

# CAPÍTULO II

## EL DERECHO PENAL Y SU EVOLUCIÓN

Como sabemos, el fin primordial del Estado es la paz y la seguridad entre sus gobernados ya que de ser así se logra que la convivencia sea armoniosa entre ellos, con ese objetivo da fuerza obligatoria al conjunto de leyes que conforman el Derecho positivo que es la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado.

Las normas jurídicas que impone el Estado a través de sus instituciones, deben ser respetadas y acatadas, entre las diversas leyes encontramos algunas que por su impacto social y su pretensión punitiva tienen importancia singular, mismas que forman parte del Derecho Penal que al violarse y por tanto al incurrir en la comisión de hechos tipificados como delitos, surge un encuentro entre los sujetos protagonistas: el activo, cuya conducta se adecua a la descripción legal del delito y que trae como consecuencia sanciones de índole diversa, y el pasivo, que es la persona que directamente sufre la pérdida o menoscabo de un bien que el Estado está obligado a proteger y, en su caso, a procurar su restablecimiento o indemnización.

En ese evento delictuoso, que resulta ser trascendente y dañoso porque no solo afecta intereses individuales sino también otros que son de carácter público pues el infractor vulnera normas de orden público, transgrede las reglas de la convivencia y, por ende, debe responder de sus actos frente a la comunidad, de ahí que la institución del Ministerio Público, como representante social, en su afán de restituir el orden jurídico, ejerce acción penal en contra del sujeto activo hasta lograr que el órgano jurisdiccional imponga las sanciones y medidas de seguridad establecidas en la ley para cada caso.

Efectivamente, se entiende que todo conglomerado social debidamente organizado se desarrolla bajo una convivencia pacífica y ordenada, y para lograr esto se establecen, por un lado, reglas que guían la conducta humana, que son de carácter obligatorio y aplicables a todos por igual, y por el otro, sanciones para los casos en que resulten violadas. Algunas de estas normas jurídicas guían la conducta de los destinatarios, así como la acción de los órganos aplicadores de las normas jurídicas vigentes.

La rama del derecho que nos ocupa, ha sido concebida para defender a la sociedad en general y no toma en cuenta las necesidades de quienes en particular padecen el menoscabo de sus derechos mediante la comisión de ilícitos, es decir la víctima es un ser olvidado del drama penal y la pena ha tenido como finalidades y características: crear en el delincuente un sufrimiento que le aparte del delito en el futuro y si fuera posible alcanzar su readaptación; de lo contrario se pretende su eliminación del medio social; en relación a la comunidad, la pena constituye la ejemplaridad para enfatizar que quienes transgreden la ley son objeto de castigo por lo que es necesario respetar la ley. Además, para muchos autores la pena contiene efectos intimidatorios porque mediante su aplicación se pretende evitar la delincuencia, al servir de ejemplo, la sanción penal, los ciudadanos se dan cuenta de que la amenaza del Estado es efectiva, al tiempo que por los efectos correctivos y eliminatorios, se proporcionan tratamientos curativos y educacionales para el delincuente y si no se logran los resultados esperados -por tratarse de sujetos

incoregibles- son eliminados temporal o definitivamente; sin embargo, no cabe duda de que se omite el fin primordial de la pena que es una expresión de justicia, dando lo que merece cada quien y de esta manera se restablece el orden social y se logra la seguridad y el bienestar sociales, precisamente sustentándose en estos objetivos al igual que otros autores, sostenemos que actualmente la sanción en el Derecho Penal debe considerarse no únicamente como un castigo para quien transgrede la norma jurídica, sino también debe tener por objeto la readaptación del delincuente al medio social, con la idea de que en un afán de lograr la efectividad de la justicia, es necesario el restablecimiento del orden jurídico, y por tanto resulta indispensable reconocer su efecto restitutorio y por tanto debe lograrse para el pasivo o víctima del delito, la restitución de los derechos que resulten lesionados con motivo de la comisión de ilícitos, lo que implica la reivindicación de los bienes que fueron lesionados y si esto no fuere posible, entonces debe ser indemnizado, asimismo, debe ser atendido jurídica y médicamente por el Estado que está obligado a darle protección, por ello si con motivo de esa violación a la ley penal se produjo una alteración en el orden jurídico, social y posiblemente individual, traducida muchas veces en un daño; la sanción también tiene como objetivo restablecer el orden social, remediando la alteración causada y reparar el daño que se haya producido con motivo de la comisión de delitos.

