



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“LA FIGURA DEL ABOGADO VICTIMAL EN LA LEGISLACIÓN
PENAL DEL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
LLUVIA EVELYN LÓPEZ ESPINOZA**



ASESOR: MTRO. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS

NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO, 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

LA FIGURA DEL ABOGADO VICTIMAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

INTRODUCCIÓN I

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

1.1 Definición de Derecho Penal	1
1.2 Objeto y fin del Derecho Penal	11
1.3 Escuelas Penales	15
1.3.1 Escuela Clásica	15
1.3.2 Escuela Positiva	21

CAPÍTULO 2.

MARCO HISTÓRICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

2.1 Internacional	30
2.1.2 Venganza de Sangre	36
2.1.3 Ley de Tali3n	40
2.1.4 C3digo de Hammurabi	41
2.1.5 El Derecho Romano	46
2.2 Nacional	47
2.2.1 Etapa Precolombina	48
2.2.2 Etapa Colonial	57
2.2.3 M3xico Independiente	60
2.2.4 Porfiriato	63
2.2.5 M3xico Actual	65

CAPÍTULO 3.
LAS GARANTÍAS Y DERECHOS HUMANOS DE LA
VÍCTIMA Y EL OFENDIDO

3.1 Derechos Humanos en los Tratados Internacionales	69
3.2 Principios de Milán	71
3.3 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)	73
3.3 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Convención "Belem Do Para")	79
3.4. Derecho de la Persona en la Legislación Nacional	84
3.4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	84
3.4.2 Reformas Constitucionales del 10 de junio de 2011	87
3.5 Derechos de la Persona en la Legislación Local	91
3.5.1 Distrito Federal	91
3.5.2 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	91
3.5.3 Ley de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito y su Reglamento	94
3.5.4 Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal	99
3.5.5 Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal	100
3.5.6 Acuerdo A/002/2008 del Procurador que habilita a los y las abogadas víctimas	102
3.6 Ley para la Protección a Víctimas del Delito en el Estado de Chiapas	103
3.7 Ley del Centro de Atención para las Víctimas del Delito en el Estado de Jalisco.	107
3.8 Ley del Centro de Atención para las Víctimas del Delito para el Estado de Sinaloa	110

CAPÍTULO 4.
ESTUDIO DOCTRINARIO Y LEGAL, DE LA VICTIMA Y
EL OFENDIDO, SU ASESOR Y SU PARTICIPACIÓN EN
EL PROCEDIMIENTO PENAL.

4.1	Victima y Ofendido	113
4.2	Sujeto Pasivo	113
4.2.1	Sujeto Pasivo del Delito	113
4.2.2	Sujeto Pasivo de la conducta	114
4.3	Ofendido	114
4.4	Victima	115
4.5	Sujeto del Procedimiento	116
4.5.1	Órgano Jurisdiccional	120
4.5.2	Ministerio Público como Autoridad	121
4.5.3	Inculpado	122
4.5.4	Victima	122
4.5.5	Ofendido	123
4.6	Partes Principales del Procedimiento	123
4.6.1	El Ministerio Público como parte	125
4.6.2	El inculpado y el defensor como sujeto de la "Litis"	126
4.7	Partes secundarias en el procedimiento	126
4.7.1	La víctima y el ofendido	127
4.7.2	Los testigos	129
4.7.3	Servicios Periciales	133
4.8	Funciones y Atribuciones del Abogado Victimal	135

4.8.1 Legislación Aplicable	135
4.8.2 Su intervención en el Procedimiento Penal	136
4.8.3 Critica	136
CONCLUSIONES	139
FUENTES CONSULTADAS	134

INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos humanos de la víctima u ofendido, es un tema que se ha tocado a nivel mundial, desde hace varios años, basta solo con ver la Declaración Universal de los Derechos Humanos, posteriormente han surgido varias Convenciones persiguiendo el máximo nivel de protección hacia los derechos de las víctimas.

En nuestro país, es el 10 de Junio de 2011, se publica en el Diario Oficial de la Federación, una reforma que viene a fortalecer y a colocar en un máximo nivel normativo a los Derechos Humanos contemplados en los Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

Es así, como se incorpora con ese máximo nivel normativo todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde se coloca en uno de los niveles más altos de protección para las prerrogativas fundamentales de las víctimas del delito.

Claro está, que lo antes señalado, ha repercutido en diversas legislaciones, pero pese a este esfuerzo para legislar y mejorar la materia de protección a las víctimas, no han sido del todo eficientes, ya que la víctima se encuentra de forma constante en un estado de indefensión, demostrando que los instrumentos antes citados no han sido suficientemente efectivos.

En esa misma tesitura, a pesar de que el Estado Mexicano a pesar de su labor por intensificar la protección de los derechos de aquellas personas que han sido afectadas por la comisión de un delito, no ha sido suficiente, en ese supuesto se encuentra la figura objeto de análisis del presente trabajo.

Es el abogado victimal que surge, con el fiel propósito de auxiliar a las víctimas del delito, asistirles y vigilar que sus derechos no sean vulnerados, esta tarea es encomendada al abogado victimal, pero el marco legal no es el suficiente, sus funciones y atribuciones no han sido reconocidas, haciendo de este profesionista que no tenga la capacidad adecuada para llevar a cabo todas sus funciones; además de una serie de factores públicos y administrativos que entorpecen su tarea, como la excesiva carga de trabajo y realizar funciones que no le competen.

CAPÍTULO 1

GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL

En el presente capítulo, y dada la importancia del Derecho Penal; tocaremos más a fondo la historia del mismo, las diversas definiciones hechas por diversos autores, en diferentes etapas de la historia del derecho. Es importante tener un contexto histórico, y conocer la evolución del derecho penal, mismo que se ajusta a la realidad social.

1.1.- Definición de Derecho Penal

Paralelamente a los sentimientos, se desarrollan los actos contrarios a la unidad del grupo social. Como una reacción frente a los valores del espíritu aparece el crimen, entorpeciendo el desarrollo pacífico de las sociedades y creando un estado de alarma y anarquía.

El hombre aún no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros, por ejemplo, el apoderamiento ilegítimo del animal cazado por otro, la violencia física ejercida sobre una mujer, etc. De ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.

Esta situación ha llevado a los hombres de todas las épocas a reaccionar contra el criminal, combatiéndolo de acuerdo con las costumbres del tiempo y lugar; ya que, la lucha contra el crimen es una necesidad que impone el deseo de vivir y perpetuarse, innato en toda comunidad.

“Los actos contrarios al interés social obligan al Estado, que representa a la comunidad organizada, a intervenir reprimiéndolos; pero como el Estado no debe actuar al margen del derecho y su actividad siempre se subordina a la ley, la represión del crimen se rige, necesariamente, por normas jurídicas, cuyo conjunto integra al Derecho de Castigar”.¹

¹ MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho, 50a edición, Editorial Porrúa. México 2010, pág. 317.

El Estado puede aplicar a los actos ilícitos dos clases de sanciones: civiles y penales. Las civiles, las aplica en el caso de que el acto ilícito lesione de una manera indirecta a la sociedad y directamente a un particular, y las penales, cuando se lesiona en forma mediata a un particular e indirectamente a la sociedad.

El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; y se manifiesta como *un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.*

Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social.

Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

“Para el hombre, quizá no exista otra rama del derecho de mayor trascendencia que la penal, ya que, la propia índole de su naturaleza jurídica está en relación constante con el hombre, con su entorno y con sus acciones u omisiones”.²

Entre los bienes jurídicos sometidos a su protección se encuentran los más preciados para el hombre, como la libertad, la dignidad, el honor, la integridad física, patrimonio e incluso, la propia vida, por todo ello, el estudio de ésta disciplina es de vital importancia en la formación de todo jurista.

² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal Parte General 2ª edición, editorial Trillas, México 1986, pág. 11.

La materia que nos ocupa es el Derecho Penal, tal denominación no ha sido siempre la misma, ha variado en el tiempo.

En tiempos de los romanos, durante Edad Media fueron utilizadas las expresiones *ius poenale* y *ius criminale* que conoció aquel derecho, las que también fueron utilizadas en la Edad Media. Durante ésta última etapa, el contenido del derecho penal estuvo fuertemente influenciado por la iglesia, lo que determinó una relación estrecha entre los conceptos del delito-pena y pecado-penitencia.

Con posterioridad al Iluminismo europeo del siglo XVIII, el orden jurídico penal se incorpora en codificaciones sistematizadas y específicas para cada materia, lo que acontece sobre todo a partir del siglo XIX, observando como punto de partida a la legislación napoleónica, que en el ámbito penal, parte del Código Penal Francés promulgado en el año 1810.

En éste, a diferencia del concepto antiguo de “código”, conocido a partir del derecho romano y durante la Edad Media, donde se lo entendió fundamentalmente bajo la idea de compilación de leyes, que no necesariamente eran de la misma materia, el nuevo concepto de “código”, apareció entendido como ordenamiento integrado con normas de una misma rama jurídica, debidamente sistematizadas de acuerdo a un objetivo, con la tipificación de los delitos conminados con penas, que recogían el interés en el principio de legalidad, muy característico de ése periodo histórico.³

Asimismo, en ésta época se adoptó como denominación de la materia aquella de Derecho Penal, denotando con esto, la característica fundamental de ésta rama jurídica, la pena, a diferencia de otras ramas jurídicas cuya coercibilidad implica la imposición de otras respuestas no punitivas o penales y de sentido básicamente reparatorio.

³MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho, 50ª edición, editorial Porrúa, México, 2010, pág. 29.

Posteriormente, con el florecimiento y desarrollo del positivismo naturalista, la denominación de Derecho Penal sufrió su más fuerte embate, para así sostener la expresión de *Derecho Criminal* frente a la naciente preocupación por el delincuente o criminal, de ésta manera disminuye el interés por la norma que prevé el delito, para traducirlo en el interés por el delincuente.

Tal orientación favoreció el que se desarrollara el nombre de “derecho criminal” para sustituir al de “derecho penal”, y que se hablara de responsabilidad social y de las medidas de seguridad pre delictivas y pos delictivas y que bajo el concepto de la “defensa social” se hablara también de un “derecho de defensa social” y hasta de un “derecho protector de los criminales” como en España lo hiciera Pedro García Dorado y Montero.⁴

Las expresiones derecho criminal y ley criminal prevalecieron hasta el siglo XVIII en las obras de los autores llamados prácticos. La emplearon, entre otros, Prospero Farinacio en Italia; Lorenzo Mateu y Sanz y Juan Gutiérrez, en España; Pierre Francois Muyart de Vouglans, en Francia, y Benedicto Carpzovio, en Alemania.

En síntesis, se observa en general que en los países de formación jurídica occidental europea se habla preferentemente de derecho penal.

En Italia, de *dirittopenale*; en los países de habla hispana de Europa y de Latinoamérica, de “derecho penal”; en Francia, de *droitpenale*; en Alemania, de *Strafrechty penal Recht*; y sólo en países sajones de habla inglesa, se utiliza con más frecuencia la expresión *criminal Lawen*⁵

Actualmente, las diferencias en relación con la materia, aparecen más en orden a las posiciones doctrinales sostenidas en su contenido que en relación a la denominación misma.

⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, editorial Abeledo, Buenos Aires 1966, pág. 54.

⁵ MOTO SALAZAR, Efraín. Op Cit. pág. 31.

El derecho penal puede ser entendido en sentido objetivo y en sentido subjetivo, se trata de una distinción tradicional.

Para Enrique Pessina el Derecho Penal objetivo es el conjunto de principios relativos al castigo del delito; Fran Von Liszt lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia⁶.

Según Edmundo Mezger, es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.⁷

El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Eugenio Cuello Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.⁸

En México Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁹

Es facultad que el estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad; es facultad por que el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales; pero es también deber, porque es garantía indispensable en los estados de derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo.

⁶Cfr. ENRIQUE PESSINA, citado por FERNANDO CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, editorial Porrúa, México 2005, pág. 21.

⁷ Cfr. EDMUNDO MEZGER, citado por FERNANDO CASTELLANOS TENA. Lineamientos. Elementales de Derecho Penal, editorial Porrúa, México 2005, pág. 21.

⁸ EUGENIO CUELLO CALÓN, citado por EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT. Introducción al Derecho Penal, 2ª edición, editorial Porrúa, México 1994, pág. 47.

⁹ RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, citado por EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT. Introducción al Derecho Penal, 2ª edición, editorial Porrúa, México 1994, pág.47.

Ese conjunto de normas legales, que asocian al crimen, como hecho, la pena como legítima consecuencia, constituye el Derecho penal objetivo; que es el régimen jurídico mediante el cual el estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva, cumpliendo desde ése momento con la función de garantía que, junto con la tutela de bienes jurídicos, constituyen un importante fin del derecho penal.

Al hablar de derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada *iuspoenale* y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas establecidas por el Estado que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y medidas de seguridad. Otras tienen un sentido marcadamente objetivo; por ejemplo, Philippi Mariae Renazzi, lo define en esencia, como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo.

En este sentido se puede entender que, de acuerdo con Eduardo López Betancourt, el derecho penal es “el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como legítima consecuencia”.¹⁰

Se entiende por derecho penal subjetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva del órgano de donde emana; se hace alusión así, al *iuspuniendi* del Estado o potestad punitiva del mismo.¹¹

Es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos actos o hechos que pueden ser considerados como delitos así como imponer y ejecutar una sanción; en ésta noción se encuentra el fundamento filosófico del Derecho Penal. Hay otras definiciones en éste mismo sentido, en las cuales se alude al fundamento de derecho de castigar que es la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado.

¹⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit., pág. 49.

¹¹ ARGIBAY Y MOLINA, José y otros, Derecho Penal parte 1, editorial Ediar, Argentina 1972, pág. 26.

Uno y otros conceptos del derecho penal, en sentido objetivo y subjetivo, aparecen interrelacionados y exigen ser aplicados.

Es importante destacar que el nombre de una ciencia se formula, por lo común, señalando las notas esenciales de su contenido y las particularidades que la caracterizan y distinguen de otras disciplinas de naturaleza semejante.

Celestino Porte Petit trata acerca de la naturaleza jurídica del derecho penal y lo define como el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones bajo la amenaza de una sanción.¹²

La doctrina, en general, destaca como caracteres del derecho penal, el de “ciencia cultural”, así la denomina Luis Jiménez de Asúa, los de normativo, valorativo y finalista. A ello debemos agregar que es un derecho eminentemente público, con una índole de derecho garantizador.¹³

La naturaleza normativa de ésta ciencia se desprende de un objeto esencial, el cual es la norma de derecho, que es la que regula la conducta humana, valorada por el legislador y definida en la ley penal, erigiendo a ésta disciplina en ciencia cultural a diferencia de las ciencias naturales.

El Derecho Penal se ocupa de conductas violatorias de las normas, normas que deben ser respetadas, aunque su trasgresión es posible, y podremos hablar de su carácter normativo por la indudable protección de bienes jurídicos.

Desde el primer punto de vista, el Derecho Penal es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.

¹² Cfr. CELESTINO PORTE PETIT citado por EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT, pág. 49.

¹³ LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, citado por EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT. Introducción al Derecho Penal, 2ª edición, editorial Porrúa, México 1994, pág. 49.

Por Derecho público entiéndase el conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho privado, regulador de situaciones entre particulares.

Comúnmente se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto sólo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, más tal criterio no es certero, pues todo el Derecho (también el privado) lo dicta y aplica el Estado.

El único titular es el Estado, pues sin éste no hay derecho penal autentico y verdadero, pero su facultad punitiva tiene como límite intraspasable los derechos de la persona.

Hay necesidad, en consecuencia, de atender a los términos de la relación jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece el Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al Derecho público; en cambio, si la disposición rige sólo relaciones entre particulares, formará parte del Derecho privado.

Por ende, el Derecho Penal es una rama del Derecho público, no por emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo Derecho positivo emerge del Estado y por éste se impone, sino porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido.

En concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público, por normar relaciones entre el poder y los gobernados.

El Derecho Penal lo podemos definir como el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

Luis Jiménez de Asúa define al derecho penal como: “El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regula el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de una norma una pena finalista o una medida aseguradora, y añade que el finalismo del derecho penal es uno de sus más esenciales caracteres.”¹⁴

Para Francisco Pavón Vasconcelos, en cita de Márquez Piñero, derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad, aplicadas para lograr la permanencia del orden social.

En Argentina, donde tuvo una gran influencia el positivismo, encontramos la siguiente definición de ésta disciplina: Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas, de jurisprudencia y de doctrinas fundamentales por cuyo medio las sociedades buscan las mejores condiciones posibles para prevenir los delitos y reprimir, con medidas coercitivas y regeneradoras, los hechos antisociales que se producen en su seno.

Ahí mismo, en Argentina, encontramos la definición de Sebastián Soler, quien de manera más escueta, pero incluyendo las medidas de seguridad: “Se llama derecho penal a la parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente a la pena”.¹⁵

La evolución del derecho penal, influida por las circunstancias de lugar y tiempo, revela la importancia de ciertas medidas para combatir la criminalidad con medidas correctivas y de seguridad, cuyo carácter es fundamentalmente preventivo.

El derecho penal, tiene ciertas características que son importantes y es preciso destacarlas:

¹⁴ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, citado por MÁRQUEZ PIÑERO, Op Cit. pág. 303.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Introducción al Derecho Penal. Editorial Iure, México 2003, pág. 41.

- a) Cultural: es cultural en tanto que, en la actualidad, los juristas suelen aceptar la clasificación de las ciencias en dos grandes bloques: culturales y naturales. Por un lado están las *ciencias del ser* (que incluyen las naturales) y por el otro *las del deber ser* (llamadas culturales, en cuanto la cultura, es un repertorio de comportamientos o patrones de existencia de la sociedad), y entre éstas se encuentra el derecho.
- b) Público: es público en cuanto regula las relaciones entre el individuo y la sociedad, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en orden a la consagración del axioma liberal: *nullum crimen, nullapoenas sine lege*.¹⁶
- c) Sancionador: porque el derecho penal no crea la norma, sino que la hace positiva a través de la ley, y está ligado, más que ninguna otra rama del derecho, a la efectiva eficacia de éste ordenamiento; solo supone la existencia de un principio positivo, lógicamente anterior a la ley penal.
- d) Valorativo: es valorativo por que la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el derecho. El mundo de las normas debe asentarse en la realidad, pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa verificación de los hechos; sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo. Por ende, la ley regula la conducta de los hombres y establece la conducta que deberán observar en relación con esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. El derecho penal, en general, funciona como sistema tutelar de los valores más altos, es decir, sólo interviene ante las trasgresiones de los valores fundamentales de la sociedad.
- e) Finalista: es finalista, como dice Luis Jiménez de Asúa; ya que, si se ocupa de conductas, lógicamente debe tener un fin. Pavón Vasconcelos distingue el fin del

¹⁶ Cfr. MÁRQUEZ PIÑEIRO, Op Cit. pág. 13.

derecho penal en mediato e inmediato; el mediato tiene su objetivo en la correcta convivencia social, en tanto que el inmediato consiste en la represión del delito.¹⁷

- f) Personalísimo: es personalísimo, si se toma en cuenta que la pena se aplica únicamente al delincuente, esto, en función de haber cometido el delito y sin salir de su esfera personal.

El Derecho integra un todo armónico; su misión es única: proporcionar certeza y seguridad en la vida gregaria. Razones prácticas han motivado su división, sin existir una diferencia esencial entre sus diversas partes.

Y en relación a otras ramas del Derecho, podemos distinguir al Penal por la mayor reacción del poder del Estado; éste responde con más energía frente al delito que ante las violaciones a normas civiles, administrativas o de otra índole.

1.2 OBJETO Y FIN DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es una ciencia jurídica y su estudio cumple idéntica tarea y tiene la misma finalidad que la de cualquier otra rama del derecho: interpretar y elaborar los principios contenidos en la ley; bien que con las modalidades particulares que resultan de su naturaleza de derecho de excepción.

Es importante destacar que en la protección de los bienes jurídicos radica la finalidad del Derecho Penal, éste justamente, tiene un fin en sí mismo, que es la protección de intereses o bienes debidamente valorados, que no nacen del derecho, nacen de la vida misma y por eso son vitales para el individuo y para la comunidad que integra.

Es en función de ello que el derecho, protegiendo en forma más eficaz tales intereses vitales los eleva a la jerarquía de bienes jurídicos.

¹⁷ Cfr. Citados por MÁRQUEZ PIÑEIRO, Ídem.

El objeto del Derecho Penal aparece regularmente referido en dos sentidos:

Primer sentido: objeto del derecho penal es el conjunto de las leyes penales que lo integran.

Segundo sentido: objeto del derecho penal es el sistema de interpretación de la ley penal.

Cuando se pregunta acerca del objeto del derecho penal, naturalmente se está preguntando acerca del cual es el objeto de estudio, que abarca y como está delimitado, cual es el ámbito sobre el cual se proyecta el estudio del derecho penal, para su interpretación y comprensión.

En síntesis, el objeto del derecho penal es el conjunto de normas que previenen delitos y señalan penas a quienes las infringen. El objeto del derecho penal ha ido variando en el tiempo, de acuerdo con el contenido que ha observado, determinado por las características histórico culturales de la sociedad en la que se manifiesta, Así, en alguna época, el derecho penal pretendió ocuparse no solo de la regulación de la conducta del hombre, sino, igualmente, de los daños ocasionados por objetos de la naturaleza o bien por animales.

Existe una segunda concepción de lo que es el objeto del derecho penal y se entiende de dos maneras:

- a) Como el conjunto de normas que lo conforman, lo que constituye su universo jurídico total.
- b) Como el estudio e interpretación de la ley penal. Esta última acepción lleva al concepto de la ciencia del derecho penal que, justamente, implica, el estudio de las normas para llegar a su conocimiento conforme a un cierto método.

En cuanto a los fines del derecho penal, también señalados, frecuentemente, como sus objetivos, son las metas propugnadas por el derecho penal. Este fin u objetivo aparece generalmente como el fin de la seguridad jurídica para la convivencia, sobre la base de

la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos penalmente tutelados de los miembros de la sociedad civil.

Las normas jurídico penales que integran el orden jurídico general suponen el orden de regulación de la conducta social, vinculado con el objetivo perseguido por el contenido específico de cada uno de los tipos penales.

Si todo el derecho en general aparece orientado al fin de la convivencia, el ámbito específico del derecho penal contempla ciertas características que son las que determinan la finalidad específica del mismo. En ese sentido, se han señalado como finalidad del derecho penal, básicamente dos:

- El fin de la seguridad jurídica
- El fin de la defensa social

1. El fin de la seguridad jurídica

El objetivo de la seguridad jurídica, como meta del derecho se entiende a partir de concebir el derecho como un instrumento orientado a posibilitar y fomentar la existencia humana.¹⁸

El individuo no puede vivir solo; su desarrollo deberá manifestarse dentro de un ámbito social, por esto, existir es coexistir y para que pueda darse la vida en convivencia es necesario que exista un cierto orden que debe ser vinculante en sentido ético social. El desarrollo de éste exige la introducción de un orden coactivo que haga vinculante la voluntad social; es decir, es necesario que se definan las conductas socialmente deseadas a través de los tipos penales y que, a su vez, éstas sean conminadas con la amenaza de su punición, que es lo que constituye la coercibilidad.

¹⁸MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, 7ª edición, editorial Porrúa, México pág. 117.

En síntesis, es necesario que cada miembro de la sociedad civil tenga la certeza de que los demás se abstendrán de realizar conductas que afecten su posibilidad de existencia. Tal afectación aparece representada por la lesión a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad que, por lo mismo, se constituyen el objeto del orden jurídico.

De ésta forma la pena derivada de actos que lesionen los bienes jurídicos; no debe exceder del límite que determina el grado de la tolerancia social y cultural sobre el particular exista, como una garantía de seguridad jurídica para la sociedad, así, el grado de la pena impuesta debe implicar siempre un cierto grado de tolerancia sociocultural que necesariamente debe estar en relación con el grado de afectación de los bienes jurídicos de la víctima.

2. El fin de la defensa social.

Antes de hablar de ésta segunda acepción del fin del derecho penal, es importante definir que es sociedad.

Por sociedad se entiende la suma de las individualidades que la conforman, es decir, el grupo de personas que conviven entre sí, y así se afirma que lo social es lo que se refiere a la coexistencia humana y, en tal sentido, la protección o defensa social significará proteger lo necesario para lograr la convivencia humana.

El concepto de defensa social, implica asegurar lo necesario para la coexistencia de las personas, como base de la existencia de la sociedad.

El derecho penal tiene como fin la seguridad jurídica, al igual que todo el derecho en general. La diferencia específica que se establece respecto de éste último, radica en el contenido punitivo de la coercibilidad específica del derecho penal, y por la naturaleza de los bienes jurídicos que tutela, exige de una protección punitiva especial que no es suficiente a través de la coercibilidad eminentemente reparatoria que observa el derecho en general.

1.3 ESCUELAS PENALES

Las escuelas penales son un conjunto de diversas concepciones contrapuestas, respecto a la legitimidad, la pena, la naturaleza del delito, y el fin de las sanciones; son diversos pensamientos respecto a una determinada orientación y responden a ciertos presupuestos filosóficos penales.

1.3.1 ESCUELA CLÁSICA

Antes de hacer referencia directa a las doctrinas de Fernando Carrara, portaestandarte máximo de la Escuela Clásica del Derecho Penal, resultaría importante examinar las ideas y pensamientos anteriores a ésta importante tendencia científica.

La filosofía de todos los tiempos ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar, si bien fundamentándola diversamente. Platón fundaba la pena en el principio de la expiación. Para los Romanos, maestros del pragmatismo jurídico, justificando el derecho de castigar, por la ejemplaridad intimidante de las penas.

La Iglesia, después refiriendo todo problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y la pena como una penitencia; mediante el arrepentimiento y la penitencia el pecador se somete a la ley divina y logra su enmienda satisfaciéndose la ofensa causada por el pecado con la justa retribución.

La Edad Media siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón del Estado y acentuado con tal justificación la venganza privada hasta llegar a los más rigurosos extremos; las penas quedaron, por ello, divididas en divinas, naturales y legales o humanas.¹⁹

¹⁹ Cfr. ARGIBAY MOLINA, José y otros. Op Cit. pág. 63.

Algunos autores consideran que ésta escuela ofrece distintas modalidades en el transcurso de su evolución, la que se puede dividir en tres etapas: “la filosófica”, “la matemática” y la “jurídica”.

La filosófica tiene su comienzo con Cesar de Bonnessana Beccaria y luego se divide en dos corrientes: una termina en los ilustres tratadistas italianos Domingo Romagnosi y Giovanni Carmignani.

Esta corriente estudia en forma primordial el fundamento del derecho de reprimir que tiene el estado, el concepto de la pena, la relación entre la pena y sociedad y el origen del derecho penal y de sus principales instituciones.

La corriente matemática trato de buscar una adecuación exacta entre el delito y la pena, es decir, que la penalidad de un hecho delictivo responda exactamente a la gravedad de ese mismo hecho, pero, sobre la base de establecer previamente las correctas pautas para caracterizar a aquel, paso previo a que su penalidad sea exactamente matemática a la intensidad del daño.

Esta corriente llega a su máxima expresión con Francisco Carrara y con Enrique Pessina.

La jurídica comenzó con el publicista Luis Luchini, quien realizo su obra volcando los principios doctrinarios a un cuerpo de leyes en el Código Penal Italiano de 1889.

La Escuela Clásica nace con el *Tratado de los delitos y de las penas*, de Cesar de Bonnessana Beccaria y surge como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver el derecho penal y finaliza con Carrara, siendo enriquecida durante su evolución por una gran afluencia de juristas como Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi, Friedrich Hegel, Domingo Romagnosi y otros más.

