

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

LA REPARACIÓN DIGNA A LA VÍCTIMA DE DELITOS CONTRA
LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el licenciado

SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE

Previo a conferírsele el grado académico de

Magíster Scientiae en Derechos Humanos

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jauregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales.

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. Oscar Estuardo Paiz Lemus
VOCAL: MSc. Neri Arnoldo Méndez Cruz
SECRETARIO: Dr. Alejandro José Gutiérrez Dávila

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada” (artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

MSc. MA. Hada Cristina del Sagrario Castellanos Montufar
Criminóloga
E-mail:hadacrisdelsa@hotmail.com
Tel: 53195555

Guatemala, 24 de agosto de 2018

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudio de Postgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Dr. Parra:

De conformidad con el nombramiento recaído en mi persona, RES. D.E.E.P. D.H. 188-2013, atentamente me dirijo a usted para informarle, que en cumplimiento de la resolución de esa Coordinación, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Licenciado SAMUEL ANTULIO LÓPEZ HURTARTE, intitulado **“LA REPARACIÓN DIGNA A LA VÍCTIMA DE DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS”** dentro del cual se le hicieron las observaciones correspondientes para que el trabajo cumpla con los requisitos y presupuestos exigidos por la normativa de elaboración de tesis de Maestría y Doctorado.

- a) El trabajo de investigación realizado es un aporte científico y técnico con un amplio contenido jurídico y doctrinario, siendo objeto de desarrollo y análisis del trabajo de investigación de tesis fundamentado en la importancia de la institución de la figura de Reparación Digna en la legislación guatemalteca en el campo de los Derechos Humanos.
- b) La metodología y técnicas utilizadas en la realización del trabajo de investigación, fueron acordes al desarrollo de los capítulos. En la introducción y conclusión discursiva, se utilizaron los métodos analítico y sintético, así como se aplicaron los métodos deductivo e inductivo.
- c) En relación a los objetivos quedo demostrado que es fundamental garantizar la reparación digna a las víctimas de delitos contra la vida e integridad de las personas.
- d) La hipótesis planteada quedó comprobada, toda vez que el trabajo realizado por el Licenciado López Hurtarte señala la gran importancia que la reparación digna sea más implementada en los procesos penales.
- e) Los métodos y técnicas de investigación empleados fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo mejorar la redacción y permitiendo entender los elementos que analiza el maestrando, los criterios técnicos y jurídicos que le dan fundamento a cada argumento.

MSc. MA. Hada Cristina del Sagrario Castellanos Montufar
Criminóloga
E-mail:hadacrisdelsa@hotmail.com
Tel: 53195555

- f) La contribución científica del tema es de importancia y basada en un contenido de actualidad. En cuanto a la conclusión discursiva, se relaciona con el contenido del trabajo de investigación y refleja el adecuado nivel de síntesis jurídico con el objeto del tema.
- g) La bibliografía utilizada para la elaboración de la tesis ha sido la adecuada así como provista de información de última generación.

Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Maestría y Doctorado. Asimismo, hago constar que no tengo ninguna clase de parentesco tanto dentro de los grados de ley como de afinidad que de una con el Maestrando López Hurtarte, por lo tanto **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con los trámites respectivos para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador, previo a optar el grado académico de Magister en Derechos Humanos.

Atentamente,



Hada Cristina del Sagrario Castellanos Montufar
Criminóloga
Col. 4,766

MSc. MA. Hada Cristina del Sagrario Castellanos Montufar

Guatemala, 15 de marzo de 2019.

MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA REPARACIÓN DIGNA A LA VÍCTIMA DE DELITOS CONTRA
LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Samuel Antulio López Hurtarte, de la Maestría en Derechos Humanos de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiado 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456



D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 25 de marzo del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el Lic. Samuel Antulio López Hurtarte aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derechos Humanos** lo cual consta en el acta número 138-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA REPARACIÓN DIGNA A LA VÍCTIMA DE DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A Dios, el dador de la vida

***A todas las víctimas que han sufrido de injusticia por la falta de una reparación
efectiva y digna en esta sociedad***

***(Y el efecto de la justicia será paz; y la labor de la justicia, reposo y seguridad
para siempre. Isaías 32:17)***



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN _____ |

CAPÍTULO I

LA DIGNIDAD COMO NÚCLEO EXISTENCIAL DE LA PERSONA EN LOS DERECHOS HUMANOS

1. La dignidad humana desde el punto de vista filosófico _____	1
1.1 Factores determinantes _____	7
1.1.1 Lenguaje _____	7
1.1.2 Razón _____	15
1.1.2.1 Esquema de los componentes que constituyen la dignidad de la persona _____	20
1.1.3 La libertad personal, clave de la dignidad humana _____	21
1.1.4 El respeto a sí mismo y a los demás, es lo sustantivo de la dignidad humana _____	24
1.2 Marco histórico y evolución de la idea de la dignidad humana _____	25
1.2.1 Evolución de la idea de la dignidad _____	27
1.3 La dignidad desde la Antigüedad _____	30
1.3.1 Platón y la dignidad humana _____	33
1.3.2 Aristóteles y la dignidad humana _____	34
1.3.3 Cicerón y la dignidad humana _____	36



1.3.4 Séneca y la dignidad humana	37
1.3.5 La dignidad humana en la Edad Media	38
1.3.5.1 Un modelo de dignidad heterónoma en San Agustín	39
1.3.5.2 Un modelo de dignidad autónoma en Gregorio de Nicea	39
1.3.5.3 Un modelo de dignidad como microcosmos	40
1.3.6 La revolución de la dignidad	40
1.4 El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales	41
1.4.1 Características del neoconstitucionalismo o Estado constitucional de derecho	43
1.5 La dignidad propiamente humana	44
1.6 Instrumentos internacionales de soporte al surgimiento de la dignidad humana como bien jurídico a tutelar	46
1.6.1 La Carta de las Naciones Unidas	47
1.6.2 La Declaración Universal de Derechos Humanos	49
1.6.3 El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos	52
1.6.4 El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	53
1.7 El reconocimiento de la persona como sujeto de derechos fundamentales y constitucionales	54

CAPÍTULO II

LA VICTIMOLOGÍA COMO DISCIPLINA PARA EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS VULNERADAS EN SUS DERECHOS HUMANOS

2. La victimología: el estado actual de la cuestión insoluble de las relaciones entre la criminología y la victimología. Orígenes. Precursores	58
2.1 La víctima desde la perspectiva teórica clasificatoria de la victimología	60



2.1.1 Recapitulación sobre la victimología etiológica y moderna	62
2.1.2 Teorías normativas actuales de carácter general	65
2.1.3 Otras perspectivas teóricas recientes	67
2.1.3.1 Victimología feminista	67
2.2 Teorías normativas sobre la justicia restaurativa en el ámbito del sistema penal	69
2.2.1 Fundamento y críticas del afán clasificatorio en la victimología	80
2.2.2 Criterios de clasificación, perfiles victimológico y relevancia jurídico penal	81
2.2.3 El criterio de la participación/contribución de la víctima: víctima precipitativa y consensual	82
2.2.4 El criterio de la vulnerabilidad personal, relacional, contextual y social	83
2.2.4.1 Vulnerabilidad personal	84
2.2.4.2 Vulnerabilidad relacional	84
2.2.4.3 Vulnerabilidad contextual	85
2.2.4.4 Vulnerabilidad social	86
2.3 El criterio de la resistencia a la victimización	88
2.4 La victimología y los derechos humanos: modalidades de responsabilidad en la vulneración de derechos fundamentales por parte de los victimarios en delitos contra la vida e integridad de las personas	94
2.4.1 El olvido de las víctimas	96
2.4.2 Estado social y democrático, sistema penal y las víctimas del delito	98
2.5 La iconicidad de la víctima de delitos contra la vida e integridad de las personas	102

2.6 La política criminal como fundamento del origen de los tipos penales y las figuras penales _____



CAPÍTULO III

EL ESTADO COMO GARANTE DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

3.1 El Estado como garante de los derechos humanos de los y las ciudadanas _____ 110

3.2 Clases o tipos de responsabilidades _____ 113

3.2.1 Diferencias entre los presupuestos de la responsabilidad en el derecho público y en el privado _____ 114

3.3 La responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos _____ 115

3.3.1 Gobierno *de facto* _____ 115

3.3.2 El Estado, los derechos humanos y las omisiones estatales _____ 116

3.4 Estado de derecho y práctica de los derechos humanos _____ 120

3.5 La relación entre Estado de derecho y derechos humanos y su complementariedad _____ 124

3.5.1 La práctica de los derechos humanos _____ 125

3.5.2 El papel de la dignidad humana en la responsabilidad del Estado _____ 128

3.6 Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales _____ 133

3.6.1 ¿Qué son los derechos económicos, sociales y culturales? _____ 133

3.6.2 ¿Por qué es importante proteger los derechos económicos, sociales y culturales? _____ 138



3.6.3 ¿Son nuevos derechos los derechos económicos, sociales y culturales?	141
3.6.4 ¿Son derechos individuales los derechos económicos, sociales y culturales?	144
3.6.5 ¿Son los derechos económicos, sociales y culturales totalmente diferentes de los derechos civiles y políticos?	146
3.6.6 ¿Qué tipo de obligaciones deben cumplirse de inmediato en relación con los derechos económicos, sociales y culturales?	149
3.6.7 ¿Pueden exponerse algunos ejemplos de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales?	153
3.6.8 ¿Tiene importancia el género en relación con los derechos económicos, sociales y culturales?	154
3.7 Breves anotaciones sobre el tratamiento, resarcimiento y reparación de la víctima	156

CAPÍTULO IV

LA REPARACIÓN DIGNA A LA VÍCTIMA COMO RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

4. Antecedentes históricos	159
4.1 La reparación digna y su íntima relación con los derechos humanos	162
4.2 El derecho a la reparación digna en la legislación guatemalteca	170
4.2.1 Responsabilidad civil. Código Penal. Artículo 112. Personas responsables	171
4.2.2 Responsabilidad solidaria. Código Penal. Artículo 113. Solidaridad de las obligaciones	171
4.2.3 Responsabilidad civil de inimputables. Código Penal. Artículo 116	171



4.2.4	Responsabilidad civil de inimputables. Código Penal	Artículo	172
116			
4.2.4.1	Económicas		172
4.2.4.2	No económicas		172
4.2.5	Obligación de reparar		173
4.3	La reparación como una necesidad de paz social		173
4.3.1	La dificultad a la hora de hablar de reparación		173
4.3.2	La reparación del daño denominada justicia restaurativa		179
4.3.3	Características de la justicia restaurativa		183
4.3.4	Principio para la aplicación de la justicia restaurativa		185
4.3.5	La justicia reparadora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos		186
4.4	El olvido del derecho a la reparación digna de las víctimas de delitos contra la vida e integridad de las personas en Guatemala, incluyendo víctimas del conflicto armado interno		187
4.4.1	Derechos denegados		189
4.4.2	De una justicia retributiva a una justicia restitutiva		190
4.5	La reparación digna como una necesidad de paz social después del conflicto armado interno y los Acuerdos de Paz		192
4.6	Características de la justicia restaurativa o reparación digna		197
4.7	La reparación digna en Guatemala		200
CONCLUSIONES			211
RECOMENDACIONES			214
LISTADO DE REFERENCIAS			217



INTRODUCCIÓN

La dignidad humana tiene raíces existenciales que conllevan la posibilidad de que se abra la existencialidad de la vida y la posibilidad de atacar los problemas ontológicos con suficiente fundamento. Aceptar su existencia es aceptar el inicio del perfeccionamiento humano, que empieza con el respeto a sí mismo y luego se extiende hacia los demás. El respeto es dignidad humana esta es su esencia universal y raíz ontológica del ser humano.

El respeto entre los hombres concretiza la dignidad humana y si este respeto se extiende a los seres más vulnerables, demuestra que ese hombre individual tiene dignidad humana, en consecuencia, es digno para la sociedad y para sí mismo.

En la persona humana palpita la humanidad y esta cualidad trascendental y universal es la causa esencial para exigir por la razón o la fuerza el respeto a los demás. El respeto a la dignidad humana es la base fundamental para la organización eficiente de la sociedad.

El Estado, preocupado en perseguir y castigar al delincuente por la vulneración al ordenamiento jurídico, ha despersonalizado el conflicto subyacente al delito, apropiándose de él; ha excluido a las víctimas incrementando el daño producido por el delito, despojando de la dimensión humana y pluralista al sistema penal. Los retos que hoy debe enfrentar la administración de justicia, en especial rescatar del olvido el punto de vista de las víctimas, exigen una lectura diferente de sus conceptos básicos que sirva



de fundamento a un modelo de justicia penal humanizado, basado en las víctimas, en los otros, un modelo que garantice la pluralidad y aporte soluciones satisfactorias y reales a los conflictos, que permita el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los protagonistas del drama criminal, especialmente a las víctimas, a fin de contribuir a la creación, el mantenimiento y desarrollo de una paz justa en la sociedad.

Siendo el principal fin del *corpus iuris* de los derechos humanos brindar las condiciones para que las personas tengan acceso a una vida digna, la reparación del daño en esta materia tiene por objeto primordial atender en forma integral a las personas a las que se les ha vulnerado el derecho a ella.

El presente trabajo de investigación tiene como base justificativa el brindar elementos técnicos que permitan identificar conforme al marco jurídico, quiénes son víctimas de violaciones a los derechos humanos y qué derechos tienen, con la finalidad de que exista, por parte de quienes han vulnerado bienes jurídicos protegidos, una reparación digna para las víctimas de los delitos que han atentado contra su vida y la integridad de su persona.

Para darle la estructura metodológica a la presente investigación se plantea el problema a investigar:

En el artículo 124 del Código Procesal Penal, se estatuye la reparación digna. Si tan solo se refiriera a la reparación a favor de dichas víctimas estaríamos específicamente en el ámbito de lo jurídico penal, sin embargo, al completar dicha



figura con el término “digna”, el camino que se está tomando va más allá de lo jurídico penal, involucrando la dignidad humana como base de los derechos humanos. Desde la época clásica, la dignidad humana ha tenido diferentes concepciones, hasta llegar a los derechos humanos en los que claramente se reconoce la dignidad humana como el elemento prístino de los mismos. Entonces ¿cuál sería desde la política criminal la implicación de la “reparación digna” para las víctimas de delitos contra la vida y la dignidad humana?

Teniendo como hipótesis que:

La política criminal como responsable de la creación de tipos penales y figuras que coadyuvan para que el derecho penal logre su búsqueda de la verdad y la justicia, utiliza términos filosóficos que no necesariamente corresponden a la filosofía jurídica sino a la historia propia de la filosofía, en la cual se han sustentado los derechos humanos. Es esta la razón por la cual resulta difícil realizar una “reparación digna” a las víctimas de delitos contra la vida y la dignidad humana, toda vez que se involucran derechos humanos tales como la dignidad, que no han sido positivizados en la ley ordinaria.

Complementado por los objetivos:

General. Analizar las acciones y mecanismos por parte del Estado para asegurar la protección, tratamiento y reparación digna –monetaria y de derechos fundamentales– a las víctimas de delitos contra la vida e integridad de las personas, con la finalidad de que



se cumpla con lo establecido en el artículo 124 del Código Procesal Penal, el cual otorga el derecho a un tratamiento integral reparador para las víctimas.

Específicos

Definir la dignidad como elemento esencial de la persona en los derechos humanos, para poder identificar la vulneración de los mismos cuando se es víctima de delitos.

Fundamentar conceptualmente la iconicidad de víctima y el estudio de la misma desde la victimología, para manejar con certeza científica conceptos que concurrirán a lo largo de la investigación.

Definir la reparación humana como un derecho fundamental a ser reconocido para las víctimas de delitos contra la vida e integridad de las personas, que permita conceptualizar lo regulado en el artículo 124 del Código Procesal Penal como una obligación de instaurar concretamente tanto por parte del Estado como de los operadores de justicia, el reconocimiento de dicha reparación.

Concretar la obligación del Estado a través de las instancias de aplicación de justicia, la imposición de la reparación digna a las víctimas de delitos contra la vida e integridad de las personas, en respuesta a los Convenios de Derechos Humanos firmados y ratificados por Guatemala.



De este conjunto metodológico surgen los capítulos que conformen el presente informe final.

El CAPÍTULO I: “La dignidad como núcleo existencial de la persona en los derechos humanos”, contiene el desarrollo de la temática sobre la dignidad y la dignidad humana, el desarrollo filosófico sobre el lenguaje, los componentes que constituyen la dignidad de la persona, la libertad personal como clave de la dignidad humana así como los instrumentos internacionales que incluyen la dignidad humana como un derecho inquebrantable.

El CAPÍTULO II: “La victimología como disciplina para el tratamiento de las víctimas vulneradas en sus derechos humanos”, tal como lo enuncia el título, se ha desarrollado todo lo que trata la doctrina y teoría victimológica para explicitar las razones de por qué la reparación digna se hace necesaria en estos casos.

El CAPÍTULO III: “El Estado como garante del respeto a los derechos fundamentales de la persona”, en el cual se trató sobre la responsabilidad constitucional de Estado de ser garante del respeto a los derechos humanos. Asimismo, se desarrolló un enfoque sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

En el CAPÍTULO IV: “La reparación digna a la víctima como reconocimiento por parte del Estado de sus derechos fundamentales”, se desarrolló la temática de la reparación digna, sus orígenes y cómo evolucionó para ser una obligación jurídico-penal.



CAPÍTULO I

LA DIGNIDAD COMO NÚCLEO EXISTENCIAL DE LA PERSONA EN LOS DERECHOS HUMANOS

1. La dignidad humana desde el punto de vista filosófico

La dignidad humana es una especie de incógnita, que con humildad se trata de darle explicación filosófica. No pesa, ni es sentida. Su existencia es consecuencia de los valores sociales.

“Debe buscarse en la analítica existencial del ‘ser ahí’. El ‘ser ahí’ tiene, en suma, una múltiple preeminencia sobre todos los demás entes. La primera preeminencia es óptica: este ente es, en su ser, determinado por la existencia. La segunda preeminencia es ontológica: en razón de su ser determinado por la existencia, es el ‘ser ahí’ en sí mismo ontológico”¹.

Visto de esta manera, la dignidad humana tiene raíces existenciales que conllevan a la posibilidad de que se abra la existencialidad de la existencia y la posibilidad de atacar los problemas ontológicos con suficiente fundamento. Aceptar su existencia es aceptar el inicio del perfeccionamiento humano, que empieza con el respeto a sí mismo y luego se extiende hacia los demás. El respeto es dignidad humana, esta es su esencia universal y raíz ontológica. A pesar de ser reconocida, promovida y protegida por la sociedad y la

¹ HEIDEGGER, Martín. **El ser y el tiempo**. Fondo de Cultura Económica. México, 1974. Pág. 23.



persona, todavía no se tienen criterios filosóficos homogéneos y rigurosos para su definición.

Cada filósofo, en función de sus valores personales y de su entorno social, expone sus argumentos sobre su naturaleza con el propósito de adecuar la moral a la ideología, que comprende, no solo ideas representaciones sociales, sino también hábitos y costumbres, que en su conjunto, conforman los elementos que constituyen su estructura, siendo los fundamentales: vida, libertad, justicia, paz y honor.

Estos valores se plasman en las decisiones políticas de la familia, en las instituciones sociales y en el Estado para internalizar en la conciencia de los gobernantes y gobernados. Porque la dignidad humana es un valor acumulado, *sagrado, universal*, fundado en el *patrimonio racional común* y es *inspiradora* de los derechos humanos, *valor fuente* de todos los valores sociales, *fundamento último* del orden jurídico, de la sociología y de la sociedad.

Es *esencia* de la existencia de la sociedad y del Estado. El Estado y el derecho no son prolongación de una sociedad natural y originaria como la familia, sino una construcción convencional de las personas que exponen en las normas positivas su voluntad de convivencia, para promover y proteger la libertad, clave fundamental de la dignidad humana y base axiológica de todas las decisiones a adoptar.



El respeto entre los hombres concretiza la dignidad humana y si este respeto se extiende a los seres inferiores, demuestra que ese hombre individual tiene dignidad humana, en consecuencia, es digno para la sociedad y para sí mismo.

Kant sostiene que:

“En el sistema de la naturaleza, el hombre es un ser de escasa importancia y tiene con los demás animales, en tanto que productos de la tierra, un precio común (pretium vulgare). Incluso el hecho de que les aventaje en el entendimiento y pueda proponerse fines a sí mismo solo le da el valor externo de su utilidad (pretium usus), el valor de un hombre para otro; es decir, el precio como mercancía en el comercio con estos animales como cosas, en el que, sin embargo, tiene un precio inferior todavía al del medio universal de cambio, el dinero, cuyo valor se llama por eso eminente (pretium eminens)”².

Para el filósofo de Königsberg, el hombre y los animales son producto de la tierra. El hecho que los aventaje en el entendimiento y en el establecimiento de fines para sí mismo, aparentemente no lo diferencia en relación con el precio común con los seres inferiores. El precio está valorizado según la utilidad de la mercancía. Todo es útil.

La naturaleza nada ha creado en vano. Si los animales son útiles tienen un precio, si las habilidades del hombre son útiles, también tienen un precio, pero no es valorado como cosa. El precio considerado, para él, siempre será inferior al medio universal de cambio.

² KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. 4.^a ed. Tecnos. Madrid, 2012. Pág. 298.



La dignidad humana de un hombre remunerado por otro, es siempre equivalente a la dignidad del hombre que utiliza sus servicios, si es que este último la tiene como sumatoria de valores. El hombre como persona no tiene precio.

Al respecto, Kant dice:

“Como tal (homo noumenon) no puede valorarse solo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él a todos los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad”³.

En la persona humana palpita la humanidad y esta cualidad trascendental y universal es la causa esencial para exigir por la razón o la fuerza el respeto a los demás. El respeto a la dignidad humana, es la base fundamental para la organización eficiente de la sociedad.

“El hombre puede y debe evaluarse según una medida tanto pequeña como grande, tras haberse considerado como ser sensible (según su naturaleza animal) o como ser inteligible (según su disposición moral). Puesto que no solo ha de considerarse como persona en general, sino también como hombre, es decir, como persona sometida a deberes que le impone su propia razón, su escaso valor como hombre animal no puede perjudicar a la conciencia de su dignidad como

³ KANT, *op. cit.*, pág. 298.



*hombre racional y, atendiendo a esta última, no debe renunciar a la autoestima moral*⁴.

Es decir, que como persona sometida a deberes que le impone su propia razón, su escaso valor como *hombre animal* no puede perjudicar a la conciencia de su dignidad como *hombre racional* y, atendiendo a esta última, no debe renunciar a la autoestima moral; es decir, no debe intentar alcanzar su fin, que es en sí mismo un deber, humillándose y de un modo *servil (animo sevili)*, como si se tratara de un favor. No debe renunciar a su dignidad, sino mantener siempre en sí la conciencia de la sublimidad de su disposición moral, y esta autoestima es un deber del hombre hacia sí mismo.

Para Kant, el hombre animal y el hombre racional coexisten. El primero tiene un valor insignificante, por lo tanto, no puede perjudicar la conciencia de su dignidad. La existencia de la dignidad humana está condicionada a la existencia de la racionalidad. Si todos los actos fueran producto de la razón, entonces, las personas serían más humanas; pero esto no ocurre, muchos de los actos son consecuencia del odio, la venganza, la revancha, etc.

La dignidad humana es una valoración. Un hombre valora la dignidad de su semejante cuando este mantiene su dignidad incólume. Para ello, tiene que producir. La vida fácil lesiona la dignidad humana, quien se conduce de esta manera, no es un fin de sí mismo

⁴ *Ibid*, pág. 299.



sino un medio para otros, un medio que permite alcanzar bienes materiales y espirituales o es parte de un proceso para la toma de decisiones políticas.

Es un vector intrínseco, que subjetivamente impulsa a la persona a reaccionar con la mirada, con la razón o con la fuerza ante la lesión de su dignidad humana, esta es producto de la ideología social, cruzamiento intersubjetivo de ideas para poner en práctica el respeto mutuo entre las personas, decir la verdad, aplicar la justicia, fomentar el compañerismo, establecer lazos comunitarios, a fin de que las acciones incidan en la vida humana y permitan construir principios universales epicentrales que la fortalezcan continuamente.

Es un valor social acumulado de naturaleza dialéctica. Se hace y se conquista socialmente; es personal y colectiva, pública y privada a la vez, exige constante renovación y depende de la persona misma y de su capacidad para construir un mundo más humano.

La dignidad humana es el valor más trascendente del hombre, es inherente a su existencia, por lo tanto, no puede delegarse ni comprarse. Es el ícono de la estructura humana y fundamento central de nuestra existencia, implica: libertad, es decir, **caminar erguido**, quien camina erguido no es preso ni de su propia conciencia, de lo contrario, no es libre, vive atormentado y muchas veces termina suicidándose. Es la lealtad a los pensamientos personales.



“Es la convicción más profunda de saber que solo el ser humano será el encargado de desarrollar una sociedad con justicia y, fundamentalmente, con justicia social (...), si la vida que vivimos no es digna, la dignidad es pelear para cambiarla”⁵.

La dignidad humana es el valor invisible más significativo que diferencia a todas las personas, valor que en la vida cotidiana se plasma en conductas que la fortalecen o la denigran, originando paz o tormentas en la conciencia de los actores sociales. Es la matriz de los valores sociales reconocidos, promovidos y protegidos por los poderes del Estado y por las instituciones de la sociedad civil.

Se determina con base en argumentos filosóficos que exponen su naturaleza, sus características esenciales que permiten reflexionar analítica y críticamente para construir su teoría filosófica y discrepar con Hoerster, quien sostiene que el concepto de dignidad humana es vacío y, por lo tanto, admite los más diversos contenidos.

1.1 Factores determinantes

1.1.1 Lenguaje

La primera relación del ser vivo fue con la naturaleza. Fue entre la materia orgánica (seres con vida) y la inorgánica (seres sin vida); fue absolutamente natural. No existió el lenguaje, puente entre la lógica y la ontología.

⁵ MARCH, Carlos. **Dignidad para todos**. Temas Grupo Editorial. Buenos Aires, 2009. Pág.235.



Antes de la creación del lenguaje el hombre tuvo vida, pero no era humana. La racionalidad y el lenguaje son los factores determinantes. La vida física es la condición más primitiva y sin mucha distinción con la de otras especies; el lenguaje es el factor que le adiciona humanidad a esa vida.

Según expresa Jorge Paredes:

“El hombre, aprende a ser humano a través de la socialización. Lo que es innato, en realidad, es esa predisposición del cerebro para el aprendizaje y eso se lo debemos a miles de años de evolución. El niño no nace todavía provisto de lenguaje, pero sí con un centro del habla, una organización neuronal predispuesta a recibir el aprendizaje de una lengua”⁶.

Es de entender, entonces, que la vida física da las bases biológicas a la vida humana. De todos los elementos que constituyen su estructura, el cerebro es el órgano más importante y las neuronas son las unidades más pequeñas que dirigen las distintas funciones del ser humano. En el cerebro se origina el pensamiento, factor determinante para la creación del lenguaje y del habla.

“Al habla es inherente aquello sobre lo que habla. El habla da noticia de algo y la da en determinado respecto. De aquello sobre lo que habla saca lo que dice en cada caso como tal o cual habla, lo hablado en cuanto tal. En el habla en cuanto

⁶ PAREDES, Jorge. **El primate responsable**. Dominical del Comercio del 1.º de Mayo de 2005.



*comunicación se torna lo hablado accesible al 'ser ahí con' de otros, regularmente por la vía de la fonación en el lenguaje*⁷.

Lo planteado por Heidegger es muy importante para conocer que al proceso natural biológico el hombre le agrega otro proceso evolutivo de tipo cultural, el cual fue transmitido por dos vías: de cerebro a cerebro a través del lenguaje y genéticamente mediante los *memes* (unidades de cultura que se transmiten de generación en generación).

Para Nietzsche, todas las lenguas identifican metamorfosis conceptual. Al respecto dice:

*"Noble, aristocrático, en el sentido estamental, es el concepto básico a partir del cual se desarrolló luego, por necesidad, 'bueno' en el sentido de 'ánimicamente noble', de 'aristocrático', de 'ánimicamente de índole elevada', anímicamente privilegiado: un desarrollo que marcha siempre paralelo a aquel otro que hace que 'vulgar', 'plebeyo', 'bajo', acaben por pasar el concepto 'malo'".*⁸

Visto de esta manera, la lengua es el primer paso para la aplicación práctica de la marginación social. Su contenido lingüístico, con o sin la voluntad de las personas, puede ser utilizado para apreciar o estigmatizan la dignidad humana. El hombre no se margina a sí mismo, pero puede ser mal arquitecto de su persona.

⁷ HEIDEGGER, *op. cit.* Pág. 296.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *La genealogía de la moral*. Alianza Editorial. Madrid, 1981. Pág. 33.



En este sentido, vale acotar que la familia no solo es nuclear, también es extensa e intensiva. Es la base de nuestro sistema sociocultural y una de sus características es reproducirlo en su conjunto. Además de tener funciones genéricas, tiene propiedades singulares, que no se encuentran en todas las sociedades humanas y su estructura social compleja es condición predominante. Sus relaciones sociales se inician entre sus integrantes, luego con otras familias, donde el respeto a la dignidad humana es el medio para el acercamiento o alejamiento de las mismas.

Ella, proporciona cultura de la responsabilidad, exige que los deberes y derechos sociales sean equilibrados y las normas jurídicas brújula de las acciones humanas. La vida del hombre, solo es digna cuando es un bien magnánimo, origen de los valores sociales y de otros bienes jurídicos. Su racionalidad se forma en el lenguaje, elemento que transformó la vida animal en humana y a partir de tal creación empieza el desarrollo social.

Según Mendoza Díez:

“El hombre fue un animal raro y recolector de alimentos, vivía como cualquier otro animal de rapiña, parásito de otros seres, recogiendo y reuniendo los alimentos que por casualidad le brindaba la naturaleza. Esta economía recolectora, corresponde a lo que Morgan llama salvajismo, proporcionó la única fuente de subsistencia accesible a toda sociedad humana durante casi el 98 por ciento de lo



que los arqueólogos llaman edad paleolítica o antigua edad de piedra y los geólogos pleistoceno”⁹.

La práctica de una economía de simple recolección, es un indicador que permite concluir que el hombre aún no había aprendido a producir artificialmente sus medios de subsistencia, sin embargo, sus necesidades biológicas eran apremiantes y las espirituales tenían que ser resueltas a través del lenguaje.

“No existe ni ha existido jamás sociedad humana sin lenguaje, cuya función consiste en fijar y registrar en palabras y oraciones los resultados y avances del pensamiento, haciendo así posible el intercambio de ideas, intercambio que se convierte en necesidad permanente y vital”¹⁰.

El lenguaje es producto social, condición necesaria del desarrollo de la sociedad, forma de existencia, expresión del pensamiento y factor importante en la formación de la conciencia, la existencia de esta responde a la existencia del lenguaje. A través de ambos factores, la persona comprende sus actividades y sus relaciones que cotidianamente realiza el hombre dentro del grupo social.

El hombre, por medio del lenguaje, crea y aprende por significados desde los más simples hasta los más complejos, evidencia su vida humana, se le otorga derechos humanos que se desarrollan de acuerdo al avance de la civilización, en consecuencia, es el más

⁹ MENDOZA DÍEZ, Álvaro. **Histórica Económica I**. Ediciones Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, 1970. Pág. 20.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 28.



importante para transformar la vida animal en humana, también lo es para la organización social.

Sin lenguaje, las personas no hubieran podido organizarse socialmente, no hubieran podido organizar la producción material y teórica.

Según sostiene Mendoza Díez:

“Sin el lenguaje no hubiera modo de organizar la producción de herramientas y medios de subsistencia ni de dirigir el asedio de la naturaleza; tampoco habría sido posible crear la cultura ni transmitir la experiencia acumulada a las nuevas generaciones, especialmente a los hijos a quienes, con el ejemplo, bastaba con describirles oralmente las situaciones de peligro que podrían presentárseles más tarde en la lucha por la vida, indicándoles a la vez el comportamiento que debían observar ante dichas situaciones inéditas”¹¹.

En síntesis, sin el lenguaje la sociedad primitiva hubiese sido una agrupación de seres sin “vida” y sin organización, porque para organizarse la sociedad necesita lenguaje y derecho. El primero, simultáneamente, es vehículo de entendimiento, medio de organización, canal de transmisión cultural, instrumento de lucha y factor de crecimiento material y espiritual. El segundo, *“es el conjunto de mandatos coactivos que proceden de*

¹¹ *Ibid.* Pág. 30.



quien posee el poder en la sociedad o «factor para la integración social» o «reglas para garantizar la convivencia ordenada y pacífica entre los hombres»¹².

EL hombre es un ser pluridimensional, en él se distingue el aspecto material, corpóreo y viviente; el personal, espiritual, cultural, histórico y el religioso. Al respecto, Agustín Fernández del Valle dice:

“Este último ente deiforme, porque proviene de Dios, y teotrópico, porque va hacia Dios. Del hecho material de ser un organismo viviente se derivan las facultades fundamentales del derecho a la vida, a la integridad física, a usar y disponer de los bienes materiales para la subsistencia, derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, derecho a la propiedad y derecho al trabajo”¹³.

De acuerdo a lo expuesto, concluimos que el derecho a la vida es consustancial a la naturaleza humana, inherente a la existencia y característica esencial de la persona. La vida física existe antes de la sociedad y el Estado; ella solo tiene sentido humano, cuando el hombre crea valores culturales, siendo el lenguaje uno de sus primeras y trascendentales creaciones.

Para Ernst Cassirer el hombre no vive solo en un puro universo físico sino en un universo simbólico, el que está constituido por el *lenguaje, mito, arte y religión*, ellos son los hilos

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Lecciones de filosofía del derecho**. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima, Perú, 2008. Pág. 16.

¹³ FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín Fasave. **Meditaciones sobre la pena de muerte**. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. Pág. 29.



que permiten tejer la red simbólica, la urdimbre complicada de la experiencia humana. La vida del hombre es una constante de

“formas lingüísticas, en imágenes artísticas, en símbolos míticos o ritos religiosos, de tal forma que no puede ver o conocer nada sino a través de la interposición de este medio artificial. Su situación es la misma en la esfera teórica que en la práctica”¹⁴.

Lo que perturba al hombre no son las cosas sino sus opiniones y figuraciones sobre las cosas. El lenguaje *“no es un objeto, no es una cosa física para la cual tengamos que buscar una causa natural o sobrenatural; es un proceso, una función general de la psique humana”¹⁵*. Con el lenguaje recién el hombre tiene vida humana.

El hombre y los animales son los protagonistas del medio en el cual la inteligencia es la adaptación al entorno social o la modificación adaptadora al sistema ecológico. Es la capacidad global de caracteres complejos que no difieren cualitativamente entre los individuos sino que se revela por diferencias cuantitativas distinguibles al solucionar problemas que interfieren el bienestar de la sociedad y destruyen el medioambiente.

¹⁴ CASSIRER, Ernst. **Filosofía de las formas simbólicas**. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. Pág. 47.

¹⁵ *Ibid.* Pág. 48.



Al respecto, Cassirer afirma, *“que el animal posee una imaginación y una inteligencia prácticas, mientras que solo el hombre ha desarrollado una nueva fórmula: una inteligencia y una imaginación simbólica”*¹⁶.

Las ideas se reproducen en el sujeto y a partir de la realidad se logra comprender mejor lo humano y sus distintos entornos. La dignidad humana es una idea de gran trascendencia social, en ellas se relaciona la mentalidad abstracta-concreta de la persona.

1.1.2 Razón

La razón es otro de los elementos que permite adicionar vida humana a la vida física, sin embargo, considerar a la razón como atributo exclusivo del hombre es una premisa con la cual no están de acuerdo algunos investigadores.

*“El razonamiento, lo mismo que la inteligencia en sus primeros niveles, se da también en los animales llamados ‘superiores’ (...) Pero ante todo es preciso quitarnos de la mente la idea de que el hombre es el producto sumo de la evolución y que todas las demás especies son inferiores”*¹⁷.

¹⁶ *Ibid.* Pág. 59.

¹⁷ SILVA SANTIESTEBAN, Fernando. **El primate responsable, antropología de la conducta.** Fondo Editorial del Congreso del Perú. Perú, 2005. Págs. 71-72.



Efectivamente, todos los seres vivientes evolucionan. El movimiento es la propiedad intrínseca de la materia que origina los cambios de sus propiedades a lo que comúnmente se denomina evolución; pero lo que no se puede negar, es que las facultades intelectuales del hombre, además del lenguaje, son las que consolidan la línea divisoria entre la vida física de los animales y la vida humana del hombre.

Según afirma Wittaker,

“individualidad, configuración, talla, y resistencia, color, localidad, orden, cálculo, capacidad para recordar los sucesos, tiempo, entonación musical y lenguaje, son facultades perceptivas. La comparación y la casualidad, son reflexivas”¹⁸.

Pensar es razonar. Concepto, juicio y razón, son elementos que constituyen la estructura del pensamiento. La razón es una forma de pensar sobre fenómenos factuales o formales que construye el conocimiento en el grado de pensamiento abstracto.

A través de la razón, el hombre explica el cómo y el porqué de los hechos, el fundamento de los principios y de las leyes de la naturaleza, de la sociedad y del pensamiento humano. Solo el hombre entiende “la unidad de concepto y palabra, de ‘logos’ pensado y ‘logos’ hablado”¹⁹.

¹⁸ WHITAKKER, O. James. **Psicología**. Editorial Interamericana, S.A. México DF. México, 1971. Pág. 35.

¹⁹ CASSIRER, *op. cit.* Pág. 241.



Lo material y lo ideal, lo objetivo y lo subjetivo, lo fisiológico y lo psíquico, expresan la naturaleza del pensamiento. Pensar es razonar y razonar es pensar, por lo tanto, el *“pensamiento es el reflejo de la realidad por medio de las abstracciones. El reflejo de la realidad constituye el contenido del pensamiento, siendo la abstracción la forma de este contenido”*²⁰.

