

301809

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

31

25



ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA REPARACION DEL DAÑO AL SUPUESTO
RESPONSABLE CUANDO LA SENTENCIA
ES ABSOLUTORIA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO EN:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
GABRIEL FEDERICO CASTRO PERDOMO

Primera Revisión: Segunda Revisión:
Lic. Jorge Estudillo Amador Lic. Anselmo Pérez Xochipa

MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1993



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 está 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.

I N D I C E

CAPITULADO	1
INTRODUCCION	4
C A P I T U L O I	
1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL.	5
1.1 ORIGEN Y EVOLUCION DE LAS IDEAS PENALES.	6
1.1.1 EPOCA BARBARA O DE LA VENGANZA PRIVADA.	8
1.1.2 PERIODO TEOCRATICO.	12
1.1.3 CONCEPCION POLITICA.	13
1.1.4 TENDENCIA HUMANITARIA.	14
1.1.5 PERIODO CIENTIFICO.	17
1.2 ANTIGUO ORIENTE.	18
1.3 GRECIA.	22
1.4 DERECHO ROMANO.	23
1.4.1 IUS CIVILE.	25
1.4.1.1 FURTUM.	25
1.4.1.2 DAMNUM INIURIA DATUM.	31
1.4.1.3 INIURIA O LESIONES.	36
1.4.2 DELITOS PRIVADOS DEL DERECHO HONORARIO.	40
1.4.2.1 PAPINA.	41
1.4.2.2 INTINIDACION.	41
1.4.2.3 DOLO.	42
1.4.2.4 FRAUS CREDITORUM.	43
1.5 DERECHO GERMANICO.	45
1.6 DERECHO CANONICO.	47
1.7 REVOLUCION FRANCESA.	49
1.8 DERECHO PENAL ESPANOL.	50
C A P I T U L O II	
2. ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MEXICO.	58
2.1 IMPORTANCIA DEL DERECHO PENAL.	58
2.2 EL DERECHO PRECORTESIAND.	59
2.3 EL PUEBLO MAYA.	60
2.4 EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO TARASCO.	60

2.5	EL DERECHO PENAL ENTRE LOS AZTECAS.	61
2.6	PRIMEROS TIEMPOS (CONQUISTA).	64
2.7	EPOCA COLONIAL.	65
2.8	INDEPENDENCIA.	67
2.9	CODIGO DE 1870.	68
2.10	PROYECTO DE REFORMA.	71
2.11	CODIGO DE 1929.	74
2.12	CODIGO DE 1931.	75

C A P I T U L O III

3.	ANALISIS DEL DELITO.	86
3.1	¿QUE SE ENTIENDE POR DELITO?	86
3.2	CLASIFICACION GENERAL DE LOS DELITOS.	88
3.3	LOS DELITOS PATRIMONIALES.	91
3.4	¿QUE SE ENTIENDE POR CUERPO DEL DELITO?	93
3.5	COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE ROBO.	96
3.6	EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	100
	3.6.1 FORMALIDADES QUE DEBE REVESTIR EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	107

C A P I T U L O IV

4.	ANALISIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN.	109
----	---	-----

C A P I T U L O V

5.	LA REPARACION DEL DAÑO CUANDO EL PRESUNTO RESPONSABLE OBTIENE SENTENCIA ABSOLUTORIA.	122
5.1	¿QUE SE DEBE ENTENDER POR DAÑO?	122
5.2	EL DAÑO MORAL.	124
5.3	EL DAÑO PATRIMONIAL.	125
5.4	EL DAÑO SOCIAL.	127

5.5 ¿QUE SE ENTIENDE POR REPARACION?	130
5.6 LA SENTENCIA ABSOLUTORIA POR LA INCUACION DE UN DELITO DEL ORDEN PATRIMONIAL.	132
CONNCLUSIONES.	142
BIBLIOGRAFIA.	150

CAPITULO

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL.

1.1 Origen y evolución de las ideas penales.

1.1.1 Epoca Bárbara o de la venganza privada.

1.1.2 Periodo Teocrático.

1.1.3 Concepción Política.

1.1.4 Tendencia Humanitaria.

1.1.5 Periodo Científico.

1.2 Antiguo Oriente.

1.3 Grecia.

1.4 Derecho Romano.

1.4.1 Ius Civile.

1.4.1.1 Furtum.

1.4.1.2 Damnum Iniuria Datum.

1.4.1.3 Iniuria o Lesiones.

1.4.2 Delitos Privados del Derecho Honorario.

1.4.2.1 Rapina.

1.4.2.2 Intimidación.

1.4.2.3 Dolo.

1.4.2.4 Fraus Creditorum.

1.5 Derecho Germánico.

1.6 Derecho Canónico.

1.7 Revolución Francesa.

1.8 Derecho Penal Español.

CAPITULO II

2. ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MEXICO.

