

Alternativas para la justicia penal: una perspectiva victimológica

Sofía Magdalena Cobo Téllez*

José Zamora Grant**

Resumen:

Anclado en la ideología de la defensa social, el derecho penal de la modernidad ha priorizado las potestades punitivas del Estado por sobre los derechos e intereses de las víctimas de los delitos. Ello llevó a la conformación de un sistema de justicia penal más represivo que democrático, excluyendo a las víctimas de los delitos y negándoles cualquier tipo de derecho. El proceso de consolidación democrática de la justicia penal a últimas décadas ha traído no sólo derechos para las víctimas, sino la mejor posibilidad de ofrecer alternativas de política pública a una justicia penal poco eficaz, colapsada y caracterizada por violentar los derechos de los involucrados ante ella, principalmente víctimas e imputados de delitos.

Abstract:

Anchored in the ideology of social defense, the criminal law of modernity has prioritized the punitive powers of the State over the rights and interests of the victims of crimes. This led to the formation of a criminal justice system that was more repressive than democratic, excluding the victims of crimes and denying them any right whatsoever. The process of democratic consolidation of criminal justice in recent decades has brought not only rights for victims but also the best possibility of offering public policy alternatives to a criminal justice system that is ineffective, collapsed and characterized by violating the rights of those involved before it, mainly victims and accused of crimes.

Sumario: Introducción / I. Planteamiento del problema / II. Sanción vs. composición / III. La cultura de la denuncia / IV. Perspectiva victimológica para la justicia penal / V. Justicia alternativa en México / VI. A manera de conclusión / Fuentes de consulta

* Dra. en Derecho y Profesora-Investigadora en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

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

Introducción

Entre retribucionismo y utilitarismo giró la discusión en torno a los fines y expectativas del derecho penal y, por tanto, de la justicia penal y las sanciones penales, desde sus orígenes en la nascente modernidad; quedaba atrás el retribucionismo penal ligado a las variables represivas propias de la inquisición y el utilitarismo, buscaba en la justificación de la pena privativa de libertad, argumentos que se pretendieron ligar a la idea de la prevención.¹ Sin embargo, el derecho penal nacido en el período iluminista bajo la influencia, en buena parte, de las ideas humanistas y garantistas de Beccaria, se había estructurado como un modelo de derecho penal de acto, precedido del principio de legalidad y del de materialidad; el derecho penal, entonces más que anticiparse al delito, nació para reaccionar al mismo; todo intento por explicar —y justificar— las cualidades prevencionistas tuvo que ser siempre un argumento complejo, como compleja la posibilidad de demostrarlo. Un derecho penal reactivo, por tanto, que coqueteó siempre con la idea retribucionista del castigo, con lo que ello significará ya en épocas modernas. Pese a la influencia de Beccaria, el derecho penal encontraría nuevas formas de legitimar la represión y ello se encontró en la influencia de lo que a la postre se reconocería como la defensa social.²

Entre castigar y prevenir, el derecho penal y las políticas públicas de la criminalidad que lo operaron —a través de los sistemas de justicia penal— pasaron las décadas; unas fórmulas más represivas, otras, por el contrario, de corte más garantista y por tanto, mejor correspondidas con las expectativas democráticas, pero nunca pensando primero en la víctima y luego en las postestades punitivas del Estado, de hecho, ni siquiera pensando en la víctima.

¹ Las ideas de prevención para la época y por décadas se anclaron también en fórmulas represivas, por la pretendida intimidación o disuasión; por lo que mecanismos alternos para la prevención del delito tampoco fueron la opción. A la postre mecanismos alternativos para la prevención de los delitos también fueron explorados y paulatinamente desarrollados; mecanismos que entendieron que la represión no es la única ni la mejor forma de prevenir el delito. En este sentido Roberto Bergalli afirmó “...el sistema penal no es ni la única ni la mejor manera de prevenir el delito”, en *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, Barcelona, Editorial Hacer, 1993, p. 12.

² “En sus orígenes el Estado actual es el estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estado de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por eso haya un permanente retorno al Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios”. Juan Bustos Ramírez en *El pensamiento criminológico II. Estado y Control*, Bogotá, Temis, 1983, p. 12.

La víctima fue excluida de ese derecho penal³ y por ello, no es raro que las alternativas a la justicia penal no tuvieran eco por décadas.

El derecho penal se afianzó entonces, a la ideología de la defensa social y sus fórmulas procesales mixtas de naturaleza inquisitiva fueron caldo de cultivo para la represión y las violaciones a los derechos humanos de quienes entraran en contacto con la justicia penal. El modelo, sin embargo, fue dando de sí, el incremento de los delitos por la falta de una política preventiva real y eficaz, la inseguridad misma de una justicia penal poco garante de los derechos de las personas involucradas y la imposibilidad material de atender la siempre creciente demanda por parte de las instituciones públicas de la justicia penal, motivaron sin duda, el colapso de un modelo de justicia penal, poco eficaz en el combate al delito, con posibilidades ínfimas de prevención del mismo y sin posibilidad alguna de justicia y reparación para las víctimas de los delitos.

Urgían alternativas para una justicia penal así, y la respuesta en México empezó a llegar mediante fórmulas incipientes hacia finales del siglo XX, en las que las víctimas de los delitos empezaron a tener derechos y, por tanto, un ligero protagonismo, acrecentado —como se explicará— hacia las primeras dos décadas de este siglo XXI, con una serie de reformas constitucionales y de legislación secundaria de la materia, de importante trascendencia en la democratización de la justicia penal.