La racionalidad es una facultad exclusiva del hombre, con base en ella, explica y analiza la verdad de los hechos y los valores sociales. Se contrapone a la fuerza; *“afirmación o predominio de la brutalidad del hombre sobre la majestad de su inteligencia”*²¹. La razón de la fuerza es la fuerza sin otra razón y la fuerza de la razón, es la eficacia del reino de los valores, defendidos y practicados solo por las personas.

Si todos los actos humanos fueran producto de la razón, entonces, sus acciones tendrían menos errores; esta propiedad, por la misma naturaleza psicofísica de la persona no ocurre. Muchas decisiones son consecuencia de la emoción, del odio, de la depresión, etcétera, que en algunos casos se contraponen con la dignidad humana, es decir, el hombre se “animaliza”, por eso, no es perfecto, sin embargo, es perfectible y de fácil adaptación social.

La perfectibilidad es el don que tienen las personas para crear, practicar y defender los valores sociales que inciden en el fortalecimiento de la dignidad humana y en la celosa

²⁰ KOSPIN, P. V. **Lógica dialéctica**. Editorial Grijalbo, S.A. México, D, 1966. Pág. 129.

²¹ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual, tomo VII**. HELIASTA. Buenos Aires, 2003. Pág. 19.



defensa de la vida y del honor. La abstracción es una de sus características fundamentales y la entropía, en función de los patrones culturales, la califica como persona humana que ha creado cultura durante el proceso de su desarrollo histórico. Si"

*bien el hombre por evolución biológica está condicionado para ser humano, pero no nace humano, aprende a serlo con la asimilación de la cultura en el seno de la sociedad y la familia"*²².

Los conocimientos sistematizados (científicos, tecnológicos filosóficos y humanísticos) tienen alto grado de racionalidad. Son componentes de la cultura; se producen de acuerdo a las condiciones sociales y medioambientales. Su influencia es decisiva en la interacción de individuos, grupos e instituciones sociales que crean e imponen una cultura que se cristaliza en el comportamiento de las personas y es regulada por el derecho.

El derecho es un fenómeno cultural inherente a la toma de decisiones individuales, colectivas y de gobernantes, quienes al materializarlas afectan a los demás y es en esta relación de afectación de intereses, la sociedad, por medio de las normas como pensamiento jurídico, impone reglas de conducta para la mejor convivencia social. Ningún comportamiento humano escapa a las normas jurídicas, pero el derecho no se reduce a la norma jurídica, sin embargo, solo existe por la existencia de dichas normas, por eso podemos hablar de derecho.

²² SILVA SANTIESTEBAN, *op. cit.* Pág. 100.



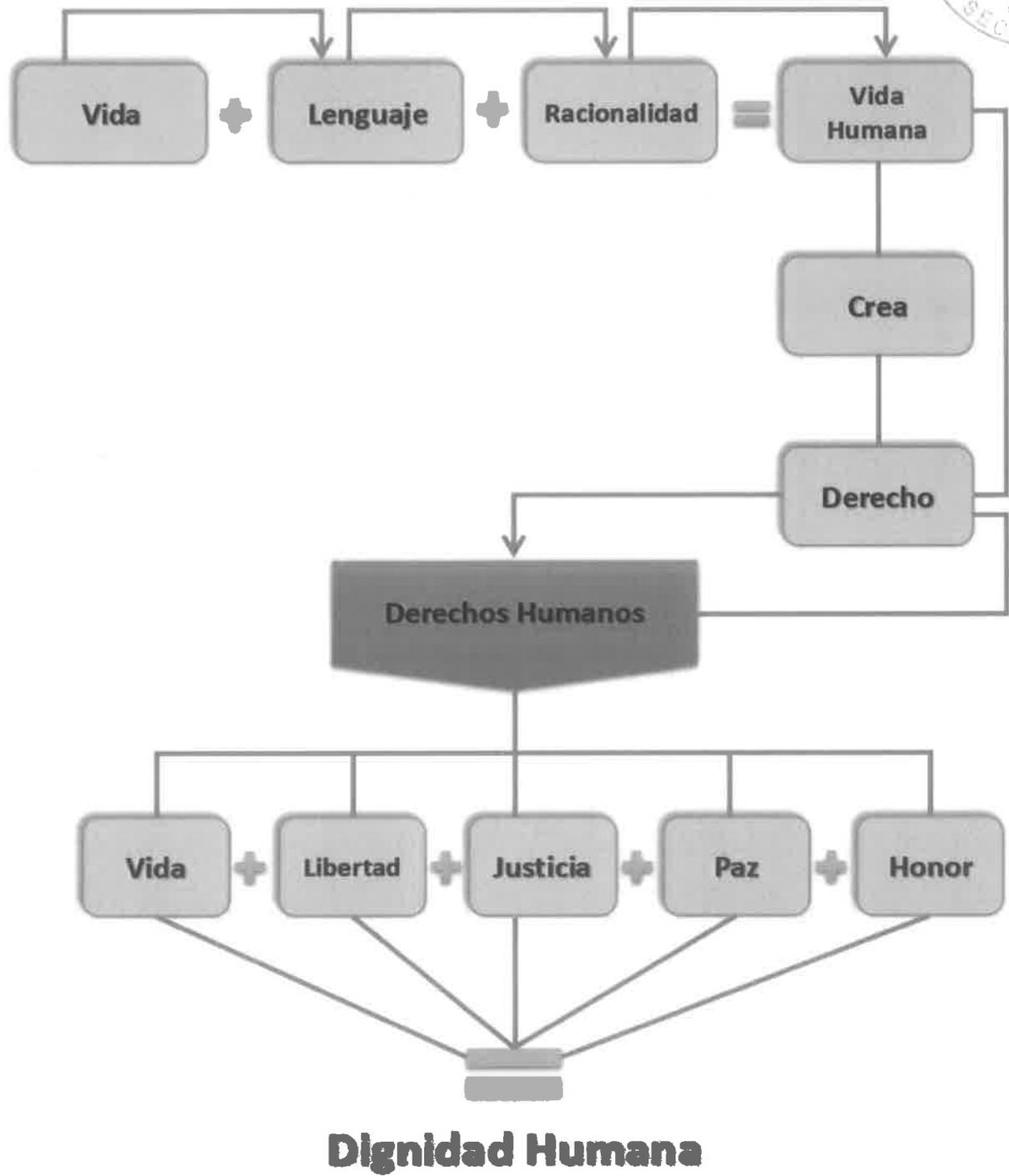
La decisión es libertad y la libertad es decisión racionalizada para no afectarse a sí mismo ni perjudicar a los demás. Esta característica axiológica de la libertad es la preocupación principal del derecho para que las personas actúen con justicia.

Para el efecto, se aplica la razón, esta es el péndulo que fluctúa entre la libertad y la justicia. El derecho a través de la norma jurídica plasmada en la razón, origina la oscilación, que se presenta en las distintas actividades cotidianas, es decir, en la vida viviente. El hombre es una fábrica de pensamientos con significados que giran alrededor de su real existencia y, en función de sus objetivos y metas establecidas en coherencia con su situación socioeconómica, que amplía o restringe su libertad.





1.1.2.1 Esquema de los componentes que constituyen la dignidad de la persona





En la anterior figura se observa que la vida humana es producto de la adición del proceso social (lenguaje) al proceso biológico, que para manifestarse socialmente, crea el derecho y los derechos humanos para proteger la dignidad humana como valor supremo de la sociedad y del Estado.

La dignidad humana es la suma de valores axiológicos fundamentales de la persona, que solo por la condición de ser humana son inherentes a ella. La distingue entre otros seres vivientes e inclusive entre las demás personas, distinción que la personifica en la defensa y práctica de los valores sociales y en la interrelación de conductas.

1.1.3 La libertad personal, clave de la dignidad humana

La libertad es expresión de la dignidad humana, valor que permite desplegar las potencialidades físicas e intelectuales de la persona para su mejor convivencia social y, a la vez, sentir la felicidad en su existencia, disfrutar las mejores condiciones de salud, seguridad, educación, justicia, paz y otros valores más que el Estado, organismos internacionales, sector privado, etcétera, ofrecen a los ciudadanos para el logro de sus objetivos y metas.



En tal sentido, *“es la sensación de salud íntegra, la sensación de pertenencia, la creación o procreación sin culpa, el aporte a la construcción social como el gesto humano de crear”*²³.

La libertad es el valor de mayor relevancia para el hombre y para la filosofía. La filosofía nace con la reflexión del hombre sobre sí mismo. Mientras el hombre no reflexiona sobre sí mismo, mientras no toma conciencia de sí mismo, no filosofa: simplemente obra, actúa, conoce, sufre, ama, teme y espera, pero no hace filosofía. El lenguaje filosófico prioriza reflexiones y dentro de esta priorización, lo humano está primero.

Es el medio más adecuado para comprender las acciones humanas, iniciándose por las personales, luego por las sociales, a fin de construir, ente otros, modelos económicos, políticos y educativos para desarrollar la sociedad y mejorar la convivencia social. No es filósofo riguroso aquel que no realiza filosofía de sí mismo, condición necesaria para sistematizar la filosofía política, educativa, social y otras más, indispensables para la construcción de la dignidad humana, cuestión esencial de la vida humana.

La filosofía comienza en el momento en que el hombre, poniéndose frente a sí mismo, *“sabe obrar, sabe actuar, sabe conocer, sabe sufrir, amar y esperar. La filosofía no es obrar, sino saber obrar; no es conocer sino saber conocer”*²⁴.

²³ MARCH, *op. cit.* Pág. 229.

²⁴ LEGAZ Y CALAMBRA. **Derecho y libertad**. Librería Jurídica VALERIO ABELEDO Editor. Buenos Aires, 1952. Pág. 13.



Condición para que la dignidad humana sea esencia de la filosofía y del derecho, eje filosófico fundamental de los derechos humanos, base para sistematizar los derechos inalienables de la persona por el simple hecho de tener vida humana, que configura el valor intrínseco del ser humano.

La libertad es clave de la dignidad humana. Es la soberanía que sin presiones ni condicionamientos cada persona decide sobre su vida en función de su inteligencia, voluntad, normas y conocimientos. Opera en una materia con propiedades morfológicas determinadas por la genética y no pesa ni un gramo, pero es la esencia de la existencia y del ser humano y por ende de la sociedad.

Para sentirla, se necesita una base de operaciones fisiológicas plasmadas en la física y en la vida humana. Es dependiente e independiente de ambas vidas diferenciadas e interrelacionadas. Es como la hoja del árbol que está impregnada en su estructura, solo es razonable en su sistema globalizado, donde el movimiento como una reacción humana, es consecuencia de la existencia de la materia y en especial del cerebro, que origina el pensamiento para la transformación social.

La responsabilidad es una condición de la libertad. Surge por la relación entre las personas, donde los deberes y derechos se existencializan por su existencia concreta, que plasman el bien como efecto de la justicia para producir un hombre respetuoso, grato, veraz, afable y liberal. Un hombre justo genera respeto, gratitud, franqueza, ayuda y gentileza, características periféricas de la dignidad humana, pero inherentes al hombre



magnánimo, quien siempre es bueno (Aristóteles) y la grandeza de sus virtudes es su distinción más significativa.

La cultura es un envolvente de la dignidad humana. La educación es el proceso para su adquisición social y para la transformación creativa de la persona y de la sociedad como prolongación de la naturaleza. La transformación se visualiza en el tiempo, y el tiempo es la pérdida o ganancia del hombre en un espacio, donde la dignidad humana es más o es menos digna.

El interés por el respeto a sí mismo y por los demás es preponderante, solo es evidente cuando el ser humano merece ser tratado como tal y no desde el utilitarismo; si practica y defiende los valores sociales construye una cultura más humana, homotrópica y con virtud ciudadana. En consecuencia, según Aristóteles, es la persona que ayuda a los más débiles, es enérgico con los de alto rango y con los afortunados, no es adicto a la admiración y otras virtudes que lo convierte en un magnánimo.

1.1.4 El respeto a sí mismo y a los demás es lo sustantivo de la dignidad humana

El respeto es otro de los fundamentos filosóficos de la dignidad humana. Desde la concepción la persona debe ser absolutamente respetada, respeto que va acentuándose a través de su evolución y desarrollo. Se expresa como manifestaciones de conducta en relación consigo misma y a las demás personas, con las cuales tenemos vivencias sociales conjuntivas o disyuntivas. El respeto conlleva a poner en práctica la cooperación,

la asimilación cultural y la acomodación social, en consecuencia, es un factor de acercamiento que fortalece los elementos valorativos de la dignidad humana.



El respeto a la persona es ley universal. Vida, libertad, justicia, paz y honor, son elementos consustanciales a ella y el respeto a dichos valores, permite vivir en paz, resaltar el honor personal y garantizar la mejor convivencia social.

La dignidad humana responde al proceso histórico por el cual ha atravesado la sociedad. Es promovida por los defensores de los derechos humanos, a fin de imponerla como epicentro de la organización política y jurídica de la sociedad y del Estado y ser protegida por la legislación nacional e internacional. El bienestar físico y moral tiene que ver con su naturaleza.

1.2 Marco histórico y evolución de la idea de la dignidad humana

En el siglo pasado, como realización de las ideas liberales, la democracia se impuso en la teoría y en la práctica como el único régimen posible para las sociedades modernas, en especial a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Todas las naciones que no contaban con regímenes democráticos o que conservaban instituciones no democráticas paulatinamente fueron modificando sus marcos constitucionales y estructuras políticas, para instaurar modelos democráticos al menos en sus diseños.



Desde la creación de las Naciones Unidas los derechos humanos dejaron de ser un tema de interés interno de los países, para convertirse en un tema central del derecho y las relaciones internacionales. Es sorprendente la manera en que han crecido en los últimos tiempos las actividades de la comunidad internacional en el ámbito de la tutela y protección de los derechos humanos, así como se han desarrollado y perfeccionado tanto los instrumentos que los consagran como los organismos dedicados a su tutela y promoción.

Así, democracia y derechos humanos son ideas centrales en el mundo contemporáneo, tanto en la vida política cotidiana de los países, como en el desarrollo de las relaciones internacionales, al grado que en muchas ocasiones estas quedan supeditadas a la existencia de estándares mínimos que permitan una sana convivencia, como sucede con las cláusulas democráticas cada vez más comunes en los tratados tanto bilaterales como multilaterales. Igualmente, no podemos olvidar que los derechos humanos, al menos el estándar mínimo de recogido en la Declaración Universal de 1948, se consideran como parte del *ius cogens* internacional.

Ambos temas, democracia y derechos fundamentales, comparten su estrecho vínculo e incluso a nivel de fundamento con la idea de la dignidad humana. Los derechos humanos no son sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas y su función es precisamente permitir y garantizar su respeto, y la democracia es el ámbito en el que pueden desarrollarse las relaciones políticas de la comunidad en un marco de respeto a la dignidad.



1.2.1 Evolución de la idea de la dignidad humana

La reflexión filosófica ha acompañado al hombre a lo largo de su existencia, puesto que es el único ser que se cuestiona sobre sí mismo y sobre el mundo que lo rodea. La historia de la filosofía, dice Nicol,

“se desarrolló en tres temas centrales: primero, la metafísica, después la epistemología y, finalmente, la antropología. Esto se debe a que primero se preguntó el hombre sobre el ser, luego sobre la forma en que se obtenía el conocimiento sobre ese ser y posteriormente sobre el ser que conoce al ser, es decir el hombre mismo”²⁵.

De la comprensión que se tenga de la naturaleza humana deriva el trato que debe dársele a todo ser que posea dicha naturaleza, a lo que se denomina “dignidad”. Vocablo que deriva del latín *dignitas*, “que a su vez deriva de *dignus*, cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro, ‘que merece’ y que corresponde en su sentido griego a *axios* o digno, valioso, apreciado, precioso, merecedor”²⁶.

La dignidad es ser tratado como lo que se es. La pregunta, entonces, ya no solamente para poder comprender lo que somos en un sentido metafísico, sino para poder dar un trato digno al ser humano, en un sentido ético, es ¿cuál es la naturaleza o *physis* ontológica del hombre? ¿Qué es el hombre? Así, sabiendo lo que el hombre es podrá

²⁵ NICOL, Eduardo. **La idea del hombre**. Herder. México, 2004, Pág. 23.

²⁶ GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. **Genoma humano y dignidad humana**. UNAM-Anthropos. Barcelona, 2005, Pág. 64.



tratársele como tal, como merece, es decir, tratarlo dignamente. La respuesta a esta interrogante puede ser muy variada, dependiendo de la concepción desde la que se formule, del ámbito cultural e incluso de las creencias personales de cada individuo.

El hombre tiene una naturaleza distinta de la de los demás seres: capaz de autogobernarse y además posee la cualidad de poder comprenderse a sí mismo como un ser individual y, a la vez, como parte de una sociedad en la que interactúa con sus semejantes. Aunque se identifica con sus iguales no se comporta de manera idéntica a ellos, *“puesto que no solamente tiene un ser sino que puede tener modos de ser,”* como les llama Nicol.²⁷

La noción de dignidad humana es uno de los conceptos que en el ámbito del derecho y la filosofía presentan mayores problemas para su esclarecimiento y definición, en gran medida porque depende de la concepción filosófica en la cual se fundamente la argumentación. Por ello, tal vez la conceptualización de la dignidad más utilizada en la actualidad tiene un carácter meramente instrumental, en la que se hace referencia a la dignidad como el trato o respeto debido a las personas por su sola condición de seres humanos, *“pero sin entrar a señalar las razones o el por qué se le debe ese trato, con lo que se deja a otros ámbitos de reflexión el indagar sobre la naturaleza humana o las características de lo humano que sustentan la dignidad”*²⁸.

²⁷ NICOL, *op. cit.* Pág. 30.

²⁸ ANDORNO, Roberto. **Dignidad humana**. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Universidad de Deusto-Comares. Granada, España, 2011, t. I. Pág. 658.



Incluso, una práctica actual en las reflexiones tanto en el campo de los derechos humanos como en la bioética, con la finalidad de obviar o evadir el problema de las distintas perspectivas, consiste no en definir ni conceptualizar la dignidad, *“sino que dándola por supuesta se tratan de identificar las conductas que la lesionan o dañan, lo que algunos identifican como conceptualización de la dignidad por su contrario”*²⁹.

A criterio personal, una perspectiva de la dignidad así, sin una determinación clara, sin vocación de valor absoluto o al menos definido es sumamente peligroso, pues deja al concepto vacío de contenido y difícilmente defendible o sostenible ante los posibles ataques, e incluso hace sumamente difícil la construcción de un marco institucional para tutelarla.

Además de que permite el uso del concepto dignidad de manera ambigua, para argumentar en defensa, por ejemplo, tanto de la legalización como de la prohibición de determinadas situaciones que son objeto de profundo debate social, como la eutanasia o el aborto, por lo que es de considerar que solo con un concepto claro y preciso de dignidad es posible construir los medios para su defensa y desarrollo en la convivencia social, pues en un aspecto tan relevante no basta confiar en el sentido común o la intuición.

²⁹ PALACIOS, Agustina y ROMANACH, Javier: **El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional.** Ediciones Diversitas, AIES. España. S. A. Págs. 137 y 138.



En su desarrollo histórico la idea de dignidad humana ha hecho referencia a distintos aspectos de la condición humana o ha sido entendida desde distintas perspectivas o dimensiones.

García Moreno, por ejemplo, identifica lo que él llama cuatro dimensiones de la dignidad: “a) político-social; b) religiosa o teológica; c) ontológica y d) ética, personal y social en el sentido de la autonomía³⁰, que corresponde de alguna manera a su evolución o desarrollo a lo largo de la historia”³¹.

1.3. La dignidad desde la Antigüedad

En una primera etapa, en la Antigüedad griega y posteriormente en Roma, la concepción de la dignidad se basó originariamente en el aprecio y el reconocimiento social hacia el individuo, en la posición social que se ocupaba.

Manifiesta Antonio Pelé que:

“En efecto, tanto en la Antigüedad, la Edad-Media, el Renacimiento, etcétera el valor del individuo derivaba de su filiación, origen, posición social, u otros cargos políticos. En resumen, los individuos nacían con dignidades distintas y desiguales.

³⁰ GARCÍA MORENO, Francisco. “El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la historia de la filosofía”, El Búho, Revista Electrónica de la Sociedad Andaluza de Filosofía. Sitio: http://aafi.filosofia.net/publicaciones/el_buho/elbuho2/dignidad.htm. Pág. 4 Consultado 10/03/2015.

³¹ *Ibid.* Pág. 5.

*El individuo podía sentir e identificar su valor y excelencia por la pertenencia a una élite con la cual compartía los rasgos sociales, políticos y económicos*³²



Esa idea de dignidad no tenía más fundamento que la pertenencia a un determinado grupo social, o el desempeño de determinadas funciones en la vida pública. Sin embargo, es importante señalar que en este caso la dignidad exigía al individuo una forma de comportamiento acorde con ese aprecio y reconocimiento social.

Respecto a ello expone Jörg Luther que:

“En la tradición filosófica estoica de Cicerón, se califica con la dignidad la posición que en público se atribuye a una persona honesta que se preocupa por su propia cultura, por el honor y la discreción: «dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas». Ciertas formas de vida, «diffluere luxuria et delicate ac molliter vivere» son incompatibles con la dignidad que forma parte de una naturaleza humana en la que participa la razón. Esta concepción puede haber impregnado también el uso de ‘dignitas’ en el derecho romano, en un primer momento como signo del rango de una persona presupuesto por o derivado de un oficio público que la misma desempeña, y más tarde como signo de un estado social elevado”³³.

³² PELÉ, Antonio. **Una aproximación concepto de dignidad humana**. Sitio: http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf Pág. 1 Consultado 15/03/2015.

³³ LUTHER, Jörg. **Razonabilidad y dignidad humana**. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* Universidad de Granada España, año 4, núm. 7, enero-junio de 2007. Pág. 299.



Esta concepción de la dignidad no fundada en la condición humana, sino en la condición social, tiene como supuesta la idea de superioridad y rechaza por principio la igualdad, que solo mucho después vendrá a unirse a la idea de dignidad. Por eso es perfectamente justificable la esclavitud, o la convicción del ciudadano griego o romano como ser superior, pero como señalamos, esa superioridad y dignidad exigía un comportamiento acorde con esa dignidad, como expresaba Plauto: *“Las personas dignas caminan de manera distinta a como lo hacen los esclavos”*³⁴.

Esta conceptualización de la dignidad, hoy día claramente superada, subsiste sin embargo en lo que podríamos llamar “la dignidad posicional”, es decir, un reconocimiento o estatus que se suma a la dignidad que comparten todos los individuos y que se traduce en un reconocimiento social, en un respeto, por la posición que se ocupa socialmente, y que exige un trato determinado por parte de los demás miembros de la sociedad, lo mismo que un comportamiento individual, al menos público, acorde con ese reconocimiento. Así, *“si bien se brinda un trato respetuoso a los gobernantes, es exigible también que ellos se comporten de una determinada manera, acorde con la moral social vigente”*³⁵.

³⁴PLAUTO (Poen.552), citado por GARCÍA MORENO, Francisco, “El concepto...”, *op. cit.* Pág. 4.

³⁵ Un ejemplo de la importancia que tiene comportarse de acuerdo con la dignidad que la sociedad reconoce es el profundo rechazo social provocado por los casos de pederastia y abusos a menores cometidos por sacerdotes, hechos públicos recientemente.



1.3.1 Platón y la dignidad humana

Platón confiere dignidad solamente a una minoría de individuos capaces de ser virtuosos por naturaleza y gracias a una correcta educación. Además, fundamenta esta dignidad en un nivel extra-mundanal, depreciando la vida humana³⁶. Sin embargo, esto no implica que Platón desprecie toda la naturaleza humana sino estrictamente sus finitudes. La naturaleza humana se caracteriza por una tensión intrínseca: sus finitudes identifican al hombre con la bestialidad mientras que otras potencialidades le elevan hacia lo divino.

Este último rasgo (la parte divina de la naturaleza humana) confiere una dignidad a la naturaleza humana en general, y no solo a los filósofos. Platón ensalza efectivamente la naturaleza humana a través de su conexión con lo divino y, en consecuencia, a través de la potencialidad que existe en cada hombre para acceder a un referente ideal y superior. Considera que el “individuo justo” convive y se asemeja a lo divino en la medida que “es posible para el hombre”³⁷.

Platón no parece distinguir aquí diversas razas de hombres en función de sus aptitudes innatas para volverse virtuosos, sino que cada uno puede serlo. Es cierto que esta “fe en el hombre” depende de una visión “pasiva” de la naturaleza humana, moldeada por una educación adecuada. Sin embargo, el ser humano puede superar su condición original porque él mismo tiene “el poder de elevar lo mejor que hay en el alma”.

³⁶ PLATÓN. *República (365d)*. Trad. de Ma. A. Durán y F. Lisi. Gredos. Madrid, 1997. Pág. 116.

³⁷ PLATÓN. *Diálogos (II)*, Trad. de J. Calonge Ruíz, E. Lledó y C. García Gual. Gredos. Madrid, 1987.



Para Platón la dignidad del hombre surge cuando este se vuelve capaz de recurrir a la potencia de su alma para contemplar lo universal en cada cosa. También se puede revelar las diferencias entre Platón y Sócrates en cuanto al alma. Para Platón, la dignidad del ser humano se plasma en su capacidad para encontrar la esencia de las cosas, saliendo de su estado de ignorancia.

Para Sócrates, sin embargo, esta dignidad viene también de la conciencia de sus propias finitudes racionales y mundanales. De hecho, el concepto de ideas parece ser propio de Platón mientras que Sócrates no parece haber profesado esta noción.

1.3.2 Aristóteles y la dignidad humana

La contribución de Aristóteles a la dignidad humana debe buscarse exclusivamente en la formulación de premisas, que a pesar de sus límites, han servido de apoyo a su fundamentación.

La formulación de esas premisas se ha realizado en algunos ámbitos de sus reflexiones y particularmente en su antropología y su ética. Distintas capas vienen a definir al hombre otorgándole diversas dimensiones complementarias. Son esas dimensiones y sus



conexiones entre sí que han constituido aquellas premisas indispensables para el asentamiento moderno de la dignidad humana.

La existencia humana puede ser buena y digna según Aristóteles, mientras que Platón despreciaba la existencia mundanal de los hombres, considerando que era una ilusión y un engaño. No merecía la pena ser vivida sino que otra vida debía ser vivida, y que además estaba solo al alcance de unos pocos privilegiados. Al contrario, Aristóteles deja suponer que una vida mundanal puede ser digna y al alcance de cualquier individuo.

A Aristóteles no le preocupa demostrar una dignidad o una superioridad de la naturaleza humana. Lo que sí le interesa es el modo según el cual una vida puede ser la más digna posible, la más virtuosa, es decir, conforme y accesible a las facultades humanas. Aristóteles defiende una dignidad del ser humano más allá de su supuesta superioridad. En otras palabras, redefine la fuente misma de la dignidad humana. Pretende definir una virtud al alcance de los hombres, que tiene en cuenta las finitudes de la naturaleza humana y de las individualidades de cada uno. Para ello, la virtud tiene fundamento: el llamado "término medio".

El ser humano puede alcanzar una dignidad que corresponde con su individualidad y con la naturaleza humana en general. Esta postura aristotélica implica desarrollar tres ideas: primero, lo relevante no es la perfección moral y divina sino el bien humano. Hay que entender al individuo tanto en sus aspiraciones morales como en su condición mundanal.



Segundo, la vida humana no es el teatro de unas ilusiones que proceden de la incapacidad de los sentidos humanos para captar una realidad moral y superior. Al contrario: tiene un valor en sí y merece la pena ser vivida. Por fin, la «vida buena» se logra cuando el individuo es capaz de activar y ejercer la virtud propia de los hombres, es decir, la prudencia.

1.3.3 Cicerón y la dignidad humana

La dignidad del ser humano deriva de la dignidad de la especie humana en general. Se distingue de las otras especies animales, en la medida que solo la primera está dotada de razón e inteligencia. Son esas facultades las que habilitan al hombre para indagar la verdad. Cicerón fundamenta la moralidad en una dignidad superior de orden biológico.

Se trata del modelo de dignidad de la naturaleza humana entendida como excelencia debido a los rasgos que identifican la singularidad del género humano. La dignidad del ser humano deriva de su capacidad para llevar a cabo una vida orientada hacia la investigación racional de la verdad.

La dignidad de la naturaleza humana entendida como diferenciación respecto a los animales, debido a la superioridad de la facultad racional, se complementa con el énfasis en el origen divino de dicha facultad. Se trata de una dignidad como divinización de la naturaleza humana.



Con el “actuar con dignidad”, Cicerón utiliza la noción de dignidad para caracterizar un tipo de conducta que se identifica con el decoro. Cicerón se refiere al término “dignidad” como sinónimo del decoro que, como se sabe, define una conducta sobria y majestuosa. Cicerón quiere decir usando el término “dignidad” que el ser humano no debe expresar ni sus sentimientos ni sus sufrimientos sino solo austeridad y majestad.

En resumen, el concepto de dignidad utilizado hasta ahora por Cicerón representa la cualidad de la conducta individual conforme a las virtudes de decoro y de fortaleza. Se fundamenta en el autoconocimiento de la naturaleza humana y el deber de ajustar su comportamiento con la excelencia de dicha naturaleza. Este ajuste consiste en hacer que la recta razón domine los sentimientos que el individuo puede sentir en relación con el bien y el mal.

1.3.4 Séneca y la dignidad humana

La dificultad y la originalidad de plantearse el concepto de dignidad humana en Séneca derivan de la ausencia de estructura formal en su pensamiento. Se trata de una dificultad en la medida que los planteamientos relativos a este tema están dispersos en toda su obra. La dignidad humana en Séneca aparece como una intuición que se apoya en distintos presupuestos filosóficos y políticos.



Más concretamente, Séneca plantea el valor propio del ser humano no solo desde la moralidad (con un modelo de dignidad de la naturaleza humana) sino en la defensa misma de este valor. El reconocimiento de la dignidad humana es simultáneo a su protección. Esta perspectiva es fundamental. Por un lado, habrá que dar cuenta de los límites al contenido y a la defensa de la dignidad humana en Séneca. Por otro lado, la idea que consiste en fusionar la dignidad del ser humano con su defensa es esencial. La dignidad humana no pertenece al campo de la mera especulación filosófica sino que se vuelve una cualidad otorgada a todos los seres humanos con, además, el deber de protegerla.

1.3.5 La dignidad humana en la Edad Media

Los discursos de la *dignitas hominis* y de la *miseria hominis* aparecen ya en la Edad Media. Son discursos que se entremezclan histórica y conceptualmente ya que no se pueden adscribir a unos siglos definidos. La *dignitas hominis* aparece no solo a partir de la Baja Edad Media (siglos XI a XV) sino que tiene unos orígenes importantes ya en el siglo IV. Es cierto que la imagen optimista del ser humano tiende a destacarse a partir de los siglos XII y XIII³⁸, pero unas premisas importantísimas aparecen anteriores. A su vez, la *miseria hominis* no se limita a la Alta Edad Media (siglos V al X), sino que se prolonga hasta el siglo XIV.

³⁸ SOUTHERN, S.W. *Medieval Humanism and Other Studies*. Basil Blackwell. Oxford, 1970. Pág. 50.



En la segunda parte, relativa a la Baja Edad Media, se produce la configuración de los distintos modelos de la dignidad del ser humano que forman parte de un problema más amplio y que consiste en los diferentes modos de relación entre la razón y la fe.

1.3.5.1 Un modelo de dignidad heterónoma en San Agustín

La noción de “dignidad heterónoma” se refiere a la fórmula propuesta por Peces-Barba. Es una dignidad de “origen externo”, “basada en la imagen de Dios” o en la de dignidad como “honor, cargo o título”. Depende de “elementos exógenos” que neutralizan la libertad individual y la igualdad entre los humanos³⁹. Es este tipo de dignidad la que San Agustín reconoce al ser humano. Su valor deriva de su sumisión a Dios. No posee ninguna razón autónoma y algunos hombres son más dignos que otros.

1.3.5.2 Un modelo de dignidad autónoma en Gregorio de Nicea

De Nicea no acepta definir al hombre como un microcosmos, es decir, como un ser que abarca lo espiritual y lo terrenal. Considera esta definición “indigna de su nobleza”, porque mantiene un vínculo entre el ser humano y los seres inferiores. Esta observación por parte de Nicea, permite deducir que la definición del ser humano como microcosmos era una visión muy común en la Alta Edad Media. Ya en esta época se defiende una dignidad del ser humano con base en esta concepción antropológica. Sin embargo, la crítica de Nicea no es muy acertada. Si la dignidad del ser humano no puede basarse en su cualidad de

³⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Dykinson. Madrid, 2003. Pág. 27.

microcosmos, debe encontrarse en otro fundamento. De Nicea subraya entonces el “misterio” de la naturaleza humana, puesto que concilia lo divino con lo sensible, haciendo surgir la unidad de la multiplicidad.



1.3.5.3 Un modelo de dignidad como microcosmos

La idea de microcosmos tiene principalmente una dimensión aristotélica, y considera que el ser humano encarna una cadena de todos los seres vivientes. Define a un ser humano que contiene todos los grados del ser. Tiene en común “con las piedras la existencia, con los árboles la vida y con los ángeles el entendimiento y recibe correctamente el nombre de *mundo*”. El ser humano asimila armónicamente los contrarios y es el centro del universo. Tiene varias naturalezas y no existe ninguna tensión entre estas. Puede disponer de ellas, según las circunstancias y puede encontrarse con Dios cuando activa sus capacidades morales y racionales.

1.3.6 La revolución de la dignidad

La gran aportación de la Revolución francesa a la modernidad ha sido la de los tres principios: libertad, igualdad y fraternidad. Luego llegó el Código Civil napoleónico privilegiando la propiedad. **Napoleón**, en su proclama de 18 de Brumario, se presentó justamente como defensor de la "libertad, la igualdad y la propiedad", reinterpretando, mediante la cancelación de la fraternidad, la triada revolucionaria.

Sin que pueda negarse que la idea "dignidad" ha estado presente en la historia de la humanidad, podemos afirmar que el concepto jurídico de "dignidad" aparece en el



derecho positivo, nacional e internacional, unido al movimiento en defensa de los derechos humanos que emerge en el siglo XX y que adquiere un fuerte protagonismo a partir de la Segunda Guerra Mundial. La trascendencia dada a la dignidad es una de las grandes novedades del constitucionalismo de la última posguerra. La Constitución italiana de 1947 hace una explícita referencia a este principio en diferentes artículos 32, 36 y 41 y en el 3°: "Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales". En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 1 remarca la dignidad. La Constitución de la RFA de 1949 se abre: "La dignidad humana es intocable. Es deber de todo poder estatal respetarla y protegerla".

1.4 El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales

El término neoconstitucionalismo alude a un nuevo "constitucionalismo", o bien a una opción diferente para el Estado de derecho, donde impera un concepto distinto acerca del "derecho"; lo cual implica una novedosa y distinta "teoría del derecho", en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas las normas jurídicas: la Constitución.

Bajo esta concepción, la norma suprema o *norma normarum*, es fuente de toda producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos del derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al "aleopositivismo", teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho



expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de “subsunción”, muy distinto al nuevo método de la ponderación o “balancing” (balanceo).

Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo como uno de los dos modelos del Estado de derecho; El primero y más antiguo, se refiere al “Estado legal de derecho”, donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera y en el segundo la Constitución y sus principios.

La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación.

La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos.

El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con un sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.



El neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entre principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias y obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones.

1.4.1 Características del neoconstitucionalismo o Estado constitucional de derecho

El neoconstitucionalismo, según Jaime Cárdenas⁴⁰

- a) Se reconoce, según algunos, por una conexión débil entre derecho y moral.
- b) Se admite que el derecho no solo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- c) El derecho no solo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
- d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
- e) Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
- f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no solo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.
- g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
- h) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.

⁴⁰ CÁRDENAS GRACIA, J. *La argumentación como derecho*. UNAM. México, (s.f.). Pág. 39.



- i) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (“legislador negativo”, según Kelsen), y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.
- j) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
- k) No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

1.5 La dignidad propiamente humana

Tal vez el paso más trascendente en el desarrollo de la idea de la dignidad humana se dio en el Medioevo, cuando ya se plantea la dignidad humana basada en lo que el ser humano es, en sus atributos y características, en su ontología. A partir de este momento el ser humano es digno por sí mismo, con independencia del aprecio, reconocimiento o valoración social, o de su vínculo con la divinidad. Lo humano, la naturaleza humana es concebida con una dignidad y un valor intrínsecos.

Sin embargo, los primeros pasos para esta concepción de la dignidad del hombre en el mundo occidental se dieron en la filosofía griega con los sofistas, con Sócrates, Platón y, por supuesto, Aristóteles, que plantearon la existencia de la naturaleza y la ley natural⁴¹. Ideas que fueron recogidas después por Cicerón, quien claramente fundamenta la

⁴¹ VERDROSS, Alfred. **La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y sus principales problemas**. 2a. ed. UNAM. México, 1983. Págs. 45 y ss.



dignidad en la naturaleza humana, a la que entiende como lo divino en lo humano, lo que también le da un carácter de superioridad⁴².

En el siglo XV Pico de la Mirandola inició una tradición en la concepción de la dignidad humana que sería después seguida y enriquecida por muchos⁴³ al escribir su *Discurso sobre la dignidad del hombre*, en el cual habla de la naturaleza especial y distinta del ser humano como creación divina. Para él,

“el ser humano es distinto a los demás seres vivos en tanto que estos se encuentran determinados biológicamente en su totalidad, mientras aquel, si bien en gran medida también está determinado por la naturaleza, tiene capacidad de actuar de manera autónoma y de guiar su futuro y tomar decisiones”⁴⁴.

