionales en toda la historia de México. No resulta desproporcionado asegurar que, en relación con su trascendencia jurídica, sólo se encuentra por detrás de los procesos constituyentes de los que han emanado las cartas magnas que han regido los rumbos nacionales. Bien sabemos que por más que se esfuerce

---

<sup>87</sup> *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia*, Guía de consulta, Cámara de Diputados, LX Legislatura, Senado de la República, LX Legislatura, Gobierno Federal, México, 2008, p. 1.

<sup>88</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert e HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Código Nacional de Procedimientos Penales. Comentado*, Flores Editor y Distribuidor e Instituto Mexicano de Estudios y Consultoría en Derecho, México, 2014, p. XLVII.

y se trate de estar a la vanguardia, el derecho siempre está un paso por detrás de la realidad y, por ello, tiene que estar atento a su devenir, serle permeable, escucharla con el fin de llevar a cabo los ajustes legislativos necesarios; de lo contrario, dejará de ser un instrumento útil, se verá desbordado y la sociedad pagará el precio.

Lamentablemente, eso es lo que sucedió con nuestro derecho penal. A la par de los desafíos que plantean a la convivencia pacífica fenómenos novedosos como la delincuencia organizada transnacional o el uso intensivo de la tecnología para cometer ilícitos, como país hemos sido testigos de cómo el sistema de procuración e impartición de justicia no sólo se veía superado para atajar esas nuevas realidades, sino que, incluso, desde tiempo atrás había dejado de ser eficaz para atender las problemáticas de todos los días y el precio que como sociedad pagamos por ello fue muy alto: una creciente impunidad.

De este modo, hubo que reconocer —y ese es, de entrada, uno de los méritos de la reforma— que por acarrear una serie de deficiencias y vicisitudes endémicas, más que perfeccionar el sistema penal necesitábamos uno diferente.<sup>89</sup>

Uno de los imperativos de la reforma penal es que en justicia, se eleva a rango constitucional de manera explícita la presunción de inocencia, reconociéndose que en México en el modelo inquisitorio-mixto, los fiscales buscaban conseguir el castigo del acusado y no la verdad histórica y jurídica de los hechos para lograr que impere verdaderamente la justicia. Positivismo jurídico puro, legalista, sin objeción alguna.

Por ello, el sistema acusatorio implicó la puesta en marcha de los juicios orales, públicos y continuos, “para propiciar su transparencia, equidad e imparcialidad”,<sup>90</sup> con el cumplimiento de los requisitos que se prevén en las etapas procesales respectivas.

---

<sup>89</sup> AGUILAR MORALES, José María, “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores”, en Gómez González, Arely (Coord.), *El sistema penal acusatorio en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México, 2016, p. 27.

<sup>90</sup> *Reforma Constitucional de...*, *op. cit.*, p. 2.

Es allí donde una de las preocupaciones de todo este entramado normativo penal es la concepción del debido proceso, dado que por el carácter adversarial del sistema acusatorio, tanto imputado como víctima u ofendido, tienen todas las posibilidades de interactuar ante los operadores punitivos del Estado en una controversia de carácter penal.

Porque como bien lo apuntan Benavente e Hidalgo, en el sistema acusatorio las partes asumen “un rol más protagónico, en torno a la construcción y demostración, como válida, de su propio caso (o versión personal de los hechos) a través de las técnicas y estrategias de litigación oral, correspondiéndole al juzgador las funciones de control de la legalidad de los actos procesales y el respeto a los derechos humanos de los litigantes, así como el de expedir la respectiva sentencia o fallo”.<sup>91</sup>

Y en este rol protagónico, el auxilio de los profesionales de la ciencia jurídica, en su carácter de fiscales o defensores, adquiere un notable significado en los diferentes periodos del proceso penal acusatorio. Esto, junto con la responsabilidad de los jueces en el marco de su responsabilidad como máximos intérpretes de la Constitución en el contexto del Estado constitucional de derecho, y por ende, de todo lo que ella misma integre en sus contenidos, como es el caso de los derechos humanos.

## **2.1. Derechos humanos y su configuración constitucional**

Al igual que el sistema penal acusatorio, la asunción de los derechos humanos como un conjunto de dispositivos constitucionales, guarda estrecha relación con las exigencias internacionales, especialmente de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que comenzó actividades en México en 2002.

En efecto, el cuerpo introductorio del dictamen presentado en 2009 por parte de los parlamentarios encargados de la reforma al texto constitucional, dice a la letra:

Reformas al Título Primero, Capítulo I y Artículo 1.

---

<sup>91</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert e HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Código Nacional de...*, op. cit., p. XLVII.

La Recomendación de Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos formulada por la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señala que si bien es cierto que en 1917 México fue pionero en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a los de carácter social, también lo es que la manera concreta en que la Constitución mexicana consagra los derechos humanos cuenta con ciertas deficiencias estructurales que obstaculizan la plena eficacia y práctica de los derechos. Ejemplo de ello, es que ha sido una recomendación generalizada de organismos nacionales e internacionales de derechos humanos la incorporación de los derechos humanos al sistema constitucional de manera plena y clara para el fortalecimiento del Estado democrático y para garantizar la mayor protección de los derechos de las personas,<sup>92</sup>

Debemos reconocer que no sólo en materia de reforma constitucional sobre derechos humanos, sino sobre el sistema penal acusatorio adversarial, pesa mucho la codependencia nacional a las exigencias internacionales para la aplicación de las políticas públicas mexicanas, y en este sentido, habremos de pormenorizar sobre el contenido doctrinal y jurídico de los derechos humanos.