El proceso de democratización de todo sistema de justicia penal, implica aumentar los derechos de las personas involucradas en y frente a la justicia penal, como los imputados de delito, las víctimas de los mismos, sus familiares, los testigos, etcétera, en detrimento de las potestades punitivas del Estado, las que estarán, en consecuencia, mucho más reducidas y acotadas.

Una de las mejores posibilidades para ello fue la generación de formas alternativas a la justicia penal, que ayudaran a despresurizar el sistema a través de fórmulas en las que se consideran prioritarios los derechos y libertades de las víctimas por sobre los intereses punitivos del Estado.

La garantía que supone el despliegue punitivo en el derecho penal, para la salvaguarda de intereses colectivos e individuales, es una razón que no se puede obviar; pero el derecho penal también es una herramienta de protección

³ Más que un extraño olvido del derecho penal para las víctimas de los delitos, argumentado por la naciente victimología a mediados del siglo XX, el derecho penal en realidad le expropió el conflicto a la víctima mediante un derecho penal de orden público; la defensa social, vendría a afianzar esa idea, no dejando para la víctima, al menos frente a la justicia penal, derecho alguno.

de las personas frente al poder punitivo estatal; lo que implica entender al propio derecho penal como una garantía.⁴

I. Planteamiento del problema

Los sistemas penales en Latinoamérica suelen estar sobrepasados según el número de delitos de los que conoce y la posibilidad de resolverlos mediante los mecanismos institucionales a su alcance. La brecha entre la cantidad de delitos denunciados y los que llegan al conocimiento de un juez, puede ser abismal —independientemente de la manera en que estos últimos se resuelvan— y dejar en claro que las posibilidades de atender en su totalidad el cúmulo de delitos de los que se tiene conocimiento, resulta menos que imposible.

En los modelos procesales mixtos de naturaleza inquisitiva, las posibilidades son aún menores, pues la inexistencia de derechos para las víctimas de los delitos, junto con la falta de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y, con ello, la imposibilidad de generar mecanismos de composición suficientes entre víctima e imputado de delito, hace colapsar, por sobrecarga laboral, a la mayoría de sistemas penales de tal naturaleza.

Por su parte, en los modelos procesales denominados acusatorios, si bien la discrecionalidad mediante criterios de oportunidad⁵ en el ejercicio de la acción

⁴ Desde la teoría del garantismo penal expuesta por Luigi Ferrajoli, la justificación del derecho penal ha de sostenerse en una premisa de prevención doblemente negativa: como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos; y (más importante aún) como herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal, es decir como garantía: “para fundamentar una adecuada doctrina de la justificación y también de los límites del derecho penal, es entonces necesario recurrir a un segundo parámetro utilitario: más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados. Este segundo parámetro señala un segundo fin justificador, cual es: el de la prevención, más que de los delitos, de otro tipo de mal, antitético al delito que habitualmente es olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Entiendo decir con ello que la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos; la pena no es amenazada e infligida *ne peccetur*, también lo es *ne punietur*; no tutela solamente la persona ofendida por el delito, del mismo modo, protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la “pena mínima necesaria” de la cual hablaron los iluministas; no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito”. Luigi, Ferrajoli, *Derecho penal mínimo*, (trad.) de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en: varios autores, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 21.

⁵ La oportunidad es un principio generalmente considerado en los modelos procesales reconocidos como acusatorios, por los que existe una discrecionalidad reglada en el ejercicio de la acción penal

penal, no es esencial a la fórmula garantista, sí se han desarrollado mecanismos compatibles, que ayudan a despresurizar, al menos un poco, a las instancias del sistema penal.

Distinguir entre los modelos procesales, no es en esta ocasión la prioridad, sí, por el contrario, evidenciar que independientemente del modelo procesal asumido —con sus diferencias diametrales, por supuesto—, el sistema penal está urgido de alternativas que permitan atender la problemática y resolverla lo mejor posible.

a) Las encuestas de victimización

La relevancia y protagonismo que paulatinamente han ido ganando las víctimas de los delitos en y frente a la justicia penal, no sólo se evidencia por los derechos para ellas consagrados en la constitución y la legislación de la materia, sino por el interés en la información que las propias víctimas pueden dar de sus procesos de victimización del fenómeno delictivo en general, y de sus intereses y perspectivas en lo particular. Información, que sin duda, resulta invaluable para el despliegue de políticas de la criminalidad con perspectiva victimológica o de política victimológica propiamente dicha.

La información que una encuesta de victimización ofrece es de diversos tipos y cada uno es un insumo importante para el diseño de una política eficaz, no sólo para la atención de las víctimas sino también para la prevención del delito y, por tanto, de la victimización.

Uno de los datos más importantes que ofrece una encuesta de victimización es el porcentaje estimado de lo que se conoce como la cifra negra de la criminalidad, esto es, la estimación que se realiza, mediante encuestas, bajo técnica y metodología específica, que permiten calcular el número de delitos que no se denuncian o que aún en conocimiento de los operadores de la justicia penal, no se inicia procedimiento alguno de investigación para el deslinde de responsabilidades.