Se trata de una escuela de contenido muy heterogéneo, que engloba tendencias distintas, incluso opuestas, que llegaron a combatirse entre sí. Ésta escuela se

caracteriza por su carácter filosófico, por su sentido liberal y humanitario, que alcanza su mayor apogeo a mediados del siglo XIX, culminando en la obra inmortal de Fernando Carrara: *Programma del corso di dirittocriminale*.²⁰

En cuanto a sus representantes, si bien, no existió un grupo homogéneo de autores de la escuela clásica, suele manifestarse que éste grupo está formado por: Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi y Francisco Carrara (Italia), Carl Joseph Mittermaier, Hugo Halschner, Karl Birkmeyer, Carlos Binding (Alemania), y Francisco Pacheco (España).

Incluso las diversas tendencias que integran la escuela clásica se desarrollaron, además, espontáneamente en cada país, con representantes que no se conocían unos a otros y, en consecuencia, con anárquica autonomía y típico color nacional en muchos casos.

Los caracteres básicos de ésta Escuela dados a conocer por la doctrina, son:

- a) Un método de lógica-abstracta, deductivo, apriorístico
 - b) El delito no es un simple hecho. Es un ente jurídico.
 - c) La responsabilidad penal basada en la conducta libre
 - d) La pena como castigo, como retribución de un mal con un mal.
-
- a) El método adoptado por la Escuela Clásica es de lógica abstracta, es decir el método jurídico que es diferente al método experimental empleado por los positivistas, y teniendo por objeto el delito como entidad jurídica.
 - b) El considerar al delito no como un simple hecho sino como un ente jurídico, es afirmar que para su existencia, se necesita que la conducta o hecho del agente activo viole una norma, ya sea prohibitiva, o preceptiva, es decir que prohíba, o bien mande hacer.²¹

²⁰ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 46ª edición, editorial Porrúa, México 2005, pág. 53.

²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Introducción al Derecho Penal, editorial Iure, México 2003, pág. 13.

Por ello decía Fernando Carrara: “definido el delito como un ente jurídico, quedaba establecido, de una vez para siempre, el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados”.²²

- c) Carrara hace saber, que él no entra en discusiones filosóficas, al dar por sentada la existencia del libre albedrío. Y debe tenerse en cuenta como base del clasicismo, que el hombre es libre, y por tanto, puede actuar hacia el bien o hacia el mal teniendo libertad de elección. Sin embargo, no todos los clásicos estuvieron de acuerdo con su criterio, pues hubo algunos que negaron el libre albedrío, a esto se le puede llamar “indeterminismo templado” o “relativo”.
- d) Si el hombre es libre, si puede actuar hacia el bien o hacia el mal, quiere decir que la pena debe considerarse como un mal, como un castigo, como retribución de un mal con un mal, como un medio para intimidar a los demás.

Se afirma constantemente que la Escuela Clásica ha olvidado al delincuente, Florian lo cree, y por ello sostiene que la Escuela Clásica apenas lo tomaba en consideración, o por lo menos, le juzgaba de acuerdo con los mismos criterios que a los demás hombres no delincuentes.²³

Igualmente Enrico Ferri expresa que ha perdido de vista al delincuente, aclarando que simplemente no lo considera, por que no lo necesita en su construcción jurídica, es decir lo excluye voluntariamente.

Principios fundamentales:

1.- Su método es racionalista, el objeto determina el método en la investigación, y, si consideramos que para sus miembros no había más ciencia penal que el derecho

²² MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. Op Cit. pág. 72.

²³ Cfr. Ídem.

punitivo, aquellos aplicaban la metodología lógica abstracta, deductiva y especulativa. Para los clásicos, el derecho penal es un sistema dogmático, fundamentado sobre concepciones racionalistas.

La escuela clásica aplica a la elaboración del Derecho penal el método deductivo o lógico- abstracto, partiendo de principios generales uno de los cuales es el que, Fernando Carrara señalaba como fórmula sacramental: la concepción del delito como ente jurídico. También se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teológico o finalista.²⁴

2.- La imputabilidad se basa en el libre albedrío. El hombre es responsable penalmente porque también lo es moralmente, y es responsable moralmente porque goza de libre albedrío. Es decir, éste postulado establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraría lo hace a su libre elección; además, se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito.

3.- Igualdad de derechos. El hombre nace igual en cuanto a sus derechos, por lo cual, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.

4.- Sólo puede castigarse a quien realice una acción u omisión, previsto como delito por la ley y sancionada como una pena, consagración del sentido individualista proteccional y garantía contra abusos y arbitrariedades, consagración del principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen nullapoena sine lege*).

5.- Los clásicos aspiran a determinar de forma clara, las circunstancias modificativas de los delitos sobre todo las agravantes, el aspecto interno del delito y la prevención de todos los supuestos posibles de delincuencia.

²⁴ MÁRQUEZ PIÑERO RAFAEL, Op Cit. pág. 72.

6.- Fernando Carrara encuentra la fórmula esencial, en la que asienta el apoyo de toda la construcción jurídica, basamento unitario de todos los dogmas que integran la ciencia penal, fuente de donde emanarían las demás verdades del derecho penal de los pueblos cultos y que constituye la noción exacta del delito. Dicha fórmula dice: *el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico.*²⁵

7.- El delito como eje y como entidad jurídica. El punto de partida de la problemática penal lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo, que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente.

8.- La pena es un mal impuesto al delincuente, en retribución al delito cometido; debe existir proporcionalidad entre pena y delito. La pena debe estar determinada en forma clara y concreta, y el juez tiene la facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito.

9.- Responsabilidad moral. Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.

Las críticas en contra de la escuela clásica fueron encabezadas especialmente por Enrique Ferri y podemos resumirlas en los siguientes puntos:

- Aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia con formas o asociaciones de delincuencia habitual y profesional en los centros urbanos o en los latifundios aislados.
- Aumento progresivo de la delincuencia de los menores y de las mujeres.
- Prisiones con frecuencia más cómodas que las casas de los pobres y honrados.
- Agravación financiera de los contribuyentes.
- Defensa ineficaz a los criminales más peligrosos.

²⁵Cfr. Ídem.

- Pérdida de muchos condenados menos peligrosos, que podrían haber sido reutilizables como ciudadanos aptos para la vida honrada del trabajo.

Finalmente en lo que respecta a la influencia de ésta escuela en las legislaciones debe destacarse que la misma es claramente advertible en el código Español de 1870, así como en las reformas al mismo de 1871 y 1876; en el código Alemán de 1871, en el holandés de 1881 y en el argentino de 1886.²⁶

1.3.2 ESCUELA POSITIVA

También conocido como “positivismo criminológico” aparece a mediados del siglo XX. Nace así la Escuela Positiva del Derecho Penal que, según Carlos Fontan Balestra, tuvo su origen y sus causas en diversas circunstancias múltiples que convergieron para que se produjera esta corriente del pensamiento penal que no solo tuvo un enorme auge, sino que influenció marcadamente la legislación penal de los años que duro el recibimiento de que fuera objeto por parte de los estudiosos de la ciencia penal, quienes creyeron que con el nacimiento de ésta escuela se había llegado a ubicar el verdadero origen del delito.²⁷

Tales factores fueron: 1) diaria comprobación de la ineficacia de los sistemas penales vigentes, 2) descredito de las doctrinas espiritualistas y metafísicas y auge de las positivistas, 3) aplicación del método de observación al estudio del delincuente, sobre todo en el aspecto psíquico.

El nacimiento de ésta escuela puede situarse en la consecuencia de la aparición de las ciencias naturales en los estudios filosóficos, hecho ocurrido en el siglo XIX.

²⁶ Cfr. MÁRQUEZ, PIÑEIRO, Rafael. Op Cit. pág. 71.

²⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Principios de Derecho Penal. 1ª edición, editorial Ángel Editor, México 2006.

La característica distintiva y esencial del positivismo no es sólo su concepción realista, sino fundamentalmente sus métodos inductivos de investigación científica frente a los deductivos empleados de su época.

La designación de Escuela Positiva proviene del método experimental que en ella se emplea, y no del sistema filosófico de Augusto Comte, escuela que nació en contraposición de todas aquellas ideas que la antecedieron. La denominación adoptada de Escuela Positiva deriva de la aplicación de un método de observación y experimentación en el campo de las ciencias penales.

Se estima que ésta escuela posee un carácter unitario, es decir, nace con una verdadera uniformidad de doctrina.²⁸

A los creadores de la escuela mencionada los señalan en número de tres: César Lombroso, con una orientación antropológica y cuya obra fundamental es el *Uomodelinquente*; Enrique Ferri, con orientación sociológica y su obra principal *Sociologia Criminale* y Rafael Garófalo, con una orientación jurídica y su obra fundamental *Criminología*.

Y partiendo de lo anterior, en la escuela positiva existen dos etapas: 1) la antropológica fundada por César Lombroso, 2) la sociológica representada por Enrique Ferri.

En la antropológica predominó el estudio del hombre, e inicia un primer ciclo con la obra de Cesar Lombroso llamada *Existencia de una fossetta cerebralare mediana nelcranio de un delinquente*, que constituyó una memoria acerca de la cavidad cerebral del cráneo de un bandido italiano de apellido Vilella.

Cesar Lombroso estableció que, antes de estudiar el delito como ente jurídico o simple infracción de la ley penal, debe examinarse la acción humana, como fenómeno humano, natural y social, considerando la biología del delincuente.

También afirmaba que existía un “tipo criminal”, una especie de hombre que sobre la base de sus datos morfológicos y fisiológicos inconfundibles se distinguía de todos los

²⁸ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op Cit. pág. 73.

demás hombres que constituyen la comunidad; era un tipo anormal, especial, que físicamente estaba desde el comienzo demostrando ser un delincuente de determinada inclinación.

Eso era lo que constituía el “delincuente nato”, algo semejante a un ser salvaje que por su propia degeneración ha retrocedido a orígenes primitivos.

Pero, dentro de éstas teorías acertadas de Lombroso se podían percibir una serie de cuestionamientos tales como: ¿Cómo se podía determinar al “hombre delincuente” si no siempre ni en todas las comunidades, determinadas actividades son delito?, ¿Cómo se podrá hablar de ése delincuente nato o delincuente tipo, si no se sabe primero que es el delito para todos los hombres y para todas las comunidades?, así que podemos concluir que la categoría del delito define al delincuente.

Para Luis Jiménez de Asúa, la gran herencia de la escuela positiva ha sido el nacimiento de una nueva ciencia de carácter naturalista, que investiga la causa del delito, el estudio biosociológico del delincuente: la criminología.²⁹

De ésta fase antropológica de Lombroso, se evoluciona a la sociológica de Ferri, que estima que el delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales, y en su obra, “Criminología”, editada en 1885, da una definición de delito natural al que ubica al lado del delito jurídico, y que define como “la lesión a los sentimientos de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por las razas humanas superiores” creando además la noción de peligrosidad, por el llamada “temibilidad”, y que define como la *perversidad constante y activa que hay que temer de parte del delincuente*.

Rafael Garófalo encaro el análisis de la evolución del concepto de los sentimientos violados por el delito, pues con la idea de delito ha coexistido siempre la lesión de sentimientos que tienen profundas raíces en el corazón humano lo que constituye “el sentido moral de la sociedad”; este sentido ha evolucionado, ha sido y sigue siendo

²⁹ Ídem. pág. 73.

indistinto en las razas y en las épocas, pero lo que no ha variado es uno o varios sentimientos básicos cuyo quebrantamiento siempre ha sido considerado delito.³⁰

Esto quiere decir, que, Garófalo busco por exclusión los sentimientos fundamentales, para luego elaborar su teoría de delito natural, como aquella actividad violatoria de tales sentimientos. Se trata de sentimientos de un valor superlativo, pues siempre y en todas las épocas la violación a los mismos se ha considerado delito, y analiza varios sentimientos y los va desechando, para finalizar afirmando que existen dos fundamentos tales, que son la piedad y probidad.

De ésta forma afirma Rafael Garófalo, que todo acto humano que hiera en forma determinada el sentimiento de piedad o probidad de una colectividad dada es un delito natural.

Agrupar entre los primeros el homicidio, las lesiones, la violación, estupro, entre otros; y en los segundos, ubica fundamentalmente los delitos contra la propiedad.

Posteriormente Felipe Grispigni afirma que la peligrosidad criminal supone la capacidad de una persona para convertirse, con alto porcentaje de probabilidades, en autor de un delito.³¹

Desde el punto de vista psíquico, se trata de que la peligrosidad criminal sea un modo de ser de un sujeto, un atributo, una cualidad, o más concretamente, su condición psíquica como causa probable del delito.

Desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad criminal es un estado de antijuricidad de un sujeto, cuya consecuencia jurídica es la aplicación al mismo de una sanción penal. Así pudo señalarse el criterio básico para determinar las sanciones.

³⁰ Cfr. RAFAEL GAROFALO citado por EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1994, pág. 75.

³¹ Cfr. FELIPE GRISPINI citado por EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1994, pág. 74.

Los caracteres que se atribuyen a la Escuela Positiva son:

- a) Método de observación llamado “galiano”, experimental, positivo o inductivo. La Escuela Positiva es la aplicación del método experimental al estudio de los delitos y de las penas y como tal, introduce en el tecnicismo jurídico abstracto, el refuerzo de nuevas observaciones hechas, no solo por la antropología criminal, sino por la psicología, y por la sociología; representa verdaderamente una nueva fase en la evolución de la ciencia criminal. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a sus conclusiones y desarrollan hipótesis, con las que crean sus tesis relacionadas con el comportamiento criminal.³²

La escuela positiva aplica a la investigación de la criminalidad el método inductivo-experimental, lo que justifica su aplicación a la Ciencia Penal según Enrique Ferri, es la idea de que todas las ciencias tienen una misma naturaleza y un objeto idéntico: el estudio de la naturaleza y el descubrimiento de sus leyes, para beneficio de la humanidad. Las ventajas del método inductivo experimental son, según Ferri muy significativas. Mientras que con el método lógico deductivo la filosofía era un continuo proceso de suicidios porque cada filósofo echaba por tierra los sistemas anteriores y el suyo estaba destinado a ser abatido por los posteriores, con el método experimental una vez hecho el descubrimiento lo está para siempre y es tan inmutable como los hechos en los que se funda.

La característica diferencial del positivismo criminológico reside en el método más que en los postulados a menudo contradictorios y equívocos de sus representantes; el método positivo, empírico, que trata de someter constantemente la imaginación a la observación y los fenómenos sociales a las leyes férreas de la naturaleza. La cosmogonía del orden y el progreso, la fe ciega en la omnipotencia del método

³² AMUCHATEGUI REQUEMA, Irma. Derecho Penal cursos primero y segundo, editorial Harla, México 1998, pág. 9.

científico y en la inevitabilidad del progreso sellan el proceder metódico de la escuela positiva.³³

- b) Delito como fenómeno natural y social, como conducta humana, ésta Escuela propone al igual que la Clásica, dos ideales: “ en el campo practico tiene como objetivo la disminución de los delitos, que aumentan siempre, y en considerable proporción, y en el campo teórico, para conseguir el fin practico, se propone el estudio concreto del delito, no como abstracción jurídica sino como hecho natural; y por tanto quiere estudiar, no solamente el delito en sí, como relación jurídica, sino también a quien comete ese delito: el estudio del hombre delincuente.

- c) Responsabilidad social. A diferencia de la escuela clásica, la positivista, manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento dado, defenderse. Para sustituirlo, la escuela positivista elaboro la tesis de la responsabilidad social, concretándola con Rafael Garófalo y su fórmula de la temibilidad. El hombre es responsable de las acciones u omisiones exteriormente delictivas cometidas por él, sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella. La responsabilidad social no presupone la negación del derecho de pensar sino solamente constituye un cambio de su carácter y fundamento. Si el hombre va fatalmente determinado a cometer un delito, la sociedad, por igual, está determinada a defender las condiciones de su existencia, contra los que la amenaza. En la sociedad, el individuo tiene derechos y por tanto deberes hacia la misma sociedad; esto independientemente de si tiene o no libre albedrío; si practica el bien, será respetado; si practica el mal será castigado.

³³JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Principios de Derecho Penal, 1ª edición, editorial Ángel Editor, México 2006.

- d) Niega el libre albedrío. Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera consciente el mal sobre el bien; dado que es un ente natural, y en algunos casos, con anomalías que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. En éste sentido es importante destacar los estudios médicos y antropológicos de César Lombroso, que dieron pie a la teoría del criminal nato. Dicha escuela afirma que hay hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, de acuerdo con sus características biológicas, antropológicas y psicológicas.

- e) El delito es un fenómeno natural y social producido por tres factores de orden diverso: antropológicos, físicos y sociales; biológica y psíquicamente el delincuente es un anormal. Todo infractor, moralmente responsable o no, tiene responsabilidad legal si incide en el campo de la ley penal.

- f) Delincuente, punto central. El delito no es el centro de atención sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es sólo la consecuencia.

- g) Pena proporcional al estado peligroso. En ésta corriente se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito.

- h) Prevención. De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de su represión. Los positivistas creen que, al igual que en la medicina, es más conveniente prevenir que curar.

- i) La medida de seguridad es más importante que la pena. En vez de castigar se debe prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos criterios, y se afirma que debe aplicarse la más adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y características específicas del sujeto.

- j) Clasificación de los delincuentes. A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de los delitos, como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones.
- k) Sustitutivos penales. Se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, entre otros.
- l) Responsabilidad fundada en el determinismo, que fue sustituido por Ferri por el de la responsabilidad social, ya que, éste afirmaba que no creía en el criterio científico de la responsabilidad moral del individuo; pero no en el sentido de que la responsabilidad de los delitos corresponde a la sociedad, sino en el sentido de que el individuo debe responder, social o jurídicamente de sus acciones, por el sólo hecho de vivir en sociedad, sostenía Ferri que, en la justicia penal la función directa y preeminente de la defensa social, resulta que las medidas prescritas por la ley para todo autor de un hecho delictuoso, pierden la retribución de la culpa mediante un castigo, asumiendo en cambio, el carácter positivo de reacción social defensiva contra la acción ofensiva del delincuente.
- m) Ante estas concepciones del delito y del determinismo, la pena es también negada. Mal se puede castigar a quien no ha querido producir un daño ni ha podido evitar su comisión. Ante lo que significa la palabra pena, los positivistas elaboran el concepto de medidas de seguridad que sustituyen a aquellas y logran el fin que consideran deben perseguir las sanciones, cual es, la readaptación del delincuente a la vida en sociedad. La sanción actúa entonces, como medio de defensa social.

Para los positivistas, la pena no es más que un medio de defensa social, ahí radica su finalidad. Sobre todo, importa la prevención de los delitos, más que la represión de ellos, y las medidas de seguridad cobran singular importancia.

La influencia de ésta concepción científica se advierte en las legislaciones, con la aparición de varios códigos de ésta orientación a principios del siglo pasado, como el noruego (1902), el ruso (1922) y el peruano (1924), y los proyectos austriaco de 1909, italiano de 1921 y los argentinos de 1937 y 1941.

CAPÍTULO 2

MARCO HISTÓRICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

Dado que ninguna rama del Derecho se forma únicamente con elementos de origen nacional, es importante conocer parte de la historia que en realidad constituye su verdadero origen y que ha sido fuente de su desarrollo y crecimiento; siendo que a través de la historia del hombre; el desarrollo del derecho y específicamente del derecho penal, se ha llevado a cabo en el ámbito internacional a través de diversas instituciones jurídicas.

Por lo que considero que es importante echarle un vistazo al ámbito internacional para así poder comprender muchas de las figuras de esta materia.

Importante resulta también, conocer un poco acerca de los antecedentes nacionales, ya que a través de esa historia se ha determinado la evolución y desarrollo del derecho penal.

2.1 INTERNACIONAL

El Derecho ha sido siempre sinónimo de cambio, de una constante evolución, no en cuanto al concepto que el hombre ha tenido de éste con el correr de los siglos, al influjo de las concepciones religiosas, políticas o medios de vida de cada comunidad. Esta afirmación va dirigida específicamente a algo inherente en ésta ciencia que es su incontenible transformación.

Claro está, que el Derecho Penal no es una excepción dentro de la ciencia del Derecho, ya que consideramos que ésta ha sido la rama con mayor transformación, ninguna de las ciencias del Derecho ha sufrido más reformas, quizás porque es la más antigua, la que ha existido desde el primer momento en el que el hombre comenzó a habitar éste planeta.

Los conceptos de “lo permitido” y de “lo prohibido”, las concepciones acerca “del mal” sobreviniente a quien realizara actividades no permitidas, nacen con el hombre y viven y perduran a través de los tiempos hasta adquirir las formas modernas que rigen la vida actual de las sociedades jurídicamente organizadas.

Desde las afirmaciones bíblicas sobre el primer hombre y la primer mujer, hasta las concepciones científico naturales acerca del primitivo habitante de la tierra; todas han aceptado la existencia de tales conceptos que no son otra cosa que los primeros indicios de lo que constituye actualmente la base de lo que es nuestro derecho.

Si nos enfocamos un poco en éstas afirmaciones ya mencionadas, se puede analizar el ejemplo más claro; Adán y Eva podían en su paraíso terrenal realizar toda clase de actividades a excepción de una que era expresamente prohibida por el Dios que les dio la vida. Esta actividad que a pesar de estar prohibida fue realizada, los hizo acreedores a una terrible pena, una pena por demás singular si se analiza desde el punto de vista moderno, ya que, fue una pena indeterminada en el tiempo, y que no solamente alcanzó a los autores de ésa actividad prohibida sino a sus hijos, a los hijos de sus hijos y así infinitamente.³⁴

Pero al margen de tales antecedentes filosóficos, lo real y concreto es que el hombre ha podido realizar algunas actividades y le ha sido prohibido efectuar otras, con la amenaza de recibir un posible castigo.

Así a lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos. Al respecto podríamos dividir desde el punto de vista un tanto general, las consecuencias que tales actitudes prohibidas han tenido para el hombre en cuatro períodos, según los estudiosos de la materia son las siguientes: el de la venganza privada o venganza de sangre; el de la venganza divina, el de la venganza pública y el período humanitario.

³⁴ MALO CAMACHO, Gustavo. Op Cit. pág. 79.

Antes de hacer mención de cada una de éstas etapas, es importante señalar que cuando surge el siguiente período no puede considerarse desaparecido plenamente el anterior; en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aún contrarias, y si analizamos nuestra legislación nos daremos cuenta de que aún persisten reminiscencias de los períodos penales de antaño.

1.- DE LA VENGANZA PRIVADA: también llamada venganza de sangre o época bárbara. En el primer periodo de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. En ésta período la función represiva estaba en manos de los particulares, ya que cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo.³⁵

En ésta etapa, el castigo o el mal producido a quien previamente realizó algo mal o perjudicial para otro, es aplicado, por individuos de la misma colectividad, seres iguales al infractor, que, actuando de forma vengativa, no en forma de castigo invisible, aplican la más primitiva expresión de la pena, esto es, la venganza privada, etapa que se analizará más adelante.

2.- DE LA VENGANZA DIVINA: parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten a la divinidad, constituyendo el eje fundamental de la constitución misma del Estado. De ésta manera en el período de la ideas penales, así surge ésta venganza divina; en donde se estima que el delito como una de las causas de descontento de los dioses, por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.

“Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento

³⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Editorial Abeledo, Buenos Aires, 1966 pág. 38.

a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosa mediara muy corto intervalo.”³⁶

En ésta etapa, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal, aparece en muchos pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo.

De una manera indudable podemos afirmar que el delito ha surgido cuando, el hombre en las relaciones con sus semejantes, trasgredió aquellos principios que, en esa época primitiva, se consideraron fundamentales, apareciendo contra esa transgresión las diversas formas de esa pena.

No ha sido de manera uniforme la consideración de la gravedad de los delitos, ni las consecuencias que ellos acarreaban a quienes los cometían; tampoco puede afirmarse que las primeras formas delictivas estuviesen siempre constituidas por la violación de los intereses nacidos de las exigencias biológicas indispensables; su apreciación ha dependido, en gran parte, de la importancia que en cada época y lugar, se atribuyera al interés lesionado.

Existe una expresión fiel y un tanto oscura (hay autores que le han dedicado largos y profundos estudios tan sólo de su significado), que se conoce como el “tabú”. Se trata de una voz polinesia, que tiene diversos significados como: “lo prohibido”, “lo sagrado” y “lo consagrado”. Algunos autores como el antes citado Fontan Balestra mencionan un significado diferente a éste como ser “lo inquietante”, “lo peligroso” o “lo impuro”.³⁷

Después de ésta noción primitiva en la que se consideraba que el castigo era inmediato en consecuencia a una mala acción, con lo cual “el tabú se venga a sí mismo”.³⁸

³⁶ CASTELLANOS, TENA, Fernando. Op Cit. pág. 33

³⁷ Cfr. FONTAN BALESTRA, citado por ARGIBAY MOLINA, y otros. Derecho Penal Parte 1, Editorial Ediar, Argentina 1972. Pág. 12.

³⁸ Ídem pág. 13.

Ahora el acto vengativo no provenía de dioses, ahora dicha acción era ejecutada por los reyes, sacerdotes, y jefes de las tribus.

Todas éstas prohibiciones podrían estar referidas desde actividades sumamente importantes de la vida de éstas épocas, hasta cosas tan simples en la vida diaria de las comunidades, éste término puede ser algo tanto prohibido como algo sagrado, o incluso la prohibición o la violación a algo consagrado y castigado por los dioses.

El individuo en muchos casos no realizaba, como ocurre en la actualidad, un análisis subjetivo previo, respecto a la posibilidad de que cumpliendo una determinada acción sobrevendrá el castigo divino, ésa intimidación de la pena era mayor.

3.- VENGANZA PÚBLICA: a medida que los Estados adquieren una mayor solidez, comienza a hacerse una distinción entre los delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público; es ahí cuando surge ésta etapa de la venganza pública; en donde los juzgados y tribunales juzgan en nombre de la colectividad, y para la salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas.

En ésta etapa nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales tenían facultades ilimitadas y podían sancionar hechos que no eran considerados en las leyes como delitos. Por supuesto, que de éstas facultades y derechos ilimitados abusaron los juzgadores, no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas, tiranos, éste espíritu inspiró el Derecho Penal europeo hasta el siglo XVIII.

No sólo en Europa existía ésta intimidación, sino que también en Medio Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. En éste período la humanidad creó de manera muy ingeniosa suplicios tales, que sometían a cualquiera; como bien afirma Fernando Castellanos Tena la tortura era una cuestión preparatoria

durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución a fin de obtener confesiones.³⁹

En ésta etapa también nacieron los calabozos, en donde las víctimas sufrían prisión perpetua en lugares subterráneos; la jaula de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el “pilori” que era un rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba muerte por estrangulación y los trabajos forzados con cadenas son un claro ejemplo de ésta terrible etapa.

4. EL PERÍODO HUMANITARIO. Es una ley física que, a toda acción corresponde una reacción de igual intensidad, pero en sentido contrario. A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales.

La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomo cuerpo hasta la segunda mitad del Siglo XVIII con César Bonnesana, marqués de Beccaria, aun cuando no debe desconocerse que también propugnaron por éste movimiento Montesquieu, D’Alembert, Voltaire, Rousseau y muchos más.⁴⁰

Por lo que hace a la reforma penal, con ayuda de sus amigos de la revista “Il Caffè”, el joven Bonnesana, publico una síntesis admirable en el año de 1764, que pronto ya se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes.

Este libro titulado De los Delitos y de las Penas, se une a la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las

³⁹ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, Op. Cit. Pág. 122.