Para nadie es desconocido que el Derecho Penal ha ido evolucionando con el transcurso de los años, ello obedeciendo a las necesidades históricas; empero, tampoco es desconocido que ha seguido caminos opuestos, de tal manera que nació en el ámbito privado para vengar los daños sufridos por los particulares y a medida que pasaron los años y aumentó el interés de los gobernantes fue adquiriendo carácter público; sin embargo, el Estado se impuso de manera arbitraria sin que le interesaran los particulares, no los justiciables ni las víctimas de los delitos, hasta que preocupados los interesados por la impartición de la justicia y del Derecho, lucharon por el reconocimiento de los derechos de los inculpados, sin que se hayan preocupados por los ofendidos toda vez que consideraron que al violarse la ley penal, no se ofendía a nadie en particular sino a la sociedad en general, hasta que actualmente parece que se está por llegar al justo medio, lo deseable es que esa evolución permita alcanzar la verdadera justicia que todos anhelamos.

Conocer la evolución del fundamento filosófico del Derecho Penal y la de la facultad del Estado para sancionar a quienes alteran el orden social violando normas de orden público, es muy importante porque nos permite conocer plenamente el Derecho Penal actual y las tendencias futuras, tan es así que José Antonio González Quintanilla en su libro *Derecho Penal Mexicano* publicado por editorial Porrúa en 1993, escribió:

Quien sienta deseos de conocer el Derecho Penal actual, debe indudablemente estar enterado de su desarrollo pretérito. Por ello, al indagar el pasado histórico, para verificar el comportamiento de las tendencias de los detentadores del poder, en lo relativo a reprimir o prevenir tanto los delitos de auténtico contenido ético negativo, como los delitos artificiales creados por dichos detentadores, según las circunstancias prevalentes en su momento. Por este motivo mayormente el juspenalista debe saber los trazos dejados en el pasado que significan la huella anterior y pueden darnos la explicación del por qué nuestro Derecho Penal actual es como es.

En este mismo orden de ideas, la historia del Derecho Penal nos permite conocer los antecedentes, la evolución y el desarrollo de las ideas penales y ello nos confirma la convicción de que las leyes penales, como todas las que se ponen en vigor en un momento dado, tienen como objetivo garantizar el orden y la seguridad social y la convivencia pacífica y armónica de quienes forman parte de ella y que para lograrlo es necesario que dichas leyes evolucionen atendiendo a las necesidades de la misma sociedad.

Así, tenemos que en la etapa denominada de la venganza privada o época bárbara, misma que aparece en la época primitiva, en la cual la conducta humana se da más como una reacción de la naturaleza del ser humano debido a que no existía protección de ninguna autoridad debidamente organizada, y menos suficientemente fuerte que tomara por su cuenta el castigo culpable, ni el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales, de tal manera que cada persona, cada familia, o cada grupo tenía que protegerse para subsistir, obedeciendo a sus impulsos y a su propia fuerza de tal manera que cada uno se hacía justicia por su propia mano. A esta época también se le conoce con el nombre de venganza de sangre debido a que los homicidios y las lesiones, llamados delitos de sangre, eran los más comunes, por ello es que los germanos le llamaron **blutrache**.

Más tarde, debido a que en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores a los recibidos, para acabar con esos excesos, se estableció el límite de la venganza, lo que dio origen a la ley del Talión que se sintetiza con la fórmula **OJO POR OJO Y DIENTE POR DIENTE**, mediante la cual el ofendido adquiere el derecho de solamente causar un mal igual al recibido, lo anterior hace suponer, a su vez la existencia de un poder moderador, debe destacarse que en esta época primitiva quien tiene la acción de vengarse y hacer justicia corresponde al ofendido o a sus descendientes, como complemento de lo ya expresado, se deduce que con el tiempo el ofensor adquiere el derecho de comparar al ofendido o a sus familiares ese derecho de venganza, a esta operación se le conoce con el nombre de **composiciones**.