Esta cifra si bien es un aproximado, su índice de falibilidad es bajo, por lo que una encuesta de este tipo, metodológicamente bien diseñada y aplicada, nos da una aproximación bastante apegada a la realidad. De manera adicional, las encuestas de victimización arrojan las principales causas por las que las víctimas deciden no denunciar, las que en un porcentaje mayor son atribuidas a los operadores de la justicia penal y evidencian no sólo la desconfianza en

la justicia penal misma, sino además, los graves problemas de acceso a la justicia que los propios sistemas penales tienen. Otros datos pueden ofrecernos cruces interesantes para la evaluación del fenómeno criminal y las posibilidades de acceso a la justicia para las víctimas; por ejemplo, el grupo poblacional que suele denunciar, en un porcentaje significativamente mayor, son personas poco vulnerables, a diferencias de otros grupos históricamente discriminados —mujeres, personas con discapacidad, niñas, niños y adolescentes, personas mayores—, por lo que sus posibilidades de acceso a la justicia son mayores que las de estas que engrosan la cifra negra.

b) Cifra negra

Si las estadísticas de los delitos que llegan al conocimiento de las instancias de la justicia penal nos impactan, ni qué decir de las estadísticas que arrojan las encuestas de victimización respecto de los delitos que no llegan a conocimiento de las instituciones públicas, o que haciéndolo, no se inicia procedimiento alguno, como se explicó.

La estimación de la cifra negra de la criminalidad varía dependiendo de la región y la temporalidad, pero, al menos en la mayoría de los países latinoamericanos, siempre es muy superior al 50 por ciento, y lejos de que se abata, año con año generalmente aumentan sus índices porcentuales, lo que muestra la inexistencia o poca eficacia de las políticas públicas que atienda la problemática y la disminuya.

En México, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) realiza la que denomina Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (ENVIPE), la que para 2017 ha documentado una cifra negra, en términos cerrados de 93%.⁶

Las personas que generalmente denuncian los delitos, son principalmente aquellas que no están en alguna situación o condición de vulnerabilidad, ello significa que es un problema de acceso a la justicia y que la cifra negra la engrosan a quienes por su condición vulnerable les es más complicado o imposi-

que no debe considerarse contraria al principio de legalidad. En este sentido, Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez, y el propio Andrés Ibáñez, en *Justicia penal, derechos y garantías*, Bogotá, editorial Palestra y Temis, 2007, pp. 69 a la 71.

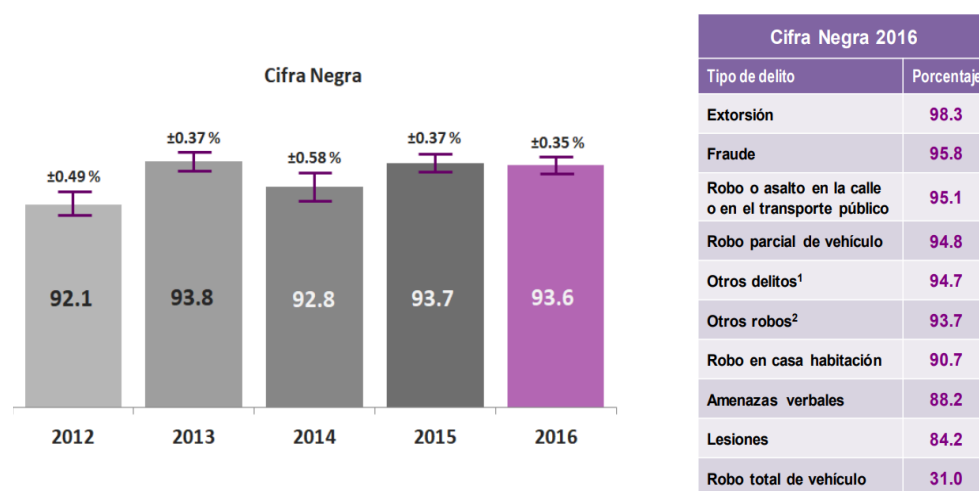
⁶ En www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09. consultado junio de 2018.

ble acceder a las instancias de la justicia penal para reclamar sus derechos. En México, quienes denuncian los delitos son, en su mayoría varones de entre 18 y 29 años de edad, uno de los grupos menos vulnerables y, por tanto, con más capacidad de hacer valer sus derechos en y frente a la justicia penal.

No parece haber políticas públicas específicas para disminuir la cifra negra de la criminalidad, al menos no específicamente estructuradas para el efecto. Algunos intentos de promoción de la cultura de la denuncia, ayudan a evidenciar que algo se intenta, pero si fueran un poco efectivas, la cifra negra disminuiría, lejos de aumentar como comúnmente sucede.

Como lo muestra la Tabla 1 publicada en la ENVIPE 2017, la cifra Negra mantiene, desde el 2012 que la encuesta se realiza año con año, un índice muy elevado que lejos de disminuir, ha incrementado, en una constante en general hacia la alza.

Tabla 1.
Cifra negra de criminalidad



La tarea principal para contrarrestar la cifra negra de la criminalidad es mejorar el acceso a la justicia para las personas en condición de vulnerabilidad, que son quienes principalmente no denuncian, por lo inaccesible que

suele resultar para ellos, la justicia penal. Las razones de la no denuncia, documentadas por la ENVIPE, mediante preguntas concretas de opción predeterminada, evidencian un acceso a la justicia poco considerado con las condiciones de desventaja que suelen tener quienes devienen víctimas del delito, y no sólo por la victimización misma, sino previa a ella.