Antes de ingresar a la consideración conceptual de los derechos humanos, debemos referir que la lectura de los mismos desde el plano doctrinal, ha transitado por dos dimensiones: la iusnaturalista y la iuspositivista, que de acuerdo a Molina Carrillo (*vid. ut supra*), se manifiestan del siguiente modo:

Por lo que respecta a la *iusnaturalista*, se refiere a los derechos fundamentales que corresponden al ser humano; a las reglas del derecho natural que son anteriores a las normas jurídicas que existen dentro de la propia naturaleza humana, y a que son imprescindibles y esenciales para poder desarrollarse y vivir como ser humano en distinción de los demás seres vivos.

---

<sup>92</sup> *Gaceta Parlamentaria*, “Dictámenes de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos”, en *Gaceta Parlamentaria*, Número 2743-XVI, Año XII, Anexo XVI, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 23 de abril de 2009, México: Cámara de Diputados, LX Legislatura, 2009, p. 43.

En lo relativo a la *iuspositivista*, sostiene que la norma jurídica se encuentra por encima de cualquier otra disposición jurídica; que los derechos humanos son producto de la actividad legislativa del Estado y, por ende, sólo pueden ser exigidos por el gobernado hasta que el Estado los haya promulgado; y que este tipo de derechos son los constitucionalmente enunciados como tales, es decir, los derechos contenidos en el texto constitucional

[...]

En otras palabras, los iusnaturalistas parten de la idea de un derecho intrínseco al ser humano; los iuspositivistas, de la premisa de que la ley y los gobiernos crean y otorgan derechos.<sup>93</sup>

Nuestro sistema jurídico, anclado en esa visión legalista, siempre atendió a la condición positivista de los derechos humanos, y por ello, desde nuestra Constitución Política desde 1917, no se reconocieron y garantizaron sino sólo algunos derechos, pero de ningún modo todos los que contempla el universo de la dignidad humana, tal y como lo refiere la Recomendación aludida de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Y en efecto, si bien se defendían ciertos derechos a partir de las denominadas *garantías individuales*, éstas no tenían el alcance para garantizar los derechos fundamentales de, por ejemplo, niños y niñas, indígenas, personas con alguna discapacidad o de la tercera edad, de las personas con preferencia sexual diversa al común, entre otros, y cuya salvaguarda de su dignidad humana se encuentra contemplada en la prohibición de discriminación a las personas por las siguientes causas, a partir de 2001, en el último párrafo de la Constitución Política mexicana:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la

---

<sup>93</sup> MOLINA CARRILLO, Julián Germán, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 2.

dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.<sup>94</sup>

Así, respecto al concurso de las corrientes ideológicas de la ciencia jurídica, y buscando armonizar a las mismas en una definición general que satisfaga los aspectos tanto lingüísticos como jurídicos, Molina Carrillo<sup>95</sup> propone la siguiente fórmula: los derechos humanos *son las facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico mexicano.*

Esta concepción heurística de los derechos humanos colinda con la que la propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNHD) tiene acerca de esos derechos: “Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes”.<sup>96</sup>

### **3. El garantismo como estructura funcional de los derechos humanos**

Situado como parteaguas en la protección y la defensa de la dignidad humana, los derechos humanos no pueden ser interpretados de modo adecuado, si no se tiene un debido aparato que garantice los derechos humanos; Ferrajoli plantea respecto al garantismo las siguientes ideas:

---

<sup>94</sup> “Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º, y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2001, Secretaría de Gobernación, México, 2001.

<sup>95</sup> MOLINA CARRILLO, Julián Germán, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>96</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”, en página oficial de la Comisión nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, publicado en 2017, y recuperado el 11 de mayo de 2019, en el sitio electrónico [http://www.cndh.org.mx/Que\\_son\\_Derechos\\_Humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos)

A decir de Ferrajoli, la eficacia de las normas constitucionales está asociada a la existencia de garantías que aseguren su materialización social. El derecho de nuestro tiempo se ve desafiado por la ausencia de un sistema amplio de garantías, sin las cuales la eficacia de las normas queda profundamente diezmada al chocar con imperativos de tipo técnico o económico que se oponen a la fuerza normativa de los preceptos jurídicos.