A medida que la cultura avanza y se desarrolla entre los pueblos el principio teocrático, la participación de la víctima se sustituye y los problemas se proyectan hacia la divinidad a tal grado que ella se convierte en el eje de la constitución misma del Estado, lo que da lugar a la llamada venganza divina, en la que ya no se castiga al culpable para satisfacer al ofendido, sino para que el hechor expíe la ofensa causada a Dios por el delito que cometió.

Durante esta etapa, se considera al delito como una de las causas del descontento de los dioses y los jueces proceden en contra de los enjuiciados, no a nombre de la víctima sino de la divinidad que es la que resulta ofendida y pronuncian decisiones y se imponen penas para satisfacer la ira de la divinidad, por ser la forma adecuada para lograr el desistimiento de su indignación.

Es precisamente en esta época cuando surge la idea de aquello que se identifica con lo prohibido en grado supremo, que no es otra cosa que el vínculo con el Derecho Penal y que se conoce como **tabú**.

Al respecto el autor Sebastián Soler en su obra *Derecho Penal Argentino* nos indica que esta idea se muestra en la prehistoria constantemente vinculada a un sistema sumamente extendido y complejo, en el cual lo prohibido se confunde en un solo principio mágico, profundamente religioso, al cual modernamente se le ha dado el nombre de sistema de prohibiciones o tabú, tomándose esta palabra de diversos dialectos polinesios.

Asimismo, señala que la características de religiosidad, conocida como magia si se considera en su forma positiva, porque se hace algo para que ocurra un suceso deseado; pero que el hechizo, que es cuando se hace algo y se produce una desgracia, es entonces cuando adquiere forma negativa que se denomina **tabú**.

Del mismo modo nos dice este autor que esas observaciones caracterizan al derecho penal primitivo, en el que las sanciones adquieren una marcada imagen de expiación, religioso y fatal, toda vez que la violación del tabú trae consigo una desgracia, evitable únicamente mediante las ordalías, que en sí, son procedimientos purificadores o de expiación, motivados por hacer algo prohibido sin que importe que la violación se haya realizado consciente o inconscientemente; los juicios se realizaban en forma tal que sirvieran de ejemplo para los demás, mediante el miedo, lo que motivó que se hicieran a la vista de todos, es así como fueron adquiriendo carácter público, de esta característica surge una nueva etapa que es precisamente esa, la de la venganza pública.

A medida que pasa el tiempo, los Estados adquieren solidez y fuerza, es entonces cuando se forman órganos que enjuician en nombre de la colectividad, que se caracterizan por los procesos arbitrarios que realizan, en los que nada se respeta ni para los enjuiciados ni para las víctimas. Se imponen penas cruentas e inhumanas, los jueces poseen facultades ilimitadas, pueden incriminar a las personas por delitos que solo existen en sus mentes, dando lugar a un sinnúmero de injusticias entre los gobernados, con el único objetivo de conseguir de los súbditos por medio del terror o de la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. Es en este periodo, que predomina hasta el siglo XVIII, cuando se crean aparatos e instrumentos que tienen por objeto obtener mediante la tortura las confesiones que después daban camino a los calabozos en condiciones infrahumanas en los que las personas eran olvidadas sin que mediara juicio y así pasaban el resto de sus vidas, si es que antes no eran ejecutadas cruentamente. Ante tantos sufrimientos y situaciones tan injustas se van presentando reacciones a favor de un trato más humano y justo que dio lugar a una nueva etapa conocida como periodo humanitario, en el que se pugna por la exclusión de los suplicios y crueldades innecesarios, también se propone la certeza en contra de las atrocidades de las penas, se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, para su desarrollo es trascendental la intervención de ilustres personajes como Voltaire, Rousseau, D'Alembert, Montesquieu, Condillac, que con su pensamiento influyeron decisivamente en la transformación de las ideas políticas y aportaron innovaciones acerca del Estado, del gobierno, de la limitación de los poderes y de la participación del pueblo en la cosa pública, en materia penal sobresale César Bonnesana, el marqués de Beccaria que nació en Milán, escribió un libro titulado *DEI DELITTI E DELLE PENE*, que en muy corto tiempo se tradujo a 22 idiomas.