Así, la ENVIPE 2017 refleja las principales causas por las que las personas que fueron víctimas de los delitos no denunciaron, a saber: desconfianza en la autoridad o actitud hostil de la misma, miedo a la extorsión, pérdida de tiempo, trámites largos y difíciles (Ver Tabla 2).

Entre las razones para NO denunciar delitos ante las autoridades por parte de las víctimas destaca la *Pérdida de tiempo* con 33.1% y la *Desconfianza en la autoridad* con 16.5%, dentro de las causas atribuibles a la autoridad. Por otras causas se entiende: miedo al agresor, delito de poca importancia, no tenía pruebas y otros motivos.

Tabla 2.
Razones para no denunciar delitos



II. Sanción vs. composición

Estructurar mecanismos de composición entre víctimas e imputados de delito, no suele ser visto desde esta perspectiva como una política para la disminución de la cifra negra; sin embargo, en cuanto tal, muestra una interesante posibilidad. Para valorar qué tan importante puede resultar esta opción, habría que reflexionar sobre los intereses de las propias víctimas respecto de

su posición frente al sistema penal; por ello, la pregunta de qué es lo que prefieren, si sanción para el culpable o reparación —en el entendido de tener que elegir, según los presupuestos de las políticas de mediación— resulta fundamental para este análisis. Las encuestas de victimización suelen documentar que las víctimas prefieren reparación que sanción, y ello es entendible si consideramos que la condición de vulnerabilidad en la que se encontraban antes de su proceso de victimización, más el proceso sufrido que les hunde aún más en su condición de por sí precaria, hace para ellas más atractiva una reparación pronta que la eventualidad de una “complicada” sanción para su agresor y reparación para ella.

A este análisis hay que agregar las razones, también expresadas en las encuestas, por las que se decide no denunciar, que como se dijo, obedecen en un porcentaje elevado a circunstancias atribuibles a la justicia penal misma y, por supuesto, a sus operadores.

Las causas expresadas para la no denuncia y los porcentajes reportados, muestran claramente que las mismas no serían relevantes si la víctima opta por alguna de las formas alternativas a las que tiene derecho; así, un mecanismo de composición puede llegar a una pronta solución mediante reparación del daño y así no sería necesario un proceso largo con pocas probabilidades de éxito, que es de lo mucho que se quejan las víctimas y que motivan su no denuncia. Es por eso, precisamente, que resulta atractiva la composición como forma alternativa de justicia para una pronta reparación. Las razones para la no denuncia se extinguen en las fórmulas de la composición penal y con ello se podría atraer la denuncia, más que por cultura, por así convenir a quienes más sufren con el delito: las víctimas.

Las reformas a la justicia penal en México de las últimas dos décadas han traído para las víctimas el derecho a optar por formas alternativas de justicia para la solución de controversias, las que sin duda, bien implementadas y difundidas, harán subir la incidencia de la denuncia al resultarle a la víctima atractivas por la pronta reparación del daño.⁷ Con ello, se abatirá —disminuirá— la cifra negra de la criminalidad y, en consecuencia, aumentará la de los delitos denunciados. Ello no significa necesariamente que aumenten los delitos, sino la denuncia de los mismos.

⁷ El artículo 17 de la Constitución Políticas de los Estados Unidos Mexicanos, prevé la existencia de mecanismos alternativos para la solución de controversia, y en materia penal los condiciona a que aseguren la reparación del daño y en su caso a supervisión judicial.

III. La cultura de la denuncia

Es necesario reflexionar dos aspectos más en esta lógica argumentativa: la así llamada cultura de la denuncia, pero también, la eventual impunidad por falta de sanción. Ha sido recurrente apelar por una cultura de la denuncia, en la expectativa de que las mismas se incrementen, bajo el presupuesto del beneficio mismo que implica la protección de la justicia penal. Argumento, sin duda, válido en el entendido básico de que el sistema no puede reaccionar al delito si no lo conoce, y con ello, proteger a las víctimas en lo particular y a la sociedad en su conjunto; sin embargo, deben ser identificadas otras variables para entender el porqué una política de promoción de la cultura de la denuncia no parece haber prosperado. Una de ellas, ya ha sido comentada en este documento, la respuesta pronta está en las causas señaladas en las encuestas de victimización aludidas; pero, ¿ello en realidad afecta o evita que una cultura de la denuncia prospere?

El tema del efecto cultural de lo que atañe al delito y a la reacción al mismo, es sin duda, algo más complejo. La manera en cómo se entiende el delito, pero, principalmente, cómo históricamente se ha reaccionado al mismo través de procedimientos mixtos-inquisitivos arropados de mecanismos y formas en general represivas, —sin duda— ha ido generando una cultura más represiva que democrática, y, en este sentido, los cambios y las transformaciones culturales requieren de su propio proceso, pero impacta en todo lo punitivo, de ahí que más que hablar de una cultura de la denuncia —anclada en realidad en un modelo de justicia penal más represivo que democrático— habría que apelar a una cultura más democrática en general para la justicia penal y con ello, la aceptación y por ende, legitimación de políticas de la criminalidad más democráticas que inquisitivas, como la de los mecanismos compositivos, por ejemplo.

Habría, sin embargo, que considerar el factor conveniencia, en tanto beneficios directos para quienes deben denunciar su victimización. Mientras a las víctimas no les resulte atractivo denunciar, difícilmente lo harán; si el acceso a la justicia no les significa expectativas reales de garantía de ejercicio de sus derechos, la mayoría de las víctimas preferirán no denunciar, o de plano, no lo podrán hacer; el efecto en parte, también estará condicionado por esta variable.