De alguna manera, puede afirmarse que aquello que hace digno al hombre, en la perspectiva de Pico de la Mirandola, es precisamente esa indeterminación, que implica la capacidad —autonomía— para alcanzar sus propios fines mediante el ejercicio de sus capacidades, al adoptar determinaciones sobre su propia actuación.

Es de considerar, entonces, que la idea principal de la argumentación en torno de la dignidad no debe centrarse en la atribución de una dignidad superior a los seres

⁴² GARCÍA MORENO, *op. cit.* Págs. 5 y 6 .

⁴³ PECES BARBA, Gregorio. “Derechos fundamentales”. Sitio: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10462/1/derechos_Peces_RJCM_1987.pdf, versión castellana de la voz “Diriti e doveri fondamentali” destinada al *Novísimo Digesto Italiano* en la parte referente a los derechos. Pág. 7 Consultado 05/05/2015.

⁴⁴ PICO DE LA MIRANDOLA, Giovanni. *De la dignidad del hombre*. Editora Nacional. Madrid, 1984. Págs. 105 y 106.



humanos, sino en reconocer la necesidad de tratar a cada uno de los seres como lo que son, sin necesidad de aludir a una mayor o menor dignidad, pues lo verdaderamente importante para el hombre es ser tratado como lo que es, de acuerdo con sus atributos y características.

Igualmente, habrá que tratar a los demás seres vivos de acuerdo con sus características y atributos, así podríamos hablar de una dignidad no solo humana sino también de los demás seres vivos. Todo lo vivo merece así respeto en tanto que en ello hay vida, y el trato que habrá de recibir por parte de los seres humanos debe ser acorde con su dignidad, constituyendo ese trato debido un deber moral.

De la misma manera se funda la dignidad desde una perspectiva ontológica, señalando que la persona humana es el único ser cuyos fines son inmanentes a su propia naturaleza, es el único ser que es *sui iuris*, dueño de sí mismo, de su propio ser, con la consecuencia de que el ser humano solo puede ser tratado como fin y nunca como medio; siempre será sujeto, nunca objeto y, por tanto, no puede ser valorado por medio de un precio.

1.6 Instrumentos internacionales de soporte al surgimiento de la dignidad humana como bien jurídico a tutelar

La dignidad humana es un valor distintivo de la especie humana, de donde dimanan otros valores y derechos fundamentales, tanto para el individuo como para la colectividad. En



tal virtud, todo ser humano debe ser respetado y protegido en su dignidad y no se debe atentar contra ella.

Bajo esta perspectiva, la dignidad humana ha sido incluida no solo en sede normativa interna, sino también en varios documentos jurídicos convencionales, pues la comunidad internacional también ha hecho manifiesta su preocupación por incluir a la dignidad como valor inserto en el ordenamiento jurídico internacional. Así, la dignidad deviene de ser un mero valor —o principio, en el mejor de los casos— a precepto de naturaleza vinculante.

Existen una serie de instrumentos internacionales que han incluido en su texto el concepto de dignidad; instrumentos que han sido firmados y ratificados por el Estado guatemalteco lo que adquiere el compromiso de darle a la dignidad humana la potestad de bien jurídico a tutelar.

1.6.1 La Carta de las Naciones Unidas

La idea de crear un organismo internacional universal surge durante la Segunda Guerra Mundial. Los líderes mundiales se reunieron en San Francisco⁴⁵ con la intención de poner fin a la guerra que prevalecía en aquellos tiempos, y consideraron que era momento de crear un mecanismo que fomentando el diálogo intergubernamental, previniera conflictos bélicos para que pudiera prevalecer la paz y la seguridad en el mundo.

⁴⁵ Del 25 de abril al 26 de junio de 1945 los representantes de 50 naciones participaron en la Conferencia de San Francisco, con la intención de elaborar lo que sería la futura Carta de las Naciones Unidas.



Así, la Carta de las Naciones Unidas⁴⁶, en su Preámbulo, enuncia “la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad* y el valor *de la persona humana*, en la igualdad de derechos del hombres y mujeres”. Por lo que la inclusión del concepto de dignidad humana en la Carta constituyó una feliz y trascendente innovación en el derecho internacional positivo. Para lo cual, en el futuro, la noción de la dignidad, aunque incluida en el Preámbulo de la Carta, sin efecto jurídico vinculante, ha incidido en la interpretación y el sentido de numerosos instrumentos internacionales⁴⁷.

El artículo 1º declara, como propósito de la cooperación internacional, “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Su artículo 55-c dispone “*la organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos*”. Y en su artículo 62-2 se señala, como función del Consejo Económico y Social, la de “*hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades*”.

Durante los primeros años de vigencia de la Carta de Naciones Unidas se hizo evidente una seria deficiencia en su texto, ya que no contenía disposiciones específicas de derechos humanos –aun y cuando en su Preámbulo hacía referencia a los mismos–, “*pues el problema que se mantenía era si realmente dicho documento convencional*

⁴⁶ Adoptada el 26 de junio de 1945.

⁴⁷ GROS ESPIELL, Héctor. “**La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos**”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen 4, Facultad de Derecho Universidad Complutense. Madrid, 2003. Págs. 202-203.



*imponía obligaciones jurídicas de comportamiento a los Estados miembros en materia de derechos humanos*⁴⁸.

Una vez que se llegó a la conclusión de que dicha Carta no contenía una enumeración, menos aún, una definición de derechos humanos y libertades fundamentales, fue necesaria la creación de un órgano⁴⁹ encargado de regular los vacíos que contenía la Carta de las Naciones Unidas. Tal ente fue la Comisión de Derechos Humanos, misma que se dio a la tarea de redactar un texto de alcance mundial que contuviera un catálogo de derechos humanos, de esa forma, nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

1.6.2 La Declaración Universal de Derechos Humanos

En 1946 se crea la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, encomendándosele la redacción de una Carta Internacional de Derechos. En 1948, la Asamblea General adopta lo que sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁰, misma que se convirtió “en un documento de interés internacional, puesto que varios Estados comenzaron a adherirse a ella”⁵¹.

⁴⁸ PASTOR RIDRUEJO, José A. **Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales**. 7ª ed. Tecnos. Madrid, 1999. Págs. 201-203.

⁴⁹ Mediante las Resoluciones Número 5 del Consejo Económico y Social del 16 de febrero de 1946, 9 y 12 del 21 de junio del mismo año. Pág. 202.

⁵⁰ Aprobada por la Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ. Sergio. **Los valores en el derecho mexicano**. Fondo de Cultura Económica. México, 1997. Pág. 244.



La Declaración se funda en la consideración ética de que el Estado, la sociedad y los particulares están obligados a respetar a los demás como personas. De esta forma, la dignidad humana se eleva a mandato ético-jurídico del cual se derivan distintos valores, los cuales serían tutelados por los derechos humanos.

Por lo que la primera enunciación a la dignidad se estipula en su Preámbulo, señalando que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables”*.

Para lo cual, la Declaración clasifica los valores en individuales y colectivos, es decir, considera al ser humano en su dimensión particular y como miembro integrante de un grupo social. Siendo los valores jurídicos relativos a la igualdad, la libertad, y la seguridad jurídica, los que se encuentran expresados bajo la forma de derechos humanos.

Los derechos protegidos por la Declaración son, entre otros, el reconocimiento de la igualdad en dignidad, pues se afirma que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos y los otros”*⁵².

La lectura del artículo anterior clarifica que la dignidad y la sana convivencia son la base fundamental para que pueda existir una sociedad en armonía, y se pueda lograr el pleno

⁵² Artículo 1.º

respeto de la persona. Así, de la dignidad humana se desprenden otros valores inherentes al individuo.



Esto es así puesto que la comunidad internacional ha reconocido que los derechos económicos, sociales y culturales están íntimamente relacionados con las prerrogativas civiles y políticas. En tal virtud, en 1951, la Asamblea General de la ONU, acordó que el sistema para llevarlos a la práctica tenía que ser distinto, y que los derechos económicos, sociales y culturales debían conseguirse progresivamente, mientras que los civiles y políticos debían asegurarse inmediatamente.

Por tal motivo, la propia Asamblea General, órgano plenario de las Naciones Unidas, decidió redactar dos instrumentos convencionales que serían adoptados conjuntamente el 16 de diciembre de 1966, y que se abrirían para su firma por parte de los Estados en la misma fecha.

Las negociaciones de ambos tratados se prolongaron durante quince años esencialmente debido a la falta de consenso. Finalmente, mediante una Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas⁵³ se adoptan tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ello significó un notable avance, en particular *“para aquellos derechos que incorporaron las necesidades mínimas del ser humano en el aspecto económico, social*

⁵³ La Resolución emitida por las Naciones Unidas fue la número 2200 A (21) del 16 de diciembre de 1966.



y cultural, las cuales traducen exigencias éticas derivadas de la vida de la persona en sociedad⁵⁴.

1.6.3 El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos⁵⁵ incorpora más prerrogativas que las reconocidas por la propia Declaración Universal de 1948. Entre otras, garantiza prerrogativas individuales que no se mencionan expresamente en aquella, como la libertad de no ser encarcelado por deudas, el derecho de todas las personas privadas de su libertad a recibir un trato humanitario y con respeto a su *dignidad* como derecho inherente a la persona humana.

La protección específica de la dignidad se consagra *expressis verbis* en el artículo 10º, que a la letra dice: “*Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con respeto a la dignidad inherente al ser humano*”.

Otros derechos previstos son el derecho la vida (artículo 6º); así como el reconocimiento a su personalidad jurídica (artículo 16º); la protección para que no sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (artículo 17º); y la igualdad de todas las personas ante la ley (artículo 26º). Todos ellos derivados de la dignidad personal.

⁵⁴ GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.* Págs. 246-248.

⁵⁵ Aprobado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de mayo de 1981.



Queda clara, pues, la mención que se hace a la dignidad del ser humano y la protección que debe tener por parte de los Estados Parte del tratado, no importando la situación en que se encuentre cada individuo.

1.6.4 El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este documento⁵⁶ contiene una serie más amplia y específica de derechos que la Declaración Universal, tales como la obligación de los Estados de proporcionar a sus habitantes un nivel de vida adecuado y el derecho de gozar de los más altos niveles posibles de salud física y mental.

Ya en el Preámbulo se enuncia: *“La paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”*.

El Pacto tiene la particularidad de no obligar a los Estados Parte a concretar de inmediato los derechos consignados (a diferencia de lo que prescribe el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos); solo se dispone que los Estados deberán tomar las medidas necesarias en la máxima capacidad de sus recursos disponibles para alcanzar progresivamente la completa realización de esos derechos.

⁵⁶ Aprobado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de mayo de 1981.



Siendo un documento que fundamentalmente busca garantizar la calidad de vida en una sociedad, y uno de los medios en el que se basa la dignidad es el trabajo, no solo se humaniza la naturaleza, sino que el hombre se humaniza a sí mismo, es decir, desarrolla y eleva sus potencialidades creativas.

El trabajo es fuente del desarrollo del hombre, mismo que preserva y despliega a la humanidad, debiendo ser reconocido y garantizado en condiciones de igualdad y con respeto a la *dignidad* del trabajador.

1.7 El reconocimiento de la persona como sujeto de derechos fundamentales y constitucionales

Sobre la naturaleza de los derechos humanos existen dos perspectivas principales desde hace muchos siglos. Una sostiene que los derechos humanos son aquellos que el Estado *otorga* en su orden jurídico. La segunda manifiesta que el Estado solo los *reconoce* y los garantiza en alguna medida. En la primera perspectiva se encuentran diversas concepciones o matices positivistas; en la segunda, la de derecho natural, las escuelas son muy diversas unas de otras.

En conceptos jurídicos, en el positivismo se expresa que es el orden jurídico el que otorga la calidad de persona al ser humano; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos, como pueden ser los esclavos, los extranjeros, las mujeres, por razones de raza o por preferencias sexuales.



En cambio, en las concepciones de derecho natural el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer esta situación, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho, y a partir de él se garantizan diversas series de derechos, a los cuales en la actualidad se les denomina derechos humanos.

Los derechos basados en la dignidad humana no convierten al hombre en una “mónada”, según expresión de Marx, sino destacan su calidad de persona, impulsan al hombre a superarse y a lograr, dentro del marco social, su realización como ser humano. Esta realización no la consigue en forma aislada y egoísta, sino en la sociedad y persiguiendo finalidades no solo dentro de las fronteras nacionales, sino con una perspectiva más amplia: la realización propia, entre la de millones de destinos, como hombre y ciudadano de un mundo.

Los que actualmente se denominan derechos humanos han recibido a través del tiempo diversos nombres. Entre algunos de ellos se pueden mencionar los siguientes: derechos del hombre, garantías individuales o sociales, derechos naturales, derechos innatos, derechos esenciales, libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos y una denominación que se ha extendido es la de derechos fundamentales, a tal grado que existe una importante corriente doctrinal que se basa en diferenciar estos de los derechos humanos. Es probable que actualmente esta última corriente sea predominante.



Las definiciones de derechos humanos son infinitas. Muchas enfatizan que son aquellos que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, son aquellos que le son inherentes y no son una concesión de la comunidad política; que son los que concretan en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por el orden jurídico nacional e internacional.

Son los que corresponden a la persona por esencia, simultáneamente en su vertiente corpórea, espiritual y social, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, pero que ceden en su ejercicio ante las exigencias del bien común; que son expectativas no previstas con claridad en alguna norma jurídica, incluso se llega a identificarlos con los “derechos morales”; que son aquellos imprescindibles para poder conducir una vida digna y auténticamente humana, y constituyen el elemento fundamental de un Estado constitucional democrático de derecho.

En cambio, los derechos fundamentales, en el criterio de diversos autores, son aquellos que están recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, son los derechos humanos constitucionalizados. Su propia denominación indica la prioridad axiológica y su esencialidad en relación con la persona humana; son los derechos humanos que se plasman en derecho positivo vigente, son las normas que protegen cualquier aspecto fundamental que afecte el desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres y, en caso de infracción, existe la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado; son un sistema de valores objetivos dotados de

unidad de sentido con interdependencia normativa, cuyo disfrute efectivo exige garantizar mínimos de bienestar económico para que se pueda participar en la vida comunitaria.



En consecuencia, la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales sería que los primeros implican un mayor matiz filosófico, guardan una connotación prescriptiva y deontológica, y aún no han sido objeto de recepción en el derecho positivo, mientras que los derechos fundamentales son los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el derecho positivo de los Estados y, para algunos autores, por el derecho internacional de los derechos humanos.

CAPÍTULO II

LA VICTIMOLOGÍA COMO DISCIPLINA PARA EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS VULNERADAS EN SUS DERECHOS HUMANOS



2. La victimología: El estado actual de la cuestión insoluble de las relaciones entre la criminología y la victimología. Orígenes. Precursores

La criminología es una ciencia joven en comparación con otras, tan solo centenaria, siendo la victimología aún más joven ya que sus orígenes como tal se remontan a los años treinta del siglo pasado. Hoy existe una Sociedad Mundial de Victimología, así como sociedades estatales y regionales, junto con institutos y centros de Investigación específicos en victimología que, además, organizan congresos e imparten cursos y especialidades.

No obstante, no puede afirmarse rotundamente que la victimología sea una disciplina autónoma en relación con la criminología. Si esta se define como una ciencia interdisciplinar que estudia las relaciones entre la delincuencia, los infractores, las víctimas y el control social, por aquella entendemos también una ciencia interdisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y desvictimización en un sentido amplio.

Se ha podido comprobar los solapamientos explícitos e inherentes en ambas definiciones. Si bien el objeto de estudio criminológico resulta más amplio, *“en la práctica ya no se concibe un criminólogo que no maneje conceptos victimológicos ni un*



*victimólogo que no contextualice dichos procesos de victimización y desvictimización en relación con la criminalidad y la criminalización*⁵⁷.

En el plano metodológico, especialmente en lo relativo a la cifra negra o campo oscuro de la criminalidad, es decir, a los delitos no denunciados y/o registrados oficialmente, *“la criminología no puede prescindir, junto con los informes de autodenuncia, de las mencionadas encuestas de victimización municipales, estatales o internacionales”*⁵⁸.

Se destaca de esta forma la influencia de la victimología y la visión de la víctima como elemento/agente de control social. La denuncia, completada posteriormente con la testificación, tiene el papel de “llave” del sistema penal y su no utilización arroja datos e interrogantes que han enriquecido el conocimiento criminológico.

En relación con la teoría del *labelling* o etiquetamiento, la ausencia de denuncia, en conexión con la edad, el sexo, la etnia, los recursos económicos, el lugar de residencia, el tipo de conducta penada, etc., pone de relieve el desconocimiento, la vulnerabilidad, el temor y/o la desconfianza de la víctima respecto del sistema jurídico-penal en relación con los controles sociales informales. En consecuencia, los conceptos de “cifra negra” y

⁵⁷ Incluso si se opta por un concepto amplio de victimología, comprendiendo también el estudio de las víctimas de accidentes y desastres naturales, deben considerarse los desarrollos realizados en el campo criminológico en relación con los controles sociales, la prevención y la recuperación de las víctimas.

⁵⁸ WALKLATE, Sandra. **Researching Victims of Crime: Critical Victimology**, *Social Justice* 17: 25-42, 1992. Pág. 27. Walklate critica, del estudio de encuestas de victimización de Hindelag, Gottfredson y Garofalo (1978), la extracción del concepto de “estilo de vida” olvidando el ámbito privado y los delitos económicos (1992, 106).

de “riesgo y vulnerabilidad victimal”, de origen criminológico y victimológico, respectivamente, no pueden concebirse de forma independiente.



La obra del profesor Ezzat Fattah⁵⁹ representa un intento fructífero de integración de las teorías criminológicas y victimológicas, en concreto, respecto de las técnicas de neutralización de la culpa del infractor negando la existencia de víctima, o de daño, o sintiéndose él mismo víctima.

2.1 La víctima desde la perspectiva teórica clasificatoria de la victimología

Al igual que el empeño criminológico de buscar una teoría general sobre la criminalidad, resulta cuestionable el intento victimológico por explicar todos los procesos de victimización y desvictimización a través de una teoría omnicomprensiva, que abarque los diferentes tipos de conductas, así como su complejidad, dinamismo y relatividad. Sin embargo, sí resulta posible una serie de contextualizaciones teóricas o proposiciones generales sobre dichos procesos a través de ciertos elementos comunes relativos a factores sociales, grupales e individuales, sin perjuicio de las matizaciones correspondientes.

Todo ello dentro de un saber basado en los tres principios del método científico: objetividad (optar por una forma de observar un objeto que menos afecte a la

⁵⁹ FATTAH, Ezzat A. **Understanding Criminal Victimization**. Scarborough. Ontario, 1991.



observación); inteligibilidad (la representación o simplificación compacta de lo observado); y dialéctica (constante verificación).

Las teorías científicas, explicativas o normativas, tendrán el fin de conocer y explicar la realidad y, en su caso, de intervenir en ella, basándose en datos obtenidos mediante dicho método. En definitiva, se persigue una política victimal orientada por las investigaciones victimológicas cuyo punto de partida consiste en el entendimiento de la victimización y la desvictimización como procesos diversos, complejos, inestables e interdependientes, al menos, respecto de los fenómenos de la criminalidad y del control social.

Si bien los datos empíricos ofrecidos por las investigaciones victimológicas resultan limitados y en constante revisión, contamos ya con un cuerpo de evidencia sobre diversos aspectos de la realidad social de los que parten, en mayor o menor grado, las distintas teorías victimológicas. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes –que habría que precisar para cada clase de victimización-:

1. La cifra negra sigue siendo muy elevada, en particular, para ciertas tipologías delictivas.
2. Los resultados de la prevención general y de la prevención especial, usando la terminología jurídico-penal, no resultan, tomados de forma global, satisfactorios.
3. En general, víctimas e infractores no son enemigos naturales y la participación de las víctimas en el proceso penal no tiene que implicar necesariamente un menoscabo de las garantías hacia el procesado.



4. Las víctimas no son fundamentalmente retributivas en su visión de la justicia. Su satisfacción se relaciona más con la llamada justicia procedimental y no tanto con los resultados del proceso.
5. Los perfiles sociodemográficos de víctimas e infractores son muy parecidos para el grueso de la criminalidad.
6. La percepción de inseguridad no suele coincidir con el riesgo victimal.
7. La victimización reiterada supone en sí misma un elemento esencial del riesgo victimal.
8. La violencia más importante es la cotidiana entre conocidos.

Este apartado se centra en las perspectivas teóricas recientes en victimología, es decir, producidas en los últimos treinta o cuarenta años sin perjuicio de realizar una breve recapitulación sobre sus precedentes.

2.1.1 Recapitulación sobre la victimología etiológica y moderna

Como se ha indicado, el “renacimiento” de la víctima, como objeto de estudio, se producirá especialmente con el surgimiento de los primeros escritos de victimología, en los años treinta, por parte de Von Hentig, Mendelsohn, Ellemberger y Wolfgang, a quienes ubicaríamos dentro de una primera victimología positivista o del acto.

El término “victimología” fue empleado por vez primera por el psiquiatra estadounidense Frederick Wertham, en su obra publicada en 1945, *The show of violence*. La primera monografía sobre víctimas apareció en La Habana, en 1930, con tres escritos sobre la



protección de la víctima del delito, que un año antes habían sido pronunciados como conferencias en dicha ciudad.

En 1947 Mendelsohn presentó un ensayo en el que hablaba de esta nueva ciencia. Un año después, Von Hentig en *El criminal y su víctima* analiza la dicotomía entre el ofendido y el ofensor. En 1967, Schafer invierte, en su obra *Victimología*, el título de Von Hentig e identifica los dos problemas centrales de esta disciplina: la contribución de la víctima al delito y su posterior reparación.

Distinguir en sentido correlativo a la criminología, una primera victimología etiológica - influida por la literatura y el psicoanálisis-, preocupada por encontrar el grado de participación en el hecho delictivo de distintos tipos de víctimas. Entre los padres de esta victimología tradicional o clásica, que predominó hasta fines de los sesenta -y que encuentra su influencia en el derecho penal actual en la llamada victimodogmática-, estarían Von Hentig, Mendelsohn, Wolfgang y Amir (1971).

“El criminólogo alemán Von Hentig defendió una concepción interactiva del delito, presentando a la víctima como “actor sufriente” que podía conformar a su victimario -en esta afirmación se aprecia la influencia de la obra literaria de Werfel-

”⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. Charles Dickens cuando, a mediados del siglo XIX, escribió a favor del acusado: “...sin su obstinado empeño en que lo asesinasen, el apreciable semejante que ha de comparecer en juicio no se habría visto metido en estas molestias”. Cita de VARONA MARTÍNEZ, Gema. **Asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas**. IVAC/KREI – UPV/EHU. Sitio: www.ehu.es Consultado 10/10/2016 Pág. 5.



Mendelsohn fue, sin embargo, quien trató de atribuirse la paternidad de esta nueva ciencia, difundiéndola internacionalmente y defendiendo su independencia. En sus obras de los años treinta y cuarenta se encontraba un concepto amplio de la víctima, junto con su tipología clásica. Asimismo, fue uno de los primeros autores en reconocer la necesidad de apoyo a la víctima y la prevención victimal. El norteamericano Ellemberger se centró, en los años cincuenta, en el riesgo o vulnerabilidad victimal.

Su compatriota Wolfgang sería el primer victimólogo en realizar investigaciones empíricas significativas sobre las estadísticas de homicidios, "*enfaticando la noción de victimo-precipitación*"⁶¹.

Posteriormente, surge la denominada victimología moderna o interaccionista influida por el movimiento internacional en favor de las víctimas, principalmente a finales de los setenta, y apoyada por los Congresos Internacionales de la Sociedad Mundial de Victimología.

El interés revivido por la víctima se entiende por Schafer como una señal de la suavización de la orientación formalista-individualista del derecho penal, abriéndose a un "entendimiento universalista del delito.

⁶¹ HERRERA MORENO, Myriam. 1996. **La hora de la víctima. Compendio de victimología.** EDERSA. Madrid, 1996. Págs. 96-97;101-102;110-111.



“El derecho penal y la criminología universalistas dirigen su atención a lo que podríamos llamar provisionalmente la ‘responsabilidad funcional’ del delincuente - y quizá también de la víctima-, más que a la acción o conducta criminal aislada”⁶².

2.1.2 Teorías normativas actuales de carácter general

Walklate distingue, dentro de esta victimología moderna, la **victimología realista** o constructivista -influida por la criminología realista de izquierdas y que utiliza las encuestas locales de victimización con carácter explicativo, más que descriptivo-, *de la victimología crítica*—.

“que enfatiza la posibilidad de resistencia frente a la opresión, de ahí el empleo del término ‘supervivientes’ para referirse a las víctimas; no olvida los delitos económicos ni el ámbito privado; hace uso del método deconstructivista, estableciendo relaciones micro-macro y sincrónicas/diacrónicas; y se centra en una noción colectiva y pluralista de la ciudadanía, más allá del individualismo”⁶³.

La Victimología realista ha impulsado las encuestas de victimización locales, inicialmente en el Reino Unido, en las que se pone de relieve *“la medición del sentimiento de inseguridad, la preocupación por la democratización de la policía y la protección de los grupos vulnerables”⁶⁴.*

⁶² SCHAFER, William. **Derecho Penal, criminología y victimología**. EDERSA. Madrid, 1977. Pág. 24.

⁶³ WALKLATE, *op. cit.* Pág. 30.

⁶⁴ **Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración**. Sitio: <http://www.oberaxe.es/> Recuperado 10/10/2015 Pág. 23.



La vulnerabilidad se relaciona con el concepto de victimización múltiple, reiterada o revictimización. A su vez, ello se conecta con la incidencia, prevalencia y concentración delictivas. La incidencia se refiere al número de *hechos delictivos* por la población de riesgo. La prevalencia al número de *víctimas* dentro de la población de riesgo, y la concentración al número de *victimizaciones* por víctima. Estas nociones cobran significado práctico en el diseño actual de programas policiales efectivos de reducción de la criminalidad dentro del concepto de prevención situacional donde se incluyen los llamados mapas de la victimización.

La victimología realista se ha nutrido de los modelos teóricos basados en la oportunidad o elección racional, concretamente, en la teoría del estilo de vida de Hindelang, Gottfredson y Garofalo (1978) y en la teoría de las actividades rutinarias de Cohen y Felson (1979), si bien han ido más allá de las variables sociodemográficas para centrarse, de forma más profunda, en cuestiones estructurales que afectan a la victimización.

En la teoría del estilo de vida se sostiene que la probabilidad de ser víctima se basa en la exposición a lugares y horarios de riesgo, así como en las asociaciones con individuos potencialmente infractores. Para Cohen y Felson la probabilidad de la delincuencia es una función multiplicativa de la convergencia en el espacio-tiempo de tres elementos: un delincuente motivado para el delito; una víctima apropiada; y la ausencia de control social.

Fattah introdujo un modelo de la oportunidad con más variables en que pueden relacionarse los aspectos *micro*, *meso* y *macro* (1991). Por su parte, Dussich propone un modelo psicosocial de adaptación (1988; 2006), “*que intenta integrar las perspectivas*



*teóricas anteriores, centrándose en los factores que repercuten en la recuperación de la victimización*⁶⁵.

Por otra parte, puede aludirse a la **victimología radical, global o de los derechos humanos**, representada en las ciencias políticas por Robert Elias, con pretensión de ciencia autónoma. Desde esta perspectiva se busca una desvinculación de la noción de delito del derecho penal *“para abarcar un conjunto de conductas mucho más amplio y difuso que entrarían dentro del concepto de ‘abuso de poder’ o de otro más normativo de ‘sufrimiento humano’*⁶⁶.

2.1.3 Otras perspectivas teóricas recientes

2.1.3.1 Victimología feminista

Las perspectivas feministas en criminología han aportado al estudio del control social la teorización sobre la construcción y el mantenimiento de la categoría de género, ampliando la mirada en la comprensión del funcionamiento del sistema penal y social en general.

Aunque los primeros victimólogos fueron exclusivamente hombres y realizaron sus investigaciones respecto de poblaciones masculinas, el movimiento feminista,

⁶⁵ Véase un texto suyo en este sentido en http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/Articulo_Nuevas%20Tendencias%20Victimologicas.do c. Recuperado 13/08/2015. Dentro de estos factores no cabe olvidar, entre otros, el equilibrio emocional y las creencias religiosas o espirituales.

⁶⁶ En este podrían abarcarse también las víctimas de accidentes y de desastres naturales. ELIAS, Robert, citado por VARONA MARTÍNEZ, *op. cit.* Pág. 7.



particularmente tras la Segunda Guerra Mundial, pondría énfasis en que el derecho penal no solo no protege a la víctima sino que la revictimiza, siendo el ejemplo más notable la violencia de género.

Además, destacaron que los primeros victimólogos tendían a culpabilizar a las mujeres víctimas de delitos violentos, particularmente de carácter sexual.

Si bien resulta un tanto dificultoso hablar propiamente de una victimología feminista, dentro de esta visión se ha trabajado bajo tres postulados: rechazo del género centrismo; el patriarcado como factor explicativo de la criminalización y victimización de las mujeres; y la conclusión de que, en general, las víctimas mujeres constituyen una minoría sin poder –en términos cualitativos-, que sufre discriminaciones efectivas por parte de los agentes de control.

Respecto a este tema, Elena Larrauri Pijoán ha sentado precedente con su obra compilada,

“quien ha realizado una observación relevante respecto de los postulados citados, en relación con la regulación del uxoricidio, el cual hasta 1963, representaba «una cesión punitiva del Estado en manos del marido»”⁶⁷.

⁶⁷ LARRAURI PIJOAN, Elena. (comp.) 1994. **Mujeres, derecho penal y criminología**. Editorial Siglo XXI. Madrid, España. Pág. 10.



También pueden encontrarse en su libro consideraciones sobre el concepto de reputación en su conexión con la censura o vergüenza. Fuera de ello, se mencionan las aportaciones de Gilligan sobre las respuestas penales.

La justicia restauradora se acerca al pensamiento femenino relacional descrito por Gilligan, *“quien indica la conexión por parte de las mujeres de la idea de justicia, de responsabilidad y de mantenimiento de las relaciones”*⁶⁸, frente a un sistema penal tradicionalmente dominado por el pensamiento masculino. Y concluye este autor, que muchas mujeres poseen un razonamiento moral diverso a la mayoría de los hombres en cuanto a su carácter conciliador.

En cuanto a la **victimología comparada**, similar a las perspectivas criminológicas denominadas etnocriminología y criminología multicultural, implica una generación de teorías que incorporan variables culturales, destacando la relativización del concepto de víctima y de victimización a lo largo del tiempo y del espacio, así como la posibilidad de diversas reacciones ante un fenómeno similar.

2.2 Teorías normativas sobre la justicia restaurativa en el ámbito del sistema penal

Resulta posible hablar de teorías -no totalmente estructuradas- dentro de la justicia penal que proponen y explican un control social basado en la mediación, reparación y/o conciliación entre las víctimas y los victimarios. Incluso pueden relacionarse estas

⁶⁸ GILLIGAN, George. **Criminology: Past, present and future. A critical overview**. MacMillan. Londres, 1996. Pág. 346.

corrientes con un debate filosófico más amplio, iniciado por Habermas y su teoría de la acción comunicativa.



En este apartado se mencionarán algunas teorías específicas, criminológicas y victimológicas, que explican el control social desde la perspectiva de la promoción de una justicia restaurativa. Es preciso citar, en primer lugar las teorías abolicionistas y las teorías de la llamada criminología republicana, para abordar después las teorías propiamente restaurativas.

El **abolicionismo** supone tanto una perspectiva teórica como un movimiento internacional y, si bien puede decirse que ha ido perdiendo protagonismo en el debate de las políticas criminales y victimológicas actuales, lo cierto es que el principio de mínima intervención que orienta el derecho penal de menores en la práctica totalidad de los países, auspiciado por las Naciones Unidas y, en su caso, el Consejo de Europa y la Unión Europea, debe parte de su configuración a algunas tesis abolicionistas.

Ello es así en cuanto que estas, herederas a su vez del *labelling approach*, pusieron énfasis en que, en ocasiones, el control jurídico-penal ocasiona más daños de los que trata de prevenir y estigmatiza a los menores impidiéndoles su recuperación social. Esta perspectiva se refleja también en las políticas criminales de reducción de daños y riesgos en materia de drogas.

Distintos representantes del abolicionismo enfatizan lo extraordinario del control formal, y en espacial del castigo penal, en comparación con los controles informales. El desarrollo



del abolicionismo se ha producido fundamentalmente en Europa y más tarde en Latinoamérica. En todo caso, es preciso indicar, desde el primer momento, la variedad de perspectivas dentro del mismo. Podemos distinguir dos grupos: el fenomenológico y el estructuralista.

El primero concibe construir alternativas a pequeña escala para tratar los conflictos de manera desprofesionalizada, desinstitucionalizada y descentralizada. El segundo resalta que el conflicto no se limita a los individuos, sino que el sistema penal cumple también la función de mantener el *statu quo*.

El movimiento internacional abolicionista, como bien indica Scheerer⁶⁹, *puede considerarse una prolongación, un tanto idealista, del que pedía la eliminación de la esclavitud y la pena de muerte*. Entre sus representantes, de forma no exhaustiva, se encuentran Christie, Hulsman, Bernat de Célis, Knopp, Van Swaaningen, Zaffaroni, Bianchi y Scheerer. Sobre sus postulados cabe destacar dos.

Primero, el delito es una concepción histórica errónea ya que, constituye un conflicto personal. Segundo, se propugna la abolición del sistema penal y su sustitución por sistemas más participativos y democráticos que eviten la burocratización y profesionalización.

⁶⁹ SCHEERER, Sebastian. **Hacia el abolicionismo**. En *Abolicionismo penal*. Ediar. Buenos Aires, Argentina, 1989. Pág. 87.



Hulsman, por ejemplo,

“pide la desaparición del derecho penal en favor del derecho civil que favorezca la mediación reparadora. Un punto inicial puede encontrarse en la obra de Mathiesen, de 1974, La política de abolición, que luego fue criticada por la propia Criminología radical”⁷⁰.

Por su parte, Nils Christie se mostró a favor de un sistema en que se pueda averiguar si se ha cometido un hecho y por qué, pidiendo una confrontación entre infractor y víctima, tendente a una reparación del daño, y que tendría lugar preferentemente en el vecindario de una de las partes. Se trataría de crear tribunales vecinales con carácter más civil que penal, en los que las personas que administrasen justicia fueran legos. Este sistema funcionaría, incluso aunque el infractor se negara a ello en un principio y la resolución del conflicto abarcaría también el análisis de su situación social.

En definitiva, en dicho artículo se califican los conflictos de “combustible social” que pertenece, en principio al grupo social más próximo, ayudando a revitalizar las relaciones locales.

De acuerdo con Christie,

⁷⁰ HULSMAN, Louk y BERNART DE CELIS, J. **Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa**. Ariel. Barcelona, 1984. Pág. 250.



“los conflictos tienen aspectos positivos que deben hacerse visibles, sin ser arrebatados por el Estado y, más concretamente, por los operadores jurídicos, incluyendo los criminólogos y los victimólogos. Cada delito supone un conflicto que debe permanecer en la esfera de los implicados, dentro de lo que denomina una ‘justicia participativa’”⁷¹.

Se trata con ello de llegar a una reducción de la coerción y del daño infligido, mediante el recurso a ciertos mecanismos premodernos de prevención del delito. Con un mínimo de instituciones informales nuevas (distintas de los tribunales), las comunidades pequeñas deberían tratar el comportamiento delictivo de manera reconciliatoria. Personas de características diversas, de forma no permanente, bien entrenadas en la resolución no punitiva de los conflictos, ocuparían esas instituciones.

Se trata de que los mediadores y quienes les dirigen y forman, no se conviertan en los nuevos “ladrones del conflicto”. La pregunta clave que él mismo se formula es la siguiente:

“¿Es posible construir algún tipo de justicia de barrio con las ventajas de la participación, pero sin perder la protección de la legalidad? ¿Puede el Estado entrar y ayudar a las partes débiles en conflicto, pero ayudarlas sin apoderarse del mismo?”⁷²

⁷¹ CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito**. Ediar. Buenos Aires, Argentina, 1981. Pág. 114.

⁷² *Ibid*, págs. 97-98, 110, 114.



Una solución podría ser buscar en el propio sentido de justicia de los participantes, en su dialecto jurídico local *-legal local dialect-*. En última instancia, Christie admite dos principios como son la compensación a las víctimas y el castigo absoluto. Reconoce que para lograr la compensación necesaria puede necesitarse cierta coerción, e incluso infligir dolor deliberadamente, pero debe realizarse de la manera más reducida posible y sin que asuma un papel instrumental (preventivo o rehabilitador).

Por eso habla del “castigo absoluto” como una expresión pura de aflicción de los que han sufrido un daño. Ellos son los que, en estos casos, tienen que imponer el castigo y no los profesionales que tratan al infractor como un cliente-objeto.

Explica Christie que, *“no es un alegato por el retorno a una etapa de la vida en sociedad sin control formal. Es una llamada a reflexionar sobre los límites”*⁷³. Se trata de advertir sobre el reciente desarrollo del control social del delito, concretamente en la sociedad estadounidense.

Según este autor: *“Las ideas, los valores, la ética -y no el empuje industrial- deben determinar los límites del control, deben disponer cuándo es suficiente”*⁷⁴. El mayor peligro en las sociedades modernas no es el delito en sí mismo, sino que la lucha contra él conduzca al autoritarismo, porque *“viendo al delincuente como un ser de otra especie, una no-persona, una cosa, no hay límites para las atrocidades posibles”*⁷⁵.

⁷³ *Ibid*: Pág. 21.

⁷⁴ *Ibid*. Págs. 23-24.

⁷⁵ *Ibid*. Pág. 48.