⁴⁰ Cfr. FONTAN. BALESTRA, Carlos. Op. Cit. pág. 16.

gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes, se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; sobresale 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, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración.

De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes:

- a) El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.
- b) Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes, éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.
- c) Las penas deben de ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces.
- d) Los jueces, al no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley.
- e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres.
- f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta, el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer de ella por no pertenecerle.

Al marqués de Beccaria se le considera, por algunos, como el iniciador de la Escuela Clásica y el apóstol del Derecho Penal renovado del cual inauguró la era humanista y romántica, con espíritu más filantrópico que científico.

2.1.2 VENGANZA DE SANGRE

La venganza significa que el hombre, ante, una agresión recibida, obtiene la satisfacción mediante un acto violento. La venganza privada conocida también como

venganza de sangre y consiste en que el ofendido se hace justicia por propia mano, así el afectado ocasiona a su ofensor un daño igual al recibido.⁴¹

Se trata de la primera forma de castigo conocida, con características especiales. La injusticia consiste en la afrenta al ofendido o sus parientes, quienes pueden hacerse justicia por propia mano. La venganza de la sangre, que se produce en los hechos graves, asume carácter colectivo, y es la vez, un derecho y un deber de familia. En caso de agravios menores, ésta puede alterarla, sea con el pago de una multa, o golpeando o azotando al culpable.

Esta venganza se manifiesta con la reacción de todos los miembros del clan ofendido, quienes persiguen al autor y lo castigan por mano propia. Poco a poco éste derecho se va restringiendo, hasta que sólo comprende a los parientes más próximos.

Desde luego, no se afirma que esto, constituya una etapa propiamente del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hundieron sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para suponer el imperio de tales reacciones donde quiera que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales.

Como en ésta etapa la función represiva estaba en manos de los particulares, es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza. Más no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna sólo puede ser equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el

⁴¹ Cfr. AMUCHATEGUI REQUEMA. Irma. Derecho Penal cursos primero y segundo, editorial Harla, México 1998, pág. 4.

apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

La venganza privada es llamada venganza de sangre, porque sin duda se originó por el homicidio y las lesiones, delitos por su naturaleza denominados de sangre; y como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción se excedían causando males muchos mayores a los causados hubo necesidad de limitar ésa venganza y así apareció la Ley del Tali3n “ojo por ojo y diente por diente”, para significar que el grupo s3lo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Este sistema talional supone la existencia de un poder moderador.

Ésta instituci3n era característica entre los germanos, quienes denominaban faida al estado de enemistad creado entre la familia del ofendido y la del ofensor, situaci3n que da lugar a las guerras.

Ésta forma de castigo tiene algunas características especiales que se mencionaran a continuaci3n:

- Es colectiva. Es de carácter colectivo ya que, tanto la víctima como sus familiares o los demás integrantes de ése clan o la tribu a la cual pertenecía el ofendido, podían producir un mal al victimario, a sus familiares o allegados. Esto sin duda, constituía un verdadero retroceso, ya que, el castigo al victimario podía desencadenar grandes conflictos, nuevas venganzas y por supuesto nuevas guerras entre tribus, que buscaban con gran afán lavar la sangre derramada de sus integrantes o familiares. Y aún, con todo esto éste castigo era considerado aún venganza privada, porque la relaci3n víctima-victimario terminaba en ellos o sus familiares.

Claro está, que no había intervenci3n alguna de autoridades porque se considera que de alguna manera su origen también era de tipo religioso. En ésta sentido, es importante destacar que, para la víctima vengarse es un derecho y obligaci3n sagradas que se extiende a sus familiares y a los miembros de su clan, obligaci3n, que con el

paso del tiempo se fue restringiendo hasta obligar solamente al damnificado o sus parientes más próximos.

- Era desproporcional. Entre el mal causado y el castigo al infringirse. No importaba que el victimario hubiera lesionado la mano, o el pie de su víctima; ésta, sus familiares o los integrantes de su clan o tribu podían llegar incluso a provocar la muerte del ofensor lavando con sangre la ofensa cometida y extinguiendo, de tal forma, el estado de enemistad provocado por la acción dañosa, estado de enemistad llamado entre los germanos *faida*.

- Pese, ya al carácter colectivo mencionado anteriormente, la venganza era, impuesta de manera privada (característica fundamental de éste primitivo derecho penal) en donde aún no se vislumbraba la aparición del Estado organizado como tal, creando figuras, amenazando con penas a quienes las trasgredieran, y destacando a una persona en nombre de la autoridad para juzgar a los autores e imponerles en nombre, también de ése Estado las penalidades correspondientes.

Una limitante la venganza de sangre o venganza privada es la “composición”. Utilizada sobre todo en los pueblos con monedas corrientes. Esta institución consistía en la posibilidad que tenía la víctima para pedir al autor del daño una suma de dinero en pago por el daño provocado por el delito. Este pago podía ser libremente aceptado por la víctima, quien, en algunos casos, podía optar por la venganza privada.

La composición que, es voluntaria al principio, y legal después, desempeña en esos momentos un papel de excepcional importancia, pues tiene por objeto evitar las luchas y los males que ellas ocasionan.

Éste sistema se fue extendiendo paulatinamente para limitar así las graves consecuencias de la venganza de sangre. En ésta época, el pago recibido era destinado al poder público, que en tal forma recobraba su autoridad y restauraba el orden alterado por el delito, se le podía considerar un “dinero de la paz”. La otra parte del pago mayor en su cantidad que la anterior, se destinaba al damnificado y era el

precio de la persona o el hombre, es decir, el precio cobrado por la víctima por su sola calidad de tal.

2.1.3 LEY DEL TALIÓN

Pudiera ser considerada una limitación a la venganza privada, la pena pasa a ser de privada a pública, lo que suponía un progreso en el Derecho; las penas más comunes eran la de muerte y la puesta fuera de la ley, privándose por ésta última al delincuente de la protección legal colectiva, abandono que llevaba generalmente a la muerte.

El Talión impone la regla que importa la retribución del mal por un mal igual. El “ojo por ojo y diente por diente”, señaló un evidente progreso con respecto a las etapas anteriores, pues revela que ya existía un sentido de proporcionalidad de la pena al limitar la extensión de la venganza, impidiendo que el daño que ésta cause sea a menudo limitado, y, por lo común, mayor que el que lo motiva.

Sus antecedentes más próximos se encuentran en el Código de Hamurabí (aproximadamente siglo XX antes de Cristo), que constituye en forma expresa el sistema del Talión, estableciendo también diferencias cuando el hecho tiene por protagonistas hombres libres, en cuyo caso se aplica estrictamente, y cuando el daño es ocasionado por uno de aquellos a un esclavo, permitiéndose una reparación pecuniaria.⁴²

Un antecedente también importante se encuentra en la Ley de las XII Tablas, aunque ésta no hace diferencias entre libres y esclavos, y posteriormente se le interpretó en el sentido de adjudicar un valor pecuniario al “mano por mano”, convirtiéndolo en pena de multa, la que se aplica tomándose en cuenta las condiciones de la víctima, el delincuente y el delito.

⁴² Cfr. www.filosoficas.unam.mx/tomasini/CONFERENCIAS/talion. Pdf, 4 de Agosto 2014 22:35 horas.

El interés primordial por castigar severamente a quien causa un daño caracteriza a ésta fase. La semejanza o igualdad en el castigo hacen ver claramente que se trata de una venganza.

En el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas se encuentran disposiciones relativas a ésta fase; de manera evidente, la Biblia plasma la ley del talión en el párrafo siguiente:

“Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndola parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces, pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal”.⁴³

El principio que rige la Ley del Tali3n es el de proporci3n entre el da3o causado y el castigo que se impone al culpable, y tiende a evitar las reacciones indeterminadas de los perjudicados. La Ley de las XII Tablas contiene numerosas disposiciones de car3cter penal, en la Tabla VII, de los delitos, expresan los siguientes principios fundamentales: se determinan cu3les son los delitos privados, respecto de los cuales, 3nica y exclusivamente, era admitida la venganza privada, se afirma el principio del tali3n y se establece la composici3n como medio para evitar la venganza privada.

2.1.4 C3DIGO DE HAMMURABBI

Uno de los rasgos m3s caracter3sticos de las antiguas civilizaciones mesopot3micas fue la enorme importancia que sus sociedades dieron al Derecho, bajo cuyos presupuestos intentaron fijar por escrito, a partir del tercer milenio antes de Cristo, todos los actos de la vida del hombre.

⁴³. AMUCHATEGUI, REQUEMA, Irma. Op Cit. p3g. 5.

Reyes sumerios, babilonios, cassitas y asirios, con una certera visión compiladora, legaron a la posteridad variados códigos legales que reflejaban perfectamente la época que les tocó vivir.

De todos ellos sin duda, el más importante fue el promulgado por el rey Hammurabi (1792-1750 a. de C.), quien supo recoger la jurisprudencia anterior a su tiempo, de modo magistral en un famoso código que no llegó a ser superado en toda la antigüedad y cuya influencia fue manifiesta en la legislación de hebreos, griegos y romanos.

El sexto rey de la dinastía amorrea de Babilonia, Hammurabi, promulgó probablemente en el 40 año de su reinado un conjunto de leyes que, para su mejor conocimiento mandó grabar en estelas de piedra y repartirlas por las capitales de su Imperio.⁴⁴

Tales leyes, que a modo de código venían a sancionar en parte la jurisprudencia anterior con los adecuados retoques, constituyen el monumento literario más extenso y más importante de su época, así como el corpus legislativo más célebre del mundo antiguo oriental y aún de toda la Antigüedad.

El Código de Hammurabi es considerado como el primer conjunto de leyes de la historia; en él Hammurabi enumera leyes que ha recibido del dios Samash para fomentar el bienestar entre las gentes. En breves términos, se basa en la aplicación de la Ley del Talión a casos concretos.

Código integrado por 282 artículos, formulados de manera sencilla y en forma condicional; cuyo objetivo principal era homogenizar jurídicamente el reino de Hammurabi, dando a todas las partes del reino una legislación común para así facilitar la vigilancia y el control del reino.

A menudo se lo señala como el primer ejemplo del concepto jurídico de que algunas leyes son tan fundamentales que ni un rey tiene la capacidad de cambiarlas. Las leyes,

⁴⁴ LARA PEINADO. Federico. Código de Hammurabi, Editorial Tecnos, Madrid 1986, pág. 79.

escritas en piedra, eran inmutables. Este concepto pervive en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos.

Recordemos que, en las culturas del Oriente Antiguo eran los dioses quienes dictaban las leyes a los hombres, por eso, las leyes eran consideradas como sagradas.

En éste caso, el dios Samash, el dios sol, dios de la justicia, quien entrega las leyes al rey Hammurabi de Babilonia.

De hecho, antes de la llegada de Hammurabi al poder eran los sacerdotes del dios Samash los que ejercían como jueces pero éste rey de Babilonia; estableció que fueran funcionarios del rey quienes realizaran éste trabajo, mermando así el poder de los sacerdotes y fortaleciendo el del propio monarca.

Éste código de leyes unifica los diferentes códigos existentes en las ciudades del imperio Babilónico y pretendía establecer leyes aplicables en todos los casos, e impedir así que cada uno “tomara la justicia por su mano” pues sin ley escrita que los jueces hubieran de aplicar obligatoriamente era fácil que cada uno actuase como más le conviniera.

Hammurabi en el momento de redactar su código tuvo a la vista, la legislación anterior que modificó, derogó o actualizó para poderla ajustar a las características de su Imperio, formado por elementos humanos y culturales muy diversos.

El Derecho Penal claramente basado en la Ley del Talión para ciudadanos de idéntica categoría social, medida que fue totalmente regresiva respecto a los viejos códigos mesopotámicos.

En el código no se distingue entre derecho civil y penal, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos. Se regulan el comercio, el trabajo asalariado, los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por los delitos de robo, asesinato, etc.

El texto del código también sirve para conocer cuáles eran los delitos más frecuentes en la época pues un delito previsto será un hecho que acontece con relativa frecuencia. En las penas aplicadas para cada delito se distingue si hay intencionalidad o no, y cuál es la “categoría de la víctima y la del agresor”. Así la pena es mayor si se ha hecho con intención de causar algún daño y menor si ha sido un accidente, mayor si la víctima es un hombre libre y menor si es un esclavo.

La mayoría de las penas que aparecen en el Código son pecuniarias, aunque también existe pena de mutilación e incluso pena de muerte. En algunos casos la ley opta por aplicar talión, es decir, hacer al agresor lo mismo que el hizo a su víctima siempre que ambos sean de la misma “categoría”.

A continuación me permito mencionar algunos de los ejemplos de leyes que se encuentran plasmadas en el Código de Hammurabi:

- “Si un hombre golpea a otro libre en una disputa y le causa una herida, aquel hombre jurará “Aseguro que no lo golpeé adrede” y pagará el médico”.

-“Si un hombre ha ejercido el bandidaje y se le encuentra será condenado a muerte”.

-“Si un hombre ha acusado a otro hombre y le ha atribuido un asesinato y éste no ha sido probado en su contra, su acusador será condenado a muerte”.

-“Si un hombre ha reventado el ojo de un hombre libre, se le reventará un ojo”.

-“Si ha reventado el ojo de un esclavo de un hombre libre, pagara la mitad de su precio (del precio del esclavo)”.

-“Si, de la mano del hijo de un señor o del esclavo de un particular, un señor ha adquirido o recibido en custodia plata u oro, un esclavo o una esclava, un buey o una

oveja o un asno, o cualquier cosa que sea, sin testigos ni contrato, tal señor es un ladrón: (en esos casos) será castigado con la muerte.⁴⁵

Como se puede observar en estos breves ejemplos, el talión sólo se aplica entre individuos de igual categoría. En caso de que el agresor sea de una categoría superior a la de la víctima no se aplica talión sino que se condena a una pena pecuniaria.

En el Código de Hammurabi aparecen tres “categorías” de hombres: los libres, los esclavos y una categoría intermedia llamada “muskehu” que podrían ser los siervos. El rey ordenó que se pusieran copias de este Código en las plazas de cada ciudad para que todo el pueblo conociera la ley y sus castigos, para lo cual el cuerpo de la ley se expresa en lenguaje claro, del pueblo. Comienza con la partícula si (o proposición condicional), describe la conducta delictiva y luego indica el castigo correspondiente.

Redactado en primera persona, relata cómo los dioses eligen a Hammurabi para que ilumine al país para asegurar el bienestar de la gente. Remarcando un poco más la importancia de éste código, además de su significación fue también apreciado como obra literaria, copiándose una y otra vez en las escuelas de escribas, perviviendo así hasta la mitad del primer milenio de Cristo; jurídicamente hablando ésta obra no fue superada en su extensión formal ni siquiera por las leyes romanas de las Doce Tablas, sólo el Código de Justiniano, del siglo VI de nuestra era, excede en extensión a ésta obra jurídica.

Éste Código, inscrito en un monolito de diorita negra, conservado en la actualidad en el Museo de Louvre, en París; articula en sus 52 columnas de texto su contenido legal, las motivaciones de su redacción, así como el deseo de perdurabilidad de las normas promulgadas.

⁴⁵ Cfr. Idem pág. 119.

Con esta recopilación de leyes Hammurabi supo proporcionar un instrumento jurídico de primer orden no sólo a Babilonia, sino también al mundo antiguo en general, cuya lectura y estudio permiten conocer hoy los primeros pasos de la Historia del Derecho.

2.1.5 EL DERECHO ROMANO

Dividido en 4 etapas:

Primera: los primeros tiempos.- Éste período antecede a la fundación de Roma, y en cuanto a la pena se sabe que tenía un carácter de expiación religiosa, es decir, la pena tenía un carácter sagrado. La pena privada no sólo es admitida, al contrario tenía un carácter obligatorio para quienes pertenecen a la familia, en ése sentido el paterfamilias es ilimitado y recae sobre todo los individuos que forman parte de la familia.

Segunda: fundación de la ciudad.- En ésta etapa se afirma el principio de la venganza pública, ejercido por el poder político. El rey es a su vez sacerdote que tiene plena jurisdicción criminal y posee el *ius vitae et necis* sobre los autores de los delitos públicos.

Tercera: la República.- Existe un divorcio existente entre el Estado y el culto. Se produce la lucha por el monopolio del poder público en la represión de los delitos y por prohibir la venganza privada. Es importante destacar que, sobresale la Ley de las XII Tablas, que contiene importantes disposiciones de Derecho Penal, respecto a los delitos, ya hay una distinción entre delitos públicos y delitos privados. La venganza privada aún sigue siendo admitida en caso de mutilación y encubrimiento; ya hay una distinción entre el homicidio doloso y culposo.

En la época clásica, el Derecho penal romano sufre una nueva modificación en su estructura, principalmente con las Leyes Cornelia y Julia, con las que se prohíbe la venganza privada, siendo la represión penal función exclusiva del poder público, al mismo tiempo aumentan los delitos públicos y disminuyen los privados. Se limitan los

poderes del paterfamilias, y la naturaleza de la pena se vuelve intimidatoria: su fin es impedir la comisión de delitos.

Cuarta: los tribunales de los funcionarios imperiales se convierten en el órgano ordinario de la justicia penal.- Desde el principio del Gobierno de Augusto, las Cognitio extra ordinem, comenzaron a funcionar y con ellas los órganos estatales conducen el proceso de principio a fin y con la amplia libertad de forma. Los delitos privados son también sometidos a éste procedimiento. Así mismo se establece el carácter de función correctiva de la pena, al lado de la función intimidatoria.

En síntesis, podemos afirmar que el Derecho penal romano afirmó su carácter público y social, marcándola diferencia entre delitos públicos y privados, se afirmó también la diferencia entre delito doloso y culposo; en ciertos casos ya se admitía la exclusión de la antijuridicidad del hecho, como lo es la legítima defensa, el estado de necesidad, etc. Y para los delitos privados, consentimiento del ofendido.

2.2 NACIONAL

A través del tiempo todos los fenómenos sociales característicos de las sociedades actuales, se han planteado en diferentes culturas en tiempos diversos de la historia del hombre.

De esta manera y retomando el objeto de análisis; la evolución del derecho penal, en particular las formas de reacción punitiva, y la forma en que el interés por la persona humana han determinado que las sociedades ajusten sus sistemas penales a una realidad; es el caso de nuestro país, ya que México tiene remotos antecedentes de un sistema punitivo, una parte del cual lo constituye todas aquellas culturas que a través del tiempo siguen presentes.

Estos componentes que integran el sincretismo cultural de nuestro pueblo, son determinantes para reconocer las características de la cultura del México del presente, y que, en síntesis, conforman las características de la nación mexicana, sus valores lo que permite entender y explicar, el orden jurídico penal del presente.

2.2.1 ETAPA PRECOLOMBINA

Para poder tener un panorama previo al desarrollo de las grandes civilizaciones de Mesoamérica, es importante ubicarnos en la aparición del maíz aproximadamente 2000 a.C., ya que resultó de vital importancia para el desarrollo de las civilizaciones.

Hasta los primeros siglos de nuestra era empezó el desarrollo de las grandes ciudades, con una organización social bien definida, basada en un estricto sistema religioso.

Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores, pues la mayor parte de su cultura escrita como lo son los códices, pergaminos y otros documentos fueron destruidos por la invasión española; indudablemente los distintos reinos y señores pobladores de lo que ahora es nuestra patria, tuvieron reglamentaciones sobre la materia penal. Y no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias.⁴⁶

Esta etapa abarca todo el Derecho que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también de los demás grupos.

Una parte esencial de la legislación penal de México, lo constituye la cultura prehispánica; cultura milenaria siempre presente en nuestra idiosincrasia en rasgos y pautas individuales, como también presente la cultura occidental europea, a través de la española.

⁴⁶ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Historia del Derecho Mexicano, iure editores, México 2004 pág. 2.

Por ello, hablaremos de grandes y distintas civilizaciones neolíticas que se establecieron en el territorio actualmente ocupado por México y los demás países centroamericanos: primero, la olmeca cuyo florecimiento ocupa los últimos siglos anteriores a la era cristiana; luego, simultáneamente, la teotihuacana y la del Antiguo Imperio Maya (heredera de los olmecas) de los siglos III a IX de nuestra era; después, la tolteca (Tula), en el siglo X que da origen en Yucatán, al Nuevo Imperio Maya, y finalmente la azteca, con rasgos de las culturas chichimeca y tolteca. Surge desde el siglo XIV d.C.; encontrándose en una fase culminante, cuando se inicia la conquista.

a) El Derecho Olmeca:

Se conoce muy poco respecto a los rasgos jurídicos de la cultura olmeca. Florecieron entre los siglos IX y I a. C. en la Zona Costera del Golfo. No dejaron grandes monumentos ni vestigios arquitectónicos, sólo pequeñas estatuas y figurillas.

La cultura olmeca, en decadencia desde los últimos siglos de la era precristiana, transmitió mucho de sus rasgos a las culturas maya, teotihuacana, zapoteca y totonaca. Se sabe que la escasez de la figura femenina sugirió una sociedad en la que la mujer no gozaba de un estatus importante, por lo tanto era una sociedad sin ecos de matriarcado, la mujer no podía ni siquiera entrar en el templo o participar en los ritos religiosos.

Las grandes tareas públicas motivaron la existencia de esclavos, o cuando menos de una plebe totalmente sometida a una élite. Algunos historiadores consideran que en la cultura olmeca se encontraban dos clases de orígenes étnicos distintos, conquistadores y conquistados.

El transporte de las grandes piedras desde tan lejos también indica que la capital olmeca, en la Venta, subordinó una amplia región. Se habla de un verdadero imperio olmeca de caracteres teocráticos con su centro en los actuales estados de Veracruz y Tabasco, y con extensiones en Oaxaca, Chiapas, Guerrero y Morelos.

En la civilización olmeca no hubo un sistema jurídico estructurado y organizado comparable con los existentes en otras civilizaciones, eso no significa que no se pueda hablar de derecho. El abandono de la cultura nómada motivó el surgimiento de un ordenamiento consuetudinario de principios generales y obligatorios, que permitieron la adecuada organización y supervivencia de todos los individuos.⁴⁷

Puede suponerse, así como sucedió en las demás civilizaciones mesoamericanas, que la propiedad de la tierra entre los olmecas se vinculaba estrechamente con la clase social perteneciente.

Entre los principales ilícitos sancionados por los olmecas suele mencionarse, en primer lugar, de los cometidos en contra de la institución familiar, como la fornicación, el adulterio y la violación. A su vez el robo, como delito patrimonial, podía ser castigado con la lapidación cuando alguien se adueñaba del producto del trabajo de los demás pobladores.

b) El Derecho Maya:

Una de las culturas más representativas de la grandeza mesoamericana se desarrolló en Centroamérica, en los países de Guatemala, Belice, El Salvador y Honduras; y en México en Chiapas, Tabasco, Campeche, Yucatán y Quintana Roo.

Su organización política era una confederación de ciudades-estado, unida por un lenguaje y una cultura comunes. Hubo, dentro del Viejo Imperio cuatro ciudades principales: la de Tikal, Palenque, Copán y Toniná. Y dentro del Nuevo Imperio, las ciudades dominantes eran: Chichén-Itzá, Uxmal y Mayapán.⁴⁸

Al lado de los nobles existían los sacerdotes, a menudo de familias nobiliarias, con cargo a veces hereditarios, de cuya opinión dependía el ritmo de las labores agrícolas.

⁴⁷ Cfr. FLORIS MARGADANT. Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 18ª edición, México 2008, pág. 18.

⁴⁸ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. pág. 12.

No sólo para la agricultura, sino también fuera de ella, los sacerdotes determinaban cuales eran los días favorables y desfavorables para los diversos actos importantes de la vida.

Nobles, sacerdotes, comerciantes y artesanos fueron sostenidos por la gran masa de agricultores, que pagaba tributos al halachuinic (gobernador de la ciudad estado). Por debajo de ésta clase se encontraban los esclavos, producto de la guerra, de la venta de niños, o seres que habían nacido como tales. También por ciertos delitos podían caer en esclavitud. Para algunas categorías de esclavos existía la posibilidad de ganarse la libertad por sus propios esfuerzos.

En cuanto al sistema de familia, hubo ritos de pubertad, después de los cuales los adolescentes tenían que vivir hasta su matrimonio o hasta los 18 años en casas comunales. El matrimonio era monogámico; y hubo una fuerte tradición exogámica: dos personas del mismo apellido no debían casarse. El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos, en vez de la dote, los mayas tenían el sistema del “precio de la novia”.⁴⁹

La herencia se repartía entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría de un heredero.

Entre los mayas las normas penales tenían dos fuentes principales: la sanción impuesta por la comunidad y la promulgación específica por parte de la autoridad.

Como en otras culturas mesoamericanas, la gravedad de la sanción dependía del estrato social al que se pertenecía; a semejanza de los mexicas, entre los mayas el lugar que ocupaba el individuo en la pirámide social era factor importante para la aplicación de sanciones. Los grupos superiores de la sociedad tenían mayores derechos y mayores obligaciones, y las sanciones que se les aplicaban a los miembros de este estrato eran mucho más rígidas.

⁴⁹ Ídem, pág. 21.

En cuanto al derecho penal, se sabe que era severo. La sanción penal fue severa y ejemplar; la sentencia no admitía apelación y por lo general se ejecutaba públicamente. La pena capital y la imposición de la esclavitud imperaron como castigos; así cuando el delito era leve, se aplicaban castigos infamantes, como cortar por completo el cabello al culpable siempre buscando la reparación del daño causado a la víctima.

El marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena capital del ofensor, la mujer que era infiel era repudiada. También para la violación y el estupro existía la que en ése entonces era la pena capital, es decir, la lapidación. En caso del homicidio intencional se aplicaba la pena del talión, salvo si el culpable era un menor, en cuyo caso la pena era la de esclavitud.

De la misma manera se castigaba el robo, grabándose en la cara de los ladrones de clase superior los símbolos de su delito. Un mérito del derecho primitivo maya era la diferenciación entre el dolo que ameritaba la pena de muerte, y la imprudencia en materia de incendio y homicidio lo que traía consigo una indemnización.

La pena podía trascender, según la gravedad del delito, a los miembros de la familia del delincuente específicamente a sus bienes, para efectuar la reparación del daño.

Contrario a otros sistemas penales, en el derecho penal maya no había apelación. El juez local llamado batab, decidía en forma definitiva, y los tupiles eran quienes ejecutaban la sentencia inmediatamente a no ser que el castigo fuera la lapidación por la comunidad entera. Había una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y prejuicios.⁵⁰

c) El Derecho Chichimeca:

Su organización política era rudimentaria ya que, vivían dispersos en pequeños grupos de recolectores de tunas y vainas de mezquite, o dedicados a una agricultura primitiva.

⁵⁰ Cfr. FLORIS, MARGADANT, Guillermo. Op. Cit. pág. 19.

Cada grupo tenía un jefe hereditario, y con fines militares o para migraciones colectivas solían formarse confederaciones transitorias.

En la organización de la familia chichimeca destaca el sistema de la “residencia matrilocal” en la que se consideraba que el hogar se formaba alrededor de la madre. Puede ser que se tratara de un eco del matriarcado, derivado de la división de las labores entre los hombres que se dedicaban a ser cazadores y recolectores; y las mujeres dedicadas a una primitiva agricultura que les ligaba a un lugar determinado.⁵¹

Entre las clases sociales faltaba la de los sacerdotes, aunque hay indicios que demuestran que tenían una vida religiosa, pero hasta que después de establecerse en el centro del actual territorio mexicano, los chichimecas adoptaron elementos de las religiones superiores que allí habían encontrado.

d) El Derecho Azteca:

Los aztecas, pueblo de agricultores, habían venido de Aztlán, situado en el noroeste del actual territorio mexicano, dirigidos por su Dios Huitzilopochtli estableciéndose en el Valle de México. Con una cultura, por demás superior a la de los demás pueblos aspecto que se manifestó no sólo en la agricultura o en su religión, si no en su organización política sino también en su abundante legislación, con código muy al estilo del de Hammurabi.