Queda sin embargo, el tema “ético” de un delito que se mantiene impune, con la “preocupante” circunstancia de que al no haber ingresado a prisión, podrá seguir delinquiendo, reflexión a la que se apela mucho y que refleja la cultura inquisitiva de la que aquí se ha hablado. Habrá de reflexionarse que mantener la sanción como aspecto prioritario deja siempre en segundo término los derechos de la víctimas en particular y de todos los involucrados en general; el equilibrio en el ejercicio de derechos se refleja precisamente en ello, de ahí la importancia de un modelo procesal que logre equilibrar la contienda, no sólo para el imputado del delito respecto del Estado que le acusa, sino también para la víctima y el ofendido; ese es uno de los retos pendientes del sistema procesal penal en México, en el que se ha sentado una base sólida de derechos para víctimas que es preciso eficientar para garantizar su goce y ejercicio.

Otra variable por considerarse en este análisis: el valor simbólico y no menos importante del derecho penal mismo y de sus instituciones que lo operan, como las penitenciarias, por ejemplo; valor propio de una cultura también más represiva que democrática y a la que se alude en la narrativa de las posibilidades preventivas de una justicia penal más construida para la reacción y la represión que para la prevención.

IV. Perspectiva victimológica para la justicia penal

Anclada en las variables represivas, a la justicia penal —caracterizada tanto por su insostenible ineficacia, como por ser caldo de cultivo para las violaciones de los derechos humanos— le urgían alternativas que abandonaran aquel paradigma de defensa social, arraigado desde el siglo XIX, por la influencia del positivismo criminológico, que había no sólo estructurado, sino consolidado políticas de la criminalidad del tal corte, con una fórmula procesal mixta inquisitiva, poco garante de los derechos de los involucrados.

La reacción a tal influencia en los modelos punitivos, vendría hacia la segunda mitad del siglo XX; los modelos críticos en la argumentación criminológica, reaccionaban contra la criminología positivista y su arraigo en la política criminal, evidenciaban lo lesivo de la reacción al delito, pugnaban y al mismo tiempo sentaban las bases para el abandono del paradigma positivista y su hegemonía en las políticas represivas de la criminalidad.

Hacia las últimas dos décadas del siglo pasado se empezaron a consolidar modelos alternativos para una justicia penal más democrática: el garantismo penal y desarrollos propios de otros contextos culturales y tradiciones jurídicas, como los realismos de izquierda y el abolicionismo penal principalmente; influencias que propondrían alternativas para una justicia penal más respetuosa de los derechos humanos. A decir de Hulsman,⁸ tanto el abolicionismo como el garantismo pretenden la reducción de la intervención penal.

Estos modelos teóricos, que a la postre influirían en mayor o menor medida en las reformas a la justicia penal mexicana de los últimos años, tienen como común denominador la expectativa de una justicia penal mucho más respetuosa de los derechos de los involucrados y el abandono, por tanto, de las variables represivas de una justicia pensada para el castigo y la hegemonía del control.

Así, el garantismo penal ha sido el referente de la reforma en materia judicial de 2008 en México, que significó el adoptar un modelo procesal de corte acusatorio, propio de dicho modelo teórico, cuya expectativa es evitar —o al menos disminuir— las violaciones a los derechos humanos en los procedimientos penales.

Si bien el garantismo penal no desarrolla en su esencia derechos y fórmulas de relevancia victimal, lo cierto es que el modelo de sí, es compatible con dichas variables; ello explica porqué desarrollos procesales de tal influencia, sobre todo en América Latina —y México no son la excepción— han incluido en su fórmula derechos para las víctimas, que la hacen incluso ser parte en el proceso, como es el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por su parte, la influencia realista de izquierda, enfatizó en la realidad del delito, en tanto violaciones a derechos humanos, el sufrimiento humano, y criticó el abandono de políticas sociales en la prevención de delito por el recrudescimiento de la política criminal represiva.⁹ Este modelo logró consenso en la consideración del delito desde la consideración de los elementos que inciden en la cuestión criminal, a saber: el Estado y sus agencias; los infractores

⁸ Rivera, I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal*, Barcelona, Anthropos, 2011, p. 213.

⁹ Las personas pertenecientes a los estratos altos, en virtud de su condición social, son capaces de apartarse de los rigores de la justicia penal hasta un grado considerable, no así las de estratos bajos, cuya identidad no es más que la propia abstracción de la criminalización —por parte de la burguesía y sus magistrados— bajo la forma de clases peligrosas. Lea, John, *Delito y modernidad*. (Trad.), Alejandro Piombo. México, Ediciones Coyoacán/FLASUD; SA de CV, 2006, p. 37 y ss.

que delinquen; las víctimas de los delitos y el público —la comunidad—. Elementos que son parte importante en el análisis del fenómeno delictivo sí, pero también para las políticas de prevención del mismo y son lo que los realistas denominan las relaciones sociales del control del delito.¹⁰