Es necesario potenciar la capacidad de identificación con el otro, la cual *“hace que las normas generales sean válidas para todos y funciona como un freno a las medidas más extremas”*⁷⁶. Se propone entonces el encuentro víctima-infractor para aminorar los efectos despersonalizadores de la justicia penal actual, que favorece el desconocimiento, no permitiendo entender la identificación de víctima y delincuente, y facilitando el intercambio de mal por mal.

La modernidad ha creado un esquema racional de tratamiento parcial del delito, ya que su justicia (representativa) no puede tratar los aspectos emocionales del mismo, como lo hace la de la aldea.

*“Para la víctima, el caso -si es serio- suele ser una experiencia única y cargada de tensiones. Si el delito se considera serio, la víctima tal vez sienta cólera o incluso aflicción. Ningún tribunal -a excepción de los de la aldea- es demasiado bueno para enfrentar estas emociones”*⁷⁷.

La demanda de penas más severas tal vez sea consecuencia de la falta de atención a la necesidad de la víctima de exteriorizar sus sentimientos, y no a sus deseos de venganza. *“Se necesitan espacios para el comportamiento expresivo legítimo de la cólera o la aflicción, ya que se ha producido un paso del ritualismo expresivo a la eficiencia administrativa”*⁷⁸.

⁷⁶ *Ibid.* Págs. 144-145.

⁷⁷ *Ibid.* Págs. 156-157.

⁷⁸ *Ibid.* Pág. 157.



Martin Wright⁷⁹ también ha escrito sobre el modelo restaurativo o reparativo (1991), proponiendo su integración en el sistema actual. La justicia restaurativa constituye una forma de justicia penal basada en la reparación material o simbólica, que sigue los dos siguientes principios: al infractor se le ofrece reparar a la víctima o a la comunidad, incluyendo la cooperación en su tratamiento -con ciertas restricciones de derechos si ello es necesario-; y a la víctima se le ofrece ayuda y reparación, a través de la mediación, en su caso.

Para la comunidad local, esta justicia tendría un efecto integrativo, ya que sus miembros ostentarían el derecho y el deber de participar en el proceso, tanto como fuera posible.

Wright formó parte de un grupo independiente de personas con experiencia en estos proyectos que elaboró los *Estándares en Justicia Restaurativa*, aprobados por las Naciones Unidas en 1992, cuyo objetivo es que la práctica se guíe por principios de calidad y garantías contra posibles abusos. En ellos se define la justicia restaurativa como *“un proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar tras aquella y sus implicaciones para el futuro”*⁸⁰.

⁷⁹ WRIGHT, Martín. “Derecho, justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia” (Conferencia pronunciada en el I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal, Dimensiones Teóricas y repercusiones Prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010). (Experto en Justicia Restaurativa. Mediador en el Servicio de mediación de Lambeth –Londres-).

⁸⁰ *Ibid.*



Los objetivos son tres: reparación material, social y emocional de la víctima; reintegración del infractor dentro de la comunidad (para prevenir la reincidencia); y promoción de la comunidad con recursos para la prevención del delito y para el manejo de los problemas.

Se mencionan cuatro elementos principales de la práctica de la justicia restaurativa: la participación comunitaria o pública; la participación de las partes; la colaboración o “partenariado” entre las agencias; y la orientación hacia la resolución del problema. El objeto de la justicia restaurativa es el delito seleccionado por el valor de la intervención, sin que exista una restricción *a priori*.

Debe atenderse, primordialmente, a aquellos que provocan inseguridad o preocupación en la comunidad. Se concibe la justicia restaurativa, hoy por hoy, como complementaria y paralela a la justicia penal tradicional, incrementando sus recursos para la reducción del delito, la satisfacción social, el humanitarismo y la reparación de los lazos sociales.

Las teorías sobre la justicia restaurativa han despertado diferentes críticas generales. En opinión de Melossi, “*no queda claro si este nuevo paradigma de justicia es penal o no, aunque supone un mayor énfasis en las partes involucradas, más que en el interés del Estado*”⁸¹.

⁸¹ MELOSSI, Darío. **Crime, Punishment and Migration**. Routledge. Londres. Pág.75 Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 1-11 Sitio: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2922/3270> Consultado 25/10/2015 Pág 5.



Asimismo, se señalan las dificultades de aplicarlo a delitos protagonizados por personas jurídicas, bandas u organizaciones criminales, delitos que producen victimización difusa, etc.

De acuerdo con Melossi,

“este pretendido nuevo paradigma significa un esfuerzo del sistema correccional de rejuvenecimiento, especialmente respecto de los delitos menores cometidos por jóvenes. Este modelo de justicia parece más indicado en países donde no se cuestiona la hegemonía del orden normativo estatal o donde se proceda a una profunda transformación política de la situación social”⁸².

Por su parte, Marshall entiende que la teorización de este tema, tras analizar la práctica, adolece de una serie de deficiencias, entre las que sobresalen cuatro:

“1. Confusión a la hora de explicar el significado de la justicia restaurativa; 2. Pretendida oposición a una justicia (la retributiva y rehabilitadora) a la que, de hecho, no se opone, intentando esconder sus propios aspectos negativos; 3. Énfasis en ciertos valores religiosos que afectan a una ética no punitiva; 4. Caída en una posición individualista”⁸³.

⁸² *Ibid.* Pág. 7.

⁸³ MARSHALL, Tony. **Restorative Justice**. Overview. Nueva York, 1999. Pág. 17.



Por todo ello, Marshall concluye que no se trata de un paradigma alternativo al actual y define la justicia restaurativa como un proceso por el que las partes, involucradas en un determinado delito, se juntan para resolver colectivamente cómo tratar sus efectos e implicaciones de cara al futuro.

Él mismo ha expuesto una teoría que denomina de la nueva comunidad, por la cual también se decanta Weitekamp (1993). Para Marshall, la teoría de la resolución de los conflictos, con su énfasis en la cooperación, se viene aplicando a campos como la ecología, la gestión, las relaciones internacionales, la política, etc.

Propone doce principios para la resolución de los conflictos delictivos,

“acercamiento al crimen como un problema compartido que necesita una verdadera solución; admisión de la complejidad de sus causas de carácter individual y colectivo; aceptación de las negociaciones y el compromiso; involucración de todas las partes afectadas; concentración en la reducción de delitos futuros; valoración de la reparación por encima del castigo; escucha a la víctima y al infractor; búsqueda de elementos positivos en el infractor; oportunidad de rehabilitación y reconciliación; atención a las emociones y a los aspectos materiales del conflicto; creatividad e innovación en la búsqueda de resoluciones; y empleo de medios apropiados a la amenaza que supone el delito en cuestión”⁸⁴.

⁸⁴ *Ibid.* Pág. 22.



2.2.1 Fundamento y críticas del afán clasificatorio en victimología

La primera victimología centró su positivismo en el análisis de la contribución de las víctimas al delito. Según fuese el grado de dicha contribución, los primeros victimólogos establecieron diferentes categorías o tipos de víctimas.

Posteriormente, la victimología moderna y sus corrientes teóricas más recientes no han renunciado al afán taxonómico que, si bien con otros criterios más adecuados, sigue persiguiendo simplificar la realidad diversa y dinámica de los procesos de victimización y desvictimización para poder sistematizarlos y facilitar su entendimiento y estudio. De esta forma es posible considerar los aspectos específicos que diferencian unas victimizaciones de otras para, ulteriormente, poder intervenir adecuadamente.

En todo caso, muchas clasificaciones han sido criticadas por su escasez de fundamento teórico y empírico, así como de utilidad legal o político victimal.

“Las categorías nunca pueden constituir un fin en sí mismo, sino una herramienta explicativa y de organización del trabajo victimológico. Por esta misma razón, las conductas analizadas no siempre encajan bien en las tipologías o no lo hacen de un modo permanente y único, amén de la adecuación y de la utilidad particular de todo sistema taxonómico”⁸⁵.

⁸⁵ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. 1998. *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Pág. 123.



El comportamiento humano sorprende al propio investigador quien, habiendo analizado las variables sociodemográficas y victimológicas más frecuentes para trazar perfiles generales, comprueba a menudo que las personas no permanecen en compartimentos estancos.

2.2.2 Criterios de clasificación, perfiles victimológicos y relevancia jurídico penal

Dos han sido los principales criterios de clasificación en victimología que han ido sucediéndose en el tiempo⁸⁶ y que serán analizados en los epígrafes siguientes:

1. El criterio de la participación o contribución victimal en el delito.
2. El criterio del riesgo y la vulnerabilidad victimal.

El criterio de la participación o contribución victimal tiene su reflejo en la victimodogmática. En los códigos penales se articula el valor jurídico del consentimiento y de determinadas conductas de la víctima que actúan como atenuantes de la pena y, en su caso, aminoran la responsabilidad civil. El criterio del riesgo y la vulnerabilidad victimal puede ponerse en relación con el bien jurídico protegido en la norma penal, "*así como en las previsiones procesales de protección a las víctimas y testigos*"⁸⁷ y en la interpretación jurisprudencial al respecto.

⁸⁶ HERRERA MORENO, Myriam. **La hora de la víctima. Compendio de victimología**. EDERSA. Madrid, 1996. Pág. 83.

⁸⁷ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Faustina y GARCÍA MERCADER, Emilio José. (coords.) **Victimología forense**. Estudios victimales. España, 2010. Pág. 100.



Además, influirá en la agravación de las penas y en la previsión de algunas específicas que pueden consistir en el alejamiento del agresor o en la realización de una determinada prestación en beneficio de la comunidad. En ciertos supuestos, la apreciación del riesgo victimal impedirá la aplicación de la justicia restaurativa, al menos a corto plazo.

Fuera de criterios propiamente victimológicos, incluyendo el de los factores de resistencia a la victimización, se aludirá también al criterio de las tipologías delictivas, tal y como se recoge en el Código Penal. En cada delito puede hablarse de características victimológicas comunes frente al concepto de perfiles que tiende a olvidar los aspectos socioestructurales del proceso de victimización y la dimensión subjetiva del concepto de víctima.

2.2.3 El criterio de la participación/contribución de la víctima: víctima precipitativa y consensual

Dentro de la victimología positivista, en la concepción de la víctima como “actor sufriente” de Von Hentig, Mendelsohn se refirió a las víctimas inocentes, colaboradoras y provocadoras. Si bien su clasificación posee un valor más histórico que práctico, se pueden encontrar hoy tres aplicaciones de la misma:

1. En aras a entender el fenómeno de la victimización secundaria y terciaria⁸⁸, concretamente por parte de la sociedad, puede relacionarse el concepto de víctima

⁸⁸ Seguimos aquí una interpretación de Wolfgang cuando diferencia entre victimización primaria (por el hecho delictivo), secundaria (por la reacción a ese hecho por parte de las instituciones públicas y privadas) y terciaria (por la reacción a ese hecho por parte de la sociedad y, en particular, fomentando el



inocente con la percepción social respecto de las víctimas y la teoría del mundo justo de Lerner de los años sesenta.

2. En la explicación de la ausencia de sentimiento de culpabilidad pueden conectarse los conceptos de víctima inocente y culpable con las técnicas de neutralización de los victimarios, dentro de un énfasis renovado en la interacción de la llamada “pareja criminal/victimal”, es decir, la víctima y el victimario, a medio y largo plazo a través de la justicia restaurativa.

3. Las consideraciones de la contribución de la víctima al hecho delictivo son estudiadas en la victimodogmática⁸⁹.

2.2.4 El criterio de la vulnerabilidad⁹⁰: personal, relacional, contextual y social

En los orígenes de la victimología, el victimólogo alemán positivista Von Hentig se refirió a la víctima nata o por destino y el norteamericano Ellenberger desarrolló el concepto de vulnerabilidad victimal, centrándolo en aspectos individuales.

En la victimología actual, el concepto de vulnerabilidad se identifica con la pertenencia a un colectivo de riesgo. Dicho riesgo se define con parámetros individuales, relacionales,

etiquetamiento o estigma de víctima, es decir, la autopercepción como víctima). WOLFGANG, E. **“Introducing victimology”** *en* J.J. M. van Dijk, R.G.H. van Kaam y J. Wemmers (eds.) **Caring for crime victims**, New York: Criminal Justice Press. 1999. Pág. 1.

⁸⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. **Victimología, justicia penal y justicia reparadora**. Universidad Santo Tomás. España, 2006. Págs. 347-348.

⁹⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José (comp.) **Código de los derechos de las víctimas**, 2ª ed. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2007. Pág. 550.



contextuales y socioestructurales. La apreciación jurídica de la vulnerabilidad puede tener su reflejo en la agravación de la pena.

Por otra parte, la vulnerabilidad debe estudiarse longitudinal e interrelacionadamente. La vulnerabilidad primaria afecta a la secundaria y terciaria⁹¹, es decir, aquella sufrida por víctimas de un delito que posteriormente ven incrementada su victimización por parte de las agencias de control social (la familia, los amigos, el colegio, el trabajo, la sociedad, los medios de comunicación, los servicios sanitarios y sociales, la policía, los tribunales).

2.2.4.1 Vulnerabilidad personal

La vulnerabilidad personal hace referencia a las características psicobiológicas, concretas, a la edad, al sexo, al equilibrio emocional, a enfermedades y/o adicciones. No obstante, siguiendo las premisas de la victimología crítica estas características deben estudiarse dentro de la construcción sociocultural de las mismas en relación con la vulnerabilidad social.

2.2.4.2 Vulnerabilidad relacional

La vulnerabilidad relacional se centra en los desequilibrios de poder entre el agresor y la víctima, como en la violencia de pareja o por parte de familiares. Este criterio sería subsumible también en la vulnerabilidad social.

⁹¹ Y viceversa, en determinados supuestos.



La victimología también se ha ocupado de los turistas como víctimas de delitos en cuanto que no conocen el idioma ni la cultura y, por tanto, no disponen de la información necesaria para tomar ciertas medidas preventivas. Además, no cuentan con elementos de apoyo en el país ya que su estancia es temporal.

Las consecuencias jurídicas de los diferentes tipos de vulnerabilidad relacional pueden aglutinarse en la consideración de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal relativas al abuso de superioridad, confianza o indefensión de la víctima.

Por otra parte, conviene aludir aquí a los modelos teóricos, como el desarrollado por Ezzat Fattah, que explican la distorsión de la realidad por parte del agresor, permitiéndole diluir su sentimiento de culpa o autojustificándose, por medio de las llamadas técnicas de neutralización desarrolladas, en 1967, por los criminólogos estadounidenses Sykes y Matza (negación de la víctima, del daño, de la responsabilidad, deslegitimación de las instituciones y apelación a lealtades superiores). Ello facilita entender cuándo un mismo hecho puede tener significados totalmente diversos para el agresor dependiendo de quién sea la víctima.

2.2.4.3 Vulnerabilidad contextual

La vulnerabilidad contextual se refiere,

“al hábitat social o lugar en que se produce la victimización en relación con los distintos roles concretos en que desarrolla su vida una persona: el domicilio, la



*escuela, el trabajo, una residencia de ancianos, un centro de internamiento, el espacio virtual que proporciona Internet o, de forma más específica, la administración de justicia cuando una persona acude como víctima o testigo*⁹².

Aquí se han aplicado como modelos explicativos y preventivos los esquemas de la elección racional (teorías del estilo de vida, de las actividades rutinarias, de la oportunidad...), enfatizando la prevención situacional. Por otra parte, una posible Victimología ecológica distinguiría entre el medio urbano y rural como variable de los procesos de victimización y desvictimización.

2.2.4.4 Vulnerabilidad social

La vulnerabilidad social abarca aspectos que van más allá de las teorías de la elección racional o de la oportunidad, para acercarse al paradigma de la victimología crítica, centrada en aspectos estructurales (culturales, sociales, económicos y/o políticos). Beristáin se refiere aquí *“a los procesos de macrovictimización. En la normativa internacional, podemos aludir al concepto de víctimas de abuso de poder*⁹³.

En los aspectos culturales, Fattah se refiere

“a las víctimas ‘apropiadas’ o cuya victimización se promueve o no se condena por la cultura mayoritaria (piénsese, por ejemplo, en la consideración social y jurídico-

⁹² HERRERA, *op. cit.* Pág. 225.

⁹³ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. 2004. **Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)**. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág. 75.

penal de la violación dentro del matrimonio siguiendo las variables espacio-temporales). También alude a la concepción por parte de algunos grupos de víctimas 'desechables o sin valor', entre las que se encontrarían los delincuentes, los drogadictos, las prostitutas, los homosexuales"⁹⁴.

Respecto del concepto estricto de vulnerabilidad social se refiere aquí a minorías en situación de desigualdad, legal y/o real, en la sociedad, así las mujeres⁹⁵, los niños, los ancianos, los homosexuales y lesbianas, las minorías étnicas, los inmigrantes, las personas con enfermedad o incapacidad..., especialmente en peligro de victimización ante determinados contextos o hábitats sociales. Por ejemplo, según las estadísticas penales, muchos grupos vulnerables se encuentran sobrerrepresentados, es decir, las agencias jurídico-penales ejercen un mayor control sobre ellos.

Asimismo, de acuerdo con los últimos informes de Amnistía Internacional sobre España, existe un mayor riesgo de ser víctima de malos tratos policiales en caso de ser inmigrante, sin recursos, gitano, prostituta... (de forma creciente si estas características se reúnen acumulativamente), existiendo más denuncias en el ámbito de la policía local⁹⁶.

Finalmente, aunque puede darse en cualquier tipo de víctimas, "*las víctimas socialmente vulnerables experimentan en mayor grado el fenómeno de la revictimización* o

⁹⁴ FATTAH, *op. cit.* Pág. 168.

⁹⁵ Sin entrar en la polémica valoración jurídico-penal, un ejemplo de consideración de la vulnerabilidad estructural de las mujeres se encuentra en la previsión de un tipo específico en que solo las mujeres pueden ser víctimas.

⁹⁶ Cabe aludir aquí al proyecto Stanford sobre las posibilidades de deshumanización como factor de malos tratos en conexión con la vulneración contextual y relacional.



*victimización reiterada, desde perspectivas cualitativas, temporales y/o espaciales*⁹⁷. En este mismo sentido, Fattah se refiere a las víctimas reincidentes y crónicas.

2.3 El criterio de la resistencia a la victimización

Como se ha podido observar, el criterio de la vulnerabilidad resulta tan omnicomprendivo que cualquiera podemos incluirnos en alguna de las tipologías y, de alguna manera, puede cuestionarse la utilidad clasificatoria.

En todo caso, en el ámbito de la investigación deben considerarse los factores de vulnerabilidad o riesgo como variables para el estudio del proceso de desvictimización o recuperación social de las víctimas, en concreto, de su resiliencia.

Las personas, las familias, las escuelas y las comunidades cuentan de forma interrelacionada *“con factores de riesgo y de protección o resistencia frente a la victimización”*⁹⁸. Ello en tanto la prevención primaria, que afecta también a la secundaria y terciaria, *“se ha dado un cambio de paradigma desde el concepto de factor de riesgo al de factor de protección o resistencia a la delincuencia y la victimización, también denominado resiliencia”*⁹⁹.

⁹⁷ HERRERA, *op. cit.* Pág. 112.

⁹⁸ GARRIDO, V., STANGELAND, P., y REDONDO, S. (2006). **Principios de criminología**. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Págs. 791-5.

⁹⁹ Más ajustado al conocimiento científico que el de invulnerabilidad, inmunidad o adaptación progresiva psicológica.

Por su parte, Cyrulnik expone que: *“La resiliencia no es un catálogo de las cualidades que pueda poseer un individuo. Es un proceso que, desde el nacimiento hasta la muerte, nos teje sin cesar, uniéndonos a nuestro entorno”*¹⁰⁰.



El concepto se popularizó a finales de los años ochenta del siglo pasado. Surgió de la evidencia científica anterior de que hasta de los ambientes más desfavorables tanto como puede ser una familia maltratadora; una familia en la que ETA ha asesinado al padre, cuando no había ningún tipo de apoyo ni institucional ni social; incluso, un campo de concentración surgen niños y, a la larga, adultos saludables, es decir, con un desarrollo normal y, en ciertas ocasiones, ejemplar en niveles de competencia social.

Es así como se debe entender que la resiliencia tuvo que esperar la llegada del siglo XX para ocupar un espacio preponderante en la recuperación integral de la víctima de cualquier tipo de delito. Fue necesario esperar hasta el siglo XIX para empezar a hablar de trauma.

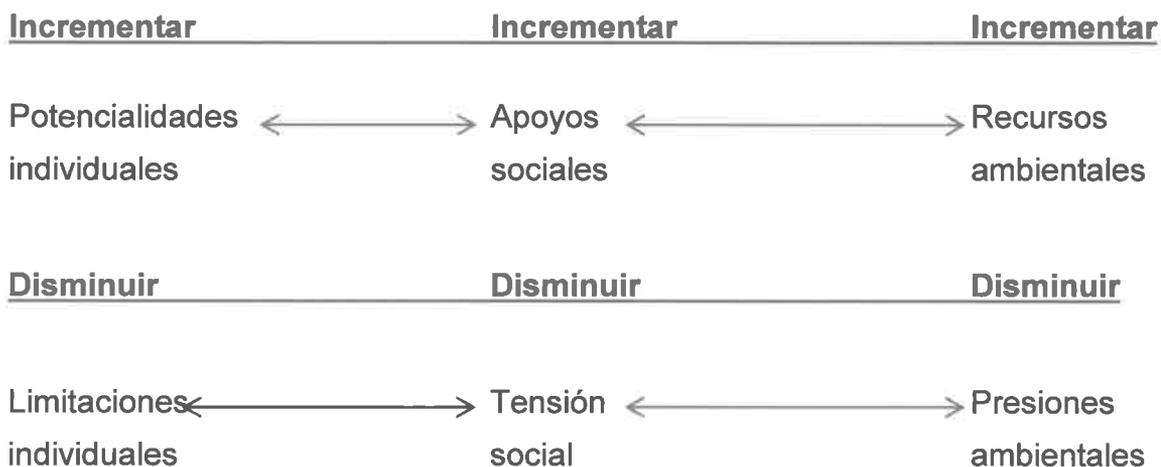
Y solamente desde la década de los 80 del siglo pasado se trabaja sobre la idea de resiliencia, la posibilidad de volver a la vida después de una agonía psíquica traumática o en condiciones adversas.

¹⁰⁰ CYRULNIK, Boris. **¿Por qué la resiliencia?: lo que nos permite reanudar la vida**. GEDISA. Madrid, España, 2006. Pág. 35 Sitio: <http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/2801/1/UPS-QT01138.pdf> Consultado 08/08/2015. Neurólogo, psiquiatra y psicoanalista y uno de los fundadores de la etología humana. Profesor de la Universidad de Var en Francia y responsable de un grupo de investigación en etología clínica en el Hospital de Toulon.



La definición de resiliencia es simple y ampliamente aceptada, pero lo que resulta más difícil de descubrir son las condiciones que permiten iniciar un nuevo desarrollo después del trauma. Ninguna especialidad puede, por sí sola, explicar el retorno a la vida. Hace falta, por tanto, asociar a los investigadores de disciplinas diferentes y reunir sus datos con la perspectiva de descubrir los factores, heterogéneos pero no obstante integrados, que hacen posible un proceso de neo-desarrollo.

En la perspectiva que plantea Bloom (1996), se puede apreciar la ecuación sistemática de la prevención¹⁰¹:



Según Enrique Echeburúa:

“Las personalidades resistentes al estrés se caracterizan por el control emocional, la autoestima adecuada, unos criterios morales sólidos, un estilo de vida

¹⁰¹ GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, *op. cit.* Pág. 796.

equilibrado, unas aficiones gratificantes, una vida social estimulante, un mundo interior rico y una actitud positiva ante la vida. Todo ello posibilita echar mano de los recursos disponibles para superar las adversidades y aprender de las experiencias dolorosas, sin renunciar a sus metas vitales”¹⁰².



A principios de los 80, del siglo pasado, John P. J. Dussich planteó la posibilidad de una teoría de afrontamiento social de la victimización y otro tipo de adversidades,

“de forma que pudiera entenderse la interrelación de los diferentes elementos psíquicos y sociales que influyen en ese proceso dentro de la singularidad de la situación de cada persona. Un aspecto que influye negativamente en la recuperación de las víctimas, resaltado en este modelo teórico, es la sensación de abandono o de incompetencia por parte de las instituciones que deben protegernos”¹⁰³.

Una vez más se reitera que, siguiendo el esquema de la victimología crítica, que es preciso concienciarse de la relatividad del concepto de víctima, así como de la posibilidad de medir la victimización y de realizar clasificaciones de víctimas. Ello es así por el carácter dinámico, complejo (por su relación con aspectos individuales, grupales y estructurales) y diverso de los procesos de victimización que no pueden constituirse en

¹⁰² ECHEBURÚA, Enrique y Paz DEL CORRAL. *¿Por qué las víctimas no reaccionan de la misma manera ante un mismo suceso traumático? Factores de protección y factores de vulnerabilidad.* En *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y ley. 4.ª Jornadas Jurídico-Psiquiátricas, Córdoba, 3 y 4 de octubre de 2008*, editado por A. MEDINA et al. Triacastela. Madrid, 2004. Pág. 34.

¹⁰³ DUSSICH, John P. J. **Asistencia, recuperación y restauración de las víctimas.** EGUZKILORE Número 26. San Sebastián 2012 53 – 62. Pág. 57 Sitio: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2177136/Dussich+Eguzkilore+26-9.pdf> Consultado 10/05/2016.



categoría homogénea de identidad. Este aspecto se relaciona con las víctimas que caen en el victimismo, o en las que se perpetúa la “etiqueta” o estigma de víctimas.

La normativa internacional distingue un conjunto de derechos de las víctimas, con una proyección a corto, medio y largo plazo. Si bien existen normas internacionales específicas, por ejemplo para víctimas de violencia familiar y abusos sexuales, así como de terrorismo, los siguientes nueve grupos de derechos son predicables del conjunto de víctimas¹⁰⁴.

A. Información comprensible sobre los recursos asistenciales y sobre el proceso penal.

B. Acceso a la justicia.

C. Protección frente a la revictimización y posibles venganzas del infractor y su círculo. La protección afecta no solo a la integridad física y libertad de la víctima, sino también al respeto de su dignidad, vida privada y familiar. En definitiva, la protección abarca tanto procesos de revictimización como de victimización secundaria.

D. Asistencia gratuita de emergencia y continuada. La asistencia debe comprender aspectos materiales, económicos, psicológicos, sociales, sanitarios, legales y, en su caso, religiosos o espirituales.

E. Participación en la elaboración de las normas y servicios que afectan a las víctimas, tanto en la definición de los problemas como en la articulación de su manejo y prevención. Toda acción pública debe estar presidida por el principio de coordinación, entre agencias públicas y privadas, con un enfoque multidisciplinar. Esta participación se realiza fundamentalmente a través de las asociaciones, pero debe considerarse que siempre habrá víctimas que queden fuera de ellas y tienen

¹⁰⁴ En algunos casos se puede distinguir entre derechos exigibles ante los tribunales, ya que implican una obligación estatal de actuar a favor de ellos, de meras expectativas o necesidades más generales. Cabe recordar que solo los convenios ratificados por el Estado y ciertas normas comunitarias poseen un efecto jurídicamente vinculante, teniendo el resto de la normativa internacional un carácter orientador de la política victimal.



derecho a ser oídas por las instancias públicas y sociales. Los gobiernos deben comprometerse a favorecer la acción de las asociaciones, así como a incentivar la concienciación pública.

F. Reparación económica, social y moral. *Respecto de la reparación económica deben preverse esquemas de compensación estatal basados en los principios de subsidiariedad y solidaridad.*

G. Interés en que no vuelvan a repetirse los hechos contra ellas u otras víctimas, *es decir, el derecho a la prevención. Además, toda política victimal, incluyendo las medidas preventivas, deben fundamentarse en investigaciones victimológicas recientes, específicas y solventes.*

H. Trato digno. *Las investigaciones victimológicas sobre la normativa a favor de los derechos de las víctimas muestran que aunque las previsiones legislativas y la creación de servicios sean satisfactorias, su funcionamiento en la práctica dependerá, no solo de los recursos materiales, sino de la formación específica y, fundamentalmente, de la actitud de las personas con las que deben relacionarse las víctimas cotidianamente. La normativa internacional fomenta el papel del voluntariado formado y supervisado por profesionales. Deben considerarse de forma específica las necesidades de grupos vulnerables, fomentando, en su caso, servicios de asistencia especializados. Por otra parte, a la hora de ejercitar estos derechos deben preverse procedimientos simplificados y rápidos.*

I. Protección de los intereses de las víctimas en el marco de la justicia restaurativa. *Si bien las últimas investigaciones han señalado que, dentro de sus limitaciones, la justicia restaurativa supone la reacción penal más prometedora para proteger los intereses globales de las víctimas, pueden existir riesgos en el desarrollo de cada programa concreto. Los gobiernos tienen que elaborar principios claros de protección de los intereses de las víctimas, asegurando el consentimiento libre, la confidencialidad, el acceso a un abogado, la posibilidad de retirarse en cualquier momento y la competencia de los mediadores.*

Debe atenderse especialmente a las víctimas en situación de vulnerabilidad por su condición sociodemográfica y/o física (mayores, niños; extranjeros, inmigrantes; mujeres; personas con incapacidades; sin recursos económicos; con problemas mentales; adicciones...) y por el tipo de delito (violentos, sexuales, familiares, de terrorismo...). Debe fomentarse la autonomía y empoderamiento de las víctimas mediante el establecimiento de los recursos necesarios a lo largo del tiempo.

Existirían, al menos, cinco riesgos o amenazas para las víctimas en su participación en los programas restaurativos: 1. El aumento de la victimización en

cuanto que les suponga una carga más e incremente su miedo al delito, especialmente en los casos graves; 2. La presión para aceptar el programa, en particular en comunidades pequeñas; 3. Las dificultades para salvaguardar su seguridad; 4. Los problemas con la confidencialidad del proceso; y 5. El incumplimiento de los acuerdos.

En todo caso, la mayor parte de las evaluaciones empíricas comparadas concluyen que los programas restaurativos no conllevan más riesgos de victimización secundaria que los sistemas ordinarios, sino más bien benefician particularmente a las víctimas que participan en ellos en diferentes aspectos.

2.4 La victimología y los derechos humanos: modalidades de responsabilidad en la vulneración de derechos fundamentales por parte de los victimarios en delitos contra la vida e integridad de las personas

Al igual que lo que ha ocurrido con otras disciplinas y/o ciencias, los objetivos iniciales de la doctrina sobrepasan los alcances prácticos y, al igual que las legislaciones, quedan alejadas de las realidades.

De ello, si se considera que la victimología general lleva a cabo el proceso completo de identificación, estudio, tratamiento, clasificación y rehabilitación de una víctima para todos, entonces ha de tener un enorme campo visual de sus víctimas. En específico, víctimas de desastres naturales, tormentas, terremotos, explosiones de volcanes, maremotos, sequías, vientos fuertes, contaminación, enfermedades ocasionadas por las condiciones ambientales, víctimas de enfermedades además del médico y el enfermero ¿quién más debe tener preparación con las víctimas terminales y sus familiares?

¿El tanatólogo, el criminólogo o victimólogo general?, es importante también conocer a las víctimas de los gobiernos, cuando el abuso de poder ocasiona desastres sociales, en



lo referente al no cumplimiento por parte de este de los derechos fundamentales. Asimismo, deben ser consideradas víctimas, aquellos que carecen de vivienda, educación, servicios de salud, de alimento, si se aborda el fenómeno criminal en su análisis causal y se trabaja en una victimología etiológica-multifactorial en la que se buscan las causas de su victimización, por una lado, se tiene al gobierno que inhibe o dificulta el acceso a los bienes básicos de desarrollo y, a la vez, se estudia que hay posibilidades de que el pobre, el que no tiene posibilidades de crecimiento social, puede llegar a delinquir, entonces son víctimas futuros delincuentes y viceversa; también, habrá que considerar las víctimas de los abusos de policías, militares, servidores públicos de alto nivel.

“Además de estas, hay que observar a las víctimas de terrorismo, de tráfico de órganos, trata de personas, mutilaciones, de guerras (soldados y ciudadanos), animales, de abuso sexual, de abusos médicos, de profesionistas, entre tantos tipos más, y no solo limitarse a aquella primera clasificación mendelsoniana”¹⁰⁵.

Sin que el listado anterior sea esa totalidad de víctimas, se debe tener en cuenta que la victimología y sus ramas (si se llegara a especializar de tal forma) tienen una labor muy compleja por cumplir.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ TEIJUEQUE, David, GARCÍA LÓPEZ, Eric y DELGADO MARINA, Sabino. **Valoración pericial psicológica de la víctima de mobbing**. En Psicología Iberoamericana, vol. 18, núm. 2, julio-diciembre, 2010, Págs. 8-18 Universidad Iberoamericana, Ciudad de México Distrito Federal, México, 2010. Pág. 12.



Al hacer referencia al catálogo de víctimas se significa que a cada tipo de delito o de delincuente especializado le deriva un tipo de víctima. Posiblemente y sin negar posibilidad al error, el violador mantiene cercanía con la víctima, sin dudar que exista quienes sin conocerla tomen la iniciativa.

Al narcotraficante le corresponden las víctimas fuertes, policías, mandatarios administrativos de la función pública y también los débiles como los distribuidores menores. Existen diversas formas de robo, cada especialista tendrá su víctima, el que robe joyerías o el carterista, de casas, entre otros. Y así a cada delincuente le viene su víctima.

De dicha relación se pueden construir planes preventivos, difícilmente se logrará a quienes ya sufrieron un hecho, pero las experiencias pueden servir para situaciones futuras y de otras personas. El estudio victimológico clínico y/o forense arrojará muchos resultados de ambas personalidades, siendo la criminología la que aporte aquellos datos sobre el delincuente y la victimología complementa su análisis con cada caso particular.

2.4.1 El olvido de las víctimas

Al abordar el tema de los derechos humanos de las víctimas del delito surge como necesario punto de referencia el abandono al que han estado sometidas por parte del excluyente sistema penal moderno.



Nadie quiere identificarse con los perdedores del drama criminal, pues además de sufrir el impacto del delito, deben enfrentar la indiferencia e insensibilidad del sistema legal y soportar la falta de solidaridad de la propia comunidad.

El derecho penal, como sostiene Antonio García-Pablos,

“parece hallarse sesgado y unilateralmente dirigido a la persona del infractor, relegando a la víctima a una posición marginal: al ámbito de la prevención social y del derecho civil sustantivo y procesal. El sistema legal, por ejemplo, define con toda precisión el estatus del inculcado, sin que dicho garantismo a favor del presunto responsable tenga como lógico correlato una preocupación semejante por los derechos de las víctimas”¹⁰⁶.

El Estado, preocupado en perseguir y castigar al delincuente por la vulneración al ordenamiento jurídico, ha despersonalizado el conflicto subyacente al delito, apropiándose de él, ha excluido a las víctimas incrementando el daño producido por el delito, despojando de la dimensión humana y pluralista al sistema penal.

Los retos que hoy debe enfrentar la administración de justicia, en especial rescatar del olvido el punto de vista de las víctimas¹⁰⁷, exigen una lectura diferente de sus conceptos

¹⁰⁶ GARCÍA-PABLOS, Antonio, **El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal)**, 306, en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993).

¹⁰⁷ Afirma Elías NEUMAN, **Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales**, 43. 2ª. ed. Edit. Universidad. Buenos Aires, 1984. Pág. 43, “No puede explicarse el fenómeno criminal sin la presencia de la víctima. Será preciso su análisis e investigación, que revelan en



básicos que sirva de fundamento a un modelo de justicia penal humanizado, basado en las víctimas, en los otros, un modelo que garantice la pluralidad y aporte soluciones satisfactorias y reales a los conflictos, que permita el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los protagonistas del drama criminal, especialmente a las víctimas, a fin de contribuir a la creación, el mantenimiento y desarrollo de una paz justa en la sociedad.

2.4.2 Estado social y democrático de derecho, sistema penal y las víctimas del delito

Al referirse al Estado social y democrático de derecho, G. Peces- Barba afirma que,

“se trata de un modelo que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, desde la libertad inicial o psicológica de la libertad moral o libertad final, a través de la creación de una organización social adecuada a estos objetivos”¹⁰⁸.

En otras palabras, el Estado social democrático de derecho constituye una forma de organización estatal que, como lo manifiesta en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, teniendo como una de las finalidades esenciales garantizar la efectividad de los

múltiples delitos, la cada vez más tangible interacción con el delincuente, a punto tal que sin ella no puede comprenderse debidamente la conducta de este”.

¹⁰⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Los valores superiores**. Tecnos, Madrid, 1986. Pág. 63. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi Bogotá (Colombia) N° 12: 353-372, Edición Especial 2008.



principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Se trata de un modelo que está por construirse y que supone, en muchos aspectos, un ideal utópico. Tiene una influencia directa en la totalidad del ordenamiento jurídico y muy especialmente en el sistema penal al que le exige el abandono de algunas concepciones tradicionales y orientarse hacia la creación de nuevos esquemas que contribuyan a garantizar la dignidad de las personas y el desarrollo integral de la condición humana en la vida social.

Es por ello que el sistema penal se debe reformular como un instrumento en el esfuerzo de los hombres por alcanzar la paz, y para lograr este objetivo es preciso orientar el sistema hacia la solución del conflicto subyacente al delito, dejando de lado aquella idea según la cual el sistema penal debe tener como finalidad principal la imposición de una pena o simplemente la represión.

“No es posible medir la eficacia de la administración de justicia por el número de sentencias condenatorias que sean proferidas”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ DE JORGE MESAS Luis Francisco. **La eficacia del sistema penal**, 60, en *Cuadernos de Derecho Judicial-Criminología XXIX* (Antonio García-Pablos, (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, septiembre de 1994).



Implica con ello que la eficacia del sistema penal no puede ser contemplada solo desde el punto de vista del delincuente (reincidencia, etc.) o del delito (aumento o disminución de su número, extensión del campo negro, etc.).