La ausencia de garantías no afecta a la positividad de los derechos, sino sólo a sus mecanismos de protección, de cuya inexistencia o insuficiencia sólo puede derivarse la necesidad de implementar una protección efectiva. Frente a quienes niegan la existencia de un derecho en virtud de su protección precaria, Ferrajoli reivindica, en función del principio de legalidad, la plena vigencia de los derechos positivamente establecidos y la obligación que concierne a los poderes públicos, internos o internacionales, de colmar la laguna jurídica que comporta la inexistencia de un sistema de garantías adecuado.<sup>97</sup>

Para ahondar en el tema de modo directo desde la perspectiva de Ferrajoli, tenemos que el autor florentino identifica tres acepciones del garantismo, que a su vez, como veremos, guardan una estrecha relación —en diferente orden pero relación al fin— con el tridimensionalismo jurídico:

1. Según una primera acepción, «garantismo» designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de grados de

---

<sup>97</sup> DE JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso, “Crisis del Estado y Estado constitucional”, en *Revista Sequência. Estudos jurídicos e políticos*, No, 57, 2008, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil, 2008, p. 19.

garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de garantías— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

2. Teoría del derecho y crítica del derecho. En una segunda acepción, «garantismo» designa una teoría jurídica de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el «ser» y el «deber ser» en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia —dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica— que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Una aproximación semejante no es puramente «normativista» y tampoco puramente «realista»: la teoría que contribuye a fundar es una *teoría de la divergencia* entre normatividad y realidad, entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes. La desarrollada en este libro es, por ejemplo, una teoría garantista del derecho penal normativista y realista al mismo tiempo: referida al funcionamiento efectivo del ordenamiento tal y como se expresa en sus niveles más bajos, sirve para revelar sus rasgos de validez y sobre todo de invalidez; referida a los modelos normativos tal y como se

expresan en sus niveles más altos, es idónea para revelar su grado de efectividad y, sobre todo, de ineffectividad.

Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación *interna* del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión *crítica* hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo.

Esta perspectiva crítica no es externa, política o metajurídica, sino interna, científica y jurídica, en el sentido de que asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente, evidenciando sus antinomias en vez de ocultarlas y deslegitimando así, desde el punto de vista del derecho válido, los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del derecho efectivo. Esto dista de ser lo habitual en la ciencia y en la práctica jurídica, en las que un malentendido positivismo jurídico suele dar aliento a actitudes acríticamente dogmáticas y contemplativas frente al derecho positivo y sugiere al jurista la tarea de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en vez de hacerlas explícitas y denunciarlas. Y lo es más aún en la cultura política y en el sentido común, donde habitualmente prevalece el obsequio al derecho vigente cualquiera que sea y a sus modos incluso ilegales de funcionamiento práctico. En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal —y por tanto irrealizado y pendiente de realización— de sus propias fuentes de legitimación jurídica.

3. Filosofía del derecho y crítica de la política. En una tercera acepción, en fin, «garantismo» designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo

presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre «ser» y «deber ser» del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado.

Como hemos señalado, este punto de vista fue característico del pensamiento ilustrado y de la «ciencia de la legislación» por él elaborada en los orígenes del moderno estado de derecho; y es común, por otra parte, a toda perspectiva no conservadora, sea reformista o revolucionaria. Más en general, la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado y no sólo del poder penal.<sup>98</sup>

La descripción de estos tres constructos del garantismo que Ferrajoli ha ampliado a lo largo de sus diferentes trabajos, nos deja claro algunas ideas:

- 1) No existe, a pesar de la evolución del Estado de derecho y el Estado constitucional de derecho, un garantismo eficaz que haga posible la materialización de los derechos humanos de todos los sectores de una determinada sociedad.
- 2) La condición del garantismo queda sujeta a la voluntad de los grupos políticos para reconocer —a pesar de los cientos de años que han pasado desde la Carta Magna de Juan I de Inglaterra, la Declaración de Virginia e 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano— la calidad de seres humanos con una dignidad preexistente a los ordenamientos jurídicos, a sus gobernados.
- 3) La necesidad de que existan ciertos condicionamientos coactivos que se reflejen en los aparatos procesales garantistas que hagan posible la protección de los derechos fundamentales de las personas en cualquier condición, como lo marca nuestra Constitución Política en el último párrafo del artículo primero, enlistado como mecanismo de reserva constitucional de la dignidad humana.

---

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. Perfecto Ibáñez *et al.*), Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 851-854.

Así las cosas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aclara las condiciones de los derechos humanos ante las garantías que deben sucederles para asegurar su plena efectividad:

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS. SUS DIFERENCIAS. Conforme al artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. A diferencia de los derechos humanos, en sí mismos considerados, las garantías se erigen como instrumentos o herramientas para su protección y tutela, reforzando su vigencia y salvaguardando su eficacia dentro del sistema normativo. En síntesis, las garantías operan como medidas jurídicas que tienen como finalidad lograr la consecución, vigencia y efectividad de los derechos humanos al tiempo que aseguran la conservación de su carácter ontológico como límites jurídicos infranqueables para la potestad de la autoridad como lo ordena el primer párrafo del artículo 1º constitucional.<sup>99</sup>

Es en este tenor como el máximo tribunal jurisdiccional asumió lo que el parlamentario mexicano, en la reforma constitucional de 2011 a que aludimos en el subtítulo anterior, plasmó del siguiente modo en esta significativa modificación de la Carta Magna mexicana:

## TÍTULO PRIMERO

### CAPÍTULO I

#### De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

---

<sup>99</sup> Tesis 2ª. LXXXVIII/2018 (10ª.), Registro 2017890, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (Constitucional), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 58, Tomo I, Septiembre de 2018, Página 1213.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.<sup>100</sup>

En sede legislativa se afirmó la aspiración parlamentaria de cumplir con la adecuada armonización de los derechos humanos y sus garantías, cuestión que innegablemente se presume que dota a aquellos de una efectividad jurídica, obviamente con el concurso de las habilidades y experticia de los operadores del sistema acusatorio penal en beneficio tanto de los imputados como de las víctimas u ofendidos del delito.