Los abolicionistas a su vez, pusieron en el centro de sus argumentos a las víctimas de los delitos, a quienes habría que regresar el conflicto que les fue expropiado por el derecho penal moderno y sus políticas de la criminalidad;¹¹ la implicación de tal perspectiva supone el abandono de los modelos punitivos para sustituirlos por fórmulas compensatorias propias del derecho civil, en el que se le dé prioridad a la reparación por sobre la represión. Si bien, la radical postura abolicionista de sustituir el derecho penal por uno de tipo civil no ha permeado, sí, por el contrario, fórmulas compositivas por ellos propuestas han ido disminuyendo las potestades punitivas a favor de derechos de composición para las víctimas de los delitos.¹² Lo que ha demostrado que, si bien la abolición lisa y llana no parece viable en contextos de alta conflictividad, sí, por el contrario, que hay alternativas a la justicia penal y que estas favorecen más a las víctimas que al Estado.¹³

La fórmula jurídico penal mexicana, considera alternativas, tanto para la prevención de los delitos como para la composición entre víctimas y agreso-

¹⁰ La criminología tradicional a decir de los realistas ha sido parcial en el análisis del delito y ha dejado de observar el proceso en su conjunto, para ello pretenden unir todos los aspectos de ese proceso; observar así que la sociedad es la que causa el problema delito y no el delito el que causa problemas para la sociedad. Por esta razón las intervenciones siempre han sido parciales. Lea, John y Young, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?* (Trad.), Martha B. Gil y Mariano A. Cifardini, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

¹¹ Christie, afirma que las personas tienen problemas y crean problemas, pero al apurarse a definirlos como delitos se pierden de vista alternativas interesantes como éstas. Por ello es partidario de que el punto de partida básico deberían ser los *actos* y no los *delitos*. Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*. (Trad.), Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Argentina, Editores del Puerto, 2008, p. 8.

¹² Para Pavarini, frente al abolicionismo radical, pueden identificarse posiciones diversas y limítrofes como el abolicionismo institucional que se enfoca en la crítica a la cárcel y a otras instituciones penales segregacionistas, o el reduccionismo penal que aboga por una drástica reducción de la esfera jurídico penal. Massimo Pavarini, “El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo”, en *Poder y control*, pp. 141-157, [s.e.].

¹³ “El delito no existe hasta que el acto haya pasado a través de algunos procesos de creación de significado altamente especializados, y en los casos típicos, terminar como hechos certificados por los jueces penales como un tipo particular de actos no deseados llamados delitos. El delito es uno, pero sólo uno, dentro de los numerosos modos de clasificar los actos deplorables”. Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, (Trad.), Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Argentina, Editores del Puerto, 2008, p. 14.

res; lo cual deja ver el arraigo, si bien paulatino, pero cada vez mayor, de una perspectiva victimológica en las políticas de la criminalidad.

Apoyada en la criminología de la reacción, la victimología vio en aquellos argumentos elementos importantes para desarrollar una perspectiva victimológica; pero ésta habría de abandonar también el paradigma positivista que le había dado origen y que se preocupó, en el peor de los casos, por encontrar las responsabilidades de la víctima en el devenir delictivo que por desarrollar para ella derechos, y en el menor de los casos, para tutelarle y asistirle. La influencia, entonces, de las teorías de la reacción, motivó el análisis victimológico con una óptica de mayor pluralidad y de enfoque crítico; todo lo que permitió, por un lado, el desarrollo de los enfoques psicosociales, de especialidad y diferenciados; y por el otro, pensar en las víctimas del abuso de poder y de las violaciones a los derechos humanos.

Sin duda, tal perspectiva es cada vez más viable en tanto las reformas como la referida han supuesto un proceso de democratización de la justicia penal, ello hace que el desarrollo de derechos para las víctimas, si bien no esencial en el modelo garantista, sea viable por la compatibilidad aludida. A la postre y en atención a la progresividad a la que obliga la Constitución,¹⁴ la víctima se consolidará no sólo como protagonista en el escenario penal, sino también como referente de prioridad para la justicia penal.¹⁵

V. Justicia alternativa en México

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, dentro de la cual, se supone la coexistencia de derechos en un horizonte donde no hay reglas y principios previos, sólo el diálogo de las culturas jurídicas dentro de dos premisas: prudencia y respeto,¹⁶ el uso alternativo del derecho es un concepto que se encuentra estrechamente relacionado debido a que surge en razón del otro. En las sociedades de gran diversidad cultural y componentes étnicos diversos, surgen concepciones alternativas del derecho, a lo que se denomina: pluralismo jurídico.

¹⁴ Como uno de los principios de los Derechos Humanos contenidos en el Artículo 1º de la CPEUM.

¹⁵ Artículo 20 Constitucional en cuanto a la finalidad de la justicia penal y los derechos de las víctimas.

¹⁶ Ramón Soriano, *Sociología del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1997, p. 379.

El *derecho alternativo* en América Latina surgió en los años noventa, como una respuesta directa a la aplicación de un derecho estatal opresivo; surge de la práctica judicial y se encuentra muy extendido en diversos movimientos y escuelas contrarios al derecho estatal dominante desde una postura emancipadora. Se encuentra compuesto de diversos elementos: sociológico, psicológico, económico, lingüístico y simbólico derivados de corrientes europeas.¹⁷