Si el problema tiene tres términos (o cuatro si se quiere, pero sin olvidar que el delito y victimización están íntimamente unidos), la respuesta, esto es, la acción del sistema de la justicia penal, necesariamente actúa sobre todos ellos, y a todos les afecta. Su eficacia deberá contemplarse desde la total perspectiva del conjunto y, por lo tanto, también desde el punto de vista de la víctima.

Un sistema penal que pretenda ser coherente con el modelo de Estado social y democrático de derecho debe buscar la humanización del sistema penal, es decir, procurar que este tenga una estructura comprensiva del hombre, y para lograrlo es preciso que se oriente en primer lugar hacia las víctimas, hacia los vencidos, que les reconozca el verdadero protagonismo que tienen en el drama criminal, que tenga como objetivo fundamental, sin descuidar al delincuente, sus derechos y garantías, escuchar, comprender y atender sus necesidades.

Por esta razón, la consideración de víctima limitada solo al sujeto pasivo del delito, desconociendo que todo delito genera un número plural de ellas, las pocas alternativas legales para la intervención de las víctimas en el proceso penal, cuando no su absoluta imposibilidad, el desconocimiento de sus derechos y en no pocas ocasiones la burla a sus necesidades con sentencias ineficaces por insolvencia, real o simulada, del victimario, la absolución del delincuente por error judicial o deficiencia en la actuación de



los funcionarios, son factores, entre otros, que han hecho del sistema penal un verdadero laberinto para las víctimas en el cual se sienten perdidas, estigmatizadas y olvidadas.

El modelo de Estado social y democrático de derecho es político y constituye una fórmula programática para la sociedad¹¹⁰, en la cual los valores sobre los que se funda son un conjunto de propósitos a través de los cuales se debe estructurar el ordenamiento jurídico y mirar las conductas de los ciudadanos y de las autoridades.

“Se trata de un modelo que se impone unos fines específicos que lo legitiman, cuya realización y defensa obliga al Estado a intervenir para garantizar una vida digna de las personas a través del reconocimiento de una serie de derechos básicos e imprescriptibles”¹¹¹.

La persona humana y su dignidad constituyen el principio y fin de este modelo de organización estatal; esta afirmación no es simple retórica sin ningún contenido, por el contrario, su reconocimiento conlleva importantes consecuencias para la dinámica de las relaciones sociales, pues *“supone la estructuración de una forma de organización política que tiene como razón de ser la creación de un medio idóneo para asegurar el desarrollo del ser humano en la vida en sociedad”¹¹².*

¹¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 4.^a ed. Tecnos. Madrid, 1991. Págs. 223-224.

¹¹¹ DÍAZ, Elías. **Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia**, 145-153, en *El fundamento de los derechos humanos* (Gregorio PECES-BARBA, (dir.). Colección Universitaria, Debate, Madrid, 1989. Págs. 146-147.

¹¹² PECES-BARBA, Gregorio. **Los valores superiores**. 1.^a reimpr. Tecnos. Madrid, 1986. Pág. 63.



A partir de esta idea se puede señalar que el ordenamiento jurídico debe tener como centro de atención al hombre y estar identificado por su contenido social, lo que conduce a considerar que los ciudadanos y las autoridades están obligados a asumir un papel activo, a la vez que un compromiso permanente en la promoción de los derechos fundamentales, en la superación de la idea de Estado de derecho como expresión de la legalidad abstracta, *“que permita considerar al ser humano como a un individuo de carne y hueso, individual o colectivo, sujeto de derechos y responsable frente a sí mismo y a sus semejantes”*¹¹³.

Esta reflexión en torno a los postulados básicos que orientan el Estado social y democrático de derecho permite tomar como punto de partida un concepto de víctimas del delito comprensivo de todas aquellas personas y todos aquellos grupos que se ven afectados por el hecho criminal y, a partir de ahí, aproximarse a sus derechos fundamentales.

2.5 La iconicidad de la víctima de delitos contra la vida e integridad de las personas

El concepto de víctimas del delito sobre el cual se debe basar el contenido y tratamiento de sus derechos humanos, debe cobijar a los titulares del bien jurídico protegido con la norma. Pero, no exclusivamente a ellos, pues hay otras personas o grupos que se ven perjudicadas directa o indirectamente con la conducta criminal y que tienen los mismos derechos de quienes han sufrido la agresión directa para ser atendidos en sus

¹¹³ MESUTTI, Ana. **El tiempo como pena y otros escritos**. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Criminología y Victimología No. 2, Bogotá, 1998. Pág. 63.



necesidades y expectativas con independencia de la relación que tengan con su(s) victimario(s) y del enjuiciamiento, acusación o condena que se produzca en su contra.

En concreto, el concepto de víctimas del delito incluye: *el sujeto pasivo de la infracción*, entendido como aquella(s) persona(s) sobre la(s) cual(es) recae la acción del delincuente; *los perjudicados directos*, que son quienes, sin ser los titulares del bien jurídico protegido, reciben directamente los efectos del delito, como los familiares de la persona asesinada; y *los perjudicados indirectos*, quienes sin ser titulares del bien jurídico ni perjudicados directos, deben soportar las consecuencias indirectas del delito, tales como los familiares o dependientes inmediatos del sujeto pasivo que sufran daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación.

Es común que las Constituciones que consagran el modelo de Estado social y democrático de derecho aporten las coordenadas básicas para la necesaria cobertura normativa a la acción de los poderes públicos en el ámbito de los derechos humanos, teniendo los de las víctimas como parte de ellos.

Así, el sistema penal, que como se ha dicho debe guardar coherencia con el modelo de Estado, se nutre especialmente de las normas de la Constitución Política que se ocupan de consagrar, regular y hacer efectivos los derechos humanos. En ellas se encuentra el fundamento para la construcción de un nuevo sistema penal que potencialice el papel de las víctimas e incentive los sentimientos de solidaridad de la sociedad con su sufrimiento.



En pocas palabras, se trata, a través de la reformulación del sistema penal, de reconocer a las víctimas del delito los derechos que se les ha negado y, entender de una vez por todas, que la atención a sus expectativas y necesidades es un asunto de derechos humanos.

La Constitución Política de Guatemala ofrece el marco necesario para que la acción de los poderes públicos se dirija a la creación y desarrollo de un sistema penal más humano, orientado a la reparación integral de las víctimas con un sentido re-creador.

Como queda planteado, se ha llegado, en el ámbito internacional, a un consenso general en la necesidad de considerar a las víctimas del delito como parte principal, junto al victimario y en igualdad de condiciones, de la política criminal de los Estados. Se trata, como dice A. Beristain, *"de una exigencia social y humana: hoy, el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de política social, un problema de derechos fundamentales"*¹¹⁴.

Si bien las legislaciones locales no consagran en forma autónoma un catálogo de derechos referidos específicamente a las víctimas del delito, de acuerdo con las coordenadas planteadas, un sistema penal en el marco de un Estado social y democrático de derecho debe reconocer y garantizar el cumplimiento de, al menos, los siguientes derechos humanos en orden a obtener la resolución real del conflicto subyacente al delito.

¹¹⁴ BERISTAÍN IPIÑA, Antonio. **De las leyes penales y de Dios Legislador (Alfa y Omega del control penal humano)**. EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1990. Pág. 220.



1. El derecho de acceso a la justicia y al tratamiento equitativo ante la ley.
2. El derecho a una reparación integral y a una indemnización.
3. El derecho a la asistencia necesaria para su recuperación.
4. El derecho a una futura convivencia pacífica.

En un Estado social y democrático de derecho, como el que pretende ser Guatemala, basado en el respeto por la dignidad humana, la justicia y la solidaridad, el reconocimiento de los derechos y la atención a las necesidades de las víctimas del delito y en especial del terrorismo debe ser una prioridad para alcanzar la paz, no podemos permitir que se siga interpretando que los innumerables sacrificios pasados y presentes son el precio del futuro. Nuestra respuesta a esta agobiante realidad guatemalteca no puede ser otra que la de emprender la creación de realidades contrarias, donde sea posible la reconciliación y la convivencia futura, donde por fin se alcance la paz.

2.6 La política criminal como fundamento del origen de los tipos penales

El punto de partida de la definición de política criminal es la persecución penal ya que es precisamente una visión integral del sistema penal, pues si bien es cierto que el poder coercitivo o punitivo pertenece al Estado, este se fragmenta en una serie de instituciones u órganos que realizan funciones estratégicas para materializar una buena persecución penal.



Por ello, se parte de la idea que la política criminal se integra de varios ejes fundamentales, siendo estos¹¹⁵:

1) La política penal. Es el conjunto de principios y decisiones que adopta el Estado, dirigidos a determinar qué conflictos de la realidad han de ser elevados a categoría de delitos o faltas penales (política criminal en sentido estricto) y a la vez qué tipo de respuestas penales han de darse a dichos conflictos (política penal, en sentido estricto).

2) La política de persecución penal. Es el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado con el fin de definir los criterios generales que deben orientar al aparato estatal para perseguir racionalmente los delitos cometidos en un determinado contexto social.

3) La política de investigación criminal. Es el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado. Es el conjunto de principios, métodos, estrategias y decisiones que adopta el Estado para organizar y desarrollar eficientemente la actividad de investigación criminal para la consecuente efectividad en la persecución penal.

4) Política judicial. Es el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado para organizar y desarrollar los componentes básicos de justicia criminal establecidos por el Estado en el marco legal, mediante el conocimiento y juzgamiento penal de los casos sometidos a la jurisdicción penal.

¹¹⁵ RAMÍREZ, L. *Manual de derecho procesal penal*. Tomo I. Guatemala, 2004. Pág. 6.



5) Política penitenciaria. Es el conjunto de principios, estrategias y decisiones que adopta el Estado para organizar y desarrollar las actividades propias que conlleva la ejecución de la sentencia penal con el fin de garantizar el objetivo político que el Estado ha formulado para la sanción penal.

Como se puede observar, la política de persecución penal es uno de los grandes ejes que conforman el marco de la política criminal del Estado y en consecuencia, debe guardar relación y coherencia con los restantes ejes que en suma conforman la política criminal del Estado.

Uno de los obstáculos iniciales al abordar el análisis de la política criminal es el de la diversidad de opiniones sobre lo que es y lo que comprende dicha disciplina. Desde 1803, cuando por primera vez Feuerbach definiera la política criminal como "*el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen*"¹¹⁶, hasta la actualidad, existen diversas interpretaciones sobre la extensión de este término.

Por un lado, están quienes definen la política criminal en un sentido amplio. La consideran como "*el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal*"¹¹⁷. Para este enfoque, constituyen la política criminal todas las decisiones adoptadas por el Estado para responder al crimen, como las respuestas de la

¹¹⁶ FEUERBACH, Ludwig. *Principios de la filosofía del futuro y otros escritos*. José María Quintana Cabañas (trad., intr.). PPU. Barcelona, España, 1989. Pág. 78.

¹¹⁷ DELMAS, Marty. MARC, Ancel, y PAZ Y PAZ, Claudia. *Manual de derecho procesal penal*. Tomo I. Guatemala, 2005. Pág. 38.



sociedad en general, tales como las que se brindan desde la familia, el vecindario, la comunidad, los medios de comunicación y otros.

Por el otro lado, se encuentran quienes definen la política criminal como: *“Las decisiones y métodos con los que el Estado se organiza para ejercitar la justicia criminal”*¹¹⁸. Bajo este último enfoque se delimita el contenido de la política criminal únicamente a las decisiones o estrategias adoptadas por el Estado y no por la sociedad. Cabe aclarar que, desde una definición amplia, podría entenderse que los linchamientos o la venganza privada forman parte de la política criminal; pero no, dichos actos son “respuestas del cuerpo social al fenómeno criminal” en el primero de los casos o, de respuestas al fenómeno criminal, en el segundo. En todo caso, son delitos tal cual podrían serlo los hurtos o la violación sexual.

De esta manera se desvirtúa que las respuestas violentas que ejerce la sociedad, fuera del ámbito de la decisión del Estado, sean parte de la política criminal. Aquí se hace referencia a cualquier tipo de respuestas que de manera violenta pueda ejercer la sociedad, como los casos de venganza privada: linchamientos, protestas violentas o coacciones, entre otras, las cuales no pueden ser consideradas como respuestas integrantes de la política criminal sino como un fenómeno criminal más al que el Estado debe brindar atención y respuesta.

Por otra parte, la definición en sentido restringido permite diferenciar entre la política criminal y los métodos de organización que la sociedad utiliza para responder al

¹¹⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Editorial Universitaria Fénix. Guatemala, 2001. Pág. 22.



fenómeno criminal derivado de la deficiencia de los métodos organizados por el Estado dentro de su política criminal. Así, por ejemplo, el hecho de que en una comunidad determinada los vecinos se organicen para salir a patrullar su vecindario y capturar a los “delincuentes”, no puede considerarse como métodos integrantes de la política criminal del Estado, sino como una manifestación de que la política criminal del Estado ha sido deficiente para atender sus necesidades de seguridad frente al fenómeno criminal.

Hay que aclarar que la política criminal, por lo tanto, no es una competencia exclusiva de determinada institución, sino que cada uno de los órganos del Estado colaboran en la construcción de la política criminal mediante la definición de estrategias y decisiones que permitirán brindar cierta clase de respuestas al fenómeno criminal; pero en suma, la efectividad de la política criminal del Estado es una responsabilidad de la totalidad de sus órganos que intervienen en el tratamiento del fenómeno criminal.



CAPÍTULO III

EL ESTADO COMO GARANTE DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

3.1 El Estado como garante de los derechos humanos de los y las ciudadanas

El Estado, como sujeto de derecho, también resulta responsable de ciertas particularidades. La reparación por la responsabilidad extracontractual de aquel, fundada en jurisprudencia y normas de derecho público es una de las temáticas más relevantes.

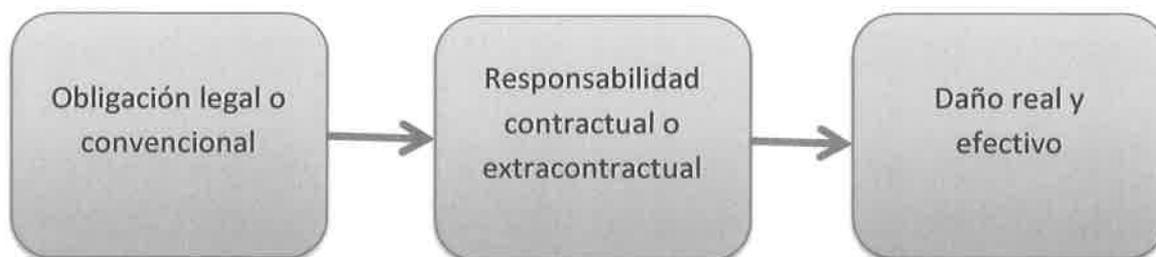
Sin embargo, la protección de los derechos humanos a través de los tratados internacionales ha llevado a que los países internamente adapten los criterios allí enunciados, cuya actualidad resulta de suma importancia puntualizar.

Para que haya responsabilidad debe haber un antecedente y un consecuente. El antecedente es una obligación, pues a nadie se le puede hacer responsable de una conducta o de una omisión si no tiene una obligación, mientras que el consecuente es el daño, atento a que, si la obligación no ocasiona un daño, desde el plano jurídico es irrelevante.



En la misma línea del razonamiento expuesto, para que haya responsabilidad debe darse previamente una obligación legal (Constitución, tratado internacional, etc.) o convencional del Estado, sea esta de hacer o de no hacer.

Ahora bien, en el supuesto caso de no cumplir con dicha obligación y producir un daño, deberá responder por ese incumplimiento; a ello se lo denomina comúnmente “responsabilidad”. Si la obligación es convencional y proviene de un contrato, será “responsabilidad contractual”, y si deriva de una obligación legal será “responsabilidad extracontractual”.



En el supuesto de responsabilidad del Estado, el damnificado deberá demostrar, en su caso, quién es el sujeto activo de esa obligación para poder atribuirle dicha responsabilidad, es decir, que haya causa suficiente; para ello deberá probarse que el Estado es el obligado legal y que debió cumplir con ese servicio público en forma eficiente; es lo que llamamos “falta de servicio”. No resulta necesario demostrar que sus



dependientes o sus órganos actuaron con dolo o culpa, como se requiere en materia civil, sino tan solo deberá probarse la existencia de una falta de servicio.

Una vez finalizada dicha secuencia, continúa otra exigencia por parte del sujeto pasivo, que es la de probar que hubo daño, atento a que no habrá responsabilidad si no existe un daño.

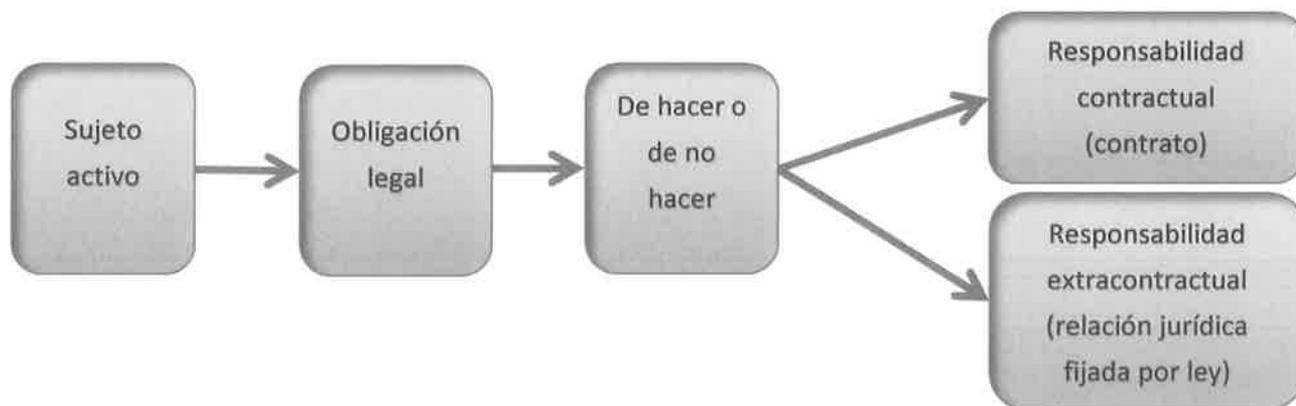
Luego deberá efectuarse la apreciación del daño físico, moral, psíquico; pero es al juez a quien le corresponde, en cada caso en particular, su determinación y extensión, fijando en su consecuencia los rubros indemnizatorios correspondientes.



3.2 Clases o tipos de responsabilidades

Existen dos tipos de responsabilidades, la contractual, derivada de un contrato escrito por medio del cual las partes se obligan al cumplimiento de su objeto, y la extracontractual, en la que no existe un contrato, pero sí una relación jurídica cuya regulación se encuentra determinada por la ley. En este último aspecto, cuando el Estado actúe en forma ilícita o irregular, tendrá una responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, no resulta necesario que proceda en contra de la ley, sino que también tendrá responsabilidad en su obrar lícito, siempre que produzca un daño al sujeto.



Otra de las grandes diferencias entre ambas responsabilidades es que la extracontractual origina una nueva obligación —pagar daños y perjuicios— que nace con el hecho ilícito, pero no como una cuestión sancionatoria (penal), sino netamente resarcitoria (civil).



3.2.1 Diferencias entre los presupuestos de la responsabilidad en el derecho público y en el privado

Los presupuestos de responsabilidad en el derecho público y en el derecho privado no son iguales; existen diferentes matices. Para Bustamante Alsina son elementos comunes a ambos regímenes de responsabilidad (contractual o extracontractual) los siguientes: “1) *antijuridicidad*, 2) *daño*, 3) *relación de causalidad entre el daño y el hecho* y 4) *factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad*”¹¹⁹.

Mientras que los presupuestos de responsabilidad estatal son estos: “1) *el fundamento de la responsabilidad estatal*, 2) *el factor de imputación de las conductas dañosas*, 3) *el daño o la lesión resarcible*, 4) *el nexo causal* y 5) *el factor de atribución*”¹²⁰.

Para Balbín,

*“el régimen del derecho privado es igual que el del derecho público, pero existen matices sumamente importantes que debemos señalar; uno de los más importantes es el factor de imputación, que es extraño en el campo de las responsabilidades civiles de las personas físicas, aunque no así respecto de las personas jurídicas privadas”*¹²¹.

¹¹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9ª. ed. ampliada y actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001, pág. 250.

¹²⁰ *Ibíd*, pág. 251.

¹²¹ BALBÍN, Carlos. **Tratado de derecho administrativo. Tomo IV. La Ley**. Buenos Aires, 2011, pág. 190.



El mismo autor sostiene que la bifurcación entre las actividades estatales lícitas e ilícitas propias del derecho público nos obliga a abandonar necesariamente el campo de la responsabilidad del derecho civil y sus fundamentos.

3.3 La responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos

3.3.1 Gobierno *de facto*

Los derechos humanos han sido materia de regulación y protección, por normativas tanto en el orden interno como en el orden internacional.

Ahora bien, cuando se habla de la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos, el problema se potencia, cuando es el propio Estado el que debe asumir el carácter de garante de los derechos constitucionales y supranacionales, tales como la vida, la salud y la libre expresión, entre otros, y es el Estado el que transgrede su propia norma.

Pero lo que lo hace aún más condenable es la actuación del Estado, como director o ejecutor de los actos lesivos, a lo que se le suma la prescindencia de la sujeción a toda norma, incluidas las draconianas reformas introducidas por la propia dictadura en el Código Penal y el resto de la legislación represiva dictada en la época; *“la casi total denegación de justicia por la carencia de órganos jurisdiccionales independientes que dieran respuesta a los reclamos de los damnificados y sus familiares y la mordaza*

*aplicada sobre los medios de comunicación y sobre la actividad política también impidieron toda denuncia y coadyuvaron a la impunidad de sus ejecutores*¹²².



El horror de las violaciones a los derechos humanos fue en la Argentina mucho mayor que en el resto de Latinoamérica, puesto que, como recuerda Nino, *“la mayor parte de las detenciones clandestinas en nuestro país, al contrario de otros, resultaron en la muerte del prisionero”*¹²³.

En Guatemala, la lesión sufrida por los derechos fundamentales durante los 36 años del conflicto armado interno fue particularmente grave por su carácter sistemático y planificado, que estableció como metodología permanente, habitual y programada desde los más altos niveles jerárquicos del Estado, el secuestro de personas por fuerzas de seguridad estatales y paraestatales, su detención clandestinas en centro ocultos y ajenos al sistema carcelario, el empleo reiterado de tormentos y tratos inhumanos, el asesinato masivo, la apropiación ilegítima de menores y el saqueo de bienes.

3.3.2 El Estado, los derechos humanos y las omisiones estatales

Al reflexionar sobre el rol del Estado como garante de los derechos fundamentales, tanto frente a la propia omisión estatal que causa un daño como ante ataques a los derechos protagonizados por terceros que no son evitados por el Estado, surge un dilema. El efecto horizontal de los derechos, -esto es, su vigencia en las relaciones entre particulares-,

¹²² GONZÁLEZ NAVARRO, Augusto. **Responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos**. Libro homenaje a María Graciela Reinz. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 1996. Pág. 178.

¹²³ NINO, Carlos Santiago. **Juicio al mal absoluto**. Emecé. Buenos Aires, 1996, pág. 250.

debe ser, en última instancia, asegurado por el Estado que está obligado a prevenir su violación y, en caso de no prevenirlo, sancionar al infractor.



Repensar el efecto horizontal de los derechos aplicado a la responsabilidad del Estado es pertinente pues lleva a preguntarse hasta dónde llega el deber estatal de prevenir y asegurar el efectivo goce de los derechos frente a restricciones originadas en acciones de terceros no estatales.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido bastante amplia al hablar de la responsabilidad por omisión del Estado en casos de violación de derechos humanos. Así, mostrando la obligatoriedad del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sostuvo que este,

“es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”¹²⁴.

¹²⁴ Sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 164.



Por ello, a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos reconocidos en la Convención, los Estados Parte deben,

“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹²⁵.

Adentrándose más en la temática de la responsabilidad por omisión, sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que:

“un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹²⁶.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 166.

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 172.



Por ello:

“El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹²⁷.

Este deber de prevención requiere todo tipo de medidas, que en un amplio espectro jurídico, político, administrativo y cultural promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas *“como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”¹²⁸.*

El deber del Estado de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales también frente a los hechos de terceros, marcan una huella que vale la pena explorar. ¿Cómo obligar a que el Estado actúe y subsane omisiones amplias, profundas? Los temas de pobreza son un enorme ejemplo en este sentido. Es el desafío a resolver.

¹²⁷ *Ibid*, párr. 174.

¹²⁸ *Ibid*, párr. 175.



3.4 Estado de derecho y práctica de los derechos humanos

En un nivel teórico es frecuente aludir a concepciones formales y sustanciales de Estado de derecho¹²⁹. En opinión personal, esa distinción no ayuda a entender el concepto y menos aún su relación con los derechos humanos.

A su vez, se trata de una distinción que remite a dos modos de entender el derecho: un modelo dualista, que distingue entre materia y forma del derecho, o un modelo monista, según el cual materia y forma no pueden distinguirse. De ahí que las concepciones monistas tiendan a ver un vínculo esencial entre Estado de derecho y derechos humanos. Como es sabido, las concepciones dualistas insisten en el carácter formal del Estado de derecho. Las monistas ven el derecho (y también el Estado de derecho) estrechamente conectado con los valores que busca asegurar y llegan a identificarlo con ellos. Ninguna de las dos lecturas satisfacen plenamente, aunque la segunda se acerca más a la naturaleza del derecho entendido como práctica social. En las prácticas sociales es muy difícil distinguir materia y forma, pues se entienden en relación con un fin a realizar. En otras palabras, las prácticas adoptan la forma que les permite conseguir el fin que se proponen. Por desgracia ni la una ni la otra sirven para entender el Estado de derecho y menos aún la relación entre Estado de derecho y derechos humanos.

La concepción formal en su dimensión de *no-rights thesis* no permite entender el Estado de derecho precisamente porque este tiene una relación estrecha con los derechos

¹²⁹ CRAIG, P. **Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework.** *Public Law*, Otoño, 1997, págs. 467-468.

humanos y sin ellos parece incomprensible. Por su parte, la concepción sustancial o *rights-conception* del Estado de derecho no es capaz de entender que el Estado de derecho es compatible con un pluralismo de valores.



La idea que se defiende aquí es que Estado de derecho y derechos humanos son complementarios, pues se trata de dos prácticas distintas, con finalidades diversificadas, ambas necesarias, siendo el Estado de derecho capaz de incorporar los derechos. Inversamente, la relación entre los derechos y el Estado de derecho no es central para la práctica de los derechos humanos. La explicación de esta asimetría está en la relación entre Estado de derecho y derecho, por una parte, y entre derechos humanos y derecho, por otra.

El Estado de derecho puede identificarse con el concepto mismo de derecho, mientras que la práctica de los derechos humanos es una práctica de justicia y va más allá de lo jurídico, y al mismo tiempo no cubre todo el campo del derecho. El Estado de derecho busca la realización del fin del derecho: la coordinación autoritativa de individuos libres y responsables. La práctica de los derechos humanos busca, en cambio, la protección de los individuos y de sus intereses fundamentales. La importancia de cada una de esas finalidades está fuera de cuestión, pero, si acaso, la primera representa el corazón de lo jurídico.

La segunda es jurídica pero no solamente y tiene que ver con los sujetos y sus intereses fundamentales. Por este camino se puede llegar a afirmar la necesidad de mantener la

diferencia entre Estado de derecho y derechos humanos, y que el Estado de derecho pueda actuar como contrapeso de los derechos humanos.



Como se decía al inicio, la evolución del Estado de derecho a la luz de la transformación del derecho contemporáneo es un modelo de funcionamiento del derecho dentro del que se pueden identificar dos componentes.

Mientras uno contiene indicaciones sobre cómo tienen que ser las reglas (claras, generales, practicables, prospectivas, coherentes) el otro contiene algunos requisitos sobre su aplicación (de manera imparcial, según su tenor, quien lo aplica está a su vez sometido al derecho).

Sus raíces pueden identificarse bien lejos: en la prioridad del gobierno de la ley sobre el gobierno de los hombres, aunque la noción más común hoy es la de un derecho dominado por el Estado moderno, es decir, creado por el Estado, que tiene a su vez el monopolio de la producción del derecho.

Sin embargo, parece razonable que, en la medida en que el derecho cambie, también tendrá que cambiar el Estado de derecho, sin por eso perder su identidad. Esta afirmación abre un campo inmenso de problemas contemporáneos, pues la reflexión sobre el Estado de derecho acaba siendo la reflexión sobre el derecho y sobre su capacidad de realizar la coordinación autoritativa según ciertas condiciones.



La evolución del Estado de derecho y de los derechos humanos tiene innegablemente una dimensión internacional, sin renunciar por eso a la doméstica.

En cuanto al Estado de derecho se puede distinguir entre *rule of law* e *international rule of law*, entendiendo por esto último la versión del Estado de derecho en la escena internacional. Sin embargo, entre el Estado de derecho y el Estado de derecho internacional no hay solución de continuidad. La finalidad es la misma aunque sus características operativas sean diferentes. La prioridad de las reglas y el control sobre el ejercicio del poder que son los medios a través de los que el Estado de derecho realiza sus fines, son necesarios en todas aquellas dimensiones en las que se ejercita un poder sobre seres humanos.

Y este es el caso también del nivel internacional, en el que Estados, organizaciones internacionales estatales y organizaciones no gubernamentales toman decisiones que afectan a los seres humanos y a sus derechos. Piénsese –por poner un ejemplo relativo a decisiones de entidades no estatales que afectan a derechos de los individuos– en la Organización Mundial de la Salud y en las decisiones sobre movilidad o fármacos en momentos de epidemias. Lo que ocurre es que las normas producidas por estas entidades son distintas de aquellas clásicas del Estado soberano, empezando por las Constituciones.

Desde este punto de vista, el Estado de derecho internacional es el contenido de un *long-term project* de reforma del derecho en su dimensión internacional. Es interesante hacer notar cómo algunas de estas líneas de desarrollo están ya en formación.



3.5 La relación entre Estado de derecho y derechos humanos y su complementariedad

Para delinear la relación entre Estado de derecho y derechos humanos se pueden tratar los dos elementos separadamente y después la relación entre ambos.

Para empezar, cabe señalar que las distintas versiones del Estado de derecho tienen en común la idea de que se trata de un concepto jurídico que se ha transformado en valor jurídico fundamental, resumible en ostentar el primado o ejercer el gobierno de las reglas. Es ya importante ver que el Estado de derecho es difícil de definir de forma unívoca: sin duda, el mejor modo de explicarlo es utilizando el método inductivo, a través de la formulación de una lista de características, pero dejando abierta la puerta a la integración de otros componentes.

Y esta metodología se introduce en el terreno de lo que es una práctica, es decir una actividad socialmente consolidada que se propone ciertos fines. Sin mirar a estos últimos, no se puede entender la práctica misma. *“La tradición del Estado de derecho europeo continental ha privilegiado la individuación del Estado de derecho en torno a ciertas características del ejercicio del poder público (legalidad, separación de poderes, imparcialidad)”*¹³⁰.

La tradición del *common law* está bien representada por los *desiderata* de Fuller, *“generalidad, claridad, publicidad, coherencia, practicabilidad, estabilidad, prospectividad*

¹³⁰ D'AGOSTINO, F., *Filosofía del diritto*, Giappichelli. Turín, 2000. Pág. 29.



*de las reglas, por parte de una autoridad sometida a las mismas reglas, imparcial, que tiene que aplicar de manera congruente las normas*¹³¹.

3.5.1 La práctica de los derechos humanos

Si sobre el Estado de derecho hay literatura, sobre la práctica de los derechos humanos también se ha escrito mucho. Se trata de otro de los valores jurídicos fundamentales de nuestro tiempo. Hace casi veinte años, Bobbio citando y completando a Peces Barba *“escribía su evolución con los términos de positivización, generalización, internacionalización y especificación”*¹³². Los derechos han continuado a positivizarse después de la Segunda Guerra Mundial –aunque se puede decir que no son solamente derechos positivos, si con esto se quisiera indicar que no son portadores de valor–;

*“se han generalizado e impuesto en el panorama internacional, aunque son también valores de los sistemas jurídicos domésticos y por lo tanto se pueden considerar cosmopolitas, y del hombre o ciudadano abstracto han pasado a proteger al sujeto en el estado de vida en que se encuentra”*¹³³.

Quizás lo más llamativo de su evolución reciente es el refuerzo de su carácter antidiscriminatorio. Progresivamente, se pide que lo que se reconoce a un sujeto en un estado de vida, se reconozca a todos. Desde este punto de vista, los derechos humanos

¹³¹ FULLER, L. **The Morality of Law**. Yale University Press. New Haven. 1969. Pág. 75.

¹³² BOBBIO, N. **El Estado y el Derecho**. Einaudi, Torino, 1996. Pág. 46.

¹³³ TRUJILLO, I. y VIOLA, F. **What Human Rights Are Not (or Not only.)** Novascience Publishers. New York, 2014. Págs.38-39.



son capaces de eliminar toda diferencia: al fin y al cabo, todo ser humano tiene potencialmente derecho a lo que es debido a otro ser humano.

Así pues, pueden distinguirse dos caras de los derechos humanos, “*por un lado, aparecen como protección de intereses fundamentales de los seres humanos, pero, por otro, también son un test para las decisiones colectivas. La primera cara los presenta como un conjunto de derechos que tienen que ser reconocidos a todos: esta idea explica el proceso de especificación, pues no basta una protección genérica y abstracta de lo que se debe a los individuos. Desde este punto de vista los derechos son pleromáticos*”¹³⁴, es decir, pretenden la máxima protección posible para cada ser humano.

En este contexto, el principio de no discriminación juega un papel importante pues estimula el proceso de especificación de los derechos y reconoce derechos que en abstracto serían ignorados o inefectivos.

La otra cara muestra los derechos humanos como una regla de prioridad: el interés de los individuos prevalece sobre el de la comunidad en su conjunto, pues los derechos humanos están por encima del interés colectivo. Constituyen un umbral que las “*decisiones colectivas no pueden superar. Desde este punto de vista los derechos son*

¹³⁴ LOMBARDI VALLAURI, L. **Derecho del hombre y derecho pleromático.** *Ragion pratica*, vol. 18 (2002), 155-168. Pág. 157.

*aquellos intereses individuales que no pueden ser ignorados aunque vayan contra el interés de la comunidad*¹³⁵.



Desde esta perspectiva, los derechos humanos son límites para las decisiones colectivas. En otras palabras, no toleran algunas decisiones colectivas. Por otra parte, las decisiones colectivas son necesarias incluso para la misma implementación de los derechos humanos. La salud pública, la paz, el desarrollo, la seguridad, implican una coordinación que los derechos humanos abandonados a ellos mismos no solamente no garantizan sino muchas veces impiden, pues su punto de vista es el de los individuos y su bienestar.

La aporía de los derechos humanos es que para protegerlos hay que tomar decisiones colectivas que introducen diferencias: entre ricos y pobres, entre hombres y mujeres, entre niños y adultos. Sin embargo, estas diferencias pueden ser contestadas desde el punto de vista de la lógica antidiscriminatoria. La especificación de los derechos empuja hacia la máxima diferencia entre los individuos, hasta el reconocimiento de su singularidad; la antidiscriminación empuja a la eliminación de las diferencias, hasta la homologación de los mismos derechos para todos.

Esta dialéctica es de algún modo ineliminable. Pero esto significa que la práctica de los derechos no es autosuficiente.

¹³⁵ DWORKIN, R. «**Rights as Trumps**» (1981), en Waldron, J. (ed.), **Theories of Rights**. University Press Oxford. Oxford 1984, Págs. 153-167. Pág. 155.



3.5.2 El papel de la dignidad humana en la responsabilidad del Estado

En el debate más reciente sobre el Estado de derecho ha sido abundantemente subrayado que la relación entre Estado de derecho y derechos humanos pasa a través de la dignidad humana. *“Es bastante difícil encontrar alguien que niegue que los derechos humanos estén radicados en la dignidad humana. Esta última es su fundamento y por eso aquí no voy a discutir de qué manera están conectados derechos humanos y dignidad humana”*¹³⁶.

Está claro también, que cuando se piensa en el Estado de derecho desde el punto de vista de su beneficiario, es decir del sujeto que queda protegido por el Estado de derecho, en vez de observarlo como mecanismo de control del poder o de la autoridad, preguntándose cómo funciona, se entiende que también el Estado de derecho es capaz de garantizar un tratamiento respetuoso de los individuos, un tratamiento acorde con su dignidad.

“Este resultado se observa ya en la diferencia entre la manera gerencial de dirigir la acción del sujeto, y aquella forma de guiar la acción humana que definimos como Estado de derecho. Esta última implica reconocer que el sujeto cuya acción se quiere guiar es un agente razonable, libre y responsable, que quiere actuar según

¹³⁶ VIOLA, F. «Dignità umana», en *Enciclopedia filosófica*, Bompiani. Milán, vol. 3, 2006, pp. 2863-2868. Pág. 2865.

*el derecho siguiendo reglas, y que en caso de no hacerlo asume su propia responsabilidad*¹³⁷.



En general, llegados a este punto, la estrategia más fácil para diferenciar el Estado de derecho de la práctica de los derechos humanos es señalar que la protección que el Estado de derecho otorga a los derechos humanos es limitada. El Estado de derecho intenta garantizar un tratamiento acorde con la dignidad en relación con el ejercicio de la autoridad o del poder, mientras que los derechos humanos miran a una protección global de los intereses fundamentales de los seres humanos (en este sentido es una protección pleromática, como decía antes).

En otras palabras, la finalidad del Estado de derecho no es la protección de todos los derechos humanos, sino de algunos, es decir, de aquellos que son relevantes respecto al ejercicio de la autoridad y de la decisión común.

*“En esta línea se ha puesto de manifiesto que el Estado de derecho protege los derechos en una libertarian fashion, o bien se habla de libertad negativa, o incluso de property rights”*¹³⁸.