Los aztecas respetaron las costumbres y los sistemas jurídicos de los pueblos a los que conquistaron, lo único que despertaba su interés era la adecuada recolección de los tributos. De las ochenta leyes que se le atribuyen, treinta y dos han llegado hasta nosotros en forma más o menos fehaciente. Se puede afirmar que el derecho se manifestó en costumbres, a menudo íntimamente ligadas a la religión, sin embargo la inclinación habitual de la masa indígena ante el poder de los miembros de la elite

⁵¹ Cfr. Ídem pág. 22.

formada por el rey, los nobles, y en menor medida de los sacerdotes y comerciantes creó una incertidumbre para la posición jurídica de los comerciantes.

El México Azteca se conformó en una estructura social y política teocrática militar, que en relación a un sistema punitivo, implicó un régimen severo y rígido como orden jurídico.

Éste imperio no tuvo derecho uniforme, ya que la política azteca era la de no quitar a los pueblos subordinados su propia forma de gobierno o su derecho; lo importante era que el tributo llegara en la forma convenida.⁵²

El derecho penal era excesivamente severo y sangriento, caracterizado por sus penas exageradas en crueldad. La pena de muerte es la sanción más común en las normas legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue cruel; las formas más utilizadas para ésta ejecución fueron: la muerte en la hoguera, el ahorcamiento, el ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento, empalamiento, y desgarramiento del cuerpo y antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes.

Para hacer notorio el grado de severidad, basta con observar los castigos que se imponían a los menores de edad por sus padres, entre ellos los pinchazos en el cuerpo con púas de maguey, aspirar el humo de chiles asados, atarlos durante todo el día o incluso hacerlos esclavos. Por supuesto que, en esas ideas y prácticas se debe tener presente el sentido religioso, tan arraigado del pueblo azteca, lo cual les inculcaba un sentido de disciplina que muchos interpretan como cruel o sanguinario, pero que lo hacían para congraciarse con la deidad y obtener su clemencia.

A veces, la pena capital fue combinada con la de confiscación. Otras penas fueron la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad fueron lugares de lenta y miserable eliminación. Penas más ligeras pero consideradas por los

⁵² Cfr. Ídem. pág. 23.

aztecas como una insoportable ignominia, fueron las de cortar o chamuscar el pelo. En éste derecho azteca no existía distinción entre autores y cómplices: todos recibían el mismo castigo.

A veces, los efectos de ciertos castigos se extendieron a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

Curioso es, que el hecho de ser noble, en vez de dar acceso a un régimen privilegiado, fue circunstancia agravante: el noble debía dar el ejemplo, si cometía un delito era castigado de manera severa.⁵³

El homicidio se castigaba con la pena de muerte, salvo que la viuda abogara por la esclavitud. El hecho de que el homicida hubiera encontrado a la víctima en flagrante delito de adulterio con su esposa no constituía una circunstancia atenuante. La riña y las lesiones sólo daban lugar a indemnizaciones. Como el uso del alcohol fue muy limitado por el rey, parece que los delitos no alcanzaron la frecuencia y gravedad que exigiera una mayor represión.

En cambio, parece excesiva y dura la pena en el caso del robo, que se puede explicar por la pobreza general y por el hecho de que, en una sociedad agrícola, cada campesino siente sus escasas propiedades como producto de sus arduas labores. El robo se castigaba según el monto de lo robado y tenían preponderancia la restitución de lo hurtado.

Se observa gran rigor sexual, con pena de muerte para incontinencia de sacerdotes, para la homosexualidad (en ambos sexos), violación, estupro, incesto y adulterio. También el respeto a los padres se consideraba esencial para la subsistencia de la sociedad, por eso las faltas cometidas hacia los padres podían incluso castigarse con la pena de muerte.

Entre los delitos también figuró el de la embriaguez pública, el abuso del alcohol dentro de la casa no era permitido, a excepción de algunas fiestas. Nobles que se

⁵³ Cfr. LÓPEZ, BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. pág. 29.

embriagaban en circunstancias agravantes como lo era por ejemplo estar dentro del palacio podía castigarse con la pena de muerte.

Entre los aztecas el derecho penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito. Sin embargo, la tolerancia española frente a ciertas costumbres jurídicas precolombinas no se extendió al derecho penal de los aborígenes.⁵⁴

En general puede decirse que el régimen penal colonial era mucho más leve para el indio mexicano que este duro derecho penal azteca. En relación al procedimiento penal, los delitos la mayoría de las veces se perseguían de oficio; así cuanto más grave fuera el delito, mayor carácter sumario adquiría el proceso.

El procedimiento era oral, levantándose a veces un protocolo mediante jeroglíficos. Las principales sentencias fueron registradas en pictografías, y luego conservadas en archivos oficiales.

El proceso no podía durar más de ochenta días, y es posible que los llamados tepantlatoanis, quienes intervenían en éste proceso correspondían a la figura actual del abogado.

Las pruebas eran la testimonial, la confesional, presunciones, careos, a veces la documental. En los delitos más graves el juicio era precisamente sumario, con menos facultades para la defensa, algo que, desde luego, provoca la crítica del moderno penalista.⁵⁵

⁵⁴ Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, tomo 1. 4ª edición, México 1955, pág. 79.

⁵⁵ Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO. Organización Social de los Antiguos Mexicanos. México 1966, pág. 39.

2.2.2 ETAPA COLONIAL

Desde el comienzo del siglo XVI, dos grandes corrientes se encontraron en México, y se amalgamaron con fuerte influencia de la más adelantada.

La primera era una civilización neolítica, en su aspecto jurídico de carácter predominantemente azteca. La segunda, la civilización hispánica, quien fusiono en su derecho restos de postulados romanos, germánicos, normas canónicas, mucha reglamentación monárquica e incluso rasgos arábigos. Por depender de forma directa de la Corona de Castilla, sólo el derecho castellano ha sido derecho subsidiario para la América Latina. Así, la nueva nación hispánica comenzaba a formarse con los elementos germánicos y romanizados.

A la llegada de los españoles, las costumbres y manifestaciones de la cultura indígena fueron abolidas y se impusieron las del pueblo conquistador.

Es importante mencionar la influencia que tuvieron algunas costumbres jurídicas indígenas, que se aplicaban siempre que no contradijeran la legislación ni la religión católica. Las normas de derecho indígena que aun siguieron vigentes, con el paso de los años cada vez se aplicaron menos, destacando que había disposición expresa en el sentido de que tales normas deberían respetarse en los negocios jurídicos de las Indias, siempre y cuando no fueran contrarias a las leyes fundamentales de la monarquía española y a la religión; por ello al considerar el derecho colonial, junto con las disposiciones castellanas y las llamadas indianas, se deben agregar aquellas disposiciones de derecho indígena que siguieron siendo relevantes.⁵⁶

El antecedente directo del orden jurídico actual, es el orden jurídico colonial compuesto por un acervo considerable de leyes, no siempre uniformes, leyes dictadas en España para España y aplicadas en la Nueva España, leyes dictadas en España directamente

⁵⁶Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op Cit. pág. 78.

para las colonias, como Las Leyes de las Indias y las dictadas directamente en el Virreinato de la Nueva España.

Otras legislaciones como: Las Ordenanzas Reales de Castilla, la Legislación de Castilla llamadas también Leyes de Toro, Las Ordenanzas Reales de Bilbao, así como el Fuero Real, Las Partidas, Los Autos Acordados, y la Nueva y la Novísima Recopilación, estuvieron vigentes en la época colonial.

De manera específica, se crearon ciertas leyes para el nuevo territorio colonizado, como las Ordenanzas de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

Durante el virreinato, aunque existieron algunas disposiciones exclusivas para la Nueva España, algunos autores como el maestro Eduardo López Betancourt consideran básicamente que únicamente “se dio un trasplante de las instituciones jurídicas peninsulares.”

Las instituciones jurídicas y políticas que ejercieron el poder sobre las nuevas colonias se clasifican principalmente en dos grupos: según residían en la Península Ibérica, como la Corona Española, el Real y Supremo Consejo de las Indias y, de cierta forma, la Casa de Contratación de Sevilla; o si radicaban en las Indias, como el gobierno inicial de Cortés y posteriormente la Real Audiencia de la Nueva España, cuyo presidente era el virrey novohispano.

Múltiples son las fuentes del derecho penal aplicado en este país durante los siglos virreinales. El derecho indiano contiene normas penales dispersas en las Leyes de Indias, pero especialmente en el séptimo libro, que contiene, una disposición por demás curiosa; de que las penas pecuniarias, aplicadas en las Indias serán como regla general, del doble de las mismas penas aplicadas en la península, aunque por otra parte existen medidas menos drásticas para los indios.

Varias cédulas reales combaten la tendencia de ciertos jueces de moderar las penas previstas en las normas penales, o de conciliar las partes en los juicios penales, recordándoles que su trabajo no es el juzgar las leyes, sino de ejecutarlas.

Supletoriamente estuvo aquí en vigor el derecho penal castellano, que proporciona la mayor parte de las normas aplicadas en las Indias. La materia probatoria penal se encuentra combinada con la probatoria civil, y a pesar de algunos aciertos como lo fue: la libertad bajo fianza, la necesidad de una autorización judicial para el encarcelamiento y un límite de dos años para el proceso penal; se trata de un sistema penal muy primitivo, con restos de los juicios de Dios, diferenciación de tratamiento según la clase social, aplicación del tormento, confusión constante entre los conceptos de pecado y delito, y penas crueles.⁵⁷

No es nada sorprendente, que, el derecho penal virreinal haya sido menos evolucionado que el civil y el administrativo, y que se presente como un derecho carente de sentido común. Ya desde, la época clásica romana, el derecho penal se había quedado atrás en comparación con el privado, sólo hasta la segunda mitad del siglo XVIII, por la “orbitra” del marqués de Beccaria, pudo comenzar aquel movimiento de racionalización y humanización del derecho penal en el cual cada generación ha producido, desde entonces algunos nuevos adelantos.

El derecho canónico tenía su propia rama penal, y la iglesia insistía en su privilegio de tratar determinados casos delante de sus propios tribunales, sobre todo cuando se trataba de delitos cometidos por el clero. En el “recurso de fuerza”, el Estado disponía del instrumento necesario para evitar que la jurisdicción eclesiástica se extendiera a casos que el Estado quería guardar bajo su propio control jurisdiccional.⁵⁸

Por otra parte, la censura eclesiástica, sobre todo la excomunión, constituía un remedio en manos de la iglesia para sancionar a los funcionarios estatales que trazaran la línea

⁵⁷ Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op Cit. pág. 132.

⁵⁸ Cfr. Ídem. pág. 134.

divisoria más en beneficio del Estado de lo que la conciencia general de la época justificaba, de ésta manera surgió un delicado equilibrio entre el poder sancionador de la iglesia y el Estado.

Para los delitos contra la fe, existió aquella jurisdicción especial, relativamente independiente del arzobispo mexicano, y autorizada por el Estado, que era la inquisición, y todavía ciertos delitos contra la fe fueron considerados también como delitos del orden común y estaban previstos, fuera del derecho canónico.

2.2.3. MÉXICO INDEPENDIENTE

Las causas detonantes de la guerra de independencia giran, sobre todo, en torno al enfado del partido criollo, que buscaba la autonomía y el dominio sobre el poder político que monopolizaban los peninsulares. Los criollos, mestizos y demás castas eran víctimas de la administración manejada por los peninsulares.

Prevalecía la miseria, a causa del abandono económico, pues la Corona únicamente se había interesado por impulsar actividades como la minería que le redituaran grandes beneficios inmediatos, mientras que, la industria novohispana era prácticamente inexistente.

Como es evidente, desempeñó también un gran papel la influencia externa que ejercieron en la Nueva España las ideas de la Ilustración llegadas desde Francia, la Revolución Francesa y la reciente independencia de las 13 colonias de Norteamérica.

Apenas iniciado por Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año, Morelos decretó, en su cuartel general del Aguacatillo, la abolición de la esclavitud confirmando así el anterior decreto expedido en Valladolid por el cura de Dolores.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivo el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación.

Al iniciarse la Independencia, surgió la necesidad de contar con una legislación nueva, que fuera propia del pueblo mexicano. De ésta manera comenzaron a promulgarse leyes mexicanas pero con influencia de la legislación colonial, a veces aún aplicables a falta de leyes nuevas.⁵⁹ Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad y el robo. Posteriormente en 1838, se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación.

El Plan de Iguala (24 de Febrero de 1821) y los Tratados de Córdoba (24 de Agosto de 1821) contemplaban algunos principios constitucionales para la nueva nación, luego ampliados en un Reglamento Provisional Político que confirmó la posición privilegiada del catolicismo, estableció una censura en las materias eclesiástica y política, y, en su artículo 90, preveía la posibilidad de repartimiento de tierras comunes y realengas.

En el México que siguió a la Independencia aparecen recogidos en el “Bosquejo general del Código Penal del Estado de México”, de 1831 y en el Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, el primer ordenamiento penal del país, ambos fuertemente influenciados por el Código Penal Español de 1822, de contenido liberal, además de la fuerte influencia del Código Napoleónico de 1810. Esto prueba que el Estado de Veracruz la entidad que primeramente contó con código penal local, pues si bien en el Estado de México se había redactado en 1831 un Bosquejo General de Código Penal no llegó a tener vigencia.

⁵⁹ AMUCHATEGUI, REQUEMA, Irma. Op Cit. pág. 13.

La Constitución de 1824 adoptó el sistema federal. Por cuanto hace a la materia penal lo más sobresaliente llegó a ser la expedición de los códigos penales, que fueron en orden cronológicos los siguientes:

- a) Código Penal de Veracruz que entró en vigor en 1869.
- b) Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez de Castro, vigente hasta el año de 1929, conocido como Código Almaraz vigente hasta 1931 y con influencia de la escuela positiva.

Entre los aspectos más relevantes de la evolución legislativa, cabe destacar que antes de la promulgación del Código de 1871, aparecen vigentes leyes que derivaron de disposiciones de los congresos mexicanos, decretos de las cortes de España, cédulas y ordenanzas.

Desde el año de 1862, en la capital del país fue designada una comisión para la redacción del Código Penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos debido a la intervención francesa durante el Imperio de Maximiliano.

Más tarde, en el año de 1868 se formó una nueva comisión integrada por Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel Zamacona, que inició sus trabajos y al expedirse el Código español de 1870 lo tomó como modelo de inspiración; y al año siguiente el 7 de diciembre de 1871, fue aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y comenzó a regir para el Distrito federal y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la República en la federal, el día primero de abril de 1872. Este ordenamiento es el antes citado, Código de 1871, o Código “Martínez de Castro” o “Código Juárez”, que intentaba seguir una orientación enunciada como clásica, fundada en la responsabilidad moral, apoyada en el libre albedrío.

Fue un ordenamiento bastante causista, integrado por 1153 artículos, y técnicamente representó un ordenamiento bastante benigno, con penas moderadas, que recogió algunos aspectos conservadores y otros de orientación más liberal, como lo demuestra

el haber iniciado la parte especial con los delitos contra la propiedad, evidente indicador del interés preponderante, a la vez que, a continuación reguló los delitos contra las personas, que se ocupó de los que afectan la vida e integridad corporal, y sólo hasta los últimos títulos se regularon los delitos contra la seguridad de la nación.

En relación con las penas, previno la prisión máxima en veinte años y también incorporó instituciones jurídicas avanzadas del correccionalismo, como la libertad preparatoria, la conmutación y sustitución.

También éste ordenamiento acogió a la pena de muerte; que a su vez opero sólo ante la falta de un sistema penitenciario y hasta que éste existiera. En el ordenamiento penal de Martínez de Castro, fue aceptada en sentido abolicionista, en el entendido que al quedar creada la penitenciaría de Lecumberri, y la estructura legal del sistema penitenciario mexicano quedaría sin materia y sin sentido, que por tanto, debió desde entonces ser eliminada del contexto de la cultura mexicana y del texto de la Constitución.⁶⁰

2.2.4 PORFIRIATO

De 1876 a 1911, México vive de nuevo bajo un despotismo ilustrado, y algo desacreditado. El principal recurso para conservar el poder era la censura y como último recurso, Porfirio Díaz recurrió al crimen político, es decir, acciones u omisiones encaminadas al ejercicio del poder, que eran sancionadas con penas graves.

A pesar de los lemas de “Sufragio Efectivo y No reelección”, que figuran en el Plan de Tuxtepec de 1876, el sufragio manipulado tantas veces por el poder ejecutivo, llevó la reelección repetida del general Porfirio Díaz del año de 1876 hasta 1910.

⁶⁰ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op Cit. pág.56.

Durante el Porfiriato existió un sistema punitivo paralelo derivado de la irregular guardia blanca o particular que ayudaron a mantener la seguridad pública, sobre todo, en relación con el sostenimiento de la nueva concentración de la tierra favorecida por las leyes de colonización de 1875 y 1893.

En ésta época hubo una abundante legislación: en materia constitucional, Derecho mercantil, en materia penal, materia forense, materia administrativa; entre otras.

El Código Penal del Distrito Federal de 1871 fue modificado varias veces. El 20 de Junio de 1908 se estableció la pena de relegación en el derecho penal distrital.

En materia penal federal es importante destacar, los decretos del 30 de Noviembre de 1889 y 11 de Febrero de 1890 sobre la libertad provisional y bajo caución, la ley reglamentaria de los artículos 104 y 106 de la Constitución Federal, del 6 de Junio de 1896, que establece reglas especiales en cuanto a la responsabilidad penal de los altos funcionarios federales, la reglamentación de la extradición de 1897, y la ley reglamentaria del artículo 113 de la Constitución Federal, del 12 de Septiembre de 1902, que reglamenta la extradición interestatal, dentro de la República.

Ya en el año de 1903, el presidente Porfirio Díaz, designó una comisión presidida por Miguel Macedo, para llevar a cabo una revisión de la legislación penal. Los trabajos se terminaron hasta el año de 1912, sin que el proyecto de reformas pudiera dar frutos debido a que el país se encontraba en plena revolución.

La afirmación de los derechos fundamentales del hombre, apareció entendida y recogida en sentido absoluto. Ésta situación, precisamente, fue lo que se intentó superar en 1910, ante la desigualdad social y económica era evidente que, pese al reconocimiento de los derechos naturales del hombre, en tanto que absolutos, no lograban trascender a la realidad social, como lo demostraba la estructura social y económica del Porfiriato.

Aunque el Porfiriato había logrado importantes avances económicos y políticos que eran unánimemente reconocidos en el extranjero, donde incluso se hablaba del “milagro

mexicano” por la eficaz política del “buen dictador”, casi en la línea de lo que pudo ser el despotismo ilustrado, un siglo antes, lo cierto era que aparecían en la estructura social mexicana los rasgos de estratificación y polarización social y económica, por la concentración del capital y de los bienes de producción, que después se extendió también a la detentación de la tierra, en el latifundio.⁶¹

Por estas contradicciones, surge la revolución social de 1910, y opera un cambio en el orden jurídico de la Constitución de 1917, que ratifica los derechos individuales de la anterior Constitución de 1857, a los que suma los derechos sociales, como base del nuevo orden jurídico social.

2.2.5 MÉXICO ACTUAL

Las revueltas armadas continuaron presentes hasta 1934 cuando llegó a la Presidencia el general Lázaro Cárdenas y concretó muchas de las reformas que se habían estipulado en la Constitución de 1917, pero que aún no se habían trasladado al campo de lo práctico.⁶²

Siendo Presidente Emilio Portes Gil, se expidió el Código Penal de 1929, conocido como Código Almaraz, lo anterior debido a que José Almaraz formó parte de esa comisión y quien acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva; éste cuerpo de leyes fue censurado por pretender basarse en las orientaciones del positivismo; y de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica.

Aunque, pueden señalarse varios aciertos entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito, pero por defectos técnicos complicó la aplicación

⁶¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. Cit. pág. 195.

⁶² Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. Cit. pág.212.

de éste Código, y tuvo una efímera vigencia, ya que sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

Al día siguiente (el 17 de septiembre de 1931) entró en vigor el Código Penal Federal que rige en la actualidad en el fuero federal. Fue promulgado por el presidente Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931; integrado originalmente por un total de 400 artículos.

Lo cierto es que el Código Penal de 1931 siguió una considerable influencia positivista, aunque recogió diversas instituciones jurídico penales, de orientación más avanzada.

De ésta manera y bajo la influencia positivista, el código incluyó instituciones como la habitualidad, la reincidencia genérica y específica, ciertos aspectos de peligrosidad en los criterios de la individualización, en la tentativa, en el concurso, en la comunicabilidad de las circunstancias, entre otras.

También adopta el sistema dualista de las penas y medidas, sin explicar sus características y sin eliminar la responsabilidad de los no imputables, y recoge la conmutación como forma sustitutiva penal, la libertad preparatoria y la suspensión de la ejecución de la pena como condena condicional que, sin embargo, condiciona al juicio de peligrosidad al futuro.

De manera inexplicable, el ordenamiento de 1931 se muestra con una severidad notable que contrasta con los dos códigos que lo antecedieron, los que aún en su respectiva orientación, contemplaron la prisión en veinte años como máximo; el ordenamiento vigente la elevó a treinta años y, posteriormente, la incrementó a cuarenta años, como después a cincuenta años.

Sin demérito de la reincidencia, la retención (posteriormente derogada) y la habitualidad, características excesivamente severas que en su momento cuestionaron la filiación humanista y garantista de los derechos humanos, que por lo mismo, no parecía corresponder al espíritu de reivindicación social y democrático de 1910 y a la ideología plasmada en la Constitución de 1917.

En esta evolución que ha sufrido el Código Penal vigente y como consecuencia de las reformas y la orientación político penal, el cambio ha sido tan sensible que ha puesto en claro, las contradicciones en su contenido y las diferentes tendencias ideológicas que en el mismo se manifiestan, dificultando su armonía sistemática y conceptual así su interpretación.

Por eso, la importancia de un nuevo Código Penal, integrado en su contenido y sistemática, como un ordenamiento uniforme, congruente y armonioso, cuyo punto de partida sea la ideología de la Constitución Política de 1917, el natural fundamento jurídico de filosofía política y social del Estado mexicano, con su lógica consecuencia para el orden jurídico penal, afirmada en el discurso jurídico constitucional del ius puniendi que exige la presencia de un Código Penal democrático, liberal y humanista.

En cuyos textos vigentes se integran la protección a los derechos humanos en el ámbito de un nuevo sistema de justicia penal que involucra en su contenido los derechos de la víctima u ofendido por el delito.

Un nuevo código que incorpore las características que la última mitad del siglo XX, impone al orden jurídico penal actual, como también el contenido que deriva de la legislación internacional en torno a la protección de los derechos humanos, recogido por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre complementada por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en 1966 y especialmente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Carta de Costa Rica, de 1969 y por la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados o Carta de Tlatelolco, suscrita en México en 1974.

El Código Penal de 1931 sustituye con rasgos prácticamente de urgencia al anterior ordenamiento penal de 1929. Esta situación se dio por razón de la filiación marcadamente positivista de aquel Código; ésta ley no era inadecuada, salvo en su casuismo, la pena de prisión prevista en un máximo de veinte años, aparecía derogada

la pena de muerte; incorporó instituciones jurídicas y criminológicas que aparecían contempladas y apoyadas en la filosofía del positivismo criminológico y sociológico, de corte naturalista, que respondía al pensamiento de la segunda mitad del siglo XX.

El nuevo marco jurídico de protección constitucional de 1917, difiere conceptualmente del conformado en su precedente constitucional de 1857. Si bien es cierto, en este año fueron reconocidos los valores fundamentales del individuo, tal conceptualización apareció en términos similares a la formulada por el iluminismo europeo de fines del siglo XVIII, bajo la influencia filosófica del racionalismo y el iusnaturalismo, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, siendo reconocidos como derechos absolutos e inmanentes al ser humano.

En México, ocurrió igual, si bien, los derechos reconocidos y afirmados como garantías individuales en 1857, aparecen modelados con los rasgos que les impuso el movimiento independentista, conforme con el liberalismo individualista y económico, cuyo objetivo fundamental, fue lograr la independencia y superar los privilegios de la Colonia.

El alcance de esta dimensión del iuspuniendi en México, cuyo sentido, ya aparecía recogido en la ideología de la Constitución de 1917 y demás instrumentos internacionales de protección relacionados, se vino a incorporar en la ley penal mexicana, fundamentalmente con las reformas de 1983 y 1984 ampliadas en 1991 y 1994.

CAPITULO 3 LAS GARANTÍAS Y DERECHOS HUMANOS DE LA VICTIMA Y EL OFENDIDO

Es importante conocer el cúmulo de “garantías” y “derechos” que los ordenamientos legales establecen en favor de la víctima y el ofendido, en virtud de que corresponde al abogado victimal u asesor jurídico, como también se le conoce, hacer posible su goce y disfrute durante todo el procedimiento penal.

La habilitación de este especialista, obedece a la necesidad de cambiar la perspectiva que tiene la ciudadanía de la procuración e impartición de justicia, sobre todo por el desconocimiento que existe sobre los derechos que les asisten durante ese largo trance, por ello es necesario que conozca las funciones que tiene encomendadas cada autoridad, así como de lo que se requiere para conseguir el objetivo deseado, esto es, la impartición de justicia.

3.1 DERECHOS HUMANOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La labor de reconocimiento de los Derechos Humanos se inicia en el siglo pasado, específicamente en 1946, cuando la Organización de las Naciones Unidas, creó la Comisión de Derechos Humanos, misma que inició trabajos en enero de 1947 y cuyo objetivo fue elaborar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948. Fue proclamada como el **ideal común** a alcanzar por todos los pueblos y naciones y concebida como una fuente de inspiración para futuros instrumentos internacionales en la materia.

En el artículo Primero se reconoce como derechos inherentes al ser humano, la igualdad y la libertad de hombres y mujeres, al señalar: *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, con ello se reconoce que están dotados de razón y conciencia, motivo por el cual tienen la obligación de comportarse fraternalmente con sus semejantes.

De lo anterior podemos concluir:

- Los “**derechos humanos**”⁶³ son naturales y de toda persona;
- Son innatos, porque se tienen por el simple hecho de ser un humano;
- Surgen por la dignidad del ser humano.

Al hablar de la “igualdad”, se hace referencia a la igualdad formal, que es “*el trato igualitario de los individuos ante la ley y en la ley*”⁶⁴, que no es otra cosa que la exigencia jurídico-política de equiparación o igualdad de trato, tanto en la legislación, como en la aplicación del Derecho. De ahí la necesidad de que la víctima u ofendido contara, al igual que el probable responsable o imputado, con asesoría y asistencia legal durante el desarrollo del procedimiento penal, independientemente de que el Representante social cumpla con la función que constitucionalmente tiene atribuida, esto es: “*la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...*” (artículo 21, de la Constitución Federal).

El principal punto de partida en la labor a favor de las víctimas, fue la agenda del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985. En dicho evento se emitió la “*Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder*”.⁶⁵

En un simposio de la Sociedad Mundial de Victimología; se consideró urgente crear un documento internacional que guiara los criterios técnicos, los valores y los principios de este movimiento social por las víctimas del delito.

⁶³ ROJAS CABALLERO, Ariel. Los Derechos humanos en México.1ª edición, editorial Porrúa, México 2012. pág. 37

⁶⁴ MENDOZA BAUTISTA, Katherine. Delitos cometidos por motivos de género o de orientación sexual ¿Feminicidio? Ubijus, México, 2010, p. 27.