Es sumamente importante destacar que el autor no se conforma con criticar los sistemas empleados hasta entonces, sino que propone nuevos conceptos y prácticas, sobre todo pugna por la legalidad de los delitos y de las penas, por la utilidad de las penas, estima que el derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.

Señala que las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes que deben ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas y que además las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles, además de que no deben ser atroces.

El pensamiento de este penalista es verdaderamente innovador pues da pauta a procedimientos legales y justos y sirve de fundamento para la siguiente época; sin embargo, en su afán de destacar los derechos del inculpado, se olvida de señalar los derechos de quien sufrió las consecuencias del delito, es decir del sujeto pasivo, convirtiéndose así en víctima del Estado por no reconocerle ningún derecho.

Si bien el marqués de Beccaria es el iniciador de la etapa científica, su máximo exponente es Francisco Carrara, a quien llamaron Padre de la Escuela Clásica por darle una sistematización impecable, sostiene que el Derecho es connatural al hombre que Dios lo dio al hombre para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas y concibe al delito como un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del derecho y peligroso para él mismo, estima que la pena es un mal que inflige al culpable, que no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica, porque si excede deja de ser una protección del derecho para convertirse en una violación del mismo.

Este autor tampoco se ocupa de los derechos de la víctima del delito ni de su participación en el desarrollo del proceso.

Ante ese panorama ausente de derechos mínimos, se consideró afortunado el momento en el que los penalistas lucharon por juicios, tratos y procedimientos que permitieran descubrir a los verdaderamente culpables de los delitos; porque se reconociera un mínimo de derechos para los inculpados que les facultaran para defenderse y probar sus argumentos y, de resultar culpables, fuesen condenados a sanciones justas, y humanas cuyo objetivo sería que el delincuente al cumplir con las penas se reintegrara a la sociedad.

Las garantías y los principios del Derecho Penal surgen y con el transcurso del tiempo son adoptados por los Estados, sin embargo, acerca de los derechos de los ofendidos y de las víctimas, no se reconocen, tal vez la respuesta la obtenemos si consideramos que el Derecho Penal se conceptúa como norma del derecho público, en el interés estricto en perseguir los delitos y en la naturaleza de este fenómeno social, ya que se estimó que el delito causa un daño profundo a la sociedad y por ende el daño sufrido por la víctima es de mínima importancia, lo que no es correcto porque no hay que olvidar que ante todo el Derecho tiene por objetivo fundamental la justicia, el Derecho es el medio para lograrla y por consecuencia en tanto que la

víctima del delito permanezca olvidada y no le sean reconocidos sus derechos no debe aceptarse la existencia de una verdadera justicia.

Por fortuna, el Derecho Penal se transforma y actualmente se vigoriza la tendencia preventiva del delito y se está luchando por alcanzar el equilibrio entre los derechos del inculpado y los de la víctima, aunque hasta estos momentos se han dado los primeros pasos fundamentales, es indispensable continuar luchando para que la víctima del delito y del abuso del poder logren ser reconocidos en sus derechos fundamentales.

En la actualidad, la ley dispone que el procesado debe ser sometido a un juicio en el que tenga suficiente oportunidad de defenderse para que, si es responsable, en la sentencia condenatoria se le impongan sanciones condignas; por lo que en justicia, el ofendido o la víctima debe ser atendido y gozar de derechos similares, por lo que el legislador debe reconocerle los derechos que le corresponden. En este sentido, las garantías constitucionales deben ser ampliadas por el legislador para que sean respetadas y cumplidas por los encargados de procurar y administrar justicia; deben crearse otras instituciones que les den los servicios necesarios para que el menoscabo de sus derechos sea superado.