Las cosas se complican un poco si se afirma que el Estado de derecho protege al ser humano en cuanto ser autónomo, capaz de planificar su vida (*planning one's own affairs*),

¹³⁷ FULLER, *op. cit.* Págs.207-209.

¹³⁸ LUBAN, D. **The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons.** Hague Journal on the Rule of Law, vol. 2 (2010), 29-47. Pág. 43.

pues ya esta condición permite que se pueda preguntar por el tipo de derechos que hacen posible esa autonomía del individuo.



“¿Es necesario garantizar un mínimo de derechos básicos para que el individuo pueda organizar su vida libre y autónomamente? Esta es una pregunta pertinente y la contestación afirmativa es plausible desde muchos puntos de vista, también desde la perspectiva internacional. Como es sabido, los derechos humanos son indivisibles y tienden a ir juntos”¹³⁹.

Conviene señalar que el Estado de derecho protege ese ser humano capaz de planificar su propia vida *en un contexto de interdependencia*. Por contexto de interdependencia se entiende que el objeto del Estado de derecho es el de la toma de decisiones colectivas, aquellas que afectan a la vida común y a la vida de cada uno. *“El Estado de derecho está directamente relacionado con la autoridad y con la coordinación, también a nivel internacional”¹⁴⁰.*

Es verdad que su objeto es la modalidad de la toma de decisiones y no su contenido, pero esa modalidad responde a ciertas características de los sujetos involucrados.

Por otra parte, no se puede negar que también los derechos humanos hacen referencia a un contexto de interdependencia. Sin embargo, este contexto es distinto del anterior.

¹³⁹ Programa de Acción y Declaración de Viena, 25/06/1993.

¹⁴⁰ WALDRON, J., **Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?** *The European Journal of International Law*, vol. 22, n. 2 (2011), 315-343. Pág 318.



Su finalidad específica –la de los derechos humanos– no es la coordinación de individuos libres y autónomos, sino la de proteger los intereses fundamentales del ser humano.

La interdependencia que los derechos humanos implican tiene dos caras. La primera es la de la vulnerabilidad, es decir, los derechos surgen cuando los intereses tutelados son socialmente relevantes, en el sentido que son socialmente influenciables. La otra cara de la interdependencia es la de la correlatividad entre derechos y deberes y, por tanto, entre sujetos de derechos y sujetos de deberes.

Por eso es necesario señalar que la fase actual de los derechos pone en su centro a los sujetos del deber:

“La práctica de los derechos humanos empieza con el compromiso de tutelar los derechos «de otros» y esto permite distinguirlos de los derechos naturales y los de la libertarian fashion, que suelen reivindicarse para sí mismos, como escudo contra la interferencia. Los Estados reconocen que ciertas violaciones no pueden repetirse y se obligan como protagonistas de la comunidad internacional a tutelar esos derechos de los individuos. Los Estados son los principales actores en la protección de los derechos, bien como amigos, bien como enemigos, por razones ciertamente de proximidad pero sobre todo de competencia. Como es bien fácil observar, la evolución de esta práctica ha llevado consigo la involucración de una multiplicidad de sujetos –desde la sociedad civil a las organizaciones no gubernamentales, pasando por las organizaciones internacionales– que colaboran

*en la protección de los derechos de manera decisiva, bien porque su actuar afecta a los derechos, bien porque su finalidad es la protección de los derechos*¹⁴¹.



Desde este punto de vista, se puede decir que el Estado de derecho y los derechos humanos tienen la misma función: tutelar al ser humano en un contexto de interdependencia. Pero para los derechos humanos la relación intersubjetiva relevante es la dimensión social e institucional necesaria para la protección, mientras que el Estado de derecho tutela el individuo en relación con la toma de decisiones comunes, a la acción común. Inevitablemente esa colocación lo pone en un contexto de iguales, y por tanto el Estado de derecho convoca la igualdad, por lo menos frente a la ley (de nuevo en contra de la pretendida formalidad).

Está claro, por otro lado, a la luz del proceso de especificación que caracteriza la práctica de los derechos humanos, que los hay que tienen como objeto dimensiones institucionales relacionadas con el Estado de derecho, como el *hábeas corpus* o el derecho al justo proceso, o los derechos políticos en general, sobre todo los que tienen que ver con la formación de la voluntad política (razón por la cual si bien el Estado de derecho no implica necesariamente la democracia, sin embargo, sus presupuestos son consonantes con ella). Pero está claro también que la práctica de los derechos no se limita a este reducido número.

Vale la pena hacer notar otro punto de contacto: en ambas prácticas se relativiza la centralidad de la ciudadanía pues el sujeto del Estado de derecho no es necesariamente

¹⁴¹ TRUJILLO y VIOLA, *op. cit.* Págs. 114-115.

el ciudadano, sino el agente que queda afectado por el ejercicio del poder. “*También los derechos de un preso de Guantánamo, no americano, están mejor protegidos si la administración sigue las reglas del Estado de derecho*”¹⁴².



Lo mismo puede decirse del emigrante clandestino que entra en la Unión Europea, que queda a merced de un poder arbitrario allí donde el Estado de derecho no se aplica. El Estado de derecho protege el valor de los seres humanos a través del *equal concern and respect*¹⁴³, por encima de los criterios territoriales y de esa manera introduce un principio cosmopolita, que es uno de los elementos que permiten hablar del Estado de derecho internacional. El otro es el proceso de la dispersión del poder.

Al mismo tiempo, los derechos humanos suponen un problema de decisión común, pues también los derechos humanos tienen que ser interpretados. Esta interpretación de los derechos debe pasar por las reglas del Estado de derecho. Desde este punto de vista, los derechos humanos necesitan al Estado de derecho.

3.6 Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales

3.6.1 ¿Qué son los derechos económicos, sociales y culturales?

Los derechos económicos, sociales y culturales son los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida

¹⁴² FOX-DECENT, E. *Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?* *Law and Philosophy*, vol. 27 (2008), 533-581. Pág. 535.

¹⁴³ DWORKIN, R. *A New Philosophy for International Law*. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, n. 1, 2013. Pág. 29.

cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación.



Aunque los derechos económicos, sociales y culturales pueden expresarse de manera diferente según los países o los instrumentos, hay una lista básica:

- **Los derechos de los trabajadores**, que incluyen la prohibición del trabajo forzado, los derechos a escoger o a aceptar libremente un trabajo, a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, al disfrute del tiempo libre y a la limitación razonable de las horas de trabajo, a la seguridad y la higiene en el trabajo a afiliarse a sindicatos y a fundarlos y a la huelga.
- **El derecho a la seguridad social y a la protección social**, que incluye el derecho a la no denegación de la cobertura de la seguridad social de manera arbitraria o no razonable y el derecho a la igualdad en el disfrute de la adecuada protección en caso de desempleo, enfermedad, vejez o falta de medios de subsistencia en circunstancias que escapen al control de la persona.
- **La protección de la familia y la asistencia a esta**, que incluye los derechos a contraer matrimonio mediante el libre consentimiento de los cónyuges, la protección de la maternidad y de la paternidad y la protección de los hijos de la explotación económica y social.



- **El derecho a un nivel de vida adecuado**, que incluye los derechos a la **alimentación** y a la protección contra el hambre, a una **vivienda adecuada**, al **agua** y al **vestido**.
- **El derecho a la salud**, que incluye el derecho a acceder a las instalaciones, los bienes y los servicios relacionados con la salud, a condiciones laborales y ambientales saludables y a la protección contra las enfermedades epidémicas, así como los derechos pertinentes a la salud sexual y reproductiva.
- **El derecho a la educación**, que incluye el derecho a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria y a la enseñanza secundaria y superior generalizada, accesible y progresivamente gratuita; y el derecho de los padres de escoger la escuela de hijos.
- **Los derechos culturales**, que incluyen el derecho a participar en la vida cultural y a compartir los adelantos científicos y beneficiarse de ellos y el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas.

Esos derechos son derechos humanos. Al igual que otros derechos humanos, contienen dos tipos de libertades: la libertad frente al Estado y la libertad a través del Estado. Por ejemplo, el derecho a una vivienda adecuada abarca el derecho a no ser sometido a un desalojo forzoso ejecutado por agentes del Estado (libertad frente al Estado) y el derecho



a recibir asistencia para acceder a una vivienda adecuada en determinadas situaciones (libertad a través del Estado).

Esas libertades cada vez se definen mejor en los ordenamientos jurídicos nacionales, regionales y mundiales, en las leyes y reglamentos, en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales. Su aceptación como derechos humanos genera obligaciones jurídicas para los Estados, que han de garantizar que todas las personas que se encuentren en el país pueden disfrutar de esos derechos y ofrecer mecanismos de recurso a tales personas en caso de que se infrinjan los derechos. Al igual que ocurre con otros derechos humanos, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, junto con el principio de la no discriminación, da lugar a que la atención se centre en los grupos más excluidos, discriminados y marginados de la sociedad.



Principales instrumentos internacionales que incluyen derechos económicos, sociales y culturales

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)

Tratados regionales

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), su primer Protocolo (1952), la Carta Social Europea (1961) y la Carta Social Europea Revisada (1996)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) (1988)
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990) y Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África (2003)

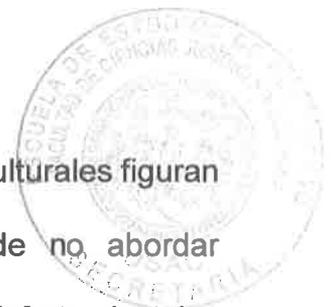


3.6.2 ¿Por qué es importante proteger los derechos económicos, sociales y culturales?

Si no se protegen los derechos económicos, sociales y culturales se pueden producir consecuencias muy graves. Por ejemplo:

- La denegación de los derechos económicos, sociales y culturales puede producir efectos devastadores. El desplazamiento o el desalojo forzoso puede dar lugar a una situación de falta de vivienda, a la pérdida de los medios de subsistencia y a la destrucción de las redes sociales, y produce efectos psicológicos devastadores. La malnutrición tiene una clara repercusión en la salud, particularmente de los niños menores de 5 años; afecta a todos sus órganos vitales, particularmente a su cerebro en desarrollo, al hígado y al corazón, así como a su sistema inmunitario.
- La denegación de los derechos económicos, sociales y culturales puede afectar a un gran número de personas. Por ejemplo, la deshidratación diarreica causada por la falta de agua apta para el consumo se cobra las vidas de casi 2 millones de niños cada año y, en los diez últimos años, el número de niños muertos por esa causa ha sido superior al número de todas las personas muertas por conflictos armados desde la Segunda Guerra Mundial¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. **Sanitation for All** (enero de 2000).



• Las graves violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales figuran entre las causas principales de los conflictos y el hecho de no abordar sistemáticamente la discriminación y las desigualdades en el disfrute de tales derechos puede menoscabar la recuperación después de los conflictos. Por ejemplo, la discriminación en el acceso al empleo, la utilización de la enseñanza como medio de propaganda, el desalojo forzoso de comunidades de sus hogares, la denegación de asistencia alimentaria a los oponentes políticos y el envenenamiento de los recursos hídricos constituyen violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales que han impulsado conflictos en el pasado.

• La denegación de los derechos económicos, sociales y culturales puede dar lugar a violaciones de otros derechos humanos. Por ejemplo, frecuentemente resulta más difícil para las personas que no saben leer ni escribir encontrar trabajo, participar en una actividad política o ejercer su libertad de expresión. La falta de protección del derecho de la mujer a una vivienda adecuada (como la falta de la seguridad en la tenencia) puede dar lugar a que la mujer sea más vulnerable a la violencia en el hogar, ya que podría tener que escoger entre mantener una relación con alguien que la somete a malos tratos o quedarse sin hogar.



Nunca podrá recalcarse lo suficiente la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales. La pobreza y la exclusión se esconden detrás de muchas de las amenazas de seguridad a las que seguimos enfrentándonos tanto en el plano nacional como internacional y, por tanto, ponen en peligro la promoción y la protección de todos los derechos humanos. Incluso en las economías más prósperas persisten la pobreza y grandes desigualdades, y muchos grupos e individuos viven en condiciones que les impiden disfrutar de los derechos humanos económicos, sociales, civiles, políticos y culturales. Las desigualdades sociales y económicas repercuten en el acceso a la vida pública y la justicia. La globalización ha propiciado mayores tasas de crecimiento económico, pero no en todas las sociedades, ni en el seno de todas ellas, se disfruta de sus beneficios por igual. Ante esos desafíos tan importantes para la seguridad humana es necesario no solo actuar en el plano nacional sino también cooperar en el plano internacional.

Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ginebra, 14 de enero de 2005)

Pese a ello, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales no siempre es objeto de una prioridad suficiente, tal como señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en una declaración ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena (A/CONF.157/PC/62/Add.5, párrs. 6 y 7):

“La comunidad internacional condena enérgicamente, y con acierto, la denegación del derecho a votar o del derecho a la libertad de expresión, únicamente por motivos de raza o sexo. En cambio, las formas muy enraizadas de discriminación por lo que hace al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales contra la mujer, los ancianos, los discapacitados y otros grupos vulnerables y desfavorecidos, con excesiva frecuencia se toleran como una realidad lamentable. Así, por ejemplo, muchos defensores de los derechos humanos tienen poco que decir ante el hecho de que en muchos países las mujeres «como recompensa [por



la carga de trabajo más que proporcional que soportan] suelen recibir menos alimentos, menor atención de salud, menos educación, menos formación, menos tiempo libre, ingresos más bajos, menos derechos y menos protección». Se han citado con tanta frecuencia indicadores estadísticos para demostrar hasta qué punto se deniegan los derechos económicos, sociales y culturales que ya casi no impresionan. La magnitud, la gravedad y la constancia con que se deniegan esos derechos han provocado actitudes de resignación, sentimientos de impotencia y pérdida de sensibilidad”.

3.6.3 ¿Son nuevos derechos los derechos económicos, sociales y culturales?

No. Antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, las leyes nacionales y los tratados internacionales ya habían codificado muchos de los derechos humanos que ahora denominamos económicos, sociales y culturales.

Reconocimiento internacional inicial de los derechos económicos y sociales

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) impulsaron el reconocimiento internacional de los derechos económicos y sociales. La OIT reconoció diversos derechos a los trabajadores en su Declaración de Filadelfia (1944), en la que afirmaba que: *“Todos los seres humanos... tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”*. Paralelamente, justo después de la Segunda Guerra Mundial, en la Constitución de la OMS (1946) se declaró que *“el disfrute del más alto nivel posible de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”*.



Costa Rica fue uno de los países que reconoció el derecho a la educación en el decenio de 1840 y, a finales del siglo XIX, en algunos países europeos se llevaron a cabo reformas en materia de asistencia social que introdujeron la protección de algunos derechos económicos, sociales y culturales como el derecho al trabajo.

A principios del siglo XX, las Constituciones de algunos países latinoamericanos, como la Constitución de México, de 1917, fueron las primeras en garantizar derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos, entre los cuales figuraban derechos laborales, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.

En el decenio de 1930, los Estados Unidos de América y otros países adoptaron medidas para lograr una mayor protección de los derechos de los trabajadores y reconocieron la responsabilidad del Estado de garantizar el acceso a los servicios sociales básicos, particularmente a la seguridad social, la atención de la salud y la vivienda.

En 1941, el Presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, se refirió a "cuatro libertades humanas esenciales", que deberían tener garantizadas las personas de todo el mundo: la libertad de palabra y de expresión, la libertad de culto, la libertad frente a la necesidad y la libertad frente al miedo.



Las cuatro libertades del Presidente Roosevelt

En el futuro, que pretendemos seguro, aspiramos a un mundo basado en cuatro libertades humanas esenciales.

La primera es la observación en todo el mundo de la libertad de palabra y de expresión.

La segunda es la observancia en todo el mundo de la libertad de toda persona de adorar a Dios a su manera.

La tercera es la observancia en todo el mundo de la libertad frente a la necesidad, lo que, en el plano mundial, significa acuerdos que garanticen a cada nación una vida saludable y en paz para sus habitantes.

La cuarta es la observancia en todo el mundo de la libertad frente al miedo, lo que, traducido en el plano mundial, significa la reducción en el mundo de los armamentos hasta el punto y manera en que ninguna nación esté en condiciones de cometer un acto de agresión física contra su vecino.

Esta es una visión de un lejano milenio. Es una base concreta para un tipo de mundo alcanzable en nuestro tiempo y en nuestra generación.

Mensaje anual al Congreso

(6 de enero de 1941)

La Declaración Universal de Derechos Humanos incluye una amplia gama de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales enmarcados en un único instrumento internacional de derechos humanos, sin hacer distinción entre ninguno de tales derechos. Ese fue probablemente el primer reconocimiento general de los derechos económicos, sociales y culturales.

En 1966 los Estados aprobaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que los Estados partes se obligaban a promover y proteger los derechos económicos, sociales y culturales. Muchos otros tratados de derechos humanos consagran todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales de manera integrada.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se afirmó que *"todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y*

están relacionados entre sí" y que "la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso". Desde entonces, se han realizado importantes progresos para aclarar el contenido jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales internacionalmente reconocidos, así como para desarrollar mecanismos y metodologías con el fin de ponerlos en práctica.



3.6.4 ¿Son derechos individuales los derechos económicos, sociales y culturales?

Sí. Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que otros derechos humanos, son derechos que tiene todo ser humano desde que nace.

Un niño excluido de la enseñanza primaria a causa del costo de la matrícula, una mujer que recibe una menor remuneración que los hombres que trabajan con ella por el mismo trabajo, una persona en una silla de ruedas que no puede entrar en un teatro porque no hay ninguna rampa, una embarazada a la que se le deniega el ingreso en un hospital para que dé a luz porque no puede pagar, un artista cuya obra se ve alterada, distorsionada o mutilada públicamente, un hombre al que se deniega la atención médica de emergencia por ser inmigrante, una mujer desalojada de su hogar por la fuerza y un hombre al que se deja que pase hambre mientras permanecen sin utilizar las existencias de alimentos son ejemplos de personas a las que se deniegan sus derechos económicos, sociales y culturales.



No obstante, los derechos económicos, sociales y culturales se interpretan erróneamente a veces cuando se consideran de carácter colectivo. Aunque esos derechos pueden afectar a muchas personas y tener una dimensión colectiva, también son derechos individuales.

Por ejemplo, el desalojo forzoso frecuentemente afecta a comunidades enteras, si bien los individuos sufren a causa de la denegación de su derecho a una vivienda adecuada. La confusión acerca del carácter individual o colectivo dimana en parte del hecho de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales frecuentemente requiere un esfuerzo colectivo mediante el suministro de recursos y la formulación de políticas basadas en derechos.

Para impedir que se deniegue a los niños su acceso a la enseñanza primaria porque no pueden pagar los derechos de matrícula, un Estado tendría que establecer un sistema para garantizar una enseñanza primaria gratuita para todos los niños. Sin embargo, esa circunstancia tampoco impide que cada niño reclame individualmente su derecho a la enseñanza.

Hay algunas excepciones importantes en relación con el carácter individual de los derechos económicos, sociales y culturales. Esencialmente hay ciertos derechos, como los derechos de los sindicatos a establecer federaciones nacionales y a funcionar libremente, que son básicamente colectivos.



3.6.5 ¿Son los derechos económicos, sociales y culturales totalmente diferentes de los derechos civiles y políticos?

No. Años atrás se solía considerar que los derechos económicos, sociales y culturales eran totalmente diferentes de los derechos civiles y políticos. No obstante, esa categorización es artificial y estéril. ¿Por qué entonces se habla de "derechos civiles y políticos" y de "derechos económicos, sociales y culturales" como categorías separadas de derechos? Varias razones han dado lugar a esa clasificación, que ha ocultado los elementos que todos los derechos tienen en común.

En primer lugar, la distinción se hizo inicialmente por razones históricas. Si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos no hacía ninguna distinción entre derechos, esta apareció en el contexto de la intensificación de las tensiones de la Guerra Fría entre el Este y el Oeste. Las economías de mercado del Oeste solían enfatizar en los derechos civiles y políticos, en tanto que las economías de planificación centralizada del bloque oriental destacaban la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Eso dio lugar a la negociación y aprobación de los pactos: uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, esa rígida separación se ha abandonado y se ha producido un restablecimiento de la arquitectura original de la Declaración Universal. En los últimos decenios, los tratados de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, han integrado todos los derechos.



En segundo lugar, se considera que los derechos económicos, sociales y culturales requieren un mayor grado de inversión, en tanto que los derechos civiles y políticos requieren que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales. Es cierto que muchos derechos económicos, sociales y culturales requieren en ocasiones grandes inversiones -tanto financieras como humanas- para garantizar su pleno disfrute. No obstante, los derechos económicos, sociales y culturales también exigen que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales, como las sindicales o el derecho a elegir el trabajo que se desee.

Paralelamente, los derechos civiles y políticos, aunque abarcan libertades individuales, también requieren inversiones para lograr su plena efectividad. Por ejemplo, los derechos civiles y políticos exigen ciertas infraestructuras, como un sistema judicial que funcione, un sistema penitenciario que respete condiciones de vida mínimas para los reclusos, asistencia letrada, elecciones libres e imparciales, etc.

En tercer lugar, los derechos económicos, sociales y culturales en ocasiones se consideran vagos o poco claros en comparación con los derechos civiles y políticos. Si bien no todos los derechos económicos, sociales y culturales están claramente definidos del mismo modo en los tratados de derechos humanos, esto también ocurre con los derechos civiles y políticos. Considérense los ejemplos siguientes:



Derechos económicos, sociales y culturales	Derechos civiles y políticos
Derecho a participar en la vida cultural	Derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos
Derecho a estar protegido contra el hambre	Derecho a no ser sometida a torturas ni penas o trato crueles, inhumanos o degradantes

Por último, en realidad todos los derechos humanos están relacionados entre sí. Por ejemplo, suele ser más difícil para las personas que no saben leer ni escribir tomar parte en actividades políticas o ejercer su derecho a la libre expresión.

Del mismo modo, las hambrunas es menos probable que ocurran cuando las personas pueden ejercer sus derechos políticos, como el derecho al voto. En consecuencia, cuando se analizan con detenimiento, hay ciertas clasificaciones de derechos, como los "derechos civiles y políticos" o los "derechos económicos, sociales y culturales", que tienen poco sentido. Por esa razón, cada vez es más frecuente referirse a los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.



3.6.6 ¿Qué tipo de obligaciones deben cumplirse de inmediato en relación con los derechos económicos, sociales y culturales?

Si bien los Estados pueden dar efectividad de manera progresiva a los derechos económicos, sociales y culturales, también han de adoptar medidas en cinco esferas independientemente de los recursos de que dispongan.

1. Eliminación de la discriminación. Los Estados han de prohibir de inmediato la discriminación, por ejemplo, en relación con la atención de la salud, la educación y el lugar de trabajo. Ha de prohibirse la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento, discapacidad u otra circunstancia.

2. Derechos económicos, sociales y culturales no sujetos al logro progresivo de la efectividad. Algunos derechos económicos, sociales y culturales no requieren recursos importantes. Por ejemplo, las obligaciones de garantizar el derecho a formar sindicatos y afiliarse a ellos y a la huelga, así como la obligación de proteger a los niños y jóvenes frente a la explotación económica y social no requieren recursos importantes y deben observarse de inmediato.

Otras obligaciones requieren recursos, pero están formuladas de tal forma que no quedan sujetas al logro progresivo de su efectividad. Por ejemplo, los Estados Partes en el Pacto Internacional han de atenerse rigurosamente a un plazo de dos años para formular un



plan de acción destinado a garantizar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.

3. Obligación de "adoptar medidas". Como se ha indicado *supra*, aun cuando los Estados tengan la obligación de lograr progresivamente la efectividad, han de hacer esfuerzos constantes para mejorar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

Esto significa que, si bien su plena efectividad puede lograrse progresivamente, con miras a alcanzar ese objetivo han de adoptarse medidas dentro de un período razonable. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas a objetivos que sean lo más claro posibles, utilizando todos los medios apropiados, particularmente, aunque no de manera exclusiva, la adopción de medidas legislativas.

A continuación, figuran algunos ejemplos de medidas que los Estados deben adoptar con miras al logro progresivo de la efectividad:

- Evaluar la situación del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que incluye garantizar mecanismos adecuados para reunir y evaluar datos pertinentes y debidamente desglosados.
- Formular estrategias y planes e incluir indicadores y objetivos con plazos, que deben ser realistas, alcanzables y destinados a evaluar los progresos realizados con miras al logro de la efectividad de tales derechos.



- Aprobar las leyes y políticas necesarias y asignar fondos suficientes para poner en práctica los planes y estrategias.
- Supervisar y evaluar periódicamente los progresos realizados en la ejecución de los planes y estrategias.
- Establecer mecanismos para que los particulares puedan formular quejas cuando el Estado no cumpla sus obligaciones.

4. Prohibición de medidas regresivas. Los Estados no deben permitir que empeore el sistema existente de protección de los derechos económicos, sociales y culturales a menos que esté muy justificada la adopción de una medida regresiva. Por ejemplo, el establecimiento de derechos de matrícula en la enseñanza secundaria, que anteriormente era gratuita, constituiría una medida deliberadamente regresiva. Para justificarla, el Estado tendría que demostrar que la adoptó solo después de haber examinado detenidamente todas las posibilidades, evaluado los efectos y utilizado plenamente sus recursos, hasta el máximo disponible.

5. Obligaciones mínimas esenciales. Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay una obligación inmediata de satisfacer los niveles mínimos esenciales de cada derecho. Se denominan obligaciones mínimas esenciales. Si un Estado no cumple tales obligaciones porque carece de recursos, ha de demostrar que ha hecho todo lo posible para utilizar todos los recursos disponibles a fin de satisfacer con carácter prioritario tales obligaciones básicas.



Ejemplos de obligaciones mínimas esenciales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales

De conformidad con las obligaciones mínimas esenciales destacadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus observaciones generales, los Estados han de

- Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, de manera que ello les permita llevar una existencia digna;
- Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- Garantizar el acceso a un alojamiento, una vivienda y unas condiciones sanitarias de carácter básico, así como un suministro adecuado de agua apta para el consumo;
- Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones del Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- Garantizar la enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todas;
- Garantizar el acceso a un sistema de seguridad social con un nivel mínimo de prestaciones que abarquen por lo menos la atención básica de la salud, las necesidades básicas de alojamiento y vivienda el agua y el saneamiento, los alimentos y las formas más básicas de enseñanza.

Puede consultarse más información sobre las obligaciones mínimas esenciales en las observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el anexo *infra*.

Incluso si un Estado tiene recursos claramente insuficientes a su disposición, el Gobierno ha de seguir estableciendo programas de bajo costo y orientados a un objetivo a fin de prestar asistencia a los más necesitados, de manera que sus recursos limitados se utilicen de manera eficiente y efectiva.



3.6.7 ¿Pueden exponerse algunos ejemplos de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales?

Una violación de los derechos económicos, sociales y culturales tiene lugar cuando un Estado incumple sus obligaciones de garantizar que tales derechos se disfruten sin discriminación o su obligación de respetarlos, protegerlos y realizarlos. Frecuentemente, una violación de tales derechos guarda relación con la violación de otros derechos.

Ejemplo de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales

- El desalojo forzoso de personas de sus hogares (derecho a una vivienda adecuada);
- La contaminación del agua, por ejemplo, con desechos de instalaciones de propiedad del Estado (derecho a la salud);
- El hecho de que no se garantice un salario mínimo suficiente para llevar una vida digna (derecho al trabajo);
- El hecho de no evitar el hambre en todas las zonas y comunidades del país (derecho a la protección contra el hambre);
- La denegación de acceso a la información o los servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva (derecho a la salud);
- La segregación sistemática de los niños con discapacidad de las escuelas generales (derecho a la educación);
- El hecho de no impedir que los empleadores lleven a cabo discriminaciones en la contratación (por razones de sexo, discapacidad, raza, opinión política, origen social, situación en cuanto al VIH, etc.) (derecho al trabajo);
- El hecho de no prohibir que las entidades públicas o privadas destruya o contaminen los alimentos y sus fuentes, así como los suelos arables y los recursos hídricos (derecho a la alimentación);
- El hecho de no establecer una limitación razonable de las horas de trabajo en los sectores públicos y privado (derecho al trabajo);
- La prohibición de utilizar los idiomas minoritarios o indígenas;
- La denegación de la asistencia social a personas a causa de su condición (por ejemplo, las personas sin un domicilio fijo o las que solicitan asilo) (derecho a la seguridad social);
- El hecho de no garantizar una licencia de maternidad a las mujeres trabajadoras (protección de la familia y asistencia a esta); Y,
- La desconexión arbitraria e ilegal de la red de abastecimiento de agua para uso personal y doméstico (derecho al agua).



3.6.8 ¿Tiene importancia el género en relación con los derechos económicos, sociales y culturales?

Sí. El género es importante para muchos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales.

En primer lugar, las mujeres y los hombres pueden experimentar de manera diferente los derechos económicos, sociales y culturales. La falta de regulación de las condiciones de trabajo para el trabajo manual duro, como el que se realiza en las minas o en la construcción, afecta tradicionalmente más a los hombres que las mujeres, en tanto que la falta de protección de los derechos de los trabajadores en el sector no estructurado, incluido el trabajo doméstico, afecta más a las mujeres que a los hombres.

En algunos países las tasas de deserción escolar son más elevadas entre los niños que entre las niñas, ya que los padres esperan que los muchachos ayuden económicamente a la familia. En ocasiones, hay más niñas que niños que abandonan la escuela debido a los matrimonios y embarazos precoces, a la violencia y al abuso sexual en la escuela o al hecho de que los padres esperan que las niñas les ayuden en el hogar. Cuando las estrategias, la legislación, las políticas, los programas y los mecanismos de supervisión soslayan tales diferencias, pueden dar lugar a un disfrute desigual de los derechos económicos, sociales y culturales.

En segundo lugar, cuando la discriminación contra las mujeres y las niñas está profundamente enraizada, el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales

también se ve afectado. En muchos países, la preferencia por los niños respecto de las niñas en la familia da lugar a que las niñas reciban menos alimentos o educación.



En la mayoría de los países, se tiende a pagar sueldos más bajos a las mujeres por un trabajo de igual valor. La desigualdad en el matrimonio, la herencia o el reconocimiento con arreglo a la ley priva a muchas mujeres de recursos, como el crédito, la tenencia de la tierra y la vivienda, y, por ello, menoscaba su capacidad de disfrutar los derechos económicos, sociales y culturales de manera independiente.

La falta de una participación plena de las mujeres en los procesos de decisión de carácter económico, social y cultural, incluidos el desarrollo rural y la recuperación después de las crisis, da lugar no solo a que no se tengan en cuenta las opiniones y la experiencia de las mujeres cuando se realizan actividades encaminadas a dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales, sino también a la formulación de planes y políticas que no responden plenamente a sus necesidades.

Habiendo señalado todo lo concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales, que a criterio personal tienen una relación muy cercana con la dignidad de la persona, corresponde en el siguiente epígrafe describir los principios y directrices que favorecen a las víctimas de abuso en sus derechos fundamentales.



3.7 Breves anotaciones sobre el tratamiento, resarcimiento y reparación de la víctima

Tanto la normativa internacional predominante, como el sentido común, indican que la víctima de un delito necesita comprensión¹⁴⁵, ayuda, solidaridad, asistencia médica, psicológica y psiquiátrica (si ellas correspondieren) y, como principio básico, respeto por parte de la sociedad y del sistema penal. En efecto, las largas demoras y esperas en las Sedes Judiciales, las pericias médicas, la cosificación de su persona, la falta de consideración hacia su momento psicológico, la indiferencia por su problema familiar y laboral, el doble proceso por ser víctima primaria de un delito y secundaria respecto del aparato penal. En fin, *“todo un largo y tortuoso camino que se ha de recorrer para obtener la sanción del autor de la conducta criminal, pero que, difícilmente, signifique algún tipo de reparación o resarcimiento a la víctima”*¹⁴⁶.

Por esa razón, siguiendo a Antonio García-Pablos de Molina¹⁴⁷, se propone la instrumentación de:

- Programas de asistencia inmediata, tanto en la órbita estatal como no estatal.
- Incluso aun cuando no exista la denuncia penal¹⁴⁸.

¹⁴⁵ A su vez, permiten tomar consciencia social respecto de la frecuencia y proximidad del delito. Las conductas criminales se generan en grupos sociales que, en general, tienden a rechazar su vinculación con la génesis del delito.

¹⁴⁶ MARCHIORI, Hilda. **La víctima del delito**. Editora Porrúa, S.A. México, 1998. Pág. 180.

¹⁴⁷ No debe sentirse compasión por la víctima, pues ello la ubicaría en un peldaño más bajo aún dentro del esquema social. En cambio, comprender su situación es comenzar a darle una salida a su problema. La compasión solo logra debilitar su voluntad.

¹⁴⁸ SANGRADOR, J.L **La victimología y el sistema jurídico-penal**. Civitas. Madrid, 2000. Pág. 84.



- Programas de reparación o restitución a cargo del propio infractor, pero en este caso deben ser con necesaria intervención del sistema jurídico penal.

-Programas de prevención, asistencia, reparación y tratamiento a las víctimas. Ya sean dentro o fuera de lo estatal. Es el más elemental de los objetivos, pero pocas veces alcanzado. En algunos países existen “bolsas de compensación”.

La idea de víctima ha de ser enfocada, pues, desde una perspectiva plural; esto es, no basta una concepción unitaria que pretenda abarcar toda una definición sino que es necesario conjugar una serie de ideas que permitan una aproximación al concepto genérico de víctima.

Ahora bien, la reparación de la víctima es uno de los temas centrales y preferentes que ocupa actualmente el interés de la doctrina penal, en cuyo seno *“se vienen produciendo interesantes debates y que, de todas maneras, han contribuido a favorecer la posición de la víctima en el sistema penal”*¹⁴⁹.

Se concluye que la preocupación que hoy se observa, por rescatar el papel inicial de la víctima, no solo en la visión inicial de la victimología de primera generación o de segunda, sino y fundamentalmente, para la configuración de las nuevas políticas relacionadas con

¹⁴⁹ LLANO, Abelardo Rivera. **La victimología: un problema criminológico, biogenética, biotecnología, fecundación "in vitro" y víctimas sociales**. Librería Jurídica Radar Ediciones. Santa Fe, Bogotá, 1997. Pág. 250

la compensación y asistencia. Ella debe ser también asistida en sus problemas y necesidades, como secuelas del hecho de haber sido victimizada.



Esta es la razón por la cual se habla de los derechos de la víctima con la misma intensidad e importancia de aquellos reconocidos al sujeto activo del hecho punible, que han constituido el fundamento del derecho penal científico y humanitario, iniciado, en su tiempo, por el Marqués de Beccaria¹⁵⁰.

¹⁵⁰ BECCARIA, Cesar. **De los delitos y de las penas**. Alianza Editorial. Madrid, 1986.



CAPÍTULO IV

LA REPARACIÓN DIGNA A LA VÍCTIMA COMO RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

4. Antecedentes históricos de la reparación digna

Las jóvenes democracias latinoamericanas y en general las del tercer mundo reciben diariamente fuertes críticas por parte de analistas políticos y científicos sociales en el sentido de que solo pueden asumir el título de democracia si se examina la parte más superficial de esta forma de gobierno: las elecciones.

Pero cuando nos preguntamos por la seguridad jurídica, el Estado de derecho, la noción de igualdad ciudadana, el ejercicio y respeto a los derechos humanos que son los fundamentos mismos de la democracia moderna, entonces las democracias jóvenes se vuelven democracias emergentes¹⁵¹, escuálidas, incompletas o para decirlo de “otra manera” en proceso de consolidación, y sus deficiencias desbordan la cotidianidad. En este sentido, Fareed Zakarí al referirse a las democracias del tercer mundo señala:

“Los regímenes democráticamente elegidos, a menudo los que han sido

¹⁵¹ El adjetivo de “emergente”, dice relación a lo que nace, sale y tiene principio de otra cosa. Diccionario de la lengua española, vigésima primera edición, pág. 806, Madrid, 1992.

reelectos o reafirmados a través de un referéndum están ignorando cotidianamente los límites constitucionales de su poder y despojando a sus ciudadanos de los derechos y libertades básicas”¹⁵².



En este contexto se hace necesaria la formulación de mecanismos que prevengan, protejan y reparen a los afectados de las violaciones a derechos fundamentales y de la deficiente prestación de servicios públicos que el Estado se ha comprometido a entregar.

En esta dirección cabe señalar que ya se ha producido significativos avances en la normativa internacional que permiten conminar a los Estados a reparar los perjuicios ilegítimos que han ocasionado a particulares en materia de derechos humanos; lo que ha motivado que al interior de varios países iberoamericanos se empiece a problematizar y reconocer la responsabilidad del Estado en los perjuicios que hubiese causado de manera ilegítima a los particulares. Tal reconocimiento ha generado la necesidad de institucionalizar formas y mecanismos internos para efectivizar el derecho a la reparación integral.

El Estado guatemalteco vive este proceso común a los demás países del “tercer mundo”, y recientemente, en casos extremos, ha desarrollado formas de reparación limitadas para, al tenor de los acontecimientos, ir asumiendo la responsabilidad de las violaciones a derechos humanos cometidas por funcionarios de la fuerza pública.

¹⁵² ZAKARIA, Fareed. **El surgimiento de la democracia liberal**. Programa de Apoyo al Sistema de Gobernabilidad Democrática. BID. Quito, 1998, pág. 4.



Sin embargo, la concepción y vigencia de la responsabilidad del Estado y consecuentemente el ejercicio del derecho a la reparación pese a estar enunciado constitucionalmente, no está integrado en el discurso oficial, ni interiorizado en las prácticas cotidianas de quienes ejercen el poder público, además de que no se cuenta con los canales legales expeditos para su efectiva aplicación.