⁶⁵ NACIONES UNIDAS (1979) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW <http://www.2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>. 19 de Junio de 2014 14:50 horas.

Bajo ésa guía internacional, la protección de los derechos de las víctimas se ha visto fortalecida en nuestro país gracias a la promulgación de diversas leyes estatales en la materia.

A la fecha, la mayoría de las entidades federativas han legislado para garantizar de manera muy específica las garantías y los derechos de las víctimas del delito, así, desde la promulgación de la Ley sobre Auxilio a Víctimas del Delito del Estado de México de 1969, hasta la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito del Distrito Federal de 2002, de esa forma, los estados de la República y el Distrito Federal han hecho evidente su interés en este rubro.

Es importante destacar, dentro de ésta evolución, la reforma legislativa de 2002 realizada al artículo 20 de nuestra Constitución Política, ya que se reconocen los derechos y prerrogativas de la víctima u ofendido por un delito, desafortunadamente, hay Estados que aún no legislan en ésta materia.

3.2 PRINCIPIOS DE MILÁN

La “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder”, fue aprobada por la Asamblea General por Resolución 40/34 del 29 de Noviembre de 1985 y emana de las deliberaciones del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que consciente de que millones de personas en todo el mundo sufren diversos daños como resultado de la comisión de delitos y otros actos que implican abuso de poder, buscó la posibilidad de que los derechos de la víctimas fueran reconocidos adecuadamente:

- 1) En primer término, se recomienda adoptar medidas a nivel internacional y regional para facilitar el acceso a la justicia así como el tratamiento adecuado a las víctimas del delito, la obtención para parte de éstas a una compensación y resarcimiento adecuados, así como el ofrecimiento de una asistencia social, subrayando las principales medidas que se debían adoptar para prevenir los

delitos que de abuso de poder y ofrecer, de esa forma, recursos a las víctimas de éstos.

Es así que la citada Declaración instó a los Estados a tomar las medidas necesarias para poner en vigor las disposiciones en ella contenidas, a fin de reducir la “**victimización**”,⁶⁶ reconociendo así la necesidad de medidas más eficaces en los planos internacional y regional.

Derivado de lo anterior, los países miembros adquirieron el compromiso para definir las políticas, estrategias y acciones a través de las cuales se aplicarían los principios de la Declaración. Entre ellas, se previó la revisión periódica de la legislación y prácticas exitosas con objeto de adaptarlas a las circunstancias cambiantes y promulgar y hacer cumplir leyes nacionales, así como las que proscriben los actos que infringen normas internacionalmente reconocidas como derechos humanos de las víctimas.

Así también, se previó promover el progreso de todos los Estados en su esfuerzo por respetar y garantizar los derechos de las víctimas de delitos y de las víctimas del abuso del poder.

- 2) Al reconocer que las víctimas de los delitos, así como sus familias, testigos y personas que les presten ayuda; se encuentran expuestas a daños, pérdidas o perjuicios; se previó la aplicación de políticas sociales, sanitarias, entre ellas, la salud mental, educativa y económica dirigidas específicamente a la prevención del delito con objeto de alentar la **asistencia a las víctimas** que la necesiten.
- 3) Se recomendó la revisión periódica de la legislación de los Estados y las prácticas vigentes, con el objeto de adaptarlas a las circunstancias cambiantes, así como promulgar y hacer cumplir leyes que proscribían actos que infringían las normas internacionalmente reconocidas como derechos humanos.

⁶⁶ Victimización es la acción y efecto de victimizar o victimar, o el hecho de ser victimizado o victimado en cualquier sentido. Se considera a la victimización como el proceso por el cual una persona o grupo se convierten en víctimas. México, Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad, “Guía para la atención integral a víctimas del delito en el orden federal”, 2°. ed., 2009, p. 24.

- 4) Se pidió al Secretario General que aprovechara las oportunidades que ofrecen todos los organismos y órganos del sistema de las Naciones Unidas, a fin de prestar la asistencia cuando resultara necesaria a los Estados miembros, a efecto de mejorar los medios de proteger a las víctimas a nivel nacional y mediante la cooperación internacional.

En la Declaración, existe un apartado que hace referencia únicamente a las víctimas de los delitos para quienes contempla un sinnúmero de garantías y derechos que se recomienda respetar por los Estados participantes, esto con la finalidad de prevenir la victimización.

En ese tenor, las víctimas serán tratadas con el mayor respeto a su dignidad y tendrán derecho al libre acceso a todos los mecanismos de justicia y sobre todo a una justa y pronta reparación del daño, claro está, según lo dispuesto a cada legislación nacional.

Se contempla la asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial, garantizando siempre su seguridad.

Figura primordial dentro de ésta declaración, fue el “*resarcimiento*”,⁶⁷ haciendo referencia a que los terceros responsables de la conducta que provoco un ilícito, debía resarcir ese daño, que comprende la devolución de los bienes, el pago de daños y el reembolso de los gastos realizados con motivo de una victimización.

3.3 CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES (CEDAW)

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida por sus siglas en inglés como (CEDAW)⁶⁸ es el resultado del trabajo

⁶⁷ Resarcimiento. m. Acción y efector de resarcir, entendiendo por éste, indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio. “Diccionario de la lengua española”, Tomo 9, 22°. ed., Real academia española, España, 2001, p. 1326.

⁶⁸ The committee of the elimination of discrimination against woman.

realizado por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que fue creada en 1946 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Dicha Comisión, basándose en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas de 1967, comenzó por preparar la CEDAW en 1974. Un año más tarde se celebró la primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, que incorporó la Declaración y la Asamblea General de Naciones Unidas, finalmente la aprobó el 18 de diciembre de 1979.

Este instrumento es considerado como la Carta Internacional de los derechos humanos de las mujeres y consta de un preámbulo y 30 artículos, en los que define el concepto de discriminación contra la mujer y establece una agenda para la acción nacional con el objetivo de poner fin a tal discriminación. Sin duda resulta ser un punto de referencia muy importante hablando de la igualdad formal de hombres y mujeres.

La Convención tiene como finalidad eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a reformar las leyes con tal fin y discutir sobre la discriminación en el mundo.

En el artículo 1, se brinda una definición de lo que debe considerarse como “discriminación contra la mujer”, siendo esta:

“Cualquier distinción, exclusión o restricción hecha en base al sexo (sic) que tenga el efecto o propósito de disminuir o nulificar el reconocimiento, goce y ejercicio por parte de las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera.”⁶⁹

También establece un programa de acción para poner fin a la discriminación por razón de sexo, consistente en que los Estados que ratificaran el Convenio asumían la obligación de consagrar la “*igualdad de género*” en su legislación nacional, derogarían todas las disposiciones discriminatorias en sus leyes, y promulgarían nuevas

⁶⁹ CHÁVEZ ASCENCIO Manuel, HERNÁNDEZ BARRIOS, Julio. “La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana”, 3°. edición, editorial Porrúa, México, 2003, pág. 174.

disposiciones para proteger a ese grupo vulnerable contra la discriminación. Asimismo, debían establecer tribunales y las instituciones públicas necesarias para garantizar a las mujeres una protección eficaz contra la discriminación, finalmente, adoptarían medidas para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones y empresas.

Esta Convención es clave importante en la protección de los derechos de las mujeres, por diversas razones, una de ellas, es porque se trata de un instrumento jurídicamente vinculante, de esa manera, la definición que hace de discriminación tiene valor legal y pasa a formar parte de la normativa nacional de los Estados signatarios.

En este instrumento se precisa que un acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio; se recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos, así como los derechos colectivos; se promueve un modelo de “igualdad de oportunidades”⁷⁰ e igualdad de acceso a las oportunidades; obliga a los Estados a respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres y amplía la responsabilidad a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales; reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra la mujer y obliga a los Estados a eliminar los “estereotipos”⁷¹ en los roles de hombres y mujeres.

En diciembre del año 2000, gracias a la intensa labor de un sinnúmero de movimientos de mujeres, entró en vigor el Protocolo Facultativo de la CEDAW, mismo que introduce el procedimiento de peticiones o comunicaciones individuales por el cual, cualquier víctima, ya sea una persona o un grupos de ellas, puede presentar al Comité quejas por una violación de sus derechos, que puede ser resultado de una acción u omisión del Estado parte. Además, el Protocolo faculta al Comité para iniciar investigaciones

⁷⁰ La igualdad de oportunidades, también llamada igualdad en el punto de partida, tiene por objeto abatir los obstáculos que impiden a los individuos su plena participación en cualquier área de la organización social, ya sea en los procesos productivos, los procesos educativos, culturales, políticos o de cualquier otra índole. MENDOZA BAUTISTA Catherine, op. cit., p. 33.

⁷¹ Estereotipos. Término que alude a “una generalización aprendida, usualmente negativa y rígida, acerca de un grupo de personas, hombres o mujeres. ULLOA ZIÁURRIZ, Teresa Columba. “Manual de capacitación. “Estado de derecho, violencia contra las mujeres y trata de personas para la explotación”, 3°. ed. CATW-LAC y DPAC, México, 1990, p. 186.

sobre violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la mujer en un Estado parte.

Nuestro país la firmó el 17 de julio de 1980, el Senado la aprobó el 18 de diciembre, la ratificó el 23 de marzo de 1981, se promulgó el 18 de mayo de ese mismo año y, finalmente, entró en vigor el 3 de septiembre.

El artículo 17 se crea el establecimiento del Comité de la CEDAW, con plena facultad para examinar los progresos realizados en la aplicación de sus disposiciones, integrado por 23 expertos. Dicho Comité se reúne durante dos semanas todos los años.⁷²

En el artículo 18 de la Convención, se obliga a los Estados Partes a entregar al Secretario General de las Naciones Unidas, un informe que será revisado por el Comité. Dicho informe deberá contener las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que, en su caso, se hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención, así también, de los progresos realizados en ese sentido.

México, ha presentado, a la fecha, seis informes periódicos al Comité de Expertas sobre su aplicación en nuestro país.

El Protocolo Facultativo viene a equiparar la CEDAW con otros tratados internacionales de derechos humanos; sin embargo es opcional, es decir, los Estados pueden no ratificarlo. Incluso aquellos Estados que lo ratifiquen pueden formular reservas a los procedimientos de comunicación e investigación.

El Protocolo Facultativo fue firmado por México el 10 de diciembre de 1999, aprobado por la Cámara de Senadores el 14 de diciembre de 2001, ratificado el 15 de marzo de 2002, promulgado el 3 de mayo de 2002 y entró en vigor el 15 de junio de 2002. Entre las recomendaciones generales formuladas por el Comité a la fecha dan un total de 25, entre las que destacan las siguientes:

- Presentación de informes por los Estados parte.
- Campañas de educación y divulgación.

⁷² Cfr. <http://www2.ohcr.org/spanish/law/cedaw.htm>. 3de Julio 1.58 horas.

- Medidas especiales temporales.
- Estadísticas relativas a la condición de la mujer.
- Décimo aniversario de la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Violencia contra la mujer.
- Igual remuneración por trabajo de igual valor.
- Circuncisión femenina.
- Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).
- Mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas.
- Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto.
- Mujeres discapacitadas.
- Violencia contra la mujer. (Recomendación General N° 19)
- Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares.
- Vida política y pública.
- La mujer y la salud.

Para María de Montserrat Pérez Contreras,⁷³ en la recomendación número 19, denominada “*violencia contra la mujer*”, se dice que las actitudes tradicionales por las cuales la mujer se encuentra subordinada al hombre, tienen que ver con los “roles estereotipados” que se siguen asignando a cada sexo, por lo que son estos prejuicios los que justifican la violencia de género, misma que puede presentarse como una forma de protección o bien, como control de su persona. Los efectos de este tipo de violencia sólo privan a la mujer de su derecho a la igualdad en el disfrute, ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. De ahí que el hecho de mantener los roles y las conductas que permiten la existencia de la violencia de género, es lo que tiene a la mujer encasillada en determinadas actividades, sujetas a un tratamiento

⁷³ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, Aspectos jurídicos de la violencia contra la mujer, editorial Porrúa, México, 2001, pág. 26.

desigual, en virtud de la concepción de inferioridad que se tiene de ella, la cual sólo contribuye a su bajo nivel de educación y de oportunidades en general, siendo blancos perfectos para la comisión de determinados delitos.

Y al no haber un órgano encargado de la asesoría de la víctima en el desarrollo del procedimiento penal dejando a la afectada en un completo estado de indefensión se generó el interés en nuestro derecho interno por integrar en el Pacto Federal un catálogo de garantías a favor del ofendido o víctima como se puede apreciar actualmente de la lectura del artículo 20 apartado C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es en ese sentido que el Comité emitió sus recomendaciones, una de ellas consiste en que los Estados parte aseguren que las leyes contra la violencia familiar, la violación, el abuso sexual, el hostigamiento sexual y otras formas de violencia de género, proporcionen a todas las mujeres una adecuada protección, así como respeto a su integridad y dignidad, imponiéndoles la obligación de implementar servicios de asistencia apropiada para las víctimas, así como capacitación para los servidores públicos que tengan que ver con esa materia.

Ello sin duda, motivó al Estado Mexicano para reformar algunos ordenamientos legales y crear otros para cumplir con los compromisos asumidos. Todo lo cual, sin duda, contribuyó a la habilitación del “abogado victimal”.⁷⁴

Aún hay mucho por hacer, ya que a pesar de los esfuerzos de las naciones y de la creación de algunos instrumentos jurídicos que consagran la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, la discriminación contra la mujer sigue existiendo en todas las sociedades, siendo que ésta atenta contra la dignidad humana y obstaculiza el bienestar de la sociedad y la familia.

⁷⁴ **Abogada o abogado victimal.** Profesionista en derecho adscrito a la Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad que brindará orientación, asesoría y representación para el ejercicio de los derechos de las víctimas directas e indirectas del delito. Acuerdo A03/2012 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

3.4 CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (CONVENCION "BELÉM DO PARÁ")

La violencia contra la mujer fue denunciada por varios movimientos femeninos en todo el mundo, por lo que en 1985 la "Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas", tomó en consideración algunas cuestiones relativas al tema de la violencia de género.

Fue hasta 1991, que un grupo de expertos de las Naciones Unidas, se dio a la tarea de analizar una serie de instrumentos en materia de derechos humanos y consideraron que éstos no especificaban claramente las conductas violatorias de derechos humanos de las mujeres, así como que tampoco aseguraban su protección en contra de la violencia.

En diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la "Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres", nuestro país la firmó el 4 de junio de 1995.

A nivel regional fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de Julio de 1994.

La Convención consta con un preámbulo en donde reconoce que la violencia contra la mujer es violatoria de derechos humanos y libertades fundamentales, que trasciende todos los sectores de la sociedad, sin importar raza u origen étnico, ingresos, nivel cultural, edad o religión; así mismo reconoce que la violencia hacia la mujer constituye claramente las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

Consta de cinco capítulos: el primero trata sobre la definición de violencia contra la mujer y el ámbito de aplicación de la convención, el segundo trata sobre derechos protegidos; el tercero establece los deberes de los estados, el cuarto se refiere a los mecanismos interamericanos de protección; y el quinto contiene las disposiciones generales relativas a la interpretación, firma, ratificación, reservas, denuncias y vigencia de la convención.

En lo personal, considero que este es uno de los mecanismos con mayores avances en la materia, ya que lo que distingue a esta Convención de otras de su especie, es precisamente la distinción que hace en su propio nombre, al establecer claramente que se aplica a la violencia contra las mujeres. La característica principal de la violencia contra la mujer es precisamente que se inflige hacia las mujeres como y por ser tales y que se relaciona básicamente con el sistema social de jerarquías y subordinación entre los sexos.

A diferencia de legislaciones nacionales de América Latina y el Caribe, que se refieren a esta temática, rechaza la utilización de un lenguaje neutral en términos de género, y deja en claro quiénes son las víctimas que requieren de protección, así como las causas sociales de la violencia contra las mujeres, partiendo de una realidad social marcada por la desigualdad de poder entre hombres y mujeres.

La convención estipula que deberá entenderse como violencia contra la mujer *“toda acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.⁷⁵

El reconocimiento de que la violencia hacia las mujeres se da tanto en el ámbito público, como en el privado, y que los estados deben asumir la protección de los derechos de las mujeres, independientemente del ámbito en el que hayan sido violados; es uno de los grandes avances de esta convención.

El artículo 2 hace referencia a los contextos en los que puede presentarse la violencia contra la mujer, la cual incluye a la violencia física, sexual y psíquica, éstos son:

- a) *“ Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;*
- b) *Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprenda, entre otros, violación, abuso sexual, tortura,*

⁷⁵ ROJAS CABALLERO, ARIEL ALBERTO Op. Cit. pág. 132.

trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud, o cualquier otro lugar, y

- c) *Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes donde quiera que ocurra. Después se hace una relación de los derechos protegidos y los deberes de los Estados”.*

La Convención establece el marco de derechos que protege y son: a una vida libre de violencia, dentro del ámbito público y privado, libertades reconocidas en instrumentos regionales e internacionales; a la vida; a la integridad física, psíquica y moral, a no ser sometidas a torturas; a igual protección ante la ley, así mismo protege el derecho de libertad; a la libre asociación; a la libertad de religión y de creencias, así como el derecho a la libertad de igualdad en el acceso a las funciones públicas y a la toma de decisiones.

Con respecto a las obligaciones de los Estados que forman parte de esta Convención, establece dos niveles de obligaciones.

En primer lugar, que los Estados deben adoptar los medios apropiados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia; y en particular para abstenerse de cualquier acción o práctica violenta y velar para que sus autoridades, funcionarios, agentes e instituciones cumplan con esta obligación.

Actuar diligentemente para prevenir, la violencia contra la mujer, incluyendo la sanción de las normas necesarias para tales efectos, en particular para conminar al agresor de abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida e integridad física y emocional.

En el segundo nivel de obligaciones, encontramos que los Estados deben cumplir con la implementación de programas y medidas específicas para fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y diseñar programas de educación para crear conciencia en el público sobre problemas relacionados con la violencia, los recursos legales y la reparación que corresponda.

Modificar los patrones de cultura de los varones y mujeres, estereotipos y prácticas basadas en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, que legitiman la violencia, en particular a través de la educación.

Fomentar la capacitación del personal encargado de la impartición de justicia, policías y demás funcionarios encargados de aplicar la ley y del personal específico para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.

Suministrar los servicios especializados apropiados en el sector público y privado: refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuidado y custodia de menores, programas de rehabilitación y capacitación para la mujer víctima de la violencia que le permitan participar libremente en la vida pública y privada.

Asimismo la Convención establece que los Estados en el cumplimiento de los deberes ya mencionados, deberán tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia, en particular por razones de raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, embarazada, discapacitada, menor de edad, anciana o en situación económica desfavorable o afectada por conflictos armados o privación de su libertad.

Para Pérez Contreras, las áreas específicas en las que el Estado deberá implementar medidas y mecanismos de lucha contra la violencia de género son:

a) *“Jurídicas: que consisten en incluir en la legislación normas civiles, penales y administrativas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género; adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectiva la Convención, y establecer las medias legislativas para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para cambiar o erradicar prácticas jurídicas o consuetudinarias que fomenten la persistencia o tolerancia de la violencia.*

b) *Administrativas: consistentes en incluir las medidas apropiadas en instituciones públicas y privadas con el fin de establecer mecanismos que permitan a la mujer víctima de violencia recibir la atención y asesoría necesarias tanto desde el punto de vista de la salud como del*

*jurídico y asistencial, y lograr así su acceso efectivo al resarcimiento o reparación del daños u otros medios de compensación justos y eficaces; adoptar medidas para modificar las prácticas consuetudinarias que permitan la existencia de la violencia contra la mujer, y por último, ofrecer a la mujer víctima de violencia programas de rehabilitación que le permitan comenzar su vida y poder desarrollarse plenamente en todos los ámbitos de la misma”.*⁷⁶

En el caso de México, algunas de esas medidas, dice, se ven reflejadas en las reformas a los Códigos Civil y Penal y en sus respectivos Códigos procedimentales, “relativos a la violencia familiar, las medidas de protección, la reparación del daño y los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, y el de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar, ley de naturaleza administrativa, que integran en un primer plano las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de ejercer actos de violencia que atenten contra la integridad de la víctima, y en un segundo plano los procedimientos legales justos que persigan la eficacia en cuanto a la asistencia a mujeres víctimas de violencia y el acceso de éstas los órganos e impartición de justicia”.⁷⁷

La Convención es la culminación de un largo proceso llevado a cabo por organizaciones no gubernamentales y el movimiento de mujeres de Latinoamérica y del Caribe, que aportaron sus esfuerzos al debate, a la elaboración de proyectos y a la labor de la Comisión Interamericana de Mujeres. Constituye un gran avance respecto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pues brinda nuevos conceptos de fundamental importancia en términos de la protección de los derechos humanos de las mujeres, tomando en cuenta la perspectiva de las mujeres.

⁷⁶ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, Op. Cit. pág. 45.

⁷⁷ Ídem.

3.5 DERECHOS DE LA PERSONA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Es importante realizar un recorrido por la obra legislativa relativo al tema de investigación, pues de ella se obtienen datos importantes que reflejan la tradición, usos y costumbres que nos permiten analizar los avances logrados.

La legislación proyecta, en cierta medida, la tradición y costumbres de cada tiempo, los problemas y las soluciones a éstos.

3.5.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Las garantías individuales establecidas en la Constitución, resultan ser esas razones fundamentales que materializan los derechos esenciales del gobernado, para que surta eficacia la oposición de estos últimos al ejercicio de gobierno del Estado.

Sin embargo, no existe en el texto constitucional una alusión expresa y concreta de lo que debe entenderse por garantía, hasta antes de la reforma de junio de 2011 solo se hacía una referencia genérica en el artículo 1º de nuestra Carta Magna: *“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”*

Las garantías individuales pueden ser considerados instrumentos que en la propia Constitución se consignan a favor del gobernado para hacer valer esos derechos que se aluden. La palabra garantía *“proviene de una locución anglosajona warranty o warantie, también se afirma que proviene del francés garant; que significa el efecto de afianzar lo estipulado, fianza, prenda; cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad; seguridad o certeza que se tiene sobre algo; documento que garantiza este compromiso”*, así como en su acepción constitucional se le ubica como los derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos.

Las garantías individuales son sinónimo de protección en la ley fundamental, es decir, son el medio de preservar el orden jurídico establecido en la Constitución. Con anterioridad, se señaló que las garantías no son los derechos fundamentales en sí,

humanos o esencialmente adquiridos, sino que son el modelo jurídico consagrado a nivel fundamental cuya finalidad es la de asegurar el goce de esos derechos.

Los preceptos que garantizan los derechos de las víctimas o del ofendido se encuentran plasmados en el último apartado del artículo 20 constitucional que a la letra señala:

“C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de

violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos,

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

De acuerdo a lo anterior, se infiere que asesorar significa proporcionar información a la víctima sobre los derechos que la ley le proporciona. Asesoría y asistencia que brinda el abogado víctimal, ahora también el asesor jurídico a partir de una denuncia y querrela. En relación a la asesoría a la que tiene derecho la víctima y de la institución encargada de brindarla, se ha dicho que no le corresponde al Ministerio Público, ya que éste es únicamente el representante de la sociedad, por lo que, de acuerdo a las facultades otorgadas por las leyes, se aduce que no tiene la calidad de abogado o asesor de la víctima.

La “asesoría jurídica”, a la cual tiene derecho la víctima, y de la cual hablaremos en el Capítulo 4 de esta investigación, constituye un presupuesto y tiene estrecha relación con la coadyuvancia efectiva que puede hacerse con el Ministerio Público para la debida integración de una investigación, ya que esta última sería imposible sin la asesoría jurídica respecto al desarrollo del procedimiento que actualmente brinda el abogado víctimal y a partir del 16 de enero de 2015, el asesor jurídico, en el Distrito Federal.

La coadyuvancia consiste en poner a disposición del Ministerio Público, todos los elementos conducentes a acreditar los elementos del tipo penal, la probable responsabilidad del inculpado, y a justificar la reparación del daño.

En cuanto a la atención médica y psicológica de urgencia, podemos decir que se trata de un derecho bastante limitado y concreto; la especificación en el texto constitucional “de urgencia” limita el derecho de las víctimas u ofendidos a descartar la atención médica necesaria, que no podría ser de urgencia, por ejemplo, un tratamiento psicológico prolongado o atención médica de rehabilitación.

La reparación del daño es un derecho reconocido a las víctimas de los delitos desde tiempos remotos. Con la reparación del daño se busca, no solo reprimir al delincuente sino resarcir a la víctima por los perjuicios sufridos derivados de la comisión de un delito.

Estos son algunos de los derechos que la legislación vigente contempla a favor de la víctima u ofendido, los cuales deben respetarse y tratar, en lo posible, promover su observancia en toda la república, mediante leyes, instituciones y políticas gubernamentales para que además del reconocimiento formal de estos derechos se pueda asegurar su goce efectivo.

3.5.2 REFORMAS CONSTITUCIONALES DEL 10 DE JUNIO DE 2011

El 10 de Junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que expande los derechos de las personas. El cambio que se realizó es profundo, ya que, en el centro de nuestro nuevo sistema constitucional mexicano se encuentran los Derechos Humanos, concepto que es utilizado actualmente por el Derecho Internacional y el Derecho humanitario, por la doctrina Constitucional y el Derecho comparado.

Los Derechos Humanos a que se hizo referencia, se encuentran plasmados en el título primero de la Constitución federal, intitulado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

Como resultado de ésta enmienda se buscó fortalecer considerablemente la parte dogmática de la Constitución, al incorporar con el máximo nivel normativo, los Derechos Humanos contemplados en los Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano y por otra parte, modificar el contenido de algunos otros derechos para que se encuentren en concordancia con dicha reforma.

El Decreto publicado el 10 de Junio de 2011 alteró el texto de once artículos de la Constitución a saber: 1º, 3º, 11º, 15º, 18º, 29º, 33º, 89º, 97º, 102º y 105º, así como la denominación del Capítulo I del Título Primero. Debe destacarse que esta reforma amplía derechos, extiende su protección a grupos de personas y refuerza la obligación de las autoridades en ese tenor,

Se advierte que esta transformación es, sin duda, una respuesta congruente del Estado Mexicano a una serie de informes, recomendaciones y observaciones que diversos organismos internacionales le habían formulado. Claro ejemplo de lo antes expuesto, lo encontramos en el Diagnóstico sobre el Estado de los Derechos Humanos en México, elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas en la materia en 2003 se estableció como primera recomendación:

“Reformar la Constitución para incorporar el concepto de Derechos Humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de Derechos Humanos una jerarquía superior a los órdenes normativos federales y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella. Además, establecer un programa para el retiro de las reservas y declaraciones interpretativas y ratificar los Tratados Internacionales pendientes en materia de Derechos Humanos”.⁷⁸

El Consejo de Derechos Humanos, también de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó en su 11º periodo de sesiones el informe del grupo de trabajo sobre el examen periódico universal (EPU), relativo a México incluyó las siguientes recomendaciones que a continuación, se explicarán de manera breve:

⁷⁸ ROJAS CABALLERO, Ariel. Los derechos humanos en México, editorial Porrúa, México, 2012, pág. 19.