#### **4. Las víctimas y el derecho nacional e internacional público**

Para que un texto académico pueda ser realmente objetivo y útil para los fines de aportar un conocimiento científico (más aún en nuestra materia), debe apartarse de afinidades políticas, tarea que no es nada sencilla, pues resulta imposible hablar de derecho sin relacionarse con el aspecto político; en ese sentido, siempre hemos considerado que debemos adoptar posiciones meramente eclécticas para llegar a un panorama específico y contundente en la noble tarea de la investigación, haciendo de lado lo que muchos autores de modo común hacen en sus obras, siempre señalando lo malo como si lo bueno nunca existiera, o bien dejara de existir debido a los desatinos de las administraciones que a final de cuentas son quienes llevan la batuta de las políticas que se implementan.

---

<sup>100</sup> “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011, Secretaría de Gobernación, México, 2011.

En ese sentido, habrá que reconocer las aportaciones que el Estado ha realizado en la configuración de una normativa — desde nuestra perspectiva, legislación de avanzada— en materia de atención a las víctimas; el régimen de Peña Nieto acertó en estimular la Ley General de Víctimas (LGV) en 2012, al desistirse de la controversia constitucional que estaba planeado interponerse en un claro desacuerdo con los criterios establecidos por la administración antecesora de Felipe Calderón Hinojosa.

Es importante señalar que fue el ya desaparecido ministro Sergio A. Valls Hernández quien emitió el acuerdo por virtud del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación se dio por notificada del desistimiento que el Poder Ejecutivo presentó ante ese órgano jurisdiccional, para no continuar el curso de la controversia promovida por la administración anterior en contra del Senado de la República y de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

Es bien sabido que era sustantivo para el presidente Peña Nieto adoptar disposiciones que legitimaran un actuar de buena fe a favor de las víctimas del delito de este país, para responder al fuerte reclamo de la sociedad civil organizada (y aun la desorganizada), de contar con una legislación que permitiera una puntual atención a las víctimas en procesos tan importantes como son los que se viven todos los días en nuestro país respecto de la grave crisis de inseguridad.

Resulta entonces aplaudible la publicación en 2013 de la Ley General de Víctimas, dando además cumplimiento a los estándares emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-ID) en su jurisprudencia; así las cosas, es imprescindible dar cuenta de que con esa política criminal, también se cumplió con una obligación que el Estado Mexicano contrajo al firmar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), específicamente es su artículo segundo, que dispone lo siguiente:

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a los respectivos procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta

Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.<sup>101</sup>

Del ordenamiento antes citado, debemos entender que el Estado mexicano adquirió de buena fe una obligación internacional cuando firmó y ratificó esta Convención (acto que la hace jurídicamente vinculante, y en palabras más sencillas, por entero obligatoria), y que analizándola desde una perspectiva dualista de la recepción del derecho internacional, se da el hecho de que distintos sistemas jurídicos —tanto internacional como nacional—, con sus respectivos mecanismos que pueden faltar y afectar a las personas, se pueden encontrar en ambos sistemas y se complementan el uno al otro.<sup>102</sup>

Desde el punto de vista teórico del derecho internacional como la CADH, se tiene una perspectiva parecida respecto de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), en cuanto a que ambos ordenamientos son vinculantes para el Estado mexicano, debido a que han sido firmados y ratificados por nuestro país a través de sus plenipotenciarios (manifestando así la voluntad del Estado de sujetarse a sus efectos y contraer las obligaciones que de ellos emanan); en esta realidad dualista, se manifiestan las diferencias entre el derecho internacional y el derecho interno, estableciendo que deben hacerse ajustes para empatar ambos estándares normativos en beneficio de la persona.

Si se hace un análisis pormenorizado respecto de este tema, podemos percibir que se encuentra una definición mejor elaborada en la Ley General de Víctimas que en el Código Nacional de Procedimientos Penales, respecto de cómo el Estado mexicano entiende a las víctimas; es por ello que vale la pena analizar ambas concepciones que se plantean en el ordenamiento jurídico interno, en una visión más exhaustiva en relación a la que hicimos mención en el capítulo 1.

---

<sup>101</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y GARCÍA HUANTE, Omar (comps.), *Compilación de Instrumentos...*, op. cit., p. 283.

<sup>102</sup> *Cfr.*, HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005. Capítulo 1.

#### **4.1. Concepción de víctima u ofendido en el Código Nacional de Procedimientos Penales**

El CNPP tiene una deficiencia un tanto preocupante al desarrollar la mayor parte del procedimiento sin definir antes qué es lo que debe entenderse por imputado y qué es lo que deberá entenderse por víctima, y donde es hasta el artículo 108 que se define a la víctima; consideramos esa preocupación toda vez que el código procesal, en su artículo tercero, contempla un glosario donde se dan definiciones de varios conceptos, menos de los señalados, como si no fueran los más importantes en el proceso penal.