En el mismo sentido es preciso señalar que en Guatemala se carece todavía de una normativa jurídica que agote conceptual y operativamente lo que se refiere al derecho a la reparación, así como la noción de responsabilidad objetiva del Estado. Por el contrario, no existe univocidad en el conocimiento de este derecho y esta noción, desde su definición, fundamentos, elementos constitutivos y formas para su vigencia efectiva, etc.

Por lo general, el poder público en Guatemala ha reducido la noción de reparación al ámbito de la indemnización pecuniaria por daños y perjuicios, sin tener en cuenta una visión integral de la reparación que, por ejemplo, podría ir desde la disculpa pública hasta la valoración diferencial en el pago de indemnizaciones con base en las condiciones de los afectados¹⁵³, pasando por la garantía de no repetición del daño; es decir, que la visión integral de la reparación no admite un catálogo cerrado de formas de reparar, sino que estas se desarrollan en función de las características del daño, la forma en que se produjo y las condiciones de los afectados.

¹⁵³ La condición de los afectados resulta relevante si en función de ella el daño se magnifica o se diversifica resultando especialmente lesivo, en este sentido, el hecho de ser mujer, pertenecer a una minoría sexual, tener menos de 18 años, son por ejemplo condiciones que podrían darle una especial significación al daño sufrido y consecuentemente a las formas de reparación que deberían brindarse.

4.1 La reparación digna y su íntima relación con los derechos humanos



En este acápite iniciamos haciendo referencia a normas de instrumentos internacionales de derechos humanos que de manera general hablan del «recurso efectivo» como mecanismo de protección de los derechos humanos, así:

Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

Art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

“Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales, consagrado constitucionalmente”.

Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la



ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Los artículos citados aluden a la obligación del Estado para determinar vías legítimas y eficaces que permitan procesar adecuadamente las violaciones a los derechos humanos.

A continuación haremos referencia a normas internacionales que se refieren directamente al derecho a obtener una reparación frente a violaciones de derechos humanos.

Art. 9 No. 5 del Pacto Derechos Civiles y Políticos:

“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación”.

Art. 14 No.6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia debe ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.



Art. 6 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial:

“Los Estados asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo el daño de que pueden ser víctimas como consecuencia de tal discriminación”.

Art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial”.

Art. 63 No. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.



Art. 4 de la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Deberes de los Estados:

Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición ni consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con ese fin deberán:

“d. Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a estas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a remedios justos y eficaces del daño que hayan padecido, Los Estados deberán informar de sus derechos a las mujeres que busquen resarcimiento por medio de esos mecanismos”.

Art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén do Pará):

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:



Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces”.

Art. 12 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer:

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del Art. 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos”.

Art. 14 No. 1 de la Convención contra la Tortura:

“1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de

muerte de la víctima como resultado del acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización”.



De las normas internacionales de derechos humanos citadas se desprende la obligación del Estado de dotar de mecanismos de reparación a las víctimas en los casos de detención ilegal, error judicial (prisión de persona inocente), discriminación racial, violencia contra la mujer y tortura.

A continuación, se ponen a consideración algunos conceptos desarrollados por el Dr. Theo Van Boven en su calidad de Relator Especial de la Comisión Especial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que son comentados por Alejandro Kawabata¹⁵⁴, los cuales desde nuestra perspectiva aportan elementos relevantes en la problemática de valorar el daño y determinar las formas de reparación. Nociones que han sido integradas en el estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La reparación debe tanto como sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiere existido si aquel acto no hubiese sido cometido.

¹⁵⁴ KAWABATA Alejandro, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales, recopiladores Abrego Martín y Courtis Christian. CELS. Ediciones del Puerto. Buenos Aires, 1997, pág.175.



Las formas de reparación pueden ser organizadas de la siguiente forma: i) restitución; ii) la indemnización; iii) la rehabilitación; iv) la satisfacción y las garantías de no repetición.

La restitución procura restablecer, de ser ello posible, la situación en que se hallaba la víctima antes de sufrir la violación a los derechos humanos. Esto es restablecer el *statu quo ante*.

La indemnización (reparación en sentido estricto) corresponde por los daños resultantes del ilícito que puedan «evaluarse económicamente». Van Boven enumera entre estos: a) los daños físicos o mentales; b) los dolores o sufrimientos físicos o psicológicos; c) la pérdida de oportunidades, incluso la posibilidad de realizar estudios; d) la pérdida de ingresos y de la capacidad de ganarse la vida; e) los gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación; f) los daños a los bienes o comercios, incluso el lucro cesante; g) los daños a la reputación o dignidad; h) los gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso.

La rehabilitación abarca las prestaciones (sean médicas, psicológicas o jurídicas o de otra índole) que deberá suministrarle el Estado a las víctimas así como las medidas para restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas.

La satisfacción y las garantías de no repetición, conforme lo sugerido por el Relator Especial, abarcan un amplio abanico de medidas dentro de las que se encuentran:

“a) la cesación de las violaciones existentes; b) la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; c) el dictado de una sentencia declaratoria en favor de la víctima; d) una disculpa, incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; e) el enjuiciamiento de las personas a quienes se considere responsables de las violaciones; f) la celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; g) la inclusión de datos exactos sobre las violaciones a los derechos humanos en los planes de estudios y el material didáctico; h) la prevención de la repetición de las violaciones –a cuyo fin se deberá: someter a las fuerzas militares y de seguridad a un control efectivo de la autoridad civil; limitar las competencias de los tribunales militares; reforzar la independencia del poder judicial; proteger a los abogados y a quienes trabajan en pro de los derechos humanos; enseñando a respetar y conocer los derechos humanos, especialmente a los oficiales encargados de aplicar la ley, fuerzas militares y de seguridad”.

Sin duda, los aportes recogidos por Kawabata del estudio de Van Boven proporcionan elementos valiosos para determinar la valorización del daño y las formas de reparación correspondientes, sin embargo, queremos insistir sobre la necesidad de que se valoren los condicionamientos subjetivos de las víctimas en los ámbitos de la valoración y reparación del daño, en la medida que los atributos por razones de edad, género, salud,

orientación sexual, origen étnico, entre otros, pueden magnificar o diversificar el daño haciéndolo especialmente relevante.



4.2 El derecho a la reparación digna en la legislación guatemalteca

En la jurisprudencia, la reparación es la reposición por parte de un criminal de una pérdida causada a una víctima. La reparación monetaria es una forma común de reparación. La reparación junto con la verdad y la justicia, es uno de los elementos principales que se buscan en un proceso transicional, en el que se busca implementar un nuevo orden que se lleve a cabo en un proceso de paz.

“Es imprescindible para establecer el monto de la reparación digna, que la misma cumpla con los extremos siguientes: que sea viable, proporcional, objetiva, legal, la prueba debe acreditar que es efecto propio del ilícito que se juzga, además reparadora, rehabilitadora o reinsertadora y que viabilice la paz social”¹⁵⁵.

También habrá que tomar en cuenta las condiciones físicas, psicológicas, económicas, sociales y culturales de la persona obligada, ya que en igualdad de condiciones el juzgador deberá considerar estos extremos para la existencia del debido proceso en igualdad de condiciones sin discriminación alguna.

¹⁵⁵ LÓPEZ HERNÁNDEZ, María Victoria. **La reparación digna en el proceso penal guatemalteco**. Escuela de Estudios de Postgrado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2017.



4.2.1 Responsabilidad civil. Código Penal. Artículo 112. Personas responsables

“Toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente”.

4.2.2 Responsabilidad solidaria. Código Penal. Artículo 113. Solidaridad de las obligaciones

“En el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, el tribunal señalará la cuota por la que debe responder cada uno. Sin embargo, los autores y los cómplices responderán solidariamente entre sí y responderán subsidiariamente de las cuotas que correspondan, no solo a los insolventes de su respectivo grupo, sino también de los insolventes del otro.

Tanto en uno como en el otro caso, queda a salvo el derecho de quien hubiere pagado, de repetir contra los demás por las cuotas correspondiente de cada uno”.

4.2.3 Responsabilidad civil de inimputables. Código Penal. Artículo 116

“Los comprendidos en el artículo 23 (Código Penal, no es imputable), responderán con sus bienes por los daños que causaren. Si fueren insolventes, responderán subsidiariamente quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del que cometió el hecho”.

4.2.4 Responsabilidad civil de inimputables. Código Penal. Artículo 116



4.2.4.1 Económicas

- Pago de indemnización
- Pago de daños
- Pago de perjuicios.

4.2.4.2 No económicas

Art. 29 Ley Orgánica del Instituto de Asistencia y Atención de la Víctima del delito.
Dto. 21-2016.

Es obligación del Instituto de la Víctima coadyuvar con el Ministerio Público en la garantía y defensa del derecho a la reparación digna de la víctima del delito, cuando esta se haya constituido como querellante adhesivo.

- Rehabilitación
- Compensación
- Satisfacción
- Medidas de no repetición.



4.2.5 Obligación de reparar

- **Daños y perjuicios. ARTÍCULO 1646 Código Civil**

“El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado”.

- **Daños y perjuicios. ARTÍCULO 1434. Código Civil:**

“Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y Los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir. Deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

4.3 La reparación como una necesidad de paz social

4.3.1 La dificultad a la hora de hablar de reparación

Hablar de reparación es entrar de lleno a una de las materias más complejas del derecho penal, en tanto, sistematización de normas y principios que buscan la restauración de la paz social, quebrantada por el delito.

Por otra parte, frente a medios de comunicación que diariamente, casi con exceso, muestran la crónica roja con grandes titulares, es que la sociedad comienza a reaccionar



de una manera diversa frente al delito, mostrando una nueva forma de entenderlo, punirlo, y repararlo.

Y, desde el punto de vista dogmático, es también difícil escribir acerca de la reparación como una necesidad de paz social, *“ya que esta quiebra uno de los elementos más característicos del derecho penal estatal, es decir, la reacción punitiva como única y excluyente solución”*¹⁵⁶.

A este respecto Juan Pablo Mañalich ha señalado que

*“la introducción explícita de la reparación en el ámbito penal, ya desde una perspectiva abstracta, pero sobre todo en la forma en que ello se manifiesta en el Código Procesal Penal vigente, importa un quebrantamiento sustantivo de los criterios que permitieron el surgimiento del derecho penal liberal en el contexto de la Ilustración, quebrantamiento cuya consecuencia fundamental consiste en la negación del carácter público del conflicto que el delito supone y, por ende, en el desconocimiento de la justificación material estándar para la intervención punitiva del Estado”*¹⁵⁷.

¹⁵⁶ BOVINO, Alberto. **La participación de la víctima en el procedimiento penal.** En **Problemas de derecho procesal penal contemporáneo.** Editores del Puerto. Buenos Aires, 1998, Pág. 426.

¹⁵⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. **Víctima y reparación en el derecho penal.** En *Revista de Derecho y Humanidades*, No. 10. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Chile, 2004, Pág. 1.



El sistema penal neutraliza a la víctima para cumplir sus fines, negándole la venganza privada. Se prescinde de la víctima concreta, de la víctima actual, para resguardar a la víctima potencial.

Con igual crítica Silva Sánchez indica que no le

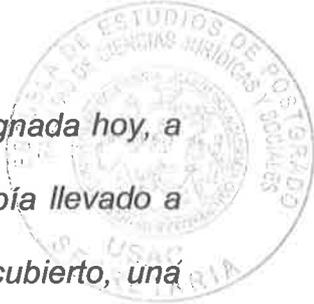
“parece que al derecho penal le corresponda restañar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por este. Si a ello se añade el nulo papel que en un modelo de esta naturaleza (orientado a las víctimas) desempeñan consideraciones de legalidad, de igualdad, de culpabilidad, de no injerencia en el fuero interno, puede sostenerse que los argumentos críticos superan con creces en entidad a los que pretenden tener un efecto legitimador de tales propuestas”¹⁵⁸.

Julio B. Maier¹⁵⁹, citando al Profesor Weigend, ve a la reparación y a esta nueva orientación por conocer a la víctima y su reparación como una manifestación del sistema democrático, propio del Estado de derecho:

“Cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de la reparación. Él señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado una forma

¹⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación.** En Revista Española del Poder Judicial, N° 45, 1997, pág. 194.

¹⁵⁹ MAIER, Julio B. **¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?** En **El derecho penal del siglo XXI, Homenaje al doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba**, VVAA., Ediciones Jurídicas de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2005, pág. 120.



mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal”¹⁶⁰.

La reparación manifiesta el conflicto entre los intereses estatales en la persecución penal y los intereses de la víctima. Al respecto, señala Bovino, “se debe tener presente que no todas las víctimas tienen los mismos sentimientos, reacciones y necesidades, y que la justicia penal no considera a las personas en su singularidad”¹⁶¹.

¹⁶⁰ WEIGEND, Thomas. **Tagungsbericht (Diskussionbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1981 in Bielefeld., en “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”** N° 93, Edit. W. de Gruyter, erlin-New York, 1981, págs. 1281 y ss., citado por MAIER, Julio. **¿Es la reparación una tercera vía del Derecho Penal?** En **El derecho penal del Siglo XXI, Homenaje al Doctor Manuel Rivacoba y Rivacoba**, VVAA., Ediciones Jurídicas de Cuyo. Mendoza, Argentina, 2005. Pág. 350.

¹⁶¹ BOVINO, *op. cit.* Pág. 428.



El derecho penal con su única respuesta, la pena, ignoraría los intereses concretos de las personas que han sido victimizadas. Experiencias empíricas habrían contribuido a destruir el mito de la “víctima vengativa”.

Siguiendo a Bovino, y para no tener una noción demasiado estrecha de reparación, entendiendo a esta como mero dinero a pagarse,

“se ve la reparación como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, como la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, trabajo gratuito, etcétera”¹⁶².

Se trata, de acuerdo al autor argentino, de adoptar un modelo de justicia reparatoria, en oposición a un modelo punitivo.

En un concepto más dogmático, Maier ve a la reparación como el deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando al mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra.

¹⁶² BOVINO, Alberto. **La participación de la víctima en el procedimiento penal**, en “Problemas de derecho procesal penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As., 1998, págs. 95-96, en CESANO, José Daniel. **Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento en el Código Penal Argentino**. En, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, VVAA, Homenaje al Profesor Claus Roxin. Editorial La Lectura. Córdoba, Argentina, 2001, pág. 510.



Esta reparación, para Maier,

“puede ser ideal si se restituye al status quo ante, es decir, reparación in natura, la cual es muchas veces imposible (por ejemplo, la vida no se puede reponer). Por ello, en numerosas ocasiones, solo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño (indemnización)”¹⁶³.

El modelo de justicia reparatoria, en cambio, se caracteriza por construir la ilicitud penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos del individuo que ha soportado el daño y el Estado no interviene coactivamente en el conflicto que permanece definido como conflicto interindividual y, cuando lo hace, es porque alguien –quien puede ser definido como víctima- que ha sufrido una afectación en sus intereses lo solicita expresamente.

“La consecuencia principal para el autor del hecho en este modelo consiste, en general, en la posibilidad de poder recurrir a algún mecanismo de composición

¹⁶³ MAIER, Julio. *¿Es la reparación una tercera vía en el derecho penal? Op. Cit.* pág. 365.



entre él y la víctima que, genéricamente, permite el restablecimiento, fáctico o simbólico, de la situación a su estado anterior"¹⁶⁴.

4.3.2 La reparación del daño denominada justicia restaurativa

Tony Marshall realiza una definición de justicia restaurativa:

*"La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de este y sus repercusiones para el futuro"*¹⁶⁵.

Visto desde esa perspectiva, se trata de resolver de manera pacífica y en beneficio de la víctima el conflicto penal que ha surgido entre imputado y agraviado, con el objetivo de obtener el mejor resultado posible. La justicia restaurativa es una teoría de justicia, la cual se enfoca en la reparación del daño causado por la comisión de un hecho delictivo, se trata de un nuevo movimiento dentro de las ciencias victimológicas y criminológicas.

A pesar de que no existe una sola definición generalizada o legal sobre justicia restaurativa, ya que también se le conoce como "justicia comunitaria", "hacer

¹⁶⁴ BOVINO, *op. cit.* Págs. 421-422.

¹⁶⁵ MARSHALL, Tony.

Restorative Justice.

Disponible

Página:

www.justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/. Consultada 10/10/2017.

reparaciones”, “justicia positiva”, “justicia relacional”, “justicia reparadora” o “justicia restaurativa”, se pueden indicar algunas denominaciones que contienen los alcances y características que debe poseer la justicia restaurativa. Sampedro Arrubia se refiere a ella así:

“La justicia restaurativa constituye una visión alternativa del sistema penal que, sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple transgresión de leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades e incluso a ellos mismos; y por la otra, involucra más partes en respuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al Estado y al infractor, incluye también a las víctimas y a la comunidad”¹⁶⁶.

Por su parte, Pérez Saucedo y Zaragoza Huerta definen a la justicia restaurativa como:

“Un proceso en el que las partes implicadas en un delito determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones. Representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo la comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la

¹⁶⁶ SAMPEDRO ARRUBIA, F. **La justicia restaurativa.** Disponible en: www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420482004 Consultado 27/10/2017.



comunidad. Dicha respuesta se base en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación”.¹⁶⁷

La Resolución 2000/14 de 27 de julio de 2000 emitida por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas¹⁶⁸, que establece los “**Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal**”, donde se incorporan los siguientes conceptos.

Inicialmente, realiza definiciones:

1. *Programa de justicia restaurativa: son los que utilizan procesos con el objetivo de lograr resultados de restauración para las víctimas.*

2. *Proceso restaurativo: es todo proceso en que la víctima, el delincuente, y cualquier otra persona de la comunidad, sean afectados por la comisión de un delito, participen de manera integral y activamente, buscando la resolución de situaciones derivadas del delito, con la ayuda de un intermediario. Entre estos procesos se pueden mencionar la mediación, la conciliación, y el consenso y acuerdos para decidir sobre las condenas y sobre la reparación.*

3. *Resultado restaurativo: es el acuerdo logrado como consecuencia del proceso restaurativo. Se incluyen las respuestas y programas como la reparación, la*

¹⁶⁷ PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José. **Justicia restaurativa, del castigo a la reparación**. Disponible www.bibliojuridicas.unam.mx/libros/7/3104/38 Consultado 27/10/2017.

¹⁶⁸ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL. Disponible www.justiciarestaurativa.org/news/justicia%20restaurativapdf Consultado 29/10/2017.



restitución y el servicio a la comunidad, esto con el objetivo de reparar a la víctima y también como forma de inserción del delincuente.

4. Partes: son quienes intervienen en el proceso de restauración, como la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas afectadas por la comisión del delito.

5. Por facilitador. Se entiende una persona cuya función es el encargado de ser el intermediario o facilitar de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.

A la justicia restaurativa también se le ha denominado justicia reparadora, y su nombre, el cual se extiende a nivel internacional, obedece a las reformas que conlleva la aplicación del derecho y la justicia penal; el planteamiento consiste en que el delito es un daño que se le causa a una persona determinada quien se convierte en víctima, la cual tiene el derecho a ser resarcida; y no como se había establecido desde tiempo atrás, con la concepción imperante de la justicia penal retributiva, en la cual la víctima es el Estado por haberse vulnerado alguna norma penal establecida como prohibitiva, por lo que se transgrede un bien jurídico tutelado por el Estado, contenido en los códigos penales.

Es decir, que la justicia restaurativa tiene como principal fundamento, darle su lugar a la víctima o agraviado dentro de la relación víctima, victimario y Estado.



4.3.3 Características de la justicia restaurativa

Según acota Marshall Rosenberg:

“La justicia restaurativa toma distintas formas, existiendo variedad de sistemas y prácticas. Estos comparten principios comunes. Según este enfoque, las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de victimización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado”¹⁶⁹.

Si el Estado, a través de la implementación de una política criminal judicial, tiene en cuenta que las víctimas de delitos han padecido a consecuencia de esa comisión delictuosa, y que no únicamente el Estado a través de la institución encargada de la persecución penal y de los tribunales de justicia deben quedar satisfechos con las condenas impuestas a los imputados quienes han transgredido la ley y que de esa cuenta se tenga por satisfecho el interés público; sino que se tenga en cuenta que la víctima tiene ese papel preponderante y es a quien hay que dignificar a través de que reciba una satisfacción derivada del delito cometido, se estará en camino de disminuir el ánimo de

¹⁶⁹ ROSENBERG, Marshall. **Justicia Restaurativa.** Disponible <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/> Consultado 27/10/2017.

venganza. Cosa contraria sucede si la víctima es dejada de lado y, poco importa si es resarcida, aumenta su deseo de venganza contra el agresor y también en contra del sistema de justicia, quien no le soluciona su problema desde ningún punto de vista.



Por consiguiente, si la pretensión es progresar en la aplicación de una justicia restaurativa buscando la paz social y tratando de restaurar la convivencia social y pacífica, esta justicia debe producir el efecto de apaciguar cada vez más los sentimientos de venganza, que existen en la sociedad en la que la acción de la justicia es débil e ineficaz.

El modelo de justicia restaurativa parte de la premisa de que el delito perjudica a las personas y las relaciones, y que el logro de la justicia demanda el mayor grado de subsanación posible del daño. Su enfoque es cooperativo en la medida que genera un espacio para que los sujetos involucrados en el conflicto se reúnan, compartan sus sentimientos y elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocos.

Pérez Saucedo y Zaragoza Huerta afirman que *"la idea de justicia restaurativa se funda en las tres erres: responsabilidad, restauración y reintegración, que se pueden expresar de la siguiente manera:*

"a. Responsabilidad por parte del delincuente, porque penalmente cada persona debe responder por sus acciones u omisiones antijurídicas;



b. Restauración de la víctima, quien necesita que se le repare el daño causado, así como su posición frente a la sociedad;

c. Reintegración del delincuente, quien necesita incorporarse a la sociedad, así como su rehabilitación”¹⁷⁰.

4.3.4 Principios para la aplicación de la justicia restaurativa

Es posible definir a la justicia restaurativa como una respuesta sistemática frente al delito, que enfatiza la sanación de las heridas causadas en las víctimas, a través de programas que se identifican con la justicia restaurativa que incluye la mediación entre víctima y delincuente, reuniones de restauración, asistencia a la víctima, asistencia a los ofensores. Es por ello que Blanco y Díaz refieren que hay tres principios que sientan las bases para una justicia restaurativa:

Primer principio: La justicia requiere que se trabaje en la restitución de las cosas dañadas cuando sea posible y que lo permita su naturaleza.

Segundo principio: Este se refiere a que las víctimas u agraviados, afectados directamente por la comisión del delito, tengan la posibilidad de obtener una respuesta positiva a sus intereses.

¹⁷⁰ PÉREZ SAUCEDA Y ZARAGOZA HUERTA, *op. cit.* pág. 10.



Tercer principio: Que el gobierno de cada país, debe crear políticas criminales con relación a que se realice una justicia restaurativa hacia las víctimas, con el objetivo de preservar el justo orden público para preservar la paz”¹⁷¹.

La crisis en el sistema judicial del país se presenta por varios factores, entre ellos, la incapacidad para adelantar y terminar las investigaciones; congestión de procesos y casos sin resolver en los despachos de todas las agencias y unidades de las fiscalías del Ministerio Público, que da como resultado impunidad y falta de credibilidad en la justicia.

4.3.5 La justicia reparadora de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En materia de protección de Derechos Humanos, en la cual tiene competencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, existe jurisprudencia referente a los fallos que ha dictado en relación con la reparación a las víctimas, puesto que a nivel latinoamericano han existido sentencias en las cuales han quedado establecidos los daños y perjuicios que se les han cometido y por ende que deben ser resarcidas, por ejemplo, la sentencia del caso denominado “Campo Algodonero”.

¹⁷¹ BLANCO, Rafael y DÍAZ, Alejandra. Heskia, **Justicia restaurativa: marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública**, Colección de Investigaciones Jurídicas, Vol. 6. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2013, pág. 145.



Guatemala, no ha estado exento de ser condenado a nivel de la CIDH, y para el año 2014, existen diecinueve sentencias¹⁷² en las cuales el Estado ha sido declarado responsable internacionalmente por violaciones a los derechos humanos y dentro de las cuales se ha establecido el modo de reparación a la víctima, reparación que ha sido efectiva, puesto que se ha ordenado darle cumplimiento al momento de ser ejecutada la sentencia.

4.4 El olvido del derecho a la reparación digna de las víctimas de delitos contra la vida e integridad de las personas en Guatemala, incluyendo víctimas del conflicto armado interno

Guatemala es un país marcado por el impacto que han dejado las gravísimas violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado interno, que duró 36 años; con un escenario político y social en permanente crisis, con la imperante necesidad de un profundo cambio que permita modificar el actual modelo de desarrollo y de representación democrática, que abra paso a la inclusión de los diversos pueblos que componen la nación, con un modelo económico que solucione la gran brecha entre ricos y pobres y que preserve los recursos naturales del país, los cuales representan el principal potencial para el desarrollo sostenible.

¹⁷² Las sentencias son las siguientes, dictadas por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos: 1. Caso Blake; 2. Caso de la Panel Blanca; 3. Caso Niños de la Calle; 4. Caso Bámaca Velásquez; 5. Caso Myrna Chang; 6. Caso Maritza Urrutia; 7. Caso Masacre Plan de Sánchez; 8. Caso Molina Theissen; 9. Caso Carpio Nicolle y Otros; 10. Caso Fermín Ramírez; 11. Caso Raxcacó Reyes; 12. Caso Tiu Tojín; 13. Caso Masacre de Las Dos Erres; 14. Caso Chitay Nech; 15. Caso Masacre de Río Negro; 16. Caso Gudiel Álvarez y Otros; 18. Caso García y Familiares; 19. Caso Claudina Isabel Velásquez P.; y 19. Caso Véliz Franco y Otros. Todas vs. Estado de Guatemala. Disponible: www.corteidh.or.cr/. Consultado: 30/10/2017.



Esta recurrente crisis ha implicado un impacto en diversos ámbitos, tanto a nivel de la institucionalidad pública, como a nivel de las personas que habitan el territorio guatemalteco. En el ámbito político institucional, en los últimos tres años se ha experimentado con mayor fuerza la profundización de un ejercicio autoritario del poder; el cual se hace evidente frente a procesos de control social de las poblaciones y los territorios, en la negación de las graves violaciones a los derechos humanos que conlleva falta de reconocimiento al derecho a la reparación de las víctimas y en una abierta oposición al mandato de los organismos regionales de justicia que se expresa en un abierto desacato por parte de los representantes del Estado guatemalteco al cumplimiento de las sentencias de dichos organismos, que favorecen a las víctimas.

El actual gobierno ha producido un incremento sostenido de la presencia militar en la institucionalidad civil y democrática, así como mayor nivel de presencia militar a través de nuevos destacamentos. Todo ello en clara oposición a lo recomendado en los Acuerdos de Paz y comisiones de la verdad.

Frente a esta profundización del modelo autoritario y revisionista de los hechos del pasado, se socava y agotan los débiles mecanismos institucionales y democráticos que como sociedad se han construido. Cada vez es menos la posibilidad de resolver conflictos sociales a través de su transformación no violenta y junto a ello la credibilidad de las poblaciones en las instituciones públicas es menor.

En otro extremo, pero que de igual manera influye en este agotamiento, se presenta la ausencia de un liderazgo social y político que permita la búsqueda de la articulación



social, capaz generar procesos de transformación social. Por su parte, las dinámicas políticas partidarias siguen reduciéndose a una dinámica clientelar, que poco o nada deja en las comunidades pasado el proceso electoral.

4.4.1 Derechos denegados

Por ahora la demanda por el derecho a la reparación de personas que sufrieron violaciones a los derechos humanos ha quedado relegada; en primer lugar por la ineficacia de un programa de resarcimiento que no ha contado con medios para implementar las medidas de reparación, y ha sido incapaz de superar las dificultades que la administración pública pone para ejecutar los fondos asignados; otra razón ha sido la ausencia de voluntad política de las autoridades para otorgarle recursos financieros al programa de resarcimiento, para que tenga correspondencia con la magnitud de la violencia cometida en contra de personas y las comunidades indígenas donde se vieron afectadas familias en su desintegración, dejando a niños en situación de orfandad, muchas mujeres viudas, destrucción de siembras y viviendas con los efectos psicológicos que esta tragedia les provocó.

La negación de derechos fundamentales se asocia con las condiciones de vida indignas para las comunidades, esta aseveración se expresa porque carecen de servicios elementales, las distancias para hacer trámites y gestiones elevan el costo de cualquier bien o producto que se adquiera. La inaccesibilidad, la falta de oportunidades y la posesión de tierras agotadas sin vocación agrícola, hacen centrar como prioridad la lucha por la sobrevivencia. Eso determina que los cultivos sean de subsistencia como el maíz,

frijol, algunas hortalizas, en minifundios y terrenos inclinados. Esta dinámica de inequidad, exclusión y pobreza está representando un círculo vicioso que debe romperse en su parte más sensible que es el factor económico.



En la política pública de reparación las mujeres están ausentes, aun cuando fueron objeto de violencia y violación sexual y que sufrieron otras violaciones específicas, particularmente durante el desplazamiento forzado. La política de reparación no contempla formas de atención y tratamiento y siguen siendo estas ausencias uno de los factores que generan la revictimización.

Por otra parte, hay un importante número de mujeres a quienes se les niega el acceso al resarcimiento, por ser esposas de personas que fueron reclutados de manera forzada a las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC). Se les impone y exige una serie de requerimientos legales que no se adecuan con el tipo de casos, contexto, situaciones vividas, además de ignorar factores socioculturales en donde las mujeres en su mayoría son monolingües.

4.4.2 De una justicia retributiva a una justicia restitutiva

El personaje principal del moderno debate del derecho penal es la sanción. Desde un enfoque restringido se ha pensado que si falla el derecho penal, el control social también falla. Esto aún está por comprobarse. Lo que es una realidad es que se encuentra actualmente rebasado: como *ultima ratio* del derecho ha pasado a ser un elemento central



en las políticas criminales recientes (recurso inmediato e ineficiente) lo que ha contribuido a su descrédito.

Como sanción, la reparación del daño aún no es una de las finalidades primordiales de la pena, pocas veces se aplica y, más que una reparación es una simple indemnización: lo que la víctima pierde va desde bienes materiales hasta su propia vida.

Los sistemas de justicia penal se encuentran “empantanados”: son lentos, defectuosos, sobrevictimizantes, ineficientes... La respuesta se sigue buscando, prueba de ello es la perspectiva de analizar la reparación del daño como una sanción independiente que da lugar a la extinción del procedimiento penal: ya no se busca la venganza pública, no se quiere la venganza privada, no se recurre a un sistema de pena privativa de la libertad (que no readapta y sí es muy costoso) o a un sistema de sustitutivos penales (que no encuentran programas efectivos para aplicar) ni se entablan largos procesos judiciales.

La reparación del daño se presenta como una tercera vía de solución, como un “proyecto” alternativo que puede ser mucho mejor estructurado, aunque no sin desventaja, por ejemplo, solo sería aplicable llanamente a delitos patrimoniales realizados sin violencia, no graves y de querrela, lo que deja por un lado a miles de víctimas que han sufrido atentados delictivos, algunos las han dejado imposibilitadas de seguir una vida normal y conseguir su propio sustento.



4.5 La reparación digna como una necesidad de paz social después del conflicto armado interno y los Acuerdos de Paz

Más de una docena de acuerdos se firmaron entre el gobierno guatemalteco y los movimientos armados para poner fin a una encarnizada guerra civil. A casi 22 años, son letra muerta¹⁷³.

La indiferencia mantiene aprisionados los Acuerdos de Paz Firme y Duradera, que hace dos décadas pusieron fin al conflicto armado interno (1960-1996) y abrieron una puerta a la esperanza de millones de personas en Guatemala.

Pruebas fehacientes de la desidia gubernamental al respecto pueden encontrarse a través de diversas manifestaciones públicas, en informes de instituciones públicas, denuncias de organizaciones no gubernamentales, investigaciones científicas, sondeos de opinión, declaraciones de personas de todos los sectores y medios de prensa.

A esto cabe añadir el testimonio legado por las movilizaciones anticorrupción de 2015, las cuales demostraron el descontento general con el grado de impunidad alcanzado en un país que exhibe índices de pobreza, desnutrición, criminalidad y otros desastres superiores a los del promedio latinoamericano.

¹⁷³ MAYEDO, Isabel. **La paz en Guatemala no mejoró condiciones sociales.** Prensa Latina. <http://www.voltairenet.org/article195317.html> 2017. Pág. 1.



Todo ello explica por qué a estas alturas, lejos de celebrar un año más de lograda la rendición de las armas, muchos sectores sociales exigen aún sentar las bases de una paz verdadera en favor de las mayorías en Guatemala.

Para una considerable parte de los habitantes del país, incluso aquellos que apenas conocen por referencias ciertos detalles de la guerra que desangró a la nación, resulta perentorio retomar el espíritu de aquel ramaje de acuerdos e incorporar nuevas demandas en salud, educación, trabajo digno y derechos humanos.

“La superación del racismo y de la discriminación son otros reclamos urgidos de solución en medio de un contexto marcado por las secuelas del enfrentamiento entre fuerzas del pueblo y del Estado, que costó 250 mil muertos o desaparecidos y 1 millón de desplazados de una población cercana a 6 millones”¹⁷⁴.

El informe Guatemala: memoria del silencio, presentado en 1999 por la Comisión para el Establecimiento Histórico con el apoyo de la Organización de las Naciones Unidas, precisa que el 83 por ciento de esas víctimas mortales eran indígenas originarios de algunas de las naciones mayas asentadas hace siglos en el territorio.

Con el propósito de frenar el desangramiento de Guatemala, representantes de ambas partes negociaron por unos 14 años hasta adoptar los 12 acuerdos que conformaron la plataforma para garantizar una paz “firme y duradera”.

¹⁷⁴ *Ibid.* Pág. 3.



El Acuerdo Marco sobre Democratización para la Búsqueda de la Paz por Medios Políticos, el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, el Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado y el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria.

También el Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y hechos de violencia que causaron sufrimientos a la población, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y el Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral.

Asimismo, el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, Acuerdo sobre el Definitivo Cese al Fuego, Acuerdo sobre bases para la Incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la Legalidad, Acuerdo sobre el Cronograma para la Implementación, Cumplimiento y Verificación de los Acuerdos de Paz, y el Acuerdo de Paz Firme y Duradera.

La solidez de lo planteado en esos documentos y su significación motivaron que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco, por su acrónimo en inglés) los incluyera en la lista de la Memoria del Mundo junto a los 60 años de historia de la ciudad maya de Quirigüá inscrita en piedra.

Algunos de los temas pendientes de solución están relacionados con los derechos humanos, resarcimiento a poblaciones desarraigadas, situación agraria, reforma policial, derechos de los pueblos indígenas y otros.



El informe Impacto de los Acuerdos de Paz para las Víctimas del Conflicto Armado Interno 1996-2016, elaborado por la Red Nacional de Víctimas, el Consejo Nacional de Víctimas y el Movimiento Nacional de Víctimas Q'anil Tinamit y entregado por representantes de estos a las autoridades, es elocuente.

“El Estado no ha cumplido con garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación digna”, y tampoco a la búsqueda de los miles de desaparecidos, refiere el documento.

De igual modo, denuncia la negativa de buscar a los desaparecidos e impulsar una política de exhumaciones e inhumaciones, porque solamente sirve para proteger a los responsables de las violaciones y prolongar la angustia de las familias.

Reconoce, sin embargo, la valiente labor de fiscales y juzgadores que emitieron 19 condenas contra responsables de delitos graves cometidos durante el conflicto, aunque recalca que estos son esfuerzos pequeños frente a la magnitud de las violaciones.

El estudio insiste en que todos los gobiernos posteriores a la firma de los tratados relegaron la agenda de la paz a un segundo plano y dieron prioridad a sus proyectos políticos.



Además, muestra las incongruencias en cuanto al resarcimiento a las víctimas y puntualiza que durante 13 años solo fueron atendidas 16 mil solicitudes, en respuesta a las cuales el apoyo estatal derivó en una pequeña compensación económica.

“Las víctimas y sobrevivientes seguimos viviendo en condiciones de extrema pobreza y marginación, porque el Estado no ha implementado políticas para reducir la desigualdad” subraya, al mismo tiempo que califica de negativo el balance del cumplimiento de los Acuerdos de Paz.

Como resultado de este descuido, lógicamente la reparación digna no procede tal y como debería ser, puesto que la voluntad política no tiene este rubro como esencial para llegar a la Paz Firme y Duradera.

Hay que recordar que durante el conflicto armado interno hubo cientos de miles de muertes, delito que atenta directamente contra la dignidad humana y que, a pesar de ello, la reparación no ha llegado de una forma consecuente y satisfactoria para las víctimas. Y, en cierto sentido, es de considerar “una normalidad” este descuido tomando en cuenta que en el propio sistema judicial, la reparación digna establecida en Código Procesal Penal, Decreto 17-73, esta generalmente se produce posterior al proceso y por la vía civil.

Esta situación resulta deleznable, toda vez que es la propia víctima la que tiene que seguir batallando porque se le otorgue dicha reparación, que generalmente le toma algunos años poder recibirla, cuando se da el caso.



4.6 Características de la justicia restaurativa o reparación digna

La justicia restaurativa, según Marshall Rosenberg¹⁷⁵, toma distintas formas, existiendo variedad de sistemas y prácticas. Estos comparten principios comunes. Según este enfoque, las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de victimización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado.

Según Vann Ness y Strong¹⁷⁶ la justicia restaurativa tiene las siguientes particularidades:

- a) El encuentro: consiste en el encuentro directo entre la víctima, el autor u ofensor y/u otras personas que puedan servir de apoyo a las partes y que constituyen sus comunidades de cuidado o afecto.