- Considerar la posibilidad de retirar paulatinamente sus reservas a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.
- Proseguir las reformas emprendidas para que todos sus ciudadanos disfruten plenamente de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, en particular la armonización de la legislación interna con sus compromisos internacionales.
- Completar sus esfuerzos institucionales para que las normas internacionales de Derechos Humanos adoptadas por México tengan rango constitucional y se apliquen como ley suprema en los procesos judiciales.
- Incorporar efectivamente a la legislación nacional las disposiciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.
- Armonizar la legislación federal y estatal con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a fin de garantizar la aplicación efectiva de esos instrumentos, y la igualdad de protección y garantías, a nivel federal y estatal.
- Velar por la aplicación concreta de las normas internacionales de Derechos Humanos a todos los niveles, mediante la adopción de políticas, leyes y otras medidas a nivel federal y estatal y la celebración de consultas periódicas con los principales interesados, en particular los Estados, las organizaciones de la sociedad civil a nivel federal y estatal y la celebración de consultas periódicas con los principales interesados, en particular los Estados, las organizaciones de la sociedad civil otros interesados.

Así, la Reforma pone a los Derechos Humanos en el centro de la política del Estado Mexicano, privilegia el respeto a la dignidad de las personas, ampliando y modernizando su espectro de protección para ajustarse a los estándares internacionales que surgieron con posterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución.

El desarrollo en esta importante materia de Derechos Humanos, se inició con la promulgación de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos de 1948, instrumento internacional que ofrece mayor protección a la persona.

El decreto en análisis tuvo como antecedentes remotos una serie de solicitudes o peticiones de la sociedad civil, de grupos académicos, y sin duda, la presión internacional. Es importante señalar que el proceso de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se inicia en los años ochenta con una oleada de ratificaciones hechas por México de diversos instrumentos multilaterales en la materia.

En el procedimiento de enmienda constitucional, se tuvo como propuesta fundamental de las iniciativas, la de incluir en la Constitución el término de “Derechos Humanos”, de esta forma, se actualizaría la terminología utilizada por el texto de nuestra Constitución, al hablar de “Garantías Individuales”.

El término de “Derechos Humanos” es el universalmente válido para referirnos a las prerrogativas fundamentales del ser humano. No obstante lo anterior, se reitera la idea tradicional en nuestro constitucionalismo de que al ordenamiento supremo le corresponde, a través de la redacción de sus distintos artículos, delimitar esos derechos y estructurar formas que efectivamente aseguren su plena vigencia, a través de las garantías que se les deben de dar.

La variación del nuevo párrafo primero del artículo primero debe considerarse como una transformación de fondo y de la máxima importancia.

“Art. 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

Dentro de la parte dogmática de la Constitución, se reconoce que todas las personas gozarán no solo de las prerrogativas contenidas en el texto constitucional, sino también de las recopiladas en los Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano; en consecuencia, se tiene una ampliación de las prerrogativas fundamentales de los gobernados que, con anterioridad a la modificación en análisis, no tenían este máximo nivel normativo, de forma congruente que esta tutela también es extensiva a las garantías para su protección.

3.6 DERECHOS DE LA PERSONA EN LA LEGISLACIÓN LOCAL

En el Distrito Federal, existen diversos ordenamientos que reconocen y regulan los derechos de la persona y aunque en conjunto representan una garantía para la supervivencia del ser humano, en el presente trabajo únicamente se abordaran los que la ley establece a su favor cuando tiene la calidad de víctima en la comisión de una conducta ilícita, porque ahí es donde encuentra su fundamento la labor del abogado victimal, ahora también, del asesor jurídico.

3.6.1 DISTRITO FEDERAL

El Distrito Federal está considerado como el núcleo urbano más grande del país, que al igual que las 31 entidades federativas que conforman nuestro territorio, ha alentado el trabajo legislativo para cumplir con los compromisos asumidos por el Estado mexicano.

3.6.2 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ordenamiento legal que aún se encuentra vigente en la Ciudad de México y que en sus disposiciones incluye aquellos derechos de los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito. Los más importantes se localizan en el Título I, Capítulo I BIS, denominado: “De las Víctimas o los Ofendidos por algún delito”, entre éstos se encuentran:

“IV. A presentar cualquier denuncia o querrela por hechos probablemente constitutivos de delito y a que el Ministerio Público las reciba;

V. A que se les procure justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas, practicando todas las diligencias necesarias para poder determinar la averiguación previa;

VI. A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a recibir servicios de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblos indígenas, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna incapacidad que les impida oír o hablar;

X. A coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso;

XI. A comprobar ante el Ministerio Público para poner a disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y de su reparación y a que el Ministerio Público integre dichos datos a la averiguación;

XII. A tener acceso al expediente para informarse sobre el estado y avance de la averiguación previa;

XIII. A que se le proporcione la asistencia legal, médica y psicológica especializada. Tratándose de menores de edad dicha asistencia se prestara de forma inmediata cuando intervenga en cualquier etapa del procedimiento.

XV. A que el Ministerio Público solicite debidamente la reparación del daño y a que se les satisfaga cuando esta proceda;

XVII. A ser restituidos en sus derechos cuando estos estén acreditados;

XIX. A impugnar las determinaciones de no ejercicio de la acción;

XXII. A que se les otorguen las medidas de protección o precautorias para prevenir, interrumpir o impedir la consumación de un hecho delictivo, especialmente cuando se trate de mujeres, menores de edad y adultos mayores se sesenta años de edad, víctimas de violencia, en términos de este código o de otras leyes aplicables”.

Para garantizar el goce de los derechos que se citan, el denunciante, querellante y víctima u ofendido, contará con la asesoría y asistencia legal de un abogado victimal o la de un asesor jurídico, según el procedimiento que se aplique al caso concreto, esto es, según proceda el inicio de una averiguación previa o el de una carpeta de investigación. Dicho profesional se encuentra adscrito a la Dirección General de Atención a Víctimas del Delito, dependiente de la Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad y los podemos encontrar en cada uno de los Centros de Atención con que cuenta la citada Dirección, en las Coordinaciones Territoriales y Fiscalías Centrales.

Estos derechos que, dicho sea de paso, también se encuentran plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyen una garante para lograr el equilibrio entre las garantías del delincuente, probable responsable, imputado o procesado y los derechos de la víctima, sea denunciante, querellante u ofendido por la comisión de una conducta delictiva.

Especial mención merecen las medidas de protección o precautorias que, para minimizar o hacer cesar las molestias causadas a la víctima por la comisión de una conducta ilícita, puede conceder el Agente del Ministerio Público u órgano jurisdiccional, pero que también puede tramitar el abogado victimal, ahora, asesor jurídico, ello con la finalidad de proteger su intimidad y garantizar su seguridad contra algún acto de intimidación.

3.6.3 LEY DE ATENCIÓN Y APOYO A VÍCTIMAS DEL DELITO Y SU REGLAMENTO

El Estado mexicano se ha preocupado por dar cabal cumplimiento a los innumerables compromisos internacionales que ha asumido al ratificar los diversos instrumentos jurídicos internacionales y regionales, que se ha esforzado por garantizar al probable responsable de un delito, procesado y sentenciado, el goce plenos de sus derechos durante el transcurso del procedimiento penal, siendo esta misma corriente, la que, a su vez ha impulsado una mayor protección a los derechos humanos, de las personas que por la comisión de una conducta delictiva, tienen la calidad de víctimas.

El Estado de México fue la primera entidad federativa en donde apareció la primera Ley de auxilio para víctimas en 1969. Con esa Ley, México inicia el camino hacia el reconocimiento de derechos de las personas que son víctimas por la comisión de una conducta delictiva. Más tarde, otras entidades siguieron su ejemplo y emitieron leyes similares, tal es el caso de Puebla, Tlaxcala, Jalisco, Tamaulipas y Veracruz.

Diversas manifestaciones nacionales e internacionales formaron parte de esta evolución legislativa, fortaleciéndose con manifestaciones institucionales aisladas, se dieron en varios estados de la República y el Distrito Federal, no fue la excepción, ya que a partir de 1989 la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal puso en marchas diversos proyectos de protección victimal, así, en 1989 se crearon agencias especializadas para la atención de personas víctimas de algún delito de carácter sexual, esto con la finalidad de prestarle la atención adecuada.

Se crearon también, los centros de atención a las personas víctimas de un delito: Todo empezó con el Centro de Atención a Personas Ausentes y Extraviadas (CAPEA), el 3 de Octubre de 1990, ante la necesidad de *“otorgar atención vitimológica a los familiares de niños, jóvenes y ancianos extraviados o ausentes”*;⁷⁹ el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), que surge en Octubre de 1990 para conocer de aquellos asuntos en los que se detectara violencia familiar, proporcionando atención integral a

⁷⁹ Subprocuraduría de Atención a Víctimas de Delito y Servicios a la Comunidad, “Manual del Sistema de Auxilio a Víctimas”, México, 1999, pág. 66.

las víctimas por conducto de especialistas en medicina, psicología, trabajo social y derecho, ello con la finalidad de reducir los altos índices delictivos de esa conducta; el Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de Delitos Sexuales (CTA), cuya finalidad principal fue brindar apoyo psicoterapéutico a las víctimas y familiares por la comisión de una conducta delictiva de carácter sexual; la Unidad Especializada de Atención y Orientación Legal a Víctimas del Delito y sus Familiares, establecida el 10 de febrero de 1994, antecedió al Centro de Apoyo Sociojurídico a Víctimas de Delitos Violentos (ADEVI), que surgió en 1995, cuyo objetivo fue brindar a las víctimas de algún delito violento, los servicios especializados antes señalados, además de realizar acciones encaminadas a la obtención de la reparación del daño material o moral causado; el Centro de Atención a Riesgos Victímales y Adicciones (CARIVA), que proporciona atención a población vulnerable y, finalmente, el Centro de Investigación Victimológica y Apoyo Operativo (CIVA), cuyo objetivo fue el procesamiento y evaluación de la información estadística que generaban los Centros.

Las Comisiones Unidas de Seguridad Pública y Protección Civil, de Procuración y Administración de Justicia, el Comité de Promoción y Participación Ciudadana de la II Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en ejercicio de las facultades que les confería su reglamento, convocaron al “Foro de Victimología”, a petición de la Fundación Mexicana de Asistencia a las Víctimas, celebrado del 10 al 13 de diciembre de 1993, el cual sirvió de antecedente para la presente ley, ya que en el mismo se discutieron distintas estrategias para crear una cultura jurídica que defendiera los derechos del ofendido.

A partir de dichos antecedentes y conscientes del abandono en que se encontraban los sujetos pasivos del delito, es que surgió un sistema que garantizaría a éstos la restitución de los derechos de que eran afectados por la conducta antijurídica y que se amplió a otras garantías constitucionales, como que se les satisficiera con la reparación del daño, su derecho a coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir asesoría jurídica, por conducto de los Coordinadores de Atención a Víctimas que se encontraban en cada una de las Coordinaciones Territoriales y atención médica de urgencia.

En efecto, mediante acuerdo A/003/99 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, se ordenó que las agencias investigadoras del Ministerio Público, contarían con una unidad de recepción al público, la cual estaría integrada por oficiales recepcionistas y coordinadores de la unidad de auxilio a víctimas y servicios a la comunidad, cuya función estaría encaminada a la protección y garantía del goce de derechos reconocidos a las víctimas de un delito. Dichos cargos, constituyen el antecedente del abogado victimal, ahora, asesor jurídico.

Actualmente existen diversos cuerpos jurídicos que poseen normas encaminadas a garantizar la protección a las víctimas.

La Ley de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito para el Distrito Federal, publicada el 22 de abril de 2003 en la Gaceta Oficial, a través de sus normas, tiene por objeto, ampliar las garantías penales de las víctimas y desarrollar sobremanera dos nuevas, éstas son: la asistencia jurídica y la asistencia médica de urgencia.

En efecto, dicho ordenamiento legal establece, en su artículo 1, el objeto de la misma consistente en:

“Artículo 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden público e interés social, y de aplicación y observancia general en el Distrito Federal. Tiene por objeto garantizar a la víctima u ofendido del delito el goce y ejercicio de los derechos y las medidas de atención y apoyo que les confiere esta ley”.

Esta Ley, en su artículo 3, faculta a la Procuraduría, a través de una de la Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad, a brindar asesoría jurídica a la víctima u ofendido por la comisión de un delito.

Dicha Ley, en sus artículos 7 y 8 nos proporciona la definición de víctima y ofendido:

“Artículo 7.- Se entiende por víctima a la persona que haya sufrido daño, como consecuencia de acciones u omisiones realizadas en su contra, tipificadas como delito y sancionadas por la legislación penal”.

“Artículo 8.- Se entiende por ofendido al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro que asume la condición de sujeto pasivo del delito”.

Dentro del título segundo, capítulo I, encontramos los derechos de las víctimas y de las obligaciones de las autoridades, haciendo mención de algunas respecto al tema principal que nos ocupa.

“Artículo 11.- Las víctimas o los ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en cualquier etapa del procedimiento, según corresponda:

I. A ser enterados oportunamente de los derechos que en su favor establece la Constitución, y cuando así lo soliciten, ser informados del desarrollo del procedimiento penal y de las consecuencias legales de sus actuaciones dentro del mismo;

II. A que el Ministerio Público y sus Auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia, eficacia, y con la máxima diligencia;

V. A recibir asesoría jurídica gratuita por parte de la Subprocuraduría, respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, ser auxiliados por interpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígena, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna discapacidad que les impida oír o hablar”;

“Artículo 13.- La Procuraduría proporcionará a las víctimas y a los ofendidos los siguientes servicios:

I. Asesoría jurídica gratuita, pronta, completa e imparcial, contando con el apoyo de un asesor jurídico que le asista en todos los actos en que deba intervenir para la defensa de sus derechos;

III. Solicitar la reparación del daño, en los casos en los que esta proceda”.

Es hasta el año 2008, cuando se convocó a profesionistas en Derecho para desempeñar el cargo de Abogado victimal, a la cual concurrieron hombres y mujeres Licenciados en Derecho y de los que aprobaron los exámenes correspondientes, una parte fue destinada a los Centros de Atención y la otra, a las Coordinaciones Territoriales, desde donde cumplirían con el objetivo de la Ley.

Del Reglamento de la citada Ley debe resaltarse lo siguiente:

Que tiene por objeto establecer los mecanismos para garantizar a la víctima u ofendido del delito, el goce y ejercicio de los derechos y las medidas de atención y apoyo que establece la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal.

En su artículo 6 se hace mención de los servicios que proporcionará el sistema de auxilio a víctimas, destacando entre ellos, los que tiene encomendados el abogado victimal durante la integración de la averiguación previa y el proceso penal, siendo éstos lo que se mencionan a continuación:

“I. La asistencia jurídica gratuita a la víctima u ofendido durante la averiguación previa y el proceso penal;

II. La orientación a la víctima u ofendido sobre las diligencias ministeriales, que podrá solicitar para la debida integración de la averiguación previa;

IV. La designación del representante legal del coadyuvante cuando así se le requiera;

VII. La búsqueda de los elementos técnicos para la acreditación y cuantificación del daño material y moral para las víctimas del delito o quienes tengan derecho al resarcimiento de éste o de la autoridad que lo requiera:

IX. La gestión de las medidas provisionales procedentes, a fin de proteger la integridad física y moral, los bienes, las posesiones y derechos que se encuentren en peligro por la comisión del delito”.⁸⁰

⁸⁰ Ídem, pág. 566.

3.6.4 LEY DE ACCESO A LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL

Creada con el objetivo de establecer los criterios y principios que orientarán las políticas públicas para reconocer, promover y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Administrativamente, corresponde al Sistema de Auxilio a Víctimas, dar cumplimiento a la misma a través de los hasta ahora abogados y abogadas victimales.

Dicha Ley, establece 6 tipos de violencia a saber: la psicoemocional, física, patrimonial, económica, contra los derechos reproductivos y la violencia feminicida.

La presente ley menciona una coordinación interinstitucional con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar la violencia hacia las mujeres, estableciendo una serie de funciones de varias dependencias, con la finalidad de que exista una prevención tanto en el ámbito público como en el privado.

A la Procuraduría, en el artículo 58, le faculta para:

“I. Proporcionar representación legal en materia penal a las mujeres víctimas de violencia, a través de la abogada victimal, adscrita al Sistema de Auxilio a Víctimas del Delito;”⁸¹

La representación legal se da, sobre todo, durante el procedimiento para el otorgamiento de las Medidas de Protección a que se refieren los Artículos 62, 63, 64, 65 66, 67, 68 y 69.

Actualmente, el Centro de Atención a la Violencia Familiar, perteneciente al Sistema de Auxilio a Víctimas, es el único que cuenta con una célula de abogadas, pero también abogados victimales, destinados a apoyar a las mujeres en el procedimiento correspondiente para el otorgamiento de las citadas medidas, aunque también se reconoce el apoyo que para ese efecto, brindan las abogadas y abogados de los otros centros del Sistema.

⁸¹ Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México, “Ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia del Distrito Federal, México, 2008, pág. 31.

Que para efectos de esta investigación la ley en comento es de uso frecuente para el abogado victimal, para apoyar sus peticiones ante Ministerio Público y ante el juzgador en favor de la víctima del delito.

3.6.5 LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en sus artículos 2º y 3º, consigna las atribuciones encomendadas al Ministerio Público, mismas que tienen como finalidad garantizar el goce pleno de derechos que a su favor tienen las víctimas u ofendidos por la comisión de algún delito, siendo el abogado y abogada victimal adscritos a la Dirección General de Atención a Víctimas del Delito, los encargados de hacerlas efectivas, entre ellas están:

“Artículo 2

I. Investigar los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal y perseguir a los imputados...

II. Promover la pronta, expedita y debida procuración de justicia, observando la legalidad y el respeto de los derechos humanos en el ejercicio de esa función;

III. Investigar las conductas tipificadas como delitos por las leyes penales atribuidas a los adolescentes;

IV. Proteger los derechos e intereses de las niñas, niños, adolescentes, incapaces, ausentes, personas adultas mayores y otros de carácter individual o social, que por sus características se encuentren en situación de riesgo o vulnerabilidad;

V.- Aplicar en el ámbito de su competencia las disposiciones y principios contenidos en los instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos en los que el Estado Mexicano sea parte, desde el inicio de la averiguación previa hasta que concluya el proceso penal;

VI.- Proporcionar atención a los ofendidos y a las víctimas del delito, facilitar su coadyuvancia, tanto en la averiguación previa como en el proceso, protegiendo en todo momento sus derechos e intereses de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los instrumentos internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte y la demás normativa en la materia; teniendo como ejes rectores el respeto por los derechos humanos, la perspectiva de género y la protección integral de la infancia.

VII. Emitir o solicitar las órdenes o medidas para la protección de las personas víctimas de delito o de sus testigos;

XV. Solicitar las medidas de protección a favor de las mujeres víctimas de violencia en términos de la normatividad correspondiente”

Artículo 3.

I.- Recibir denuncias o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito o se trate de conductas tipificadas como delitos en las leyes penales atribuidas a los adolescentes;

IV.- Practicar las diligencias necesarias para la acreditación de los requisitos constitucional y legalmente exigidos para el ejercicio de la acción penal, así como para la reparación del daño;

IX.- Restituir al ofendido y a la víctima del delito en el goce de sus derechos;

En el artículo 12 se precisan las atribuciones que en materia de atención a las víctimas u ofendidos tiene el Ministerio Público, siendo éstas las que se mencionan a continuación y en las cuales mucho tiene que ver la labor que desempeñan los abogados y abogadas victimales.

“Artículo 12

I.- Proporcionar a los ofendidos y víctimas del delito, desde la comisión de este, la atención psicológica y médica de urgencia, y aplicar las medidas de protección cautelares para salvaguardar su seguridad física,

psicológica, patrimonial y familiar, tanto en la averiguación previa como en el proceso.

El sistema de auxilio a víctimas contara con personal especializado en psicología, quienes rendirán dictámenes para determinar el daño psicológico y moral sufrido por la víctima de algún delito;

II.- Proporcionar orientación, asesoría y representación legal a los ofendidos y víctimas del delito, así como proporcionar su eficaz coadyuvancia en las diversas etapas del procedimiento penal, por conducto del Agente del Ministerio Público y de los Abogados Victimales según corresponda;

V.- Tramitar ante el juez competente las medidas de protección previstas en la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”.

3.6.6 ACUERDO A/002/2008 DEL PROCURADOR QUE HABILITA A LOS Y LAS ABOGADAS VICTÍMALES

El 15 de Mayo de 2008 fue publicado el Acuerdo número A/002/2008 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que, en cumplimiento a lo dispuesto por la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, se habilitan a las abogadas y los abogados victimales, (de los que hablaremos en el capítulo 4 de esta investigación), se establecen los lineamientos para su actuación y la del Ministerio Público, así como el procedimiento para la atención vía telefónica de casos de violencia contra las mujeres, tomando en consideración que la violencia contra las mujeres constituye una grave violación a los derechos humanos, situación que, incluso, inspiró la creación de diversos instrumentos internacionales, entre los que se destacan la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, también conocida como CEDAW por sus siglas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer identificada mayormente como Convención de Belém do Pará, que obligan a los Estados partes a actuar dentro de un marco de respeto a los derechos de las mujeres, y

toda vez que han sido ratificados por el estado mexicano son reconocidas como ley de la nación.

En efecto, además de los instrumentos internacionales arriba señalados, este acuerdo toma como base la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, misma que como se ha asentado, establece los principios y derechos de las mujeres víctimas de violencia, haciendo énfasis en la obligación que tiene el Estado de contar con los mecanismos adecuados y eficientes para que las mujeres puedan acceder a la justicia, lo que motivó la creación, de la figura de el abogado y la abogada victimal cuyas funciones se encuentran encaminadas a realizar todas las acciones jurídicas necesarias para el ejercicio pleno de los derechos sustantivos y procesales de las mujeres víctimas del delito.

Hasta en tanto se contara con el número de abogados requeridos para dar cumplimiento a la ley materia de dicho Acuerdo, quedaron habilitados para ser representantes legales de las víctimas de violencia, las abogadas y los abogados adscritos a la Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad.

El hecho de que mediante dicho Acuerdo se haya habilitado a hombres tomando como requisito su adscripción a la procuraduría, para ejercer la figura de abogado victimal, no vulneró el derecho de las mujeres al acceso de la justicia, en virtud de que no existe, en el marco internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres, alguna disposición que contraríe el hecho de que profesionistas abogados, ejerzan la defensa de los derechos de las mujeres.

3.7 LEY PARA LA PROTECCIÓN A VÍCTIMAS DEL DELITO EN EL ESTADO DE CHIAPAS

La citada Ley fue publicada en el periódico oficial de la entidad el 17 de diciembre de 1997, su punto de partida, tal y como quedo expresado en uno de los considerandos

que la motivaron, fueron las reformas de la Constitución Política de los Estados Mexicanos de 1993.

En primer término se establecieron las bases de organización y funcionamiento del “Sistema de Protección para las Víctimas del Delito”, lo que permitió el acceso a los servicios de asesoría jurídica, asistencia médica, reparación del daño y coadyuvancia procesal.

“Artículo 1.- La presente ley es aplicable en el Estado de Chiapas, sus disposiciones son de orden público e interés social, y tiene por objeto garantizar el goce y ejercicio de los derechos de la víctima y del ofendido. Establecen las bases de organización y funcionamiento del sistema de protección para las víctimas del delito, que les permita el acceso a los servicios de asesoría jurídica y asistencia médica, además de complementar las normas sobre reparación del daño y coadyuvancia procesal previstas como garantías constitucionales”.

En su articulado se proporcionan los conceptos de víctima y ofendido, ello con la finalidad de aclarar quiénes son las personas que tiene derecho a la protección del sistema.

El Artículo 8 nos brinda una definición de **víctima** al señalar:

*“Se entiende por **víctimas** a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en el Estado, realizadas en su contra”.*

Proporciona también una definición de lo que debe entenderse por **ofendido**:

*“Se entiende por **ofendido**, a la víctima que asume la condición de sujeto pasivo del delito, quien es titular del bien jurídico lesionado. Para efectos de esta ley también se considera ofendido al cónyuge, concubinario, concubina, hijos menores de edad y, a falta de estos, los ascendientes y*

descendientes que dependieran económicamente de la víctima. Las personas que sufrieron un daño o erogaron gastos al intervenir para asistir a la víctima, para evitar su victimización inminente o para evitarle daños mayores por motivo de delito, también se consideran como ofendidas en los casos en los que la ley expresamente lo señale”.

Los derechos de las víctimas se localizan detalladamente en capítulos separados, aunque dentro de un mismo título. En ese sentido, existe un capítulo que aborda los derechos de la víctima en materia de asesoría jurídica, misma que corresponde al asesor jurídico, conocido también como abogado victimal y, a la atención y asistencia médica, psicológica y social. Así, el artículo 12 señala que:

“Artículo 12.- La víctima tiene los siguientes derechos:

I.- Ser informada oportunamente sobre sus derechos, las pruebas requeridas y la trascendencia legal de cada una de las actuaciones, desde el inicio del procedimiento penal;

II.- Contar con un asesor jurídico gratuito que le asista en todos los actos del procedimiento en que deba intervenir, para la defensa de sus derechos;

III.- Contar con el asesoramiento legal para el correcto ejercicio de la acción incidental, cuando se reclame la reparación del daño a los terceros obligados y, cuando proceda, en el ejercicio de la acción civil reparadora en términos del Código Penal; y

IV.- El acceso a la atención y asistencia médica, psicológica y social, en términos de lo dispuesto por las leyes de la materia”.

Respecto a la asesoría jurídica gratuita, esta misma ley establece la forma y los requisitos para proporcionarla. Así, señala que se proporcionará de forma prioritaria, a quien haya sufrido daños graves y declare bajo protesta de decir verdad que carece de asistencia legal y recursos económicos para cubrir dicha asesoría. En esta ley se contempla la figura del asesor jurídico, persona que asiste legalmente a la víctima.

Las facultades que se atribuyen al asesor jurídico van más allá de lo hasta aquí asentado, ya que establece también que, en caso de que la víctima o el ofendido lo autoricen, éste podrá actuar en su representación ante las autoridades jurisdiccionales para poder exigir la reparación del daño y el embargo precautorio de bienes propiedad del obligado cuando haya temor de que trate de ocultarlos; situación que no sucede en otras legislaciones ya que el asesor solo se limita a brindar asistencia a la víctima.

La ley para la protección a víctimas del delito en el Estado de Chiapas, reglamenta un sistema de protección para las víctimas del delito; dicho sistema tiene por objeto promover y apoyar las acciones en favor de las víctimas, ofendidos y sujetos protegidos que marca esta ley, sistema que depende directamente de la Procuraduría General de Justicia del Estado.

Los servicios se proporcionan a través de 3 instancias, a saber:

- La Dirección de Servicios a la Comunidad.
- El Centro Administrativo de Justicia número dos Especializado en Delitos Sexuales y Menores.
- Centro de Justicia DIF especializado en violencia intrafamiliar.

Tal Sistema fue creado para el cumplimiento de las garantías consagradas en el artículo 20 Constitucional, mismo que establece los mecanismos de coordinación y concurrencia que se requieren, contaría además, con asesores jurídicos, peritos, psicólogos, trabajadores sociales y demás personal especializado que los ayude a cumplir sus funciones. Ese Sistema también lo integran instituciones, fundaciones públicas y privadas, universidades y organizaciones sociales que prestan servicios a víctimas, que apoyan de forma económica la prestación de estos servicios, que realizan investigación y promueven el desarrollo de modelos de atención en victimología, entendiéndose por ésta, *“el estudio científico de las víctimas, mismo que no se agota con el estudio del sujeto pasivo del delito, sino que atiende a otras personas que son afectadas y a otros campos no delictivos como puede ser el de los accidentes”*.

Además de un fondo de auxilio a víctimas y ofendidos.