El CNPP en ese sentido, contempla que la víctima debe ser entendida en términos de lo siguiente:

Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

La víctima u ofendido, en términos de la Constitución y demás ordenamientos aplicables, tendrá todos los derechos y prerrogativas que en éstas se le reconocen.<sup>103</sup>

#### **4.2. Concepción de la víctima en la Ley General de Víctimas**

En ese sentido, vale la pena hacer alusión a la concepción que guarda la Ley General de Víctimas para conocer las diferencias abismales entre una y la otra; por todo lo anterior, si se revisa con atención la Ley invocada, se encontrará esta definición:

---

<sup>103</sup> *Código Nacional de...*, *op. cit.*, artículo 108.

Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima, ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.<sup>104</sup>

Es interesante advertir cómo entre un cuerpo normativo y otro cambia de manera tan importante la concepción que se tiene respecto de la víctima, y sin embargo, de alguna manera puede subsanarse esta circunstancia, con el último párrafo de la definición que aporta el artículo 108 del Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando remite a “los demás ordenamientos aplicables”; el problema que debería preocuparnos es que el CNPP ya estaba listo en 2011, y la Ley General de Víctimas fue publicada en 2013; habría que indagar entonces, a qué otros ordenamientos se refería el legislador; empero, aun con esas deficiencias, la Ley y el Código fueron lanzados en un intento

---

<sup>104</sup> *Ley General de Víctimas... op. cit.*, artículo tercero.

por responder a las nuevas necesidades que México demandaba en sus procedimientos penales, por lo que debe aplaudirse la voluntad de al menos ya contar con ellas.

Asimismo, debe considerarse tal normatividad como una legislación de avanzada, en función de que el catálogo de derechos de las víctimas fue ampliado, y también se puede observar que no sólo se incluyeron los derechos procesales de las víctimas en materia penal (lo cual ya es un gran logro), sino también se integraron los derechos procesales de las mismas en materia civil, administrativa, laboral, etcétera.

A su vez, uno de los grandes alcances consagrado en la Ley General de Víctimas, es en el sentido de que se configuró el Sistema Nacional de Atención a Víctimas (SNAV), que la misma ley define en los siguientes términos:

El Sistema Nacional de Atención a Víctimas será la instancia superior de coordinación y formulación de políticas públicas y tendrá por objeto proponer, establecer y supervisar las directrices, servicios, planes, programas, proyectos, acciones institucionales e interinstitucionales, y demás políticas públicas que se implementen para la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral a las víctimas en los ámbitos local, federal y municipal.

El Sistema Nacional de Atención a Víctimas está constituido por todas las instituciones y entidades públicas federales, estatales, del Gobierno de la Ciudad de México y municipales, organismos autónomos, y demás organizaciones públicas o privadas, encargadas de la protección, ayuda, asistencia, atención, defensa de los derechos humanos, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de las víctimas, a que se refiere el Capítulo II del presente Título.

El Sistema tiene por objeto la coordinación de instrumentos, políticas, servicios y acciones entre las instituciones y organismos ya existentes y los creados por esta Ley para la protección de los derechos de las víctimas.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, artículo 79, párrafos 1-3.

Respecto de lo que se plantea en la ley sobre el Sistema Nacional de Atención a Víctimas, debemos recalcar que no sólo se necesitaba de un sistema que definiera las políticas públicas encaminadas al tratamiento y acompañamiento de las víctimas en México, sino que hacía falta que todo este cúmulo de esfuerzos se acompañara de la sociedad civil organizada y su participación activa en la implementación del mismo,<sup>106</sup> además de que dentro de las atribuciones del SNAV, se encuentran las siguientes:

I. Promover la coordinación y colaboración entre las instituciones, entidades públicas federales, estatales, del Gobierno de la Ciudad de México y municipales, organismos autónomos encargados de la protección, ayuda, asistencia, atención, defensa de los derechos humanos, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de las víctimas;

II. Formular propuestas para la elaboración del Programa de Atención Integral a Víctimas y demás instrumentos programáticos relacionados con la protección, ayuda, asistencia, atención, defensa de los derechos humanos, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral de las víctimas;

III. Analizar y evaluar los resultados que arrojen las evaluaciones que se realicen a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y a su equivalente en las entidades federativas;

IV. Elaborar propuestas de reformas en materia de atención a víctimas;

V. Integrar los comités que sean necesarios para el desempeño de sus funciones;

VI. Fijar criterios uniformes para la regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, capacitación, profesionalización, evaluación, reconocimiento, certificación y registro del personal de las instituciones de atención a víctimas, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones aplicables;

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, artículo 82 fracción cuarta.