El órgano encargado de ejercitar acción penal y velar por los intereses de la sociedad, que ciertamente resulta dañada en la ejecución de conductas tipificadas como delictivas, debe además, representar los intereses de quien particularmente sufre los efectos del delito, a quien se le ha denominado con diversas acepciones: sujeto pasivo, ofendido o víctima.

Los distintos organismos encargados de proteger los derechos humanos que tienen por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos han asumido la postura de coadyuvar para el logro del imperio de la ley, de la vigencia del Estado de Derecho, la aplicación responsable y justa de la norma jurídica, el reconocimiento formal de los derechos fundamentales y el combate a la impunidad, asimismo están luchando para que la víctima del delito tenga sus derechos plenamente reconocidos en las legislaciones locales, para que esos derechos sean respetados y restituidos, para que reciba trato digno y humano, para que deje de ser un ser vulnerable que, por la falta de atención, el abandono y el maltrato, siente inseguridad e injusticia y, a la vez, pierde la confianza en sus semejantes y en las instituciones.

Al igual que las comisiones protectoras de los derechos humanos, otras instituciones encargadas de velar por los intereses de las víctimas del delito y del abuso del poder, tomando en cuenta el sentido común, luchan por lograr el justo equilibrio de los derechos sustantivos y adjetivos entre los protagonistas del delito ya que las víctimas, al igual que las instituciones que velan por los derechos humanos y la sociedad misma no aceptan ni aceptarán jamás la impunidad, ni la corrupción, ni la violación al derecho, ni la injusticia. Los objetivos de estas instituciones son los mismos de la población mexicana, todos pretenden que los responsables de los delitos sean castigados adecuadamente; que las víctimas sean atendidas, que reciban una suficiente asesoría jurídica, y que los daños que sufrieron con motivo de la comisión de delitos, sean físicos, psíquicos, morales o materiales, les sean

reparados. Por otra parte, no desconocemos que la sociedad se ha manifestado en contra de los órganos encargados de procurar y administrar justicia, lo mismo que de los que procuran la protección de los derechos humanos, en parte porque no está suficientemente informada sobre el trabajo que realizan, pero también porque los resultados no han sido los esperados, algunos grupos sociales consideran que la injusticia proviene de la protección de delincuentes y porque se continúa castigando a los inocentes, en esas condiciones las siguientes interrogantes parecen estar vigentes: ¿cuántos de los delitos cometidos son denunciados? ¿Por qué no acuden a la autoridad todas aquellas personas que sufren un delito? ¿En cuántos casos los denunciantes y los testigos se conducen con veracidad? ¿Cuántas de las personas denunciadas por la comisión de algún delito llegan a ser consignadas? ¿Por qué razones no son acordadas favorablemente, por los jueces, todas las averiguaciones consignadas? ¿Qué porcentaje de órdenes de aprehensión son cumplidas? ¿Cuántos procesos son resueltos mediante sentencia condenatoria definitiva? ¿En cuántos casos las víctimas de los delitos logran la reparación del daño?

Desde luego las explicaciones que pudieran darse, son diversas y discutibles, pero para la sociedad, en mucho, las respuestas las encontramos si atendemos a la deshonestidad, influyentismo, irresponsabilidad e incompetencia, causas que a su vez propician la impunidad e injusticia.

La falta de atención al ofendido o a la víctima del delito y del reconocimiento de sus derechos, así como también la injusticia que se comete por haber procesado e incluso privado de libertad al inocente, incuestionablemente molesta enormemente a la sociedad y es un factor importante que influye en la pérdida de credibilidad en la autoridad.

En México, en el ámbito federal, al igual que en el resto del mundo, tampoco se hizo caso a las condiciones de la víctima del delito en el procedo penal sino hasta hace poco, es decir a partir de las reformas constitucionales de 1993 y de 2000, en las que se aborda este tema y que posteriormente dieron lugar a modificaciones de las leyes ordinarias, mismas que resultan ser de mucha trascendencia para el Derecho Penal mexicano pero no suficiente, aún queda un gran trecho que recorrer.