3.8 LEY DEL CENTRO DE ATENCIÓN PARA LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN EL ESTADO DE JALISCO

El 31 de diciembre de 1981 se publicó en el periódico oficial del Estado, el decreto que crea la Ley de Auxilio a Víctimas. El 7 de Marzo de 1998, se publicó uno nuevo que la derogó y en su lugar, se expide la Ley del Centro de Atención para las Víctimas del Delito, en la que ya se habla de la necesidad de proporcionar a las víctimas, la atención de personal especializado en materia social, médica, psicológica, psiquiátrica y legal. En esta última, la asesoría se le brinda durante la integración de la averiguación previa, durante el proceso penal e, incluso, hasta concluido éste, ello con la finalidad de no dejar a la víctima en estado de indefensión, que es la percepción que se tiene, sobre todo en la etapa del proceso.

“Artículo 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden público e interés social y tienen por objeto garantizar el goce y ejercicio de los derechos de aquellas personas víctimas de algún delito.

Cuya finalidad es la de proporcionar atención multidisciplinaria: psicológica, psiquiátrica, jurídica, médica y social, a las víctimas directas o indirectas del delito para el mejor ejercicio de sus derechos, en coordinación con las unidades administrativas de la Procuraduría y las agencias especializadas del Ministerio Público que sean competentes, todo esto a través del Centro de Atención para las Víctimas del Delito; ya que es el organismo responsable de proporcionar la protección y el auxilio”.

Entre las atribuciones del Centro tenemos:

“Artículo 6.- El Centro en el cumplimiento de sus objetivos, sin perjuicio de las que les correspondan a otros órganos, tendrán las siguientes atribuciones:

1.- Proporcionar los servicios de asesoría jurídica gratuita, asistencia médica de urgencia, psicológica, psiquiátrica y, en caso de extrema

necesidad, ayuda económica a las víctimas de los ilícitos que se cometan en el territorio del Estado de Jalisco;

II.- Solicitar la colaboración de las dependencias e instituciones, así como la de los particulares, para el debido cumplimiento de sus objetivos;

III.- Asesorar a la víctima del delito para que se le respeten sus derechos tanto en la averiguación previa como en el proceso penal, y después de concluido este;

IV.- Elaborar y operar los programas generales y especiales de atención y auxilio para las víctimas del delito;

V.- Establecer los convenios necesarios con instituciones públicas o privadas para lograr los propósitos de la presente ley; y

VI.- Las demás que le confieren otras disposiciones legales aplicables”.

El contar con el apoyo de un asesor jurídico entonces, viene a mejorar la percepción que la ciudadanía tiene de la procuración e impartición de justicia, ya que las víctimas ven realmente garantizados sus derechos durante todo el procedimiento penal, mejor aún, hasta después de concluido éste. Tales derechos son trascendentes para lograr una adecuada impartición de justicia y son los que se mencionan a continuación:

“Artículo 21.- Durante el procedimiento penal, la víctima del delito tendrá los siguientes derechos:

I.- A contar con un asesor jurídico gratuito que le asista en todos los actos del procedimiento en que debe intervenir para la defensa de sus derechos;

II.- A intervenir como coadyuvante con el Ministerio Público durante la averiguación previa o en el procedimiento penal y designar personas de su confianza para que lo representen con ese mismo carácter;

III.- A que los órganos encargados de la función persecutoria del delito, le reciba la denuncia o querrela, por escrito o verbalmente, cualquiera que sea el ilícito, solicitando su ratificación y la apertura de la averiguación previa. Tratándose de personas con discapacidad, ésta será representada conforme lo establezca el Código de Procedimientos Penales;

IV.- A que la autoridad investigadora o jurisdiccional ordene la aplicación de medidas para proteger su vida, integridad, domicilio, posesiones o derechos, así como la de sus familiares cuando existan datos objetivos de que pudieran ser afectados por los probables responsables del delito o por terceros implicados.

En caso de que las víctimas sean menores de edad, podrán solicitar la separación de su familia, aún de sus progenitores, de conformidad a lo establecido en el último párrafo del artículo 93 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Jalisco;

V.- A que se le garantice el acceso a la asistencia médica de urgencia, psicológica y psiquiátrica, siempre y cuando fuera necesario y como consecuencia del ilícito que se haya cometido en su contra;

VI.- (DEROGADA)

VII.- A comparecer por sí o a través de su representante a las audiencias y alegar, previa solicitud del uso de la palabra, lo que a su derecho convenga y conforme lo establezca el Código Procesal;

VIII.- A participar en la diligencia de identificación del probable responsable, en un lugar en donde no pueda ser vista por éste, si así lo solicita, cuando se trate de delitos contra la libertad sexual y normal desarrollo psicosexual, así como por delitos graves calificados por el Código Penal;

IX.- A impugnar por vía judicial, en los términos que la legislación señale, las resoluciones que nieguen el ejercicio de la acción penal, el desistimiento de la misma, y las conclusiones no acusatorias, ratificadas por el Procurador General de Justicia; y

X.- Los demás que le otorguen las leyes en esta materia”.

La Ley en comento, tiene otro objetivo, como lo es, el coordinar a todas las instancias de gobierno estatales, municipales y demás organismos públicos y a la sociedad civil organizada cuyas actividades consistan en la defensa de los derechos fundamentales

de las personas o la atención de víctimas, a efecto de que ésta sea eficaz, ordenada, oportuna, integral y completa, siendo el asesor jurídico, pieza fundamental para lograrlo.

Un aspecto importante que debe resaltarse, es que esta ley contempla la adopción de un sistema de desarrollo social para los familiares de las víctimas, misma que permitirá garantizar la educación, alimentación y sustento a favor de las personas que quedan desprotegidas.

En el ámbito de la justicia, se pretende mejorar las condiciones de recepción de denuncias, acceso a los expedientes, a la información completa y a que se les brinde una atención libre de estigmas y prejuicios y a evitar la doble victimización. Asimismo, se establece un mecanismo de rendición de cuentas, además de que se contempla poder sancionar a los servidores públicos que por acción u omisión no garanticen la atención inmediata, diligente y adecuada a dichas víctimas.

Lo destacable de esta ley lo constituye:

- La protección y reparación de los daños a personas que han sufrido algún delito;
- Que busca respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad a los principios de universalidad;
- Que reconoce ampliamente los derechos de las víctimas y
- Que crea un sistema de desarrollo social para los familiares de las víctimas.

3.9 LEY DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS DE DELITOS PARA EL ESTADO DE SINALOA.

Con la finalidad de establecer medidas de protección a las víctimas u ofendidos por el delito, surge a la vida jurídica la “Ley de Protección a Víctimas de Delitos para el Estado de Sinaloa” publicada el 16 de Octubre de 1998, en el periódico oficial del Estado de Sinaloa, y entra en vigor el 16 de Noviembre de 1998.

“Artículo 1.- La presente ley es de interés público y tiene por objeto establecer la protección a las personas que como consecuencia de la

comisión de una conducta tipificada como delito, según el Código Penal vigente para el Estado, resultaren ser víctimas u ofendidas”.

Como objetivo principal está, la de resguardar los derechos consagrados en el último apartado del artículo 20 Constitucional, a través de políticas y estrategias necesarias que hará cumplir la Procuraduría General de Justicia del Estado.

La ley deja constancia de lo que se entiende por víctima, pero también va más allá, ya que nos habla de una víctima directa y una indirecta y el ofendido por la comisión de un delito.

“Artículo 2.- Para los efectos de esta ley se entiende por:

Víctima del delito: Toda aquella persona que ha sufrido un daño material o moral en su persona o bienes, con motivo de la comisión de un delito;

Victima directa: A la persona que como consecuencia de la realización de una conducta delictiva, sufiere alteraciones psíquicas o físicas, o lesiones que le provoquen la muerte o le produzcan algún tipo de incapacidad temporal o permanente;

Victima indirecta: A la persona que dependiere económicamente de las víctimas directas;

Ofendido por el delito: A la persona que conforme a la ley tenga derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito;

Daño material: La afectación que una persona sufre en lo físico sobre su patrimonio, con motivo de la comisión de un delito;

Daño moral: La afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada en su configuración, y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, con motivo de la comisión de un delito.

Reparación del daño: es la pena impuesta por los tribunales judiciales del Estado al responsable de un delito, consistente en restituir el daño y perjuicio causados a la víctima u ofendido del mismo; y

Protección: el apoyo, auxilio y servicios que proporcionen las autoridades obligadas a atender a víctimas u ofendidos de delitos de acuerdo con esta ley”.

Anota claramente en su artículo 3º, que “*la aplicación de la ley corresponde a la Procuraduría General de Justicia del Estado, al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado y a las Instituciones Públicas que presten servicios médicos en el Estado”.*

Más adelante, determina la protección que podrán recibir las víctimas:

- a) Asesoría jurídica gratuita
- b) Atención médica y psicológica de urgencia cuando la situación lo exija
- c) Atención médica y psicológica que por su situación económica y carencia de los servicios de seguridad social, no pudieron obtener directamente
- d) Apoyos materiales y apoyos para la obtención de empleo
- e) Protección física y de seguridad en los casos que se requieran.

En este listado no se encuentran incluidas ni la reparación del daño ni la coadyuvancia con el Ministerio Público, que, como hemos visto a través del análisis de diversas legislaciones, son derechos reconocidos en todas las leyes.

Establece también, el procedimiento al que deben sujetarse las personas que, como víctimas u ofendidos pretenden el auxilio de la ley. Culmina el apartado prescribiendo que cuando se otorgue protección material a la víctima u ofendido por el delito, “el Estado se subrogará, por conducto del Ministerio Público, en su derecho a la reparación del daño, por el costo total a la protección otorgada”, es decir, la víctima no recibirá el pago por la reparación del daño.

CAPITULO 4

ESTUDIO DOCTRINARIO Y LEGAL, DE LA VICTIMA Y EL OFENDIDO, SU ASESOR Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

En el presente capítulo se hará un breve análisis de las principales figuras que convergen dentro del procedimiento penal y, en específico, la figura del abogado victimal y la casi nula participación que actualmente tiene dentro de un procedimiento penal.

4.1. VICTIMA Y OFENDIDO

La Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, es la única legislación que nos proporciona una definición respecto de estos sujetos en su artículo 7 y 8; mismos que han sido citados en el capítulo anterior.

4.2. SUJETO PASIVO

Para Carlos Fontan Balestra el sujeto pasivo del delito puede ser el titular de un bien jurídico, sea una persona de existencia real o jurídica:

- a) Los incapaces son sujetos pasivos del delito, ya que son titulares de bienes jurídicos, la vida del menor o incapaz esta tutelada por el derecho.
- b) Las personas colectivas también son consideradas sujetos pasivos del delito debido a la existencia de un patrimonio propio.

Por otro lado el sujeto pasivo del delito es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito.⁸²

4.2.1 SUJETO PASIVO DEL DELITO

El sujeto pasivo es la víctima del hecho antisocial o delictivo; receptor de la acción u omisión delictiva o antisocial.

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, o bien es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por la comisión del delito. Considero

⁸² Cfr. PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. editorial Mayo, México 1981 pág. 49.

importante hacer mención que el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto que origina su tutela penal, es ahí en donde aparece la importancia del sujeto pasivo, puesto que siendo el bien jurídico penalmente la razón de la norma penal, es de suma importancia mencionar al sujeto pasivo.

El sujeto pasivo de un delito es el titular de los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales. No existe tipo penal que no tutele un bien o interés jurídico perteneciente a una persona física o a un ente colectivo, con personalidad jurídica, tanto en el derecho público como en el privado. Incluso a grupos sociales desprovistos de capacidad jurídica, como puede ser la familia, la sociedad, etc.

4.2.2 SUJETO PASIVO DE LA CONDUCTA

Con relación al punto anterior, es conveniente hacer una diferencia entre el sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la conducta.

El sujeto pasivo de la conducta es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el sujeto pasivo del delito.

4.3 OFENDIDO

El ofendido por el delito, como lo menciona Julio Antonio Hernández Pliego; es quien ha resentido por modo directo, alguna afectación o ha visto peligrar al menos, su esfera de derechos como consecuencia de un hecho delictivo. A diferencia de otras figuras que participan en el procedimiento penal, el ofendido puede ser cualquier persona; así como una persona puede tener la calidad de víctima y de ofendido.⁸³

Aunque en algunas ocasiones la ley, la doctrina y la jurisprudencia suelen confundir, o equiparar a estas dos figuras es importante distinguirlas, aunque en algunas ocasiones una persona puede tener las dos calidades.

⁸³ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. El Proceso Penal Mexicano, editorial Porrúa, México 2002, pág. 54.

La víctima sufre o puede sufrir la afectación de su esfera jurídica, de algún bien jurídicamente tutelado, de modo directo o indirecto, esto por la comisión de algún delito; el ofendido solo de manera directa.

De acuerdo a las reformas constitucionales del 2008 se ha dado al ofendido distinto trato legal, designándole a este sujeto procesal distintos derechos consagrados en el artículo 20 apartado C de nuestra Carta Magna.

Anteriormente las posibilidades de que la víctima interviniera en el proceso penal eran muy reducidas, a pesar de las figuras como la querrela y la denuncia que debieron permitir esa intervención.

4.4 VICTIMA

La palabra víctima proviene del latín "*victima*", "(Del lat. Víctima). Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito".⁸⁴

Como la víctima era sacrificada al retorno de la victoria, basan su significado en la palabra *vincere*, que significa vencer. El vocablo victima tiene diversos sentidos, desde aquel que tiene un sentido religioso, el popular, de sufrimiento; el jurídico que relaciona directamente delincuente- víctima, hasta aquellos que dan un enfoque más amplio como lo es la de la perspectiva de los derechos humanos.

El concepto de victima ha evolucionado indudablemente, desde aquel que podía vengarse libremente, que tenía como límites la ley de talión, hasta llegar a conceptos como el de sujeto pasivo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 apartado B establece una serie de prerrogativas en favor de las víctimas u ofendidos, pero no nos brinda una definición.

⁸⁴ Diccionario de la Real Academia Española.

A través de lo analizado en el capítulo anterior, se ha hecho mención del concepto de víctima, ofendido según lo establecido en diversas legislaciones locales en materia de atención a víctimas.

Para comenzar a hacer un análisis de víctima, retomare de nueva cuenta la definición que nos proporciona la Declaración Sobre Principios Fundamentales de Justicia para víctimas de delitos y abuso del poder: “Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.⁸⁵

4.5 SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO

Son sujetos del proceso quienes lo hacen y para quienes se hacen, es decir, todas aquellas personas físicas o jurídicas que producen los actos del proceso y que tienen un vínculo especial con el objeto del proceso y aquellos que intervienen de forma directa.

4.5.1. ÓRGANO JURISDICCIONAL

El juez, ha sido siempre la figura central del "drama procesal", tiene a su cargo los actos de decisión; no actúa aisladamente, requiere de la colaboración de sujetos,

⁸⁵ Artículo 1 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.

específicamente determinados, que generen con sus propios actos la dinámica que facilite el inicio y avance del proceso hasta alcanzar la meta deseada.

Es el sujeto indispensable de la relación procesal penal, el juez, un órgano del estado al que se encarga la función de hacer justicia, la función jurisdicente, (del latín *juris dicere*, decir el derecho) por mandato del artículo 21 constitucional, que al establecer la división de poderes o de funciones, reservando la persecución de los delitos al Ministerio Público y a las policías, que este bajo su mando, determina la imposición de las penas como función propia y exclusiva de la autoridad judicial.

El juez penal es el encargado de resolver, mediante la aplicación de la ley, los conflictos de intereses que el Ministerio Público somete a su conocimiento, con la finalidad de preservar el orden social.

La controversia, pues concretamente habrá de resolverse estableciendo si hay delito, y en su caso determinar si el inculcado es culpable de la comisión de dicho delito, en cualquiera de las formas de autoría y participación establecidas por la ley. En esta supuesto, el juez empleando las facultades que le confiere el artículo 21 Constitucional impondrá las penas y medidas de seguridad a las que se haya hecho acreedor el procesado.

Entre los sujetos procesales, el juzgador es el sujeto del juicio --esto es, el sujeto que decide-- nota que lo diferencia de los sujetos del litigio, de los sujetos de la acción y aun de los terceros.

Visto desde la tesis de la relación procesal, el juzgador es también uno de los vértices del triángulo que se configura entre dos sujetos que contienden y éste precisamente, que es quien decide.

Tradicionalmente han arrancado las nociones de juzgador de dos marcos conceptuales.

- a) En un sentido funcional, se considera que es juzgador sólo aquel que decide el fondo del litigio sometido a su decisión (el que sentencia), y
- b) En su sentido orgánico, juzgador sólo es el que está dentro del poder judicial y posee nombramiento, aunque no se conduzca como juzgador en su sentido funcional.

Esto es, que aun cuando sólo instruya, sólo coopere con otro o sólo ejecute, pero sin pronunciar decisión sobre el fondo, es también juzgador.

En la actualidad, la primera de las acepciones resulta más aceptable: es juzgador el sujeto procesal que decide sobre el fondo controvertido, es decir, el que resuelve la contienda.

El juez, no debe olvidarse, actúa en nombre y representación del Estado impartiendo justicia, porque éste es quién en la norma determina lo que en un momento dado se debe estimar como justo, lo sea o no para otros.

A continuación hare mención de las funciones y atribuciones del juez en relación a los derechos de las víctimas en cuanto a medidas que pudieran decretar a efecto de salvaguardar a las víctimas.

Un ejemplo de esto son las medidas cautelares, de acuerdo al artículo 9 TER del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el cual se establece que en caso de violencia contra las mujeres el Ministerio Publico solicitara al juez que conceda estas medidas, las cuales comprenden:

- La desocupación del probable responsable del inmueble en donde habite la víctima, esto independientemente de la acreditación de la propiedad o posesión del inmueble.
- La prohibición al probable responsable de acercarse al domicilio, lugar de trabajo o de estudio de la víctima.
- La entrega de documentos personales o de objetos de la víctima, que el probable responsable pudiera tener.
- La prohibición al probable responsable de comunicarse por cualquier medio con la víctima o victimas indirectas.
- Apercibir al probable responsable, a efecto de que se abstenga de ejercer cualquier tipo de violencia, sea física o verbal.
- Ordenar vigilancia por parte de personal de la Secretaria de Seguridad Pública del Distrito Federal, en los lugares en donde pueda encontrarse la víctima.

- El juez ordenara, en caso de que haya circunstancias de riesgo que lo ameriten, la custodia por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de las víctimas o víctimas indirectas.

En caso, de que estas medidas no hayan sido solicitadas durante la etapa de averiguación previa, el juez podrá decretarlas, así también decretara aquellas medidas tendientes a salvaguardar la integridad de las víctimas. También con la finalidad de dar cabal cumplimiento estas medidas, el juez podrá facultar a la autoridad ejecutora a ingresar al domicilio de la víctima a fin de que pueda recoger objetos personales, y en su caso trasladarlas a casas de emergencia o centros de refugio.

La Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, contempla una serie de medidas de protección, que ordenan la prohibición de determinadas conductas, y son precautorias, cautelares y de urgente aplicación.

Deben otorgarse por jueces de lo penal, civil y familiar, según sea el caso, inmediatamente que conozcan de los hechos probablemente constitutivos de delito. Estas medidas son de emergencia, preventivas y de naturaleza civil.

En cuanto a las medidas de emergencia, estas no serán mayores a 72 horas, y serán decretadas por el juez en el momento en el que se establezca que la víctima se encuentra en estado de riesgo, que su integridad física como psicológica se encuentre en peligro, dentro de este supuesto; el juez podrá trasladarse al lugar en el que se encuentra la víctima con la finalidad de verificar que se dé cumplimiento a las medidas de protección.

Con relación a las medidas preventivas, estas tampoco serán mayores a 72 horas, y el juez las decretara dentro de las 6 horas siguientes a su notificación.

Entre otras medidas el juez podrá emitir como medida emergente, la retención y guarda de armas que pudieran encontrarse en posesión del agresor, y dar parte a la autoridad federal.

Respecto a las órdenes de protección de naturaleza civil, el juez de lo familiar, o de lo civil, decretara estas órdenes con la finalidad de salvaguardar el patrimonio de las

víctimas. Y serán dictadas por el juez dentro de las 6 horas siguientes a partir de su solicitud, y su temporalidad no será mayor a la de 72 horas.

4.5.2. MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD

El Ministerio Público, parte fundamental dentro de un procedimiento penal; también denominado Representante Social por su papel de defensor de los intereses sociales. Tiene su fundamento legal en el artículo 21 Constitucional, el cual dispone que la investigación de los delitos corresponde al Órgano Investigador y a las policías; las cuales estarán a su cargo; el ejercicio de la acción penal ante tribunales corresponde al Ministerio Público; esta disposición constitucional permite que con exclusión de cualquier otra institución el Ministerio Público se encargue de la investigación de los delitos.

De acuerdo a nuestra forma de gobierno, que nos conforma como una república democrática, representativa y federal, hay un Ministerio Público Federal que se ocupa de la investigación de los delitos federales y un Ministerio Público Local que tiene como propósito fundamental, la investigación de los delitos del fuero común, lo anterior con fundamento en los artículos 102, A y 122 BASE QUINTA, de nuestra Carta Magna.

Los orígenes de esta figura se encuentran en Grecia, donde existió la acusación privada, el directamente ofendido por la comisión del delito, infería su acción contra el agresor, ante el tribunal de los Heliastas.

Posteriormente surge la acusación popular, en la que un representante de la comunidad llevaba la voz de la persona agredida. A esta etapa sucede la de la acusación por parte del Estado, que se sustenta en una idea diferente; la persecución de los delitos deviene una función de vital importancia para la conservación del orden social, que debe prestar el estado, con la finalidad de que regresemos a etapas bárbaras de la humanidad, como lo fue la venganza privada y la Ley del Talión.

Diversa es la doctrina que, encuentra sus antecedentes en el Promotor Fiscal de la Colonia, figura española que se mantuvo en nuestro país hasta después de la Independencia.

Importante es mencionar como antecedente de esta importante figura, el Ministerio Público Francés. El sistema inquisitivo tradicional integraba todas las funciones procesales en un solo órgano, el tribunal, que se encargaba de la defensa y de la acusación; esto implica la separación de estas funciones se independiza la función de juzgar con la de acusar.

En nuestro país, a pesar de que en el año de 1824 ya se hacía mención de un Ministerio Público, fue hasta el año de 1869 que la Ley de Jurados alude a esta figura sin establecer funciones específicas.

Es en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903, en donde se conocen con detalle las funciones de esta figura; en el que se le separa de la administración de justicia y se le concede la titularidad de la acción penal.

Ya que el Ministerio Público es un órgano del Estado y como tal, no puede asumir una actitud parcial en el proceso. Algunos autores estiman que el Ministerio Público no es parte porque no defiende en juicio derechos que le sean propios, sino ajenos; y en algunas ocasiones coincide con los intereses del inculpado, cuando determina el No Ejercicio de la Acción Penal, la Reserva, o formular conclusiones de no acusación.

4.5.3 INCULPADO

El inculpado es un sujeto indispensable dentro de la relación procesal penal. Surge en el momento en que una persona le atribuye, en la denuncia o querrela, la participación en la comisión de algún delito. No requiere pues, para obtener esa calidad, ninguna declaración judicial expresa siendo bastante con que se le haga la imputación.⁸⁶

Es aquella persona física contra quien se dirige la pretensión punitiva del estado, y en su caso la acción de reparar el daño.

Es importante hacer una distinción entre sujeto activo del delito y el inculpado, a simple vista ambos sujetos pudieran confundirse, pero que en algunas ocasiones no se trata de la misma persona.

⁸⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op Cit. Pág. 110.

El sujeto activo del delito es quien participo de algún modo en la comisión del delito, es la persona física que, como autor, o participe intervino en la comisión del delito. En cambio, el inculpado por el delito puede serlo una persona que de ninguna manera participo en la comisión del delito; es aquel a quien se le atribuye la comisión de un delito, la persona en contra de quien el Ministerio Publico ejercita acción penal.

Por eso aun cuando duele converger en el sujeto activo del delito, la calidad de inculpado, eventualmente puede inculparse a alguien ajeno al delito, de ahí pueda tratarse de sujetos diferentes y valga a hacer la aclaración ya que no siempre el inculpado es el sujeto activo del delito.

4.5.4 VÍCTIMA

De conformidad con lo dispuesto por los Artículos 9º, Fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11, Fracción V de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal y 13 de su Reglamento, la victima tiene derecho a la asistencia legal gratuita cuando intervenga en cualquier etapa del procedimiento penal, misma que proporciona la Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad, a través del “abogado victimal”.

A ese respecto, la Subprocuraduría cuenta con seis Centros de atención a víctimas del delito, cada uno con competencias específicas, además de un grupo de abogados victimales que brindan la asesoría y asistencia legal en cada una de las Coordinaciones territoriales en que se encuentra dividido el Distrito Federal. Tiene especial relevancia, el hecho de que el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar, cuanta con una célula de abogados victimales que se encargan de tramitar las Medidas de Protección a que se refiere la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en el Distrito Federal.

4.5.5. OFENDIDO

A éste le asisten los mismos que derechos que para la victima señalan los Artículos arriba señalados.

4.6 PARTES PRINCIPALES DEL PROCEDIMIENTO

Para garantizar un Estado de Derecho, el Estado mexicano cuenta con organismos encargados de procurar e impartir justicia, por ello su labor es importante en todo procedimiento penal, pero no menos importante lo son las personas que se encuentran involucradas en la comisión de un delito, de ahí la importancia que tiene la intervención del abogado victimal en la asesoría y asistencia legal de la víctima.

4.6.1. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO PARTE

Corresponde al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos, según lo dispuesto por el Artículo 21 Constitucional.

Actualmente, el Ministerio Público, realiza dos funciones durante el procedimiento penal. En la primera etapa denominada averiguación previa, su función es la de investigar el hechos delictivo que se le ha puesto del conocimiento, a través de la denuncia o la querrela. En dicha etapa, se auxilia principalmente de la víctima, pero también de sus auxiliares como son policía de investigación y servicios periciales.

En la segunda etapa, denominada proceso penal, el Representante Social sostiene la acusación que se ha realizado, para lo cual ofrece las pruebas encaminadas a acreditar la culpabilidad del procesado, pero también solicita la reparación del daño e interpone los recursos que conforme a Derecho proceda.

En la primera etapa, el Ministerio Público tiene la calidad de autoridad y procede de acuerdo a las funciones que la ley le atribuye expresamente y las determinaciones que dicta están investidas de potestad.

En la segunda, cuando practica la acción persecutoria, que le compete, y que se inicia a partir del momento en el que la autoridad judicial se avoca el conocimiento de los hechos, por los cuales se ha formulado acusación, tiene el carácter de parte, solicitando al Juez lo que en derecho considere.

Una vez que se haya ejercitado la acción penal, el Ministerio Público ya no tendrá competencia para actuar como órgano autónomo en la investigación de delitos y de los responsables de ellos; porque entonces, habrá perdido el carácter de autoridad y sus actuaciones carecerán del apoyo de la fe pública, pues en su carácter de parte solo podrá dirigir al juez; quien ahora será la nueva autoridad legal.

Al ejercitarse la acción penal por el órgano de la acusación, se fija la jurisdicción del juzgador y aquel pierde el carácter de autoridad que ostentaba en la etapa de averiguación previa, para ser una parte procesal, y las pruebas que con este carácter recepte, carecerán de la fuerza probatoria asignada en la ley, no porque sean inválidas respecto de lo que con ellas se pretenda acreditar, sino porque integrada la relación jurídico procesal, es el juez la autoridad ante la que deben ofrecerse las pruebas, con el objeto de que sea este funcionario quien las reciba, con intervención del inculcado y su defensor, para evitar que se rompa el equilibrio procesal y evitar así que el Ministerio Público se convierta en parte del proceso.