VII. Promover una estrategia de supervisión y acompañamiento que busca el desarrollo profesional y la especialización conjunta de los miembros de las instituciones de atención a víctimas;

VIII. Promover que las legislaciones aplicables prevean un procedimiento ágil, eficaz y uniforme para la imposición de sanciones administrativas al personal de las instituciones de atención a víctimas, por incumplimiento de los deberes previstos en esta Ley y demás que se establezcan en los ordenamientos correspondientes;

IX. Impulsar la participación de la comunidad en las actividades de atención a víctimas;

X. Fijar criterios de cooperación y coordinación para la atención médica, psicológica y jurídica de víctimas del delito, así como de gestión de trabajo social respecto de las mismas;

XI. Fomentar la cultura de respeto a las víctimas y a sus derechos;

XII. Formular estrategias de coordinación en materia de combate a la corrupción y de atención a víctimas;

XIII. Proponer programas de cooperación internacional en materia de atención a víctimas;

XIV. Establecer lineamientos para el desahogo de procedimientos de atención a víctimas;

XV. Expedir sus reglas de organización y funcionamiento;

XVI. Promover la uniformidad de criterios jurídicos;

XVII. Promover la celebración de convenios de coordinación entre la Comisión Ejecutiva y las Comisiones de víctimas para establecer las reglas de reintegración de los recursos erogados por la Comisión Ejecutiva a través del Fondo, ya sea por conceptos de recursos de ayuda o de compensación subsidiaria. Dichos convenios garantizarán los criterios de transparencia, oportunidad, eficiencia y rendición de cuentas y deberán contener como mínimo:

a) La obligación de las Comisiones de víctimas de entregar por escrito a la Comisión Ejecutiva la solicitud fundada y motivada de apoyo para la atención de la víctima;

b) La obligación de las Comisiones de víctimas de acompañar a cada solicitud de apoyo copia certificada del estado financiero que guarda su Fondo Estatal en el que demuestre que no cuenta con recursos suficientes para la atención de la víctima;

c) El plazo para restituir los recursos solicitados a la Comisión Ejecutiva, el cual no podrá exceder del primer semestre del siguiente ejercicio fiscal.

En caso de incumplimiento al reintegro, la Federación compensará el monto respectivo con cargo a las transferencias de recursos federales que correspondan a la entidad federativa de que se trate, y

d) La obligación de la Comisión Ejecutiva de dar aviso a la Auditoría Superior de la Federación en caso de incumplimiento de pago de la entidad federativa, y

XVIII. Las demás que le otorgue esta Ley y otras disposiciones aplicables.<sup>107</sup>

Del análisis del fragmento citado, debe hacerse hincapié que para este sistema, las atribuciones definidas en las fracciones, primera, segunda, tercera, décimo tercera y décimo séptima, resultan sustantivas debido a que en las tres primeras se establece un marco de cooperación entre los tres órdenes de gobierno y los organismos autónomos, además de que se procura la elaboración de las propuestas para integrar el Programa de Atención Integral a Víctimas, relacionando los instrumentos programáticos con la defensa de los derechos humanos, y el acceso a la verdad por parte de las víctimas como derecho consagrado en esta ley.

Se puede advertir una relación con los criterios que ha establecido la Corte Interamericana en sus sentencias respecto de la obligación que tienen los Estados de proporcionar la verdad a las víctimas como parte de una reparación integral del daño y la búsqueda de su protección,<sup>108</sup> además de que la Corte-IDH ha desarrollado estándares para establecer la existencia de un derecho a la

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, artículo 81.

<sup>108</sup> CIDH, Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, OEA/Ser.L/V/ II.120, Doc. 60, 13 diciembre 2004, párr. 32.

verdad en favor de las víctimas, no como derecho autónomo, sino como un deber de investigar del Estado.<sup>109</sup>

En ese sentido, la fracción décimo tercera plantea como una de las atribuciones del SNAV la de proponer programas de cooperación internacional en materia de atención a víctimas, para seguir adecuando los estándares de derecho internacional que planteen los organismos internacionales y mantener perspectivas de avanzada en el tema.

Por último, pero no menos importante, es la fracción décimo séptima del ordenamiento en cuestión, que dicta la atribución de poder celebrar convenios con requisitos mínimos, lo cual ha permitido que la transparencia se haga presente en una labor tan significativa, como es la encomendada a este sistema. Sobre esa misma línea, se tendrán que cuidar las acciones financieras en las que tome parte el sistema en cuestión, ya que sería una lástima que se perdiera este gran esfuerzo por condiciones de corrupción de funcionarios impresentables como ha ocurrido en los últimos años en nuestro país, tal como fue el caso del gran desvío ocurrido hace no mucho tiempo por el ex gobernador veracruzano Javier Duarte de Ochoa.

Un rasgo a destacar —y del que muy poco se ha hablado respecto de esta legislación— es el tema de la instauración de un órgano operativo a partir de esta ley, y en ese sentido, debemos reflexionar sobre el mismo, porque sirve de referencia del acierto de la política empleada por el sexenio en cuestión, para contrarrestar de modo alguno los efectos que ha dejado la delincuencia en nuestro país.

Este logro es el de la transición que se llevó a cabo entre la extinta Procuraduría Social de Atención a Víctimas de Delitos y la hoy Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV),<sup>110</sup> además de las comisiones de víctimas que la ley prevé en términos de lo siguiente:

Para la operación del Sistema y el cumplimiento de sus atribuciones, el Sistema contará con una Comisión Ejecutiva y Comisiones de víctimas, quienes conocerán y resolverán los asuntos de su competencia, de conformidad con las disposiciones aplicables.

---

<sup>109</sup> Velázquez Rodríguez vs Honduras (Sentencia del 29 de Julio de 1988, fondo, serie C. Número cuatro.

<sup>110</sup> Véase Diario Oficial de la Federación del 08 de Enero de 2014.