El derecho alternativo pretende romper el predominio del derecho hegemónico del Estado para obtener reconocimiento jurídico propio. Autores como Soriano han definido desde una concepción amplia al derecho alternativo como un “Derecho distinto al hegemónico que pretende su reconocimiento jurídico en un territorio determinado”.¹⁸ En la práctica, el derecho alternativo surge como un modelo complementario del derecho hegemónico o estatal¹⁹ en una coexistencia de derechos. Junto a la concepción de derecho alternativo, surge la de política criminal alternativa, la cual desde un carácter no institucionalizado, permite reflejar alternativas propias de la política social.²⁰ Resulta contraria a la hegemonía de la clase dominante al delimitar el proceso de selección de la definición y persecución de la criminalidad, en donde las clases subalternas son las seleccionadas negativamente por los mecanismos de criminalización.²¹ Opta por la superación del derecho penal como un sistema totalizador de control de la desviación, por lo que propone una superación del derecho penal y de la pena.²² Opta por la determinación de nuevos cauces, posiciones alternativas que profundicen la función positiva del derecho penal en una línea de transformación social y humanitaria, por ejemplo, con una ampliación de las formas de suspensión condicional de la pena, libertad condicional, formas alternativas de ejecución de la pena en semilibertad, entre otras.

El principio de mínima intervención o de subsidiariedad del derecho penal que consiste en que, a fin de solucionar controversias se debe recurrir preferentemente a procedimientos no jurisdiccionales, son el fundamento del

¹⁷ *Ibidem*, p. 370.

¹⁸ *Ibidem*, p. 364.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Roberto Bergalli, *et al.*, *El pensamiento criminológico II*, *op. cit.*, p. 250.

²¹ Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1993. p. 210.

²² *Ibidem*, p. 218.

nuevo modelo de justicia (alternativa) que atiende al desarrollo de métodos autocompositivos capaces de coexistir por la vía jurisdiccional.

El Derecho o Justicia Penal Alternativa ha sido incluida como principio constitucional desde la reforma de 2008,²³ constituyéndose como un verdadero cambio de paradigma en materia penal, debido a que la misma no sólo implica la no judicialización del conflicto penal, sino la aplicación de mecanismos no adversariales para la solución del conflicto al que pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas. Su objetivo principal consiste en resolver conflictos derivándolos en respuestas más favorables para la víctima, el ofensor y la sociedad, debido entre otras cosas, al rol activo de los participantes en la solución del conflicto.

En materia penal, gracias a la aplicación de este modelo de justicia, los asuntos son atendidos y desahogados en las primeras etapas del proceso, logrando con ello una justicia más eficaz, pronta y expedita. La justicia alternativa es concebida como género de la justicia restaurativa y terapéutica, se aplica mediante mecanismos pre, intra y postprocesales como los criterios de oportunidad, las formas de terminación anticipada, la individualización de penas no privativas de la libertad e incluso el otorgamiento de beneficios preliberacionales, debido a que la desjudicialización evita también la sanción formal, y concretamente, la privativa de la libertad.²⁴

Se distingue de la justicia restaurativa (JR) debido a que esta es un modelo de justicia que busca que las personas involucradas en una ofensa, participen conjuntamente en la solución del conflicto de manera pacífica. Pretende construir un espacio de comunicación entre la víctima y el ofensor destinado a la recuperación de la víctima y a responsabilizar al ofensor del daño causado desde un enfoque no adversarial ni retributivo.

Según autores como Howard Zehr²⁵ cuenta con algunas diferencias respecto a mecanismos como la mediación:

²³ Aunque la Reforma de 2005 en materia del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes ya contemplaba las formas alternativas de justicia como eje rector del Sistema.

²⁴ Carlos Tiffer, (et al.), *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*, Costa Rica, UNICEF-ILANUD, p. 182.

²⁵ Artículo de la Sociedad Científica de Justicia restaurativa. En <http://sites.google.com/site/sociedadcientificadejr/-que-es-la-justicia-restaurativa/justicia-restaurativa-no-es-mediacion-penal>, consultado en junio de 2018.

- I. La JR considera a las partes como agentes morales asumiendo cierto desequilibrio entre ellos, de ahí que autores como Dave Gustafson²⁶ contempla una parcialidad equilibrada (por el daño causado).
- II. En la M se asume cierto equilibrio moral entre las partes el mediador debe ser imparcial y neutral.
- III. La JR es la ideal en materia penal porque en estos casos se asumen serios desequilibrios.
- IV. Mientras que la víctima del delito encuentra ofensivo en algunos casos la palabra “*Mediación*”, por lo que no se recomienda en asuntos penales.
- V. En la JR el facilitador ofrece un espacio para que el que ha hecho un daño lo reconozca y por eso los procesos restaurativos están diseñados para ello.
- VI. En la M hay pocos encuentros individuales y en la JR la preparación individual es esencial (formación en la dinámica del trauma).
- VII. La mediación suele centrarse en el resultado (acuerdos realistas y viables) se negocia para llegar a acuerdos razonables sobre necesidades e intereses mutuos.
- VIII. La JR se centra en el nivel emocional, incluyendo necesidades que abarcan sentimientos además de la narración de la historia.

Ted Watchel²⁷ no considera a la mediación como una práctica completamente restaurativa, tal y como lo representa (Ver Diagrama 1).

También se ha hecho la diferencia entre ellos, debido a que se considera que los procesos restaurativos son mecanismos autocompositivos y la mediación cuenta con elementos heterocompositivos, diferenciándose según el nivel de intervención de un tercero ajeno al conflicto (mediador/facilitador).