En un sistema procesal acusatorio, como el imperante en el medio mexicano, es el agente del Ministerio Público, a través del ejercicio de la acción penal, quien provoca que el juez dicte las resoluciones procedentes y eso, a su vez, origine actos de defensa a cargo del probable autor del delito y su defensor, mismos que generan otros actos del titular de la función acusatoria y que son el antecedente de la decisión respectiva, cuyos efectos provocan nueva defensa.

Dada la importancia de este vital órgano jurisdiccional, es importante que quien aspire a tal importante función reúna con los requisitos y cualidades que aseguren su cabal cumplimiento, los requisitos mencionados integran la capacidad subjetiva del juez desde el punto de vista abstracto y concreto.

La capacidad subjetiva en abstracto, está integrado por las condiciones personales exigidas en la ley, a los sujetos que pretendan convertirse en administradores de justicia, y que se traducen en requisitos de carácter ético, técnico, físico, de nacionalidad, de residencia, esto por mencionar algunas.

Estas condiciones no son iguales en todos los casos y a los aspirantes para ocupar los cargos de jueces no le son requeridas todas con la misma intensidad.

La capacidad subjetiva en concreto, se traduce en la exigencia de que el juzgador no se encuentre impedido para resolver el caso en concreto que fue sometido a su conocimiento, por existir alguna causa que pueda afectar la imparcialidad de su juicio.

En caso, de existir impedimento alguno, lo que procede es que el juez, se excuse del conocimiento del asunto, ya que este tiene que ser imparcial.

Todos los jueces tienen igual facultad de decir el derecho, independientemente de su rango o importancia, y su función jurisdiccional sólo estará limitada por la competencia.

4.6.2. EL INCULPADO Y EL DEFENSOR COMO SUJETOS DE LA “LITIS”

En todo proceso, sea de la índole que fuere, existe un actor y un demandado; el primero es el titular de la acción que ejercita en el juicio, precisamente el contra del demandado que ocupa el sitio de destinatario de la acción, contra él se ejerce la acción ejercitada.

En el caso de procedimiento penal la nomenclatura de las partes se modifica dándole el carácter de titular de la acción al Ministerio Público (salvo los casos de acción penal privada) previstos para el proceso penal acusatorio. Y el inculpado tendrá el carácter de obligado frente al titular de la acción.

El inculpado es la persona contra quien se ejerce la acción penal por parte del Ministerio Público, y es el sujeto pasivo del proceso penal.

El artículo 20 Apartado B fracción IX , de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el imputado tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

La existencia del órgano de defensa en el enjuiciamiento, de manera independiente a la acusación y al órgano del juzgamiento es derecho fundamental del inculpado.

El defensor constituye un sujeto indispensable de la relación procesal penal, porque sin su presencia, resultarían nulos los actos dentro del proceso, lo que quiere decir que no puede concebirse sin él la relación; incluso dentro de la averiguación previa, un ejemplo de esto es lo dispuesto en el artículo 431 fracción III y VI BIS del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

“Habrá reposición del proceso por alguna de las causas siguientes:... II Por no haberse hecho saber al acusado durante la instrucción ni al celebrarse el juicio el motivo del procedimiento y el nombre de su acusador, si lo hubiere; VII BIS.- Por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado; se reputan como omisiones graves de la defensa: a) No haber asesorado al inculpado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso, b) No haber asistido a las diligencias que se practicaron con intervención del inculpado durante la averiguación previa y durante el proceso; c) No haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa del inculpado; d) No haber hecho valer las circunstancias probadas que en el proceso favorecieran la defensa del inculpado; e) No haber interpuesto los medios de impugnación necesarios para la defensa del inculpado; f) No haber promovido todos aquellos actos procesales que fuesen necesarios para el desarrollo normal del proceso y el pronunciamiento de la sentencia.

El defensor brinda asesoramiento al inculpado, pero su trabajo es mucho más amplio, ya que tiene obligaciones que debe cumplir respecto del juez y del Ministerio Público.

4.7. PARTES SECUNDARIAS EN EL PROCEDIMIENTO

Pueden ser auxiliares de la autoridad, ya sea Ministerio Público o Juez, ya que su intervención puede aportar elementos importantes dentro de un proceso, no así el abogado victimal, que solo actúa como un asesor.

4.7.1. LA VICTIMA Y EL OFENDIDO

La intervención que tiene en el procedimiento penal es prácticamente nula, esa es la impresión que tiene la víctima y el ofendido, en virtud de que es el Representante Social

quien investiga, ejercita acción penal y sostiene la acusación, situación que la hace sentirse excluida, pero dicha percepción se debe al desconocimiento que la ciudadanía tiene de los derechos que la ley le concede, así como de los procedimientos de procuración y administración de justicia, por lo que reviste gran importancia la función que realiza el abogado victimal, quien orienta, asesora y asiste a la víctima durante todo el procedimiento penal.

4.7.2 LOS TESTIGOS

La palabra testigo proviene de “testando”; que significa declarar, referir, explicar.

De acuerdo a la doctrina se puede afirmar que el testigo es aquella persona física, que manifiesta ante una autoridad, los hechos que le constan, por haberlos percibido a través de los sentidos, en relación a la conducta o a los hechos que se investigan.

Todo sujeto, a quien le constan los hechos, tiene el deber de manifestarlo ante las autoridades, que conozcan de algún hecho delictivo. Esta obligatoriedad incluye a nacionales y a extranjeros, esta obligación no se agota por el hecho de presentarse ante la autoridad, sino hasta rendir declaración, respetando lineamientos penales y ajustándose así a la verdad.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se consideran medios de prueba:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos y privados;
- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección ministerial y judicial;
- V. Las declaraciones de testigos; y
- VI. Las presunciones.

Actualmente, en nuestro país, en la legislación (artículo 191 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), establece como principio general:

"toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el ministerio público o el juez estimen necesario su examen...", no obstante, en la ley se exige una capacidad determinada, traducida en una aptitud física, independiente de la credibilidad de lo declarado.

Sobre estas cuestiones, priva la idea de asegurar que todo individuo posee esa aptitud; pero, adviértase que algunas personas con capacidades diferentes no están exentas de ser examinadas como testigos.

El artículo 204 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que tratándose de personas carentes de la vista, se señala: "El ministerio público o el juez designarán, para que acompañe al testigo a otra persona que firmará la declaración, después de que aquél la ratifique..." y, cuando se trate de sordomudos: "el juez nombrará como intérprete a la persona que pueda entenderlo..."

En los casos referidos se alude, únicamente, a deficiencias de orden físico, pero suele suceder que sean de carácter psíquico, en tal supuesto, importa determinar si esto le resta aptitud al sujeto para ser aceptado como testigo.

En materia penal no se puede oponer la tacha de testigos; pero de oficio o a petición de parte, el Ministerio Público o el juez hará constar en el expediente todas las circunstancias que influyan en el valor probatorio de los testimonios.

Según lo expuesto, en general, todo sujeto puede ser testigo; no obstante, existen vínculos sanguíneos o sentimentales que justifican plenamente la abstención de declarar, tal es el caso: del tutor, curador, pupilo o cónyuge del probable autor del delito, de sus parientes por consanguinidad o afinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados y en la colateral, hasta el tercero, inclusive; y de los que están ligados con dicho sujeto por amor, respeto o gratitud.

Estas excepciones, se fincan, no en la falta de capacidad, sino en la moral necesaria que debe imperar en todos los órdenes, por ello el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece en el artículo 192 que si estas personas tuvieran voluntad de declarar, se les recibirá su declaración y se hará constar esa circunstancia.

Con la finalidad de asegurar la presencia y la colaboración de los testigos y tomando como base la necesaria celeridad del procedimiento penal, en el Código antes mencionado, se establece en el artículo 197: "la citación puede hacerse en persona al testigo en donde quiera que se encuentre, o en su habitación, aun cuando no estuviere en ella; pero en este caso se hará constar el nombre de la persona a quien se entregue la cédula. Si aquélla manifestare que el citado está ausente, dirá dónde se encuentra, desde qué tiempo y cuándo se espera su regreso. Todo esto se hará constar para que el Ministerio Público o el juez dicten las providencias procedentes. También podrá enviarse la cédula por correo".

Una vez que el testigo se encuentre ante la autoridad ante quien se llevará a cabo la diligencia, se deberá informar al testigo las penas en las que incurren en caso de conducirse con falsedad.

Una vez que se les hace del conocimiento lo anterior, los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente, según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias. El Ministerio Público y el defensor podrán hacer las preguntas que estimen convenientes.

Es de esta manera que el testimonio puede ser considerado un elemento valioso, si se emite de manera oral, de forma libre, y espontánea; pero aun difícil de valorar ya que con frecuencia el ser humano falta a la verdad.

4.7.3 SERVICIOS PERICIALES

Si bien, en estricto sentido los servicios periciales no son parte en el procedimiento dada su naturaleza de órganos auxiliares en la procuración e impartición de justicia, se les atribuye el carácter de parte secundaria, en atención a que por su función ilustran al Ministerio Público o al juzgador en un arte o ciencia determinados. Esta situación solo acontece cuando los hechos materia de la investigación o del proceso requieren de un perito, de no ser así, no serán requeridos su servicios.

Los servicios periciales es el conjunto de actividades desarrolladas por especialistas, (peritos), en determinadas artes, ciencias o técnicas, los cuales previo examen de una persona, hecha o algún objeto, emiten un dictamen (peritación) traducido en puntos concretos, fundado en razonamientos técnicos y científicos comprobables.

El objetivo general de los servicios periciales es auxiliar, con los resultados de la aplicación científica de sus conocimientos, metodología y tecnología a los órganos que procuran y administran justicia a efecto de proporcionarles elementos probatorios identificadores y reconstructores, de la verdad técnica e histórica, de los hechos que investiguen.

Los peritos deberán investigar técnicamente y demostrar científicamente, la existencia de un hecho posiblemente delictuoso, así mismo determinarán la existencia de los fenómenos y reconstruir el mecanismo del hecho, señalando los instrumentos u objetos de ejecución, sus manifestaciones y las maniobras que se pusieron en juego para realizarlo.

Aportarán evidencias, y coordinarán técnicas o sistemas para la identificación de la víctima, de igual forma se presentarán evidencias para la identificación de los autores y coautores; y aportarán las pruebas materiales con estudios técnicos y científicos para probar el grado de participación del o de los presuntos autores y demás involucrados.

Siempre que para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos.

El ya antes mencionado, artículo 135 del Código Penal para el Distrito Federal, señala que la ley reconoce como medios de prueba los dictámenes de peritos.

El dictamen es el documento emitido por una autoridad judicial, para que el perito ilustre acerca de los aspectos médicos en hechos judiciales o administrativos. Se basa en el método científico, utilizando, además de este, el método analítico.

De acuerdo al artículo 41 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, los servicios periciales actuarán bajo el mando inmediato del Ministerio Público, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de criterio que les corresponde en el estudio del asunto que se sometan a su consideración y dictamen.

La palabra “perito” proviene del latín “peritus”, que significa sabio, experimentado o hábil.

El perito es toda persona a quien se le atribuye capacidad técnico científica, o práctica en una ciencia, técnica o arte.

Características del perito:

- Pericia.- es la práctica, experiencia, y habilidad en una ciencia o arte sobre la cual habrá de rendir su peritación.
- Honestidad.- el perito deberá guardar compostura y decencia en sus acciones y palabras, será honrado, íntegro y recto.
- Imparcialidad.- ecuanimidad, el perito no deberá tener prejuicios o prevención a favor o en contra de personas o cosas, será justo al rendir su dictamen pericial.
- Veracidad.- el perito al rendir su dictamen lo hará siempre con la firme voluntad de decir la verdad, orientando los actos en el sentido que marca la conciencia.
- Lealtad.- el perito deberá ser fidedigno, verídico, leal en el trabajo, desempeño de su oficio o cargo.

Hay dos tipos de peritos:

- a) Centralizados: son los peritos de especialidades que requieren de laboratorios y equipos especiales, así mismo se trata de especialidades que por el volumen de asuntos resulta conveniente tenerlos en un área.
- b) Desconcentrados: son los peritos que se ubican en las Fiscalías desconcentradas que integran a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, estos peritos corresponden a los de mayor carga de trabajo y no requieren de laboratorios y equipos complejos.

Algunas de las especialidades en las cuales los peritos intervienen son las siguientes:

- Antropología forense: tiene como objetivo identificar restos humanos, así como determinar sexo, talla, raza, edad y antigüedad de los mismos.

- **Arquitectura e ingeniería:** determinar la valuación inmobiliaria, controversia de obra pública, daños a estructuras y conflictos en mediación de superficies, mediante el auxilio de las ciencias exactas, los métodos y las técnicas para la solución y el esclarecimiento de problemas relacionados con inmuebles. Los peritos en esta materia intervienen en auxilio al derecho penal en aquellos casos en que existen controversias o conflictos relacionados con el medio de la construcción o con la superficie de un terreno.
- **Balística forense:** comprende el estudio de las armas de fuego como de todos los elementos que contribuyen a producir el disparo, y también los efectos de este dentro del arma, durante la trayectoria del proyectil y en el objetivo. El objetivo de esta especialidad comprende los fenómenos que se suceden en el interior del arma, en el momento del disparo, los relacionados con el proyectil a partir del momento en que sale del arma y, finalmente los correspondientes a los efectos del proyectil en el objeto sobre el cual se disparó.
- **Cerrajería:** a través de esta especialidad, se puede determinar si una cerradura o un sistema de seguridad de puertas o acceso fue alterado en su función normal, violado o forzado.
- **Contabilidad forense:** en el proceso de investigación en donde se ha suscitado un hecho delictuoso, se encarga de verificar, comprobar y analizar la información contable de una persona física o moral, relacionada con delitos que sean susceptibles de cuantificación monetaria y que afecten el patrimonio de un ente económico.
- **Criminalística:** se encarga de observar y fijar el lugar del hallazgo y/o lugar de los hechos, en los cuales se realiza la búsqueda de indicios y material sensible, levantamiento, embalaje y etiquetado.
- **Fotografía forense:** disciplina encargada de observar y tomar fotografías para fijar el lugar del hallazgo y/o hechos o cualquier persona u objeto material de estudio en cualquier actividad pericial.

- Medicina forense: certificar el estado físico de personas, dictaminar sobre responsabilidades profesionales de médicos e instituciones, realizar seguimientos de necropsias y dictaminar sobre mecánica de lesiones.
- Psicología forense: determinar la personalidad de los individuos a través de estudios que permitan conocer su conducta, convivencia con el medio social, motivaciones internas y la causa de sus acciones, a efecto de establecer su participación en un presunto hecho delictivo.
- Psiquiatría: disciplina que se encarga de determinar si una persona padece de una enfermedad mental, deficiencia, retraso mental o cualquier trastorno psíquico.

4.8. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ABOGADO VICTIMAL

El artículo 12 fracción II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal señala: “Las atribuciones en materia de atención y a los ofendidos y víctimas del delito consisten en:

II. Proporcionar orientación, asesoría y representación legal a los ofendidos y víctimas del delito, así como proporcionar su eficaz coadyuvancia en las diversas etapas del procedimiento penal, por conducto del Agente del Ministerio Público y de los Abogados Victimales, según corresponda...”

De acuerdo a lo anterior, el Reglamento de la Ley antes citada, establece que esta atención jurídica consistirá en orientación, asesoría y representación legal a los ofendidos y víctimas del delito. El artículo 78 fracción II inciso a) segundo párrafo, señala lo siguiente: Se consideran abogadas y abogados victimales, al personal con estudios de licenciatura en derecho adscrito a las áreas jurídicas del Sistema de Auxilio a Víctimas, que realice funciones de atención jurídica, independientemente del régimen de contratación, plaza y cargo.

Durante la integración de la averiguación previa, el abogado victimal asesora y asiste a la víctima durante sus comparecencias ante el Representante Social, observando que, en todo momento, se salvaguarde el respeto a sus derechos. De esa forma, se garantiza la coadyuvancia de la víctima con el Ministerio Público e incluso, promueve el

Recurso de Inconformidad contra las determinaciones de: no ejercicio de la acción penal y reserva.

Las funciones que tiene el abogado victimal dentro del proceso penal son limitadas, ya que únicamente proporciona asesoría jurídica a las víctimas, respecto a los alcances legales del procedimiento, incluso se asiste en las audiencias, sin que se pueda hacer uso de la palabra, interrogar o aportar algún medio de prueba.

El artículo 57 de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia señala lo siguiente: “La representación legal que se proporcione a las víctimas, consistirá en el patrocinio y asesoría legal especializada, en asuntos del fuero común, en materia penal, civil, familiar, arrendamiento y laboral de la siguiente manera:

I. En materia penal, a cargo de la Procuraduría a través de una abogada victimal adscrita al Sistema de Auxilio a Víctimas del Delito...”

De acuerdo a lo anterior y tratándose, de las medidas de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, mismas que son solicitadas a un juez del orden penal, civil o familiar, según sea el caso; el artículo 43 del reglamento de la ley antes citada, señala una serie de obligaciones para la abogada victimal, quien deberá proporcionar asesoría jurídica y explicarle a la víctima cuales son los mecanismos de apoyo con los que cuenta, así mismo proporcionar una asesoría clara sobre las medidas de protección a las que tiene derecho, y aún más importante; en caso de que la víctima desee tramitar las medidas de protección contempladas por la ley antes citada, deberá:

- a) realizar la solicitud de trámite ante el juez competente, y en caso de detectar algún riesgo hacia la mujer, la abogada victimal deberá acudir al juzgado y solicitar las medidas competentes,
- b) asesorar a la agraviada en la comparecencia ante el juez,
- c) recabar todos aquellos medios de prueba tendientes a acreditar el riesgo en el que se encuentran las víctimas para poder presentarlas en la audiencia correspondiente,
- d) asistir a las víctimas en la audiencia ofrecimiento y desahogo de pruebas,

De esta manera, la autorización que haga la víctima hacia la abogada victimal, respecto al trámite de estas medidas, y la representación a la que hace alusión el artículo 57 de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, les otorgará personalidad para conocer y consultar las actuaciones que integren el expediente, en los procedimientos ante los jueces correspondientes.

Así mismo deberán participar en cualquier parte del procedimiento, comparecer en las audiencias y alegar lo que a los derechos de la víctima convenga, de la misma manera que los defensores.

4.8.1. LEGISLACIÓN APLICABLE

Rigen las funciones del abogado victimal, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, el Reglamento de la misma y los Acuerdos A/005/2011 y A/019/2011 emitidos por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

4.8.2 SU INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Se limita a la asesoría y asistencia legal gratuita dentro del procedimiento penal, porque la carga de trabajo, no le permite llevar a cabo una debida representación legal como lo establece el Acuerdo A/0019/2011 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el cual se establecen entre otras, el sistema de auxilio a víctimas para el otorgamiento de medidas de protección.

Y en el cual se señala que en caso de que la víctima solicite medidas de protección contempladas en diversas disposiciones, se le asignara a la víctima una abogada o abogado victimal, quien podrá representarla.

4.8.3 CRITICA

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, su reglamento, la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y su reglamento, hablan de una representación legal, pero en realidad no existe como tal, como tampoco una efectiva coadyuvancia, en virtud de la carga de trabajo y el escaso número de abogados victimales.

El Acuerdo A/002/2008 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, mismo que habilito a los abogados victimales, señalaba que cuando las víctimas no cuenten con recursos para pagar a un abogado particular, podrán contar con la representación legal de una abogada victimal que se encargaría de llevar a cabo con la debida diligencia las acciones legales tendientes a hacer efectivos los derechos procesales de las víctimas.

Posteriormente el Acuerdo A/019/2011 del Procurador, hace mención nuevamente de una representación de esta multicitada figura a las víctimas.

En el Artículo 78 fracción inciso a del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal hace referencia a la atención jurídica que se proporciona a través de la Dirección General de Atención a Víctimas del Delito se puede encontrar una definición clara de lo que es un abogado victimal... “ a) la atención jurídica consistirá en orientación, asesoría y representación legal a los ofendidos y víctimas del delito, así como proporcionar su eficaz coadyuvancia en las diversas etapas del procedimiento penal. Se consideran abogadas y abogados victimales, al personal con estudios de licenciatura en derecho adscrito a las áreas jurídicas del Sistema de Auxilio a Víctimas, que realice funciones de atención jurídica, independientemente del régimen de contratación, plaza y cargo.”

En la práctica, los abogados victimales no tienen ninguna representación, no se puede actuar en nombre de la víctima, no se puede promover en su nombre, se limita únicamente a la asesoría y asistencia jurídica. Situación contradictoria, de acuerdo a los ordenamientos anteriormente citados.

En ningún momento, dentro de la averiguación previa, o dentro del proceso penal se da una representación (con excepción de las medidas de protección de la Ley de Acceso

de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia), la víctima no otorga poder o mandato alguno.

Por otra parte, los representantes ejercen un papel importante y también están sujetos al cumplimiento de normas legales así como los apoderados, que no son titulares de derecho, solo representan al titular y lo que se les trasfiere no es la titularidad, sino que la ley los faculta para representar los intereses de otros, es por esto que cuando los intereses del representante no están acordes con los del representado, estas facultades pueden ser revocadas.

En otro punto, dada la excesiva población que asiste a los centros de atención, sería de suma importancia el aumento de personal en estos centros, en específico de los abogados, ya que debido a ese exceso de trabajo a veces es difícil proporcionar una atención adecuada y de calidad.

Considerando la importancia que reviste el abogado victimal, y hasta en tanto no se adopte por la legislación adjetiva penal para el Distrito Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales que alude al asesor jurídico de la víctima, las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia, en el ámbito de sus respectivas competencias tienen el compromiso para con la población de promover y hacer pública a través de los medios de difusión masiva, la importancia que tiene el abogado victimal en el desarrollo del procedimiento, señalando cuáles son sus funciones como asesor y asistente jurídico para las víctimas de un delito.

Si bien es cierto, todo profesionista debe estar en preparación, es el profesionista en Derecho que debe estar en constante instrucción, ya que el derecho continuamente esta en evolución, en el caso del abogado victimal además debería también contar con una formación en atención al público.

El apoyo psicológico a este servidor público, debería ser importante ya que, el recibir terapia podría ayudar a reducir en alguna medida el trabajar con personas que han sufrido de manera directa la comisión de algún delito, que constantemente sienten que sus derechos han sido vulnerados y en algunas ocasiones son victimizadas.

En un análisis de lo anterior podemos percatarnos que, esta importante figura no es debidamente reconocida, a veces carente de importancia, sus funciones no son claramente reguladas, y que de manera constante se enfrentan a un entorno difícil y complicado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si bien es cierto, ha habido diversas reformas en materia de la protección a los derechos humanos, es de vital importancia, que continúe la evolución legislativa en materia de atención a víctimas, respecto a la reparación del daño, y sobre todo medidas tendientes a evitar que se vulneren sus derechos. Quienes han sufrido de forma directa el impacto debido a la comisión de un delito sienten, de manera constante que sus derechos son violados; incluso al punto de afirmar que los derechos de todo inculpado son superiores.

SEGUNDA.- La figura del abogado victimal en la legislación del Distrito Federal, es pilar importante en nuestra legislación, pero es claro que son pocas las ordenamientos que regulan a esta figura, en donde sus atribuciones quedan dispersas y no son del todo claras, ya que para algunas etapas del procedimiento puede fungir como representante de la víctima o del ofendido; mientras que en la etapa de la averiguación solo actúan como asesores y se encargan de proporcionar a las víctimas, la asistencia necesaria, limitando una representación en esa etapa del procedimiento.

TERCERO.- El Estado tiene la obligación de contar con los mecanismos necesarios para el ejercicio pleno de los derechos sustantivos y procesales de las víctimas del delito, en esa misma tesitura, el abogado victimal, que depende directamente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, debe de realizar todas aquellas acciones jurídicas necesarias para el ejercicio pleno de esos derechos, sin importar en que parte del procedimiento se encuentre.

CUARTA.- Es claro, que debe de haber un marco legal integral, en donde de forma más concreta, certera y uniforme se establezcan las funciones y atribuciones de este asesor, esto aumentará la confianza y dará mayor certidumbre a quienes por algún motivo han sufrido un delito.

QUINTA.- Además del marco legal que regula a esta figura, sería decisivo que la dependencia responsable de que las víctimas y ofendidos reciban todos los servicios integrales, incluyendo la asesoría jurídica, es decir la Procuraduría General de Justicia

del Distrito Federal, a través del Sistema de Auxilio a Víctimas, asegure la prestación de esos servicios, con la infraestructura necesaria, y el personal suficiente y capacitado para poder llevar a cabo esta importante tarea.

FUENTES DE CONSULTA

I. OBRAS CONSULTADAS:

AMUCHATEGUI REQUEMA, Irma. Derecho Penal cursos primero y segundo, Editorial Harla, México 1998.

ARGIBAY MOLINA, José, DAMLANOVICKS, Laura, MORAS, Jorge. Derecho Penal Parte 1, Editorial Ediar, Argentina 1972.

Bases Técnico Metodológicas para la realización de trabajos de investigación en la carrera de derecho. México 2006.

BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 2ª. Edición, Editorial, Porrúa, México 1986.

CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano tomo 1. 4ª edición, México 1955.

_____. Organización Social de los Antiguos Mexicanos, México 1966.

CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, HERNÁNDEZ BARROS, Julio. La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana, Editorial Porrúa, Tercera Edición. México 2003.

COMPENDIO DE LEGISLACIÓN EN ATENCIÓN VICTIMAS DE DELITOS. Publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 2004.

CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 2005.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 18ª Edición, México 2008.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Editorial Abeledo, Buenos Aires 1966.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. Manual para la Elaboración de Tesis y Otros Trabajos de Investigación Jurídica. Editorial Porrúa, México 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Introducción al Derecho Penal, Editorial Iure, México 2003.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Principios de Derecho Penal, 1ª Edición, Editorial Ángel Editor, México 2006.

LARA, PEINADO, Federico. Código de Hammurabi, Editorial Tecnos, Madrid 1986.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Historia del Derecho Mexicano, Editorial Iure, México 2004.

_____, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1994.

MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, 7ª Edición, Editorial. Porrúa, México 2010.

Manual del sistema de auxilio a víctimas, Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad, México 1999.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal Parte General, 2ª Edición, Editorial Trillas, México 1986.

MENDOZA BAUTISTA, Katherine. Delitos cometidos por motivos de género o de orientación sexual, Editorial Obijus, México 2010.

MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho, 50ª Edición, Editorial Porrúa, México 2010.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Aspectos Jurídicos de la Violencia contra la Mujer, Editorial Porrúa, México 2001.

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. Los Derechos Humanos en México. Editorial Porrúa, México 2012.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino tomo I, Buenos Aires 1953.

II. LEGISLACIÓN CONSULTADA:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal.

Ley de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito para el Distrito Federal.

Ley de Protección a Víctimas de Delitos para el Estado de Sinaloa.

Ley del Centro de Atención para las Víctimas del Delito en el Estado de Jalisco.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Ley para la Protección a Víctimas del Delito en el Estado de Chiapas.

Reglamento de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal.

Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito para el Distrito Federal.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Acuerdo Numero A/002/2008 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Acuerdo Numero A/005/2011 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Acuerdo Numero A/019/2011 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

III PAGINAS DE INTERNET

CEDAW, México. Dirección en internet:
<http://www.americacalatinagenera.org/es/index.php>. 2 de Junio 2014, 20:30 horas.

NACIONES UNIDAS (1979) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. CEDAW <http://www.2ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>. 19 de Junio 2014, 19:50 horas.

www.Filosóficas.unam.mx./tomasini/CONFERENCIAS/talion.pdf. 4 de Agosto 2014, 22:35 horas.