Las Comisiones de víctimas tienen la obligación de atender, asistir y, en su caso, reparar a las víctimas de delitos del fuero común o de violaciones a derechos humanos cometidos por servidores públicos del orden estatal o municipal.

Las víctimas podrán acudir directamente a la Comisión Ejecutiva cuando no hubieren recibido respuesta dentro de los treinta días naturales siguientes, cuando la atención se hubiere prestado de forma deficiente o cuando se hubiere negado. En estos casos, la Comisión Ejecutiva podrá otorgar las medidas de atención inmediata, en términos de lo previsto por el Reglamento.

En el caso de víctimas de desplazamiento interno que se encuentren en una entidad federativa distinta de su entidad de origen, la Comisión Ejecutiva y las Comisiones Ejecutivas en el ámbito de sus competencias, cuando proceda, garantizarán su debido registro, atención y reparación, en términos de esta Ley.<sup>111</sup>

El extracto del artículo en comento, apunta a la creación de la Comisión Ejecutiva y de las Comisiones de víctimas y del procedimiento para acceder a ellas, además de que señala el tema del desplazamiento interno de personas.

Esto no sólo es un cambio de nombre del órgano operativo del Sistema Nacional de Atención a Víctimas: es un cambio de paradigma en la ejecución de los programas y de las acciones que en concreto se plantean por el sistema; es ahí como podemos anotar que se requería, además de un sistema bien organizado para la atención de víctimas, de un órgano operativo que aportara una ejecución viable al tema de las resoluciones emitidas por el sistema y que materializara en la realidad los aspectos fácticos de una atención integral a las víctimas.

Por todo esto, debemos destacar que en la ley, mientras el Sistema Nacional para la Atención a Víctimas contempla 17 fracciones que dan vida a las atribuciones del Sistema, la misma ley en comento otorga 37 fracciones destinadas a definir las atribuciones de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas; sobre ese planteamiento se debe señalar que no es una casualidad que el

---

<sup>111</sup> Véase artículo 79 de la Ley General de Víctimas párrafos 4-7.

órgano operativo del Sistema cuenta con un margen más amplio de atribuciones que el del propio Sistema; es decir, el brazo fuerte de las víctimas cuenta con un margen más amplio de operación necesario en nuestro país, para el cumplimiento de la obligación internacional del Estado mexicano de garantizar y respetar los derechos humanos de las personas.<sup>112</sup>

Es así como la Comisión Ejecutiva ha adoptado en el devenir del tiempo, políticas de prevención y acciones encaminadas a dar una respuesta tangible a los reclamos de las víctimas que la grave crisis de inseguridad ha generado en nuestra patria. Es de nuestro interés abordar el tema de las víctimas en México, ya que en este rubro la política criminal aplicada por las administraciones pasadas tiene un débito significativo ante la sociedad, que sin duda necesita de buenos resultados a través de una correcta aplicación de la dogmática jurídico penal, la teoría del delito y la política criminal.

Sobre esta base epistemológica, y retomando las inconsistencias lingüísticas del imputado y la falta de seriedad de las terminologías en los procedimientos penales en México, junto con el abordaje de la condición de la víctima, es necesario atender el grave apuro que se llevará el imputado respecto de cualquier delito que sea denunciado a través de dolo encaminado a perjudicar a alguna persona, o bien de cualquier mala investigación que realice el Ministerio Público en perjuicio de cualquier persona.

Imaginemos la escena de la configuración de un delito de lesiones en riña en el que participan dos personas, y en donde el perdedor del duelo sale inmediatamente a denunciar a su oponente; en ese caso, ¿será correcto que se denomine al perdedor víctima?; ¿cuáles son los elementos que se deben acreditar para ser considerado como víctima?; ¿será un planteamiento correcto que se otorgue la calidad de víctima a la persona que llegue primero a dar una noticia criminal a las autoridades?

Esas incógnitas son planteadas para dar cuenta del grave problema que existe en el sistema procesal penal mexicano en este galimatías, y que sin duda debe atenderse de manera inmediata, porque desde nuestra perspectiva está generando graves problemas en la procuración e impartición

---

<sup>112</sup> Véase el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1 párrafo tercero en donde inclusive se va más allá de las obligaciones consagradas en la Convención señalada, estableciendo dos obligaciones más que son las de “promover y proteger”.

de justicia hacia las personas, pues eventualmente tendrá un mejor derecho quien llegue primero a denunciar ante el Ministerio Público, a partir de adquirir de inmediato la calidad de víctima, cuando esa persona claramente puede tener una participación del delito en cuestión, y no debería constituir de ninguna manera el derecho procesal su calidad de víctima.

## V. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** En todas las cuestiones jurídicas, como en el caso acontece con el análisis de los derechos humanos de las víctimas u ofendidos, deben analizarse desde un punto de vista tridimensional. En primer lugar, se destaca el punto axiológico, referente al valor y que tiene que ver con el fin de los derechos humanos; asimismo, es importante el examen desde el enfoque lógico, tomando en cuenta el contenido normativo, vinculado con el “qué son los derechos humanos”, y también es de importancia el elemento ontológico que deriva en el punto de vista empírico y describe la función del concepto de los derechos humanos en el caso que nos ocupa.