Por otra parte, la justicia terapéutica conceptualizada como el estudio de los efectos del derecho y los sistemas legales en el comportamiento, emociones y salud mental de las personas involucradas, busca mejorar la función psicológica y el bienestar emocional de las personas sometidas a procesos jurídicos y con ello disminuir los efectos negativos que generan tales situa-

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

Diagrama 1
Tipos y grados de prácticas de justicia restaurativa



ciones.²⁸ Puede ser aplicada tanto en justicia tradicional como alternativa, aunque sus principios y características son más compatibles con esta última.

Podemos concluir que la justicia alternativa, es la vía idónea para solucionar los conflictos penales debido a la resignificación del conflicto entre las partes contribuyendo a la finalidad socializadora, fomentando el respeto a los derechos humanos y minimizando los efectos negativos que puede generar la justicia penal entre los involucrados, diferenciando a la persona del problema, centrándose en los intereses de las mismas y generando opciones de beneficio mutuo por lo cual, este modelo de justicia debe ser integrado como alternativa a la justicia penal, de manera que todos los integrantes del Sistema, efectúen sus funciones de manera coordinada, donde el Ministerio Público o el Juez derive los casos a los organismos correspondientes y se cumpla con las siguientes garantías: autonomía, presunción de inocencia, privacidad, protección a la víctima y reparación del daño, entre otras.

²⁸ Sofia Cobo, "Hacia un modelo jurídico-terapéutico de intervención a los adolescentes infractores", en *Justicia Terapéutica, experiencias y aplicaciones*. México, INACIPE, 2014, p. 79.

Resulta necesario pensar en mecanismos adecuados para el abordaje de los conflictos penales que se articulen con el sistema de garantías derivado de la norma, asegurando al individuo que aun en los casos en que los conflictos sean abordados fuera del ámbito de la intervención penal, el sujeto no será colocado en un régimen de menores garantías respecto del previsto por el derecho penal.

VI. *A manera de conclusión*

Las expectativas democráticas de la justicia penal en México se han ido consolidando en las últimas décadas, muestra de ello es no sólo la reforma procesal y el advenimiento del CNPP, sino el cúmulo de derechos reconocidos para los involucrados en y frente a la justicia penal, principalmente imputados de delito y víctimas u ofendidos por el mismo. La prioridad en el ejercicio de estos derechos por sobre las potestades punitivas del Estado y la garantía de su goce y ejercicio es lo que terminará por consolidar un modelo de justicia penal que se ha anclado en variables represivas. Las fórmulas alternativas significan siempre dar prioridad a los derechos de los involucrados por sobre las potestades punitivas; fórmulas que si bien han ido permeando la ley, lo cierto es que las posibilidades para su ejercicio aún no son las óptimas: la ley y la práctica de los operadores jurisdiccionales aún dejan pocas posibilidades de composición porque dan prioridad a las potestades punitivas y lo que se ha denominado intereses generales por sobre los particulares de las víctimas. Es viable y legítimo esperar que tanto la ley como la práctica de los operadores jurisdiccionales entiendan y amplíen las posibilidades de ejercicio de estos derechos para las víctimas,²⁹ como lo es que la aplicación del derecho sea lo menos lesiva posible e incluso, por qué no, terapéutica, transformando las estructuras autoritarias del Estado a través de los marginados: las víctimas de los delitos. potenciando mecanismos compositivos como la reparación del daño.

Si el derecho penal moderno responde a objetivos como tutelar a los ciudadanos y minimizar violencias, las únicas prohibiciones justificadas serán las mínimas necesarias a fin de impedir comportamientos lesivos que supondrían

²⁹ José Zamora Grant, *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 91 y ss.

mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal.³⁰ Aún queda pendiente, la reforma a la Ley Penal Sustantiva bajo los parámetros del propio modelo garantista, que en congruencia con lo ya reformado procesalmente, permitan la consolidación de una justicia penal más respetuosa de los derechos de las personas.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México, Siglo XXI, 1993.
- Bergalli, Roberto, et al. *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*. Barcelona, Editorial Hacer, 1993.
- Bustos Ramírez, Juan; Bergalli, Roberto y Miralles, Teresa et al. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá, Temis, 1983.
- Christie, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. (Trad.), Cecilia Espeleta y Juan losa, Argentina, Editores del Puerto, 2008.
- Cobo, Sofia. “Hacia un modelo jurídico-terapéutico de intervención a los adolescentes infractores”. En *Justicia terapéutica, experiencias y aplicaciones*. México, INACIPE, 2014.
- Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez y el propio Andrés Ibáñez. En *Justicia penal, derechos y garantías*. Bogotá, editorial Palestra y Temis, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho penal mínimo*. (Trad.), de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en varios autores. *Prevención y teoría de la pena*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- Ferrajoli, L. *Paradigma Garantista*. Madrid, Trotta, 2018.
- Lea, John. *Delito y modernidad*. (Trad.), Alejandro Piombo, México, Ediciones Coyoacán/FLASUD; SA. de CV, 2006.
- Lea, John y Young, Jock. *¿Qué hacer con la ley y el orden?* (Trad.), Martha B. Gil y Mariano A. Cifardini. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- Pavarini, Massimo. “El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo”. En *Poder y control*.
- Rivera, I. (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal*. Barcelona, Anthropos, 2011.
- Soriano, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997.

³⁰ L. Ferrajoli. *Paradigma garantista*, Madrid, Trotta, 2018, p. 93.

Tiffer, Carlos. *et al. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. Costa Rica, UNICEF-ILANUD, 1999.

Zamora Grant, José. *Los derechos humanos de las víctimas de los delitos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