- b) La reparación (o restitución): es la respuesta que la justicia restaurativa da al delito. Puede consistir en restitución o devolución de la cosa, pago monetario, o trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad. La reparación debe ir primero en beneficio de la víctima concreta y real, y luego, dependiendo de las circunstancias, puede beneficiar a víctimas secundarias y a la comunidad.

¹⁷⁵ ROSENBERG, Marshall. **Justicia Restaurativa.** Sitio: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/> Consultado 27/11/2017.

¹⁷⁶ VAN NESS y STRONG. **Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice.** Sitio: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/> Consultado 27/11/2017.



c) La reintegración: se refiere a la reintegración tanto de la víctima como del ofensor en la comunidad. Significa no solo tolerar la presencia de la persona culpable penalmente, es decir, el responsable de la comisión del delito en el seno de la comunidad sino que, más aún, contribuir a su reingreso como una persona integral, cooperadora y productiva. Esto con el objetivo que la justicia restaurativa sea, efectivamente, restauradora para ambas partes, como se indicó en aras de una paz y convivencia social.

d) La participación: consiste en proporcionar a las partes involucradas dentro del proceso penal, víctima y victimario, y en algunas de las veces a la comunidad, la oportunidad de participar de manera directa y completa en todas las etapas ya indicadas en las literales anteriores como el encuentro, la reparación y la reintegración. Tales etapas o requisitos deben llevarse a cabo de manera voluntaria entre víctima y victimario, caso contrario no funcionaría la justicia restaurativa.

Por consiguiente, si la pretensión es progresar en la aplicación de una justicia restaurativa buscando la paz social y tratando de restaurar la convivencia social y pacífica, esta justicia debe producir el efecto de apaciguar cada vez más los sentimientos de venganza, que existen en la sociedad en la que la acción de la justicia es débil e ineficaz.

La política criminal debe ir encaminada a un reestudio de la pena, ya que esta no contribuye a remediar lo sucedido, al contrario, si se llevan a cabo conciliaciones entre las partes involucradas, en aquellos delitos que se permita, en lugar de exigir el

padecimiento del imputado y su larga reclusión, que la víctima pueda exigir la reparación, con tal que esta se realice de manera digna, dentro de parámetros aceptables, y que no quede burlada por el agresor, sino que sea efectiva.



Como se ha abordado anteriormente, la justicia penal se remonta a tiempos antiguos, donde han existido teorías y autores de esas teorías, en las cuales la pena como idea de castigo ha sido la parte central para solucionar el problema de la transgresión de normas penales por parte de los ofensores o imputados, como desee llamárseles, siendo el fin del proceso penal la punición de esas acciones tipificadas como delitos. Sin embargo, con el avance de los años y las evoluciones que llegan a cualquier ámbito que se trate, según Julio Andrés Sampredo Arrubia¹⁷⁷, han dado paso a la creación de nuevas ciencias, como la victimología y la criminología como parte del derecho penal.

Asimismo, indica que estas ciencias cuestionan desde la perspectiva de la justicia restaurativa, que busca la armonía, el reencuentro y la recomposición de la sociedad, entre las personas actores de un proceso penal, en el cual existe el agresor y el ofendido derivado de la comisión de un delito, constituyéndose en una filosofía cuyo objetivo es que se analice como problema del derecho penal esa relación contraria.

¹⁷⁷ SAMPEDRO ARRUBIA, Julio A. **La justicia restaurativa.** Sitio: www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420482004 Consultado 27/11/2017.



4.7 La reparación digna en Guatemala

En el lenguaje cotidiano se entiende por reparación digna,

“restituir íntegramente a la persona sobre los daños y perjuicios que se le han ocasionado como consecuencia de un delito cometido en su contra. Se le denomina digna porque su reparación debe responder a la dignidad de esa persona. Sin embargo, a pesar de existir ese mecanismo protector hacía los agraviados y de estar contemplado su diligenciamiento en el ordenamiento procesal penal, aún persiste esa pérdida para ellos, a quienes no se les repara el daño causado de manera inmediata, sino deben acudir a ejecutarlo en la vía civil a realizar su reclamo correspondiente”¹⁷⁸.

Se considera que ese no fue el espíritu de la reforma contemplada en el Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República, sino que la reparación digna fuera de manera inmediata, lo cual no ha sucedido hasta la presente fecha, sino que únicamente se ha facilitado el otorgamiento de la misma, pero no existe un proceso previamente determinado para su ejecución dentro del proceso penal, trayendo como consecuencia ambigüedad, así como que pareciera que únicamente se le denominó de otra manera.

En algunos procesos diligenciados ante los Tribunales de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, en donde al momento de diligenciarse la audiencia

¹⁷⁸ ESTRADA RIVERA, Ma. del Carmen. **La reparación digna en el proceso penal.** Tesis de Posgrado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar. 2016. Pág. 93.



de reparación digna, las juezas le han advertido al acusado, que debe cumplir con el pago de los daños y perjuicios a que han sido condenados, y es por voluntad de los sindicados que la han hecho efectiva, sin embargo no existe coerción para realizar tal acto, sino depende de que el acusado desee cumplir con la reparación que le fuera impuesta.

Respecto a este punto, Muñoz Conde refiere que,

“varios tratadistas del derecho penal en la actualidad, exponen, estudian y discuten sobre la necesidad de implementar la reparación del delito como una sanción al imputado, que pueda suplantar a las penas tradicionales, con el objeto de aliviar y beneficiar a los agraviados y víctimas del delito. En Alemania, a la presente fecha, ya tiene proyectado incluir dentro de su legislación, la reparación del delito como una pena retributiva ante la comisión de las acciones delictivas. Sin que tal idea, pueda denominarse represiva o que se desnaturalizaría el derecho penal, como la vida y la práctica enseñan, existen motivos suficientes que fundamentan incluir la reparación de los daños ocasionados por la comisión del delito, dentro del derecho penal como una pena, pues con dicha reparación se le presta la atención que merece la víctima”¹⁷⁹.

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **De las penas y el proceso**. 2.^a ed. Editorial Valencia. España, 1996. Pág. 100.



Al efecto también se pronuncia Claus Roxin, indicando que “*el derecho plantea una integración de la reparación del daño dentro del derecho penal*”¹⁸⁰, teoría que es ajustada al derecho de las víctimas a ser resarcidas.

Acorde con los principios que inspiraron la reforma al Código Procesal Penal denominada reparación digna, tiene su fundamento en la expresión kantiana¹⁸¹ que la dignidad de las personas no tiene precio, porque a las cosas puede ponerse precio pero a las personas no, deviniendo que la reparación digna que contempla el Código Procesal Penal contiene medidas de rehabilitación e indemnizaciones del daño material e inmaterial.

Para efecto de la comprensión en la terminología utilizada en la norma procesal que contiene la reparación digna, a continuación se detallan los términos utilizados para describir este derecho, referidos Manuel Ossorio¹⁸² siendo los siguientes:

“Dignidad: *calidad de digno, de excelencia y dignidad del ofendido: la ofensa que debe ser resarcida*”.

Este concepto es básico, puesto que como se encuentra constituida la reparación en el ordenamiento procesal penal, la dignidad de las personas no tiene precio, porque es

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. **La reparación en el sistema de los fines de la pena**. Editorial W.Fink. Munich, Alemania, 1987. Sitio: www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/galain.pdf Consultado 28/9/2117.

¹⁸¹ **El principio de la Dignidad Humana en el Derecho Internacional**. Sitio: Página: <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>. Consultado 1/12/2017.

¹⁸² OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta SRL. Argentina, 2006. Pág. 254.



inherente a ella; por ello la reparación que se otorgue y ejecute a favor de las víctimas debe atender a esa dignidad.

“Indemnización¹⁸³. Resarcimiento de un daño o perjuicio. En lo penal, el autor de un delito, además de responder criminalmente, responde civilmente por el daño material y moral causado a la víctima, a sus familiares o a un tercero. Como es natural esa responsabilidad civil se traduce en el pago de la correspondiente indemnización pecuniaria”.

De conformidad con este concepto, la indemnización a que tiene derecho la víctima por la comisión de un delito en su contra, puede ser por el daño material y moral.

“Restitución¹⁸⁴. Acción y efecto de restituir, de volver una cosa a quien la tenía antes, y también restablecer o poner una cosa en el debido estado anterior. La obligación de restituir puede ser impuesta judicialmente”.

El significado de esta palabra es clave dentro de la reparación que se otorgue en sentencia condenatoria, porque es completa ya que contempla la obligación del imputado de reintegrar de manera íntegra los bienes y derechos que se le hayan dañado al agraviado.

“Daños y perjuicios¹⁸⁵. Tanto en el caso de incumplimiento de obligaciones cuanto en el de actos ilícitos, el perjudicado por ellos tiene derecho a ser indemnizado por el causante

¹⁸³ *Ibid.* Pág. 374.

¹⁸⁴ *Ibid.* Pág. 674.

¹⁸⁵ *Ibid.* Pág. 195.

de los daños que este le haya ocasionado en forma efectiva y también de las utilidades que haya dejado de percibir por el retardo en el cumplimiento de la obligación, o en virtud del acto ilícito cometido. Cuando se trata de obligaciones de dar sumas el perjuicio causado se traduce en intereses”.

Los daños y perjuicios constituyen legalmente el daño emergente y el lucro cesante causado a la víctima, es el deterioro que produce en la persona y sus bienes, la comisión del delito, y al perjudicado, agraviado u ofendido por tales acciones, tiene derecho a ser indemnizado por el imputado, lo cual debe ser de manera efectiva.

“Daño emergente¹⁸⁶. En latín, damnum emergens. Se refiere la expresión a la pérdida que un acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación del deudor. Para la academia detrimento o destrucción de los bienes a diferencia del lucro cesante”.

Este concepto explica que el daño emergente es causado en la persona o en sus bienes propiamente por la comisión del delito.

“Lucro cesante¹⁸⁷. Lo que la persona deja de ganar o ganancia que se ve privada por el incumplimiento de la obligación que incumple el deudor”.

Son las ganancias dejadas de percibir por el daño ocasionado en la persona o en sus bienes.

¹⁸⁶ *Ibid.* Pág. 194.

¹⁸⁷ *Ibid.* Pág. 439.

Las reformas al Código Procesal Penal, realizadas a través del Decreto 7-2011 del Congreso de la República, obedecieron a las necesidades de las víctimas de recibir una indemnización acorde a su dignidad humana, no únicamente como una sanción pecuniaria, sino de manera integral, debido a ello resulta que deben ser restituidas de manera íntegra, tanto en sus afectaciones físicas y psicológicas como morales, causadas por la comisión del delito.

El artículo 124 quedó redactado, a través de la reforma acaecida, de la siguiente forma:

“Artículo 7. Se reforma el artículo 124. Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó acción delictivas, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas: 1. La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia, se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día...”



El cambio significativo que sufrió el Código Procesal Penal guatemalteco, con esta reforma, se realizó para beneficiar a las víctimas de delitos, constituidas como querellantes adhesivos o no, es decir, fue un avance reconocer que deben tener libre acceso a ejercitar sus derechos, y reconocer a la persona como sujeto de derechos y a quien debe brindársele una tutela judicial efectiva.

Aquí también queda comprendido lo relativo a la justicia restaurativa, de tratar que a la víctima debe reinsertársele a la sociedad proporcionándole ayuda material e inmaterial. La crítica que se hace a este numeral, es que debió haber sido más amplio en el sentido de detallar de qué manera la acción de reparación puede ejercerse dentro del proceso penal después de dictada la sentencia condenatoria.

“2. En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse en la propia audiencia. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita”.

Todo el sentido y fundamento del derecho de los agraviados a que se les restituya el daño emergente ocasionado por el delito, consistente en los daños y perjuicios, así como la indemnización a que tiene derecho, se sustancia en esta audiencia, en la cual se lleva a cabo el diligenciamiento de la prueba que demuestre esos daños para su efectivo resarcimiento.



Al indicar el artículo precitado, que se debe acreditar conforme a las reglas probatorias, está haciendo alusión que en el momento procesal oportuno del ofrecimiento de prueba, regulado en el artículo 443 del Código Procesal Penal, se debe realizar la individualización de los medios de prueba que servirán para la reparación.

Los medios de prueba ante la existencia de libertad probatoria deben ir encaminados a obtener la indemnización pretendida, así como también, cumplir con la enumeración taxativa contenida en el Código Procesal Civil y Mercantil.

“3. No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación”.

Esta facultad que se les brinda a las víctimas, consiste en que desde el momento que inicia el proceso contra el responsable de la comisión de un delito que ha causado perjuicio a otro, ya sea daños materiales o morales, se puede solicitar los embargos que tiendan a asegurar el cumplimiento de la condena de reparación.

“4. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme”.

Cuando la sentencia condenatoria haya causado firmeza, y no exista ningún medio de impugnación pendiente, puede determinarse que dicha sentencia sirve de título ejecutivo

para el cobro de las responsabilidades civiles. He aquí donde radica lo azaroso para la viabilidad de la reparación digna hacia las víctimas.



“5. Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil”.

Los derechos de las víctimas están protegidos, puesto que si conjuntamente con la acción penal no se inicia la solicitud de responsabilidad civil, esta puede ser iniciada sin ningún obstáculo por la vía civil.

Estos postulados encierran la esencia de lo que significa el resarcimiento a las víctimas de delitos, no solamente la indemnización como daño emergente del delito, sino también que se le debe reincorporar a la sociedad tratando que resurja en su vida cotidiana y se reintegre a la sociedad, dejando en el olvido los sucesos dañosos cometidos en su contra, así como también que se le restituya material o inmaterial.

Al haber transcrito la norma procesal penal atinente a la reparación digna, se puede determinar que de conformidad con las tendencias actuales, tanto a nivel internacional como nacional, las víctimas han tomado un papel relevante, de acuerdo a la aplicación de los derechos humanos, ya que se pretende beneficiarlas con normas legales que faciliten la reparación que han sufrido derivado de la comisión de algún delito en su contra, especialmente daños contra la vida, restituyendo los daños ocasionados a través de la reparación correspondiente, que debe ser cubierta por el responsable. Sin embargo, a pesar de esta reforma aún no se cumple con proporcionar a las víctimas, esa restitución

integral de manera inmediata, puesto que existe un vacío legal por la ausencia de reglamentación para que la reparación digna se lleve a cabo dentro de la misma causa.



CONCLUSIONES



1. Desde una perspectiva filosófica y religiosa, el concepto de dignidad humana posee una larga trayectoria histórica. No obstante, desde un punto de vista jurídico, no fue reconocido hasta mediados del siglo XX. La Carta de las Naciones Unidas (1945), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), entre otros documentos, consagraron este principio, reconociéndolo como fundamento último de los derechos humanos. Como es bien conocido, la Declaración de 1948 establece, en su Preámbulo, 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”. Interesa hacer notar que, en este texto, y en el resto de las declaraciones y convenios internacionales que le seguirán, la dignidad se atribuye, expresamente, a todos los seres humanos. En realidad y, con independencia de posteriores y diferentes interpretaciones, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los textos aprobados posteriormente responderán, al menos implícitamente, a una mentalidad humanista, en cuanto que asimilarán expresiones como “todos”, “todo ser humano” y “persona”.

2. A lo largo de la historia el principio de la dignidad ontológica tuvo que abrirse paso, no sin cierta dificultad, correspondiendo el mayor protagonismo al pensamiento cristiano. Sus precedentes más remotos pueden encontrarse en el pensamiento griego y, más en concreto, en el estoicismo medio. La *humanitas*, o conciencia de la igual naturaleza de todos los hombres y la necesidad de un idéntico respeto, aparece, por primera vez, en la obra de Panecio de Rodas (siglo V antes de Cristo). Posteriormente, diversos autores

insistirán en la igualdad esencial, en la naturaleza común de los seres humanos y en la consiguiente exigencia de igualdad de trato y no discriminación



3. Entender que el ser humano es digno por sí mismo, y no solo en razón de su conciencia o racionalidad, puede parecer una diferencia muy sutil, pero tiene una gran trascendencia práctica: lo digno no es solo su razón o su capacidad de autodeterminarse moralmente, sino también su naturaleza corporal, toda ella penetrada de racionalidad. Y ello, con independencia de que, a lo largo de su vida, un ser humano realmente desarrolle, o no, toda su potencialidad.

4. En la actualidad, a la reparación que se le hace a la víctima se le denomina justicia restaurativa, conocida también como justicia comunitaria, relacionada, positiva, reparadora pero, sobre todo, tal y como consta en el artículo 124 del Código Procesal Penal “reparación digna” cuyo objetivo es perseguir el beneficio de la víctima. Es aquí donde surge la dignidad como un derecho humano de cada individuo. Sin embargo, la dignidad como tal tiene una carga ontológica más que de política criminal, por lo que para la víctima de delitos contra la vida y la dignidad humana, la reparación digna va a crearle un alto nivel de confusión.

5. Hoy por hoy, los jueces y magistrados del ramo penal aplican un derecho más humano hacia las víctimas, aplicando la victimología en sus decisiones, así como legislación nacional e internacional que se relaciona con el tema para fundamentarse, pero el problema al cual se enfrentarán es que tienen que sentenciar a reparación digna cuando

ha habido delitos contra la dignidad humana, siendo que esta última pertenece al campo filosófico.

6. La política criminal como creadora de tipos penales ha incursionado en el ámbito de lo ontológico para crear una figura que castiga la vulneración de la dignidad humana con reparación digna, creando una colisión entre el ámbito jurídico filosófico y la filosofía en toda su evolución.



RECOMENDACIONES



1. Es necesario que se siga visibilizando a la víctima y concediéndole los derechos y garantías contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Procesal Penal, fomentando en las instituciones que tratan con víctimas de delitos, programas de atención integral hacia ellas, a cargo del Estado dentro de sus distintos organismos, para lograr reinsertarlas a la sociedad y aminorar los daños derivados del delito cometido en su contra.

2. Se sugiere que quienes intervienen en el proceso penal, policías, fiscales, defensores, jueces y magistrados del ramo penal, respeten los postulados enunciados en la Constitución Política de la República de Guatemala sobre los derechos y garantías, visibilizando a la víctima como la persona lesionada y dañada por la comisión del delito, brindándole la tutela judicial efectiva que se merece.

3. Sería atinente que los tribunales de justicia del orden penal no hagan rigurosa la probanza de los daños y perjuicios, haciéndola rígida e inflexible desnaturalizando las reformas al Código Procesal Penal, contenidas en los Decretos 18-2010 y 7-2011 del Congreso de la República de Guatemala, y que, independientemente cuál sea la denominación que se le dé al pago de los daños y perjuicios sufridos por la víctima a consecuencia del delito (reparación, resarcimiento o restauración), su objetivo debe ser satisfacer los daños ocasionados por el victimario.



4. Que los jueces del ramo penal, al dictar sentencia condenatoria otorguen un efectivo resarcimiento a las víctimas, que incluya la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito dentro del derecho penal como parte de la pena, para hacerla efectiva.

5. Que la Corte Suprema de Justicia analice nuevas reformas al Código Procesal Penal, que tiendan a establecer el procedimiento oportuno, para que los jueces del ramo penal, puedan ejecutar la reparación digna dentro del proceso penal, estableciendo mecanismos específicos para cada caso en particular.

6. Que con el objetivo de corregir el vacío legal existente, las reformas referidas vayan encaminadas a adicionar al artículo 124 el 124 Bis del Código Procesal Penal que contenga el procedimiento adecuado para que al momento de dictar sentencia por parte de los jueces del ramo penal, y hacer efectiva la reparación digna se aplique lo siguiente, según sea el caso concreto: a) Que la multa que se impone en una sentencia condenatoria, cuando la pena es conmutable, en lugar de destinarse a la Tesorería del Organismo Judicial, sea pago anticipado de la reparación; y b) En su caso, que se entregue a las víctimas la caución económica, cuando la hubiere, como pago por concepto de la reparación digna.

7. Que los jueces de ejecución penal, para que la reparación digna otorgada en sentencia condenatoria sea efectiva, cuando un privado de libertad tramite su libertad anticipada, sea requisito haber reparado a la víctima.



8. Adoptar a la legislación nacional, la *restitutio in integrum* que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el otorgamiento de los daños y perjuicios materiales e inmateriales, quien al resolver manifiesta de manera plena la reparación digna, a la que tienen derecho las víctimas de delitos.

LISTADO DE REFERENCIAS



Bibliográficas:

- BALBÍN, Carlos. **Tratado de derecho administrativo. Tomo IV.** Buenos La Ley. Buenos Aires, 2011,
- BAQUIAX Josué Felipe. "Derecho Procesal Penal Guatemalteco". Guatemala, Guatemala; Editorial Serviprensa; Año 2012.
- BECCARIA, Cesar. **De los delitos y de las penas.** Alianza Editorial. Madrid, 1986.
- BEJARANO Sánchez, Manuel; "Responsabilidad civil"; México; Editorial Colecciones Textos Jurídicos Universitarios; Buenos Aires, Argentina; Editorial Hammurabi; Año 1981; Páginas útiles: 203 a la 209.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. 2004. **Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético).** Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- BERISTAÍN IPIÑA, Antonio. **De las leyes penales y de Dios legislador (Alfa y Omega del control penal humano).** EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1990.
- BERISTAIN, Carlos Martín. "Diálogos sobre la reparación". San José, Costa Rica; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Año 2008.
- BLANCO, Rafael y DÍAZ, Alejandra. Heskia, **Justicia restaurativa: marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública.** Santiago de Chile, 2013: Colección de Investigaciones Jurídicas, Vol. 6. Universidad Alberto Hurtado.
- BOBBIO, N. **El Estado y el derecho.** Torino, 1996: Einaudi.



- BOVINO, Alberto. **La participación de la víctima en el procedimiento penal.** En **Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo.** Buenos Aires, 1998: Editores del Puerto.
- BOVINO, Alberto. **La participación de la víctima en el procedimiento penal,** en "Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As., 1998,
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil.** 9ª. ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2001: Abeledo-Perrot.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Larrauri P. Elena. **Victimología, presente y futuro.** Bogotá, Colombia, 1993: Editorial Temis.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual, tomo VII.** Buenos Aires, Argentina, 2003: HELIASTA.
- CASSIRER, Ernst. **Filosofía de las formas simbólicas.** México, 1998: Fondo de Cultura Económica.
- CESANO, José Daniel. **Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento en el Código Penal argentino.** En, Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, VVAA, Homenaje al Profesor Claus Roxin. Córdoba, Argentina, 2001: Editorial La Lectura.
- CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito.** Buenos Aires, 1981: Ediar.
- CRAIG, P. **Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework.** *Public Law*, Otoño, 1997,
- D'AGOSTINO, F. **Filosofía del diritto, Giappichelli.** Turín, 2000.
- DARAY, Hernán; **"Daño psicológico"**. Buenos Aires, Argentina, 2000: Editorial Astrea, Segunda Edición.



DE JORGE MESAS Luis Francisco. **La eficacia del sistema penal**, 60, en *Cuadernos de Derecho Judicial - Criminología XXIX* (Antonio García-Pablos, (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, septiembre de 1994).

DELMAS, Marty. MARC, Ancel, y PAZ Y PAZ, Claudia. **Manual de derecho procesal penal**. Tomo I. Guatemala, 2005

DÍAZ, Elías. **Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia**, 145-153, en *El fundamento de los derechos humanos* (Gregorio PECES-BARBA, (dir.). Colección Universitaria, Debate, Madrid, 1989.

Diccionario de la lengua española. Madrid, España, 1992: Vigésima Primera Edición.

DWORKIN, R. «**Rights as Trumps**» (1981), en Waldron, J. (ed.), **Theories of Rights**. University Press Oxford. Oxford 1984.

DWORKIN, R. **A New Philosophy for International Law**. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41 n. 1, 2013.

ECHEBURÚA, Enrique y Paz DEL CORRAL. **¿Por qué las víctimas no reaccionan de la misma manera ante un mismo suceso traumático? Factores de protección y factores de vulnerabilidad**. En *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y ley*. 4.ª Jornadas Jurídico-Psiquiátricas, Córdoba, 3 y 4 de octubre de 2008, editado por A. MEDINA et al. Triacastela. Madrid, 2004.

ESTRADA RIVERA, Ma. del Carmen. **La reparación digna en el proceso penal**. Tesis de Posgrado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar. 2016.

FATTAH, Ezzat A. **Understanding Criminal Victimization**. Scarborough. Ontario, 1991.

FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. **Meditaciones sobre la pena de muerte**. México, 1998: Fondo de Cultura Económica.

FEUERBACH, Ludwig. **Principios de la filosofía del futuro y otros escritos.** José María Quintana Cabañas (trad., intr.). PPU. Barcelona, España, 1989.

FOX-DECENT, E. **Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?** *Law and Philosophy*, vol. 27 (2008).

FULLER, L. **The Morality of Law.** Yale University Press. New Haven. 1969.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **“Estudios jurídicos”** México, 2000: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

GARCÍA RAMÍREZ. Sergio. **Los valores en el derecho mexicano.** México, 1997: Fondo de Cultura Económica.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José (comp.) **Código de los derechos de las víctimas.** Sevilla, 2007: 2ª ed. Instituto Andaluz de Administración Pública.

GARCÍA-PABLOS, Antonio, **El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal), 306, en Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993).**

GARRIDO, V., STANGELAND, P., y REDONDO, S. (2006). **Principios de criminología.** Valencia, 2006: Tirant lo Blanch.

GHERSI, Carlos Alberto; **“Cuantificación económica del daño”;** Buenos Aires, Argentina, 1999: Segunda Edición, Editorial Astrea.

GILLIGAN, George. **Criminology: Past, present and future. A critical overview.** Londres, 1996: MacMillan.

GONZÁLEZ NAVARRO, Augusto. **Responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos.** Libro homenaje a María Graciela Reinz. Buenos Aires, 1996: Rubinzal-Culzoni.





GONZÁLEZ TEIJUEQUE, David, GARCÍA LÓPEZ, Eric y DELGADO MARINA, Sabino. **Valoración pericial psicológica de la víctima de mobbing.** En *Psicología Iberoamericana*, vol. 18, núm. 2, julio-diciembre, 2010. México, 2010: Universidad Iberoamericana.

GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana. **Genoma humano y dignidad humana.** México, 2005: UNAM-Anthropos.

GROS ESPIELL, Héctor. **“La Dignidad Humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”**, en *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen 4. Madrid, 2003: Facultad de Derecho Universidad Complutense.

HEIDEGGER, Martín. **El ser y el tiempo**, México, 1974: Fondo de Cultura Económica.

HERRERA MORENO, Myriam. **La hora de la víctima. Compendio de victimología.** Madrid, 1996: EDERSA.

HULSMAN, Louk y BERNART DE CELIS, J. **Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa.** Barcelona, 1984: Ariel.

INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso García y Familiares vs. Guatemala; Sentencia del 29 de noviembre de 2012, DE FONDO, REPARACIONES Y COSTAS; Página: www.corteidh.or.cr/.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres.** Madrid, 2012: Tecnos. 4.^a.

KAWABATA Alejandro, **“Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales**, recopiladores Abrego Martín y Curtis Christian. CELS. Buenos Aires, 1997: Ediciones del Puerto.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **La moderna victimología.** Valencia, 1998: Tirant lo Blanch.



- LARRAURI PIJOAN, Elena. (comp.) 1994. **Mujeres, derecho penal y criminología**. Madrid, España, 1994: Editorial Siglo XXI.
- LEGAZ Y CALAMBRA. **Derecho y libertad**. Buenos Aires, Argentina, 1952: Librería Jurídica Valerio Abeledo Editor.
- LLANO, Abelardo Rivera. **La victimología: un problema criminológico, biogenética, biotecnología, fecundación "in vitro" y víctimas sociales**. Santa Fe, Bogotá, 1996: Librería Jurídica Radar Ediciones.
- LOMBARDI VALLAURI, L. **Derecho del hombre y derecho pleromático**. *Ragión práctica*, vol. 18 (2002), 155-168. Pág. 157.
- LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **"La reparación del daño a la víctima del delito"** Guatemala, Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, María Victoria. **La Reparación digna en el proceso penal guatemalteco**. Guatemala, 2017: Escuela de Estudios de Posgrados. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- LUBAN, D. **The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons**. Hague. *Journal on the Rule of Law*, vol. 2 (2010), 29-47.
- LUTHER, Jörg. **Razonabilidad y dignidad humana**. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* Universidad de Granada España, año 4, núm. 7, enero-junio de 2007.
- MAIER, Julio B. **¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?** En **El derecho penal**.
- MAÑALICH, Juan Pablo. **Víctima y reparación en el derecho penal**. En *Revista de Derecho y Humanidades*, No. 10. Santiago de Chile, 2004: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- MARCH, Carlos. **Dignidad para todos**. Buenos Aires, 2009: Temas Grupo Editorial.
- MARCHIORI, Hilda. **La víctima del delito**. México, 1998: Editora Porrúa, S.A.



- MARCHIORI, Hilda: **"Criminología, la víctima del delito"**. México, 2006: Quinta Edición. Editorial Porrúa.
- MARSHALL, Tony. **Restorative Justice. Overview**. Nueva York, 1999.
- MENDOZA DÍEZ, Álvaro. **Histórica Económica I**. Trujillo, 1970: Ediciones Universidad Nacional de Trujillo.
- MESUTTI, Ana. **El tiempo como pena y otros escritos**. Bogotá, 1998. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Criminología y Victimología No. 2.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **De las penas y el proceso**. 2ª. ed. España, 1996: Editorial Valencia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal parte general**. Valencia, 2004: Artes Gráficas 6.ª. Edición.
- NEUMAN, Elías. **"Victimología y control social"**. Buenos Aires, 1994: Editorial Universidad.
- NEUMAN, Elías. **Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales**, 43. Buenos Aires, Argentina, 1984: 2ª. ed. Edit. Universidad. Buenos Aires.
- NICOL, Eduardo. **La idea del hombre**. México, 2004: Herder.
- NIETZSCHE, Friedrich. **La genealogía de la moral**. Madrid, 1981: Alianza Editorial.
- NINO, Carlos Santiago. **Juicio al mal absoluto**. Buenos Aires, 1996: EMECÉ.
- ORTÍZ, María José. **"El Deber de resarcir"**. Guatemala, 1998: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales.
- OSPIN, P. V. **Lógica dialéctica**. México, 1966: Editorial Grijalbo, S.A.



PALACIOS, Agustina y ROMANACH, Javier **El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional.** España, 2001: Ediciones Diversitas, AIES.

PAREDES, Jorge. **El primate responsable.** Dominical del Comercio del 1º. De Mayo del 2005.

PASTOR RIDRUEJO, José A. **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales.** Madrid, 1999: 7ª ed. Tecnos.

PECES-BARBA, Gregorio. **Los valores superiores.** Madrid, 1986: Tecnos,. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Bogotá (Colombia) N° 12: 353-372, Edición Especial 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.** Madrid, 1991:Tecnos.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Lecciones de filosofía del derecho.** Lima, Perú, 2008: JURISTA EDITORES E.I.R.L.

PICO DE LA MIRANDOLA, Giovanni. **De la dignidad del hombre.** Madrid, 1984: Civitas

QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. "Teoría Básica de la Indemnización"; Colombia; Editorial Grupo Leyer; Año 2004.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Victimología.** Guatemala, Guatemala, (s.f): Talleres Gráficos Tercera edición.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Faustina y GARCÍA MERCADER , Emilio José. (coords.) **Victimología Forense.** España, 2010: Estudios victimales.

SANGRADOR, J.L **La victimología y el sistema jurídico-penal.** Madrid, 2000:Civitas.

SCHAFER, William. **Derecho penal, criminología y victimología.** Madrid, 1977: EDESA.



- SCHEERER, Sebastian. **Hacia el abolicionismo**. En *Abolicionismo penal*. Buenos Aires, Argentina, 1989: Ediar.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación**. En *Revista española del Poder Judicial*, N° 45, 1997.
- SILVA SANTIESTEBAN, Fernando. **El primate responsable, antropología de la conducta**. Perú, 2005: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- TRUJILLO, I. y VIOLA, F. **What Human Rights Are Not (or Not only.)** New York, 2014: Novascience Publishers.
- VERDROSS, Alfred. **La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y sus principales problemas**. México, 1983: UNAM. 2.ª ed.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. **Victimología, justicia penal y justicia reparadora**. España, 2006: Universidad Santo Tomás.
- VIOLA, F. «Dignità umana», en *Enciclopedia filosofica*, Bompiani. Milan, vol. 3, 2006,
- WALDRON, J., **Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?** *The European Journal of International Law*, vol. 22, n. 2 (2011).
- WALKLATE, Sandra. **Researching Victims of Crime: Critical Victimology**, *Social Justice* 17: 25-42, 1992.
- WEIGEND, Thomas. **Tagungsbericht (Diskussionbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld., en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" N° 93**, Edit. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981, págs. 1281 y ss., citado por MAIER, Julio. **¿Es la reparación una tercera vía del derecho penal?** En *El derecho penal del siglo XXI, homenaje al doctor Rivacoba y Rivacoba*, Manuel VVAA. Mendoza, Argentina, 2005: Ediciones Jurídicas de Cuyo.



WHITAKKER, O. James. **Psicología**. México, 1971: Editorial Interamericana, S.A.

WOLFGANG, E. **“Introducing victimology”** *ein* J.J. M. van Dijk, R.G.H. van Kaam y J. Wemmers (eds.) **Caring for crime victims**, New York, 1999: Criminal Justice Press.

WRIGHT, Martín. **“Derecho, justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia, repercusiones prácticas”**. Burgos España. 2010: Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos de marzo de 2010).

ZAKARIA, Fareed. **El surgimiento de la democracia liberal**. Quito, Ecuador, 1998: Programa de Apoyo al sistema de Gobernabilidad Democrática. BID.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Política criminal**. Editorial Universitaria Fénix. Guatemala, 2001, pág. 22.

Normativas

Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de la República de Guatemala; 1986.

Código Civil, Decreto Ley No. 106.

Código Penal, Decreto Número 17-73I.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República.

Reformas al Código Procesal Penal, Decreto 18-2010 del Congreso de la República.

Reformas al Código Procesal Penal, Decreto 7-2011 del Congreso de la República.

Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República.

Internacionales

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “BELEM DO PARÁ”.

Convención Americana de Derechos Humanos.



Electrónicas

CYRULNIK, Boris. **¿Por qué la resiliencia?: lo que nos permite reanudar la vida.**

Madrid, España, 2006: GEDISA.

Sitio:<http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/2801/1/UPS-QT01138.pdf>

DUSSICH, John P. J. **Asistencia, recuperación y restauración de las víctimas.**

EGUZKILORE Número 26. San Sebastián 2012 53 – 62. Pág. 57 Sitio:

<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2177136/Dussich+Eguzkilorre+26-9.pdf>

NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL. Disponible

www.justiciarestaurativa.org/news/justicia%20restaurativapdf Consultado

29/10/2017

MARSHALL, Tony. **Restorative Justice.** Sitio:

www.justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/.

MAYEDO, Isabel. **La paz en Guatemala no mejoró condiciones sociales.** Prensa

Latina. <http://www.voltairenet.org/article195317.html> 2017.

MELOSSI, Darío. **Crime, Punishment and Migration.** Routledge. Londres. Pág.75

Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550: 1-11 Sitio:

<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2922/3270> Consultado

25/10/2015

El principio de la Dignidad Humana en el Derecho Internacional.

Sitio:Página:<http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>

GARCÍA MORENO, Francisco. **“El concepto de dignidad como categoría existencial.**

Un recorrido del concepto a lo largo de la historia de la filosofía”, El Búho,

Revista Electrónica de la Sociedad Andaluza de Filosofía. Sitio:

http://aafi.filosofia.net/publicaciones/el_buho/elbuho2/dignidad.htm

Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, dependiente del Ministerio de

Trabajo e Inmigración. Sitio: <http://www.oberaxe.es/>

PECES BARBA, Gregorio. **“Derechos fundamentales”.** Sitio: [http://e-](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10462/1/derechos_Peces_RJCM_1987.pdf)

[archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10462/1/derechos_Peces_RJCM_1987.pdf](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10462/1/derechos_Peces_RJCM_1987.pdf)

PELÉ, Antonio. **Una aproximación concepto de dignidad humana.** Sitio:

http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf

PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José. **Justicia Restaurativa, del Castigo a la Reparación**. Sitio: www.bibliojuridicas.unam.mx/libros/7/3104/38
Consultado 27/10/2017

ROSENBERG, Marshall. **Justicia Restaurativa**. Sitio: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/>

ROXIN, Claus. **La reparación en el sistema de los fines de la pena**. Munich, Alemania, 1987: Editorial W.Fink. Sitio: www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/galain.pdf
Consultado 28/9/2117.

SAMPEDRO ARRUBIA, Julio A. **La Justicia restaurativa**. Sitio: www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420482004 Consultado 27/11/2017

VAN NESS y STRONG. **Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice**. Sitio: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/>

VARONA MARTÍNEZ, Gema. **Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas**. IVAC/KREI – UPV/EHU. Sitio: www.ehu.es

VÁSQUEZ SMERILLI, Gabriela. **La Reparación del daño producido por un delito**. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/Articulo_Nuevas%20Tendencias%20Victimologicas.doc.

Otras Referencias

Diccionarios

ANDORNO, Roberto. **Dignidad humana**. Enciclopedia de bioderecho y bioética. Granada, España, 2011: Universidad de Deusto-Comares.

CABANELLAS TORRES. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina, 2006: Editorial HELIASTA. Décimo octava edición

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Sitio: www.rae.es/drae.

OSSORIO Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina, 2006: Editorial Heliasta, SRL

Sentencias

Corte de Constitucionalidad

Gaceta No. 79, Expediente 676-2005; fecha sentencia 28/03/2006.

Gaceta No. 90, Expediente 3220; fecha sentencia: 28/11/2008.



Sentencia de fecha veintitrés de abril de dos mil catorce, dentro del proceso No. 01188-2013-0027 del Tribunal Segundo Pluripersonal de Sentencia Penal de Delitos de Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer y Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas. Delito: Violación con agravación de la pena con circunstancias