**SEGUNDA.** Respecto a las definiciones de la víctima o el ofendido, apenas tenemos noción de tales personas a partir de la posguerra, toda vez que en la antigüedad no se conocía la existencia del derecho penal, y cuando se hicieron evidentes los crímenes sólo se enfocó el derecho a cuestiones relacionadas con los hoy imputados, es decir, sólo se reconocía al criminal frente al Estado, ignorándose por completo la existencia de las personas afectadas por las conductas constitutivas de delitos.

**TERCERA:** En México, es a partir de las reformas constitucionales promulgadas en 1993, 2000, 2008 y 2011 que se reconocen ciertos derechos a las víctimas u ofendidos, pero es hasta la reforma de 2011 cuando se reconoce a dichos personajes el carácter de parte en diversos juicios del orden penal, tanto en la primera como en segunda instancia, así como la protección otorgada en las leyes ordinarias posteriores a la citada reforma, como es la nueva Ley de Amparo de 2013, la Ley General de Víctimas y el Código Nacional de Procedimientos Penales, entre otros ordenamientos jurídicos.

**CUARTA:** El objeto principal de este trabajo de investigación consiste en llegar a la conclusión de que ha existido menosprecio a la víctima y ofendido, tanto en la doctrina como en diversos ordenamientos jurídicos, lo cual aún acontece hasta el momento con motivo de la omisión legislativa en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, pues a la fecha no se prevé la exigencia de que dichos pasivos y agraviados cuenten con un asesor jurídico proporcionado por el Estado en los juicios de amparo, sea en la vía indirecta o directa, esto cuando les reviste la calidad de terceros interesados; asimismo, de no contar con recursos económicos para contratar un abogado particular se veda su derecho a promover el ejercicio de la acción constitucional y ostentarse con el carácter de quejosos en el juicio de derechos fundamentales, lo que genera una absoluta falta de protección en materia de amparo propiciado por la inactividad regulatoria del Estado para los sujetos que nos ocupan.

## VI. FUENTES DE INFORMACIÓN BÁSICAS

ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, *Teoría del delito desde la visión finalista y funcionalista*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal* (Trad. Álvaro Búnster), Siglo Veintiuno Editores, México, 2011.

BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperio de la moral”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, México, 2009.

BENAVENTE CH., Hesbert, e HIDALGO M., José D., *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.

BENAVIDES, Luis Ángel, “La reparación del daño a víctimas de violaciones a los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 14, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2010.

CÁCERES NIETO, Enrique, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2005.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Trad. Santiago Sentís Melendo), Editorial Ejea, Buenos Aires, 1973.

CASTAÑEDA, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2015.

CEA EGAÑA, José Luis, “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Anuario 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

*Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, Secretaría de Gobernación, México, 2013.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, Ciudad de México, 2018.

“Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º, y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2001, Secretaría de Gobernación, México, 2001.

“Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011, Secretaría de Gobernación, México, 2011.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011, Secretaría de Gobernación, México, 2011.

DE LA BARREDA, Luis (Coord.), *El Ministerio Público. Diagnóstico y propuestas para reformarlo*, Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.

ECO, Umberto, *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación y escritura*, Editorial Gedisa, México, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo entre el iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una propuesta de revisión terminológica”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil* (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Editorial Trotta, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ P., Luis A., CARNERO R., Genaro y RAMÍREZ O., Osvaldo, *Manual de metodología de las ciencias jurídicas*, Altres Costa-Amic Editores y Universidad Autónoma de Tlaxcala, Tlaxcala, 2015.

GONZÁLEZ V., Alicia, GORENC, K., y SÁNCHEZ, S. Augusto, *Control social en México, D.F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

GUERRERO A., Luis Felipe, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2017.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, Editorial Porrúa y Universidad Panamericana, México, 2010.

KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho*, Editorial Colofón, México, 1978.

*Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, Secretaría de Gobernación, México, 2013.

*Ley General de Víctimas*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013, Secretaría de Gobernación, México, 2013.

LOZANO TOVAR, Eduardo, *Seguridad Pública y Justicia. Una visión político criminológica integral*, Editorial Porrúa, México, 2018.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos E., y CABALLERO JUÁREZ, José A., *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2014.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos”, en *Revista de Derecho*, Año 13, No. 1, Año 13–Nº 1, 2006, Universidad Católica del Norte, Santiago de Chile, 2006.

ORDAZ HERNÁNDEZ, David, y SANTIAGO GÓMEZ, Tilemy, *Crimen y vida cotidiana. Testimonios de secuestradores y otros delincuentes*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2012.

ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2017.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y Dykinson Editores, Madrid, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, “Los derechos humanos y las víctimas del delito en el procedimiento penal”, en Álvarez Ledesma, Mario (Coord.), *Derechos humanos y víctimas del delito*, t. II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Dogmática penal y política criminal*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2015.

*Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Guía de consulta*, Gobierno Federal, Cámara de Diputados, LX Legislatura, y Senado de la República, LX Legislatura, México, 2008.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología: estudio de la víctima*, Editorial Porrúa, México, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio, TENORIO, Fernando, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 2013.

ZAFFARONI, Raúl, “La mujer y el poder punitivo”, en *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones*, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Justicia Penal, Costa Rica, 1993.

ZAMORA GRANT. José, *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, Colección de textos sobre derechos humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.