- 2.1 Importancia del Derecho Penal.
- 2.2 El Derecho Precortesiano.
- 2.3 El pueblo Maya.
- 2.4 El Derecho Penal en el pueblo Tarasco.
- 2.5 El Derecho Penal entre los Aztecas.
- 2.6 Primeros Tiempos (Conquista).
- 2.7 Epoca Colonial.
- 2.8 Independencia.
- 2.9 Código de 1870.
- 2.10 Proyecto de Reforma.
- 2.11 Código de 1929.
- 2.12 Código de 1931.

CAPITULO III

3. ANALISIS DEL DELITO.

- 3.1 ¿Qué se entiende por Delito?
- 3.2 Clasificación general de los Delitos.
- 3.3 Los Delitos Patrimoniales.
- 3.4 ¿Qué se entiende por Cuerpo del Delito?
- 3.5 Comprobación del Cuerpo del Delito en los denominados Patrimoniales
- 3.6 Ejercicio de la Acción Penal.

- 3.6.1 El derecho de acción en la ciencia jurídica.
- 3.6.2 La acción en el Derecho Penal.
- 3.6.3 Formalidades que debe revestir el ejercicio de la acción penal.

CAPITULO IV

- 4. ANALISIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN.

CAPITULO V

- 5. LA REPARACION DEL DAÑO CUANDO EL PRESUNTO RESPONSABLE OBTIENE SENTENCIA ABSOLUTORIA.
 - 5.1 ¿Qué se debe entender por Daño?
 - 5.2 El Daño Moral.
 - 5.3 El Daño Patrimonial.
 - 5.4 El Daño Social.
 - 5.5 ¿Qué se entiende por Reparación?
 - 5.6 La sentencia absolutoria por la inculcación de un delito del orden patrimonial.

INTRODUCTION

INTRODUCCION

El proceso penal en nuestra legislación contemporánea debe de ser adecuado a las circunstancias reales que se viven en la sociedad, sobre todo si tratamos que consecuentemente se falsean declaraciones, se ejercita acción penal sin satisfacer los requisitos constitucionales y se viola la seguridad de las personas, por lo que en el presente trabajo entraremos al estudio de la reparación del daño en favor de los procesados que hayan sido declarados inocentes en los delitos patrimoniales, para lo cual tendremos que partir en su estudio desde sus antecedentes históricos hasta los criterios legales, legislativos y doctrinales que imperan en el derecho contemporáneo observando que en la presente figura jurídica, los legisladores han descuidado la situación que se puede dar, en el caso de que el procesado sea absuelto de los hechos que se le imputan por una supuesta conducta ilícita, trataremos de demostrar que los sujetos que son procesados por la comisión de un delito de los denominados patrimoniales siendo justos en la apreciación de los hechos y de la verdad que impera respecto a la inocencia del supuesto delincuente, el cual debe y tiene derecho también a la reparación del daño que se le haya causado por tales actitudes o imputaciones del delito que se le persigue.

Tales supuestos de la presente tesis, se verán reforzados por las doctrinas existentes en nuestro derecho y aun en la legislación actual, por lo que

atendiendo a lo expuesto se propone que la reparación justificada del daño causado se ejecute dentro de la misma vía y por el órgano jurisdiccional que conoció y valoró el proceso concediendo tal reparación, ya que nuestro código punitivo vigente nada más hace mención en su artículo 30 Bis de quienes tienen derecho a la reparación del daño en un orden en el cual dejan a un lado el supuesto que trataremos de demostrar en la presente trabajo, con base a la equidad en la impartición de justicia, dicho código debe contener un tercer orden a través del cual se tome en consideración que los daños causados al procesado deben ser reparados y por ello dentro del mismo capítulo de la Ley penal se proponen modificaciones al respecto.

El sentir en este trabajo no sólo lleva una experiencia teórica en su sentido más profundo, si no que a través de la vida misma las experiencias en este tipo de supuestos nos han encaminado a coadyuvar con el legislador para que de ser posible se tomen en cuenta las propuestas que en el capítulo de conclusiones se formulan, de tal suerte que en un esbozo de estudio se propone que al procesado le sea restituido el agravio causado, siendo el órgano de impartición de justicia el responsable de satisfacer tal requisito.

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL.

1.1 Origen y evolución de las ideas penales.

1.1.1 Epoca Bárbara o de la venganza privada.

1.1.2 Periodo Teocrático.

1.1.3 Concepción Política.

1.1.4 Tendencia Humanitaria.

1.1.5 Periodo Científico.

1.2 Antiguo Oriente.

1.3 Grecia.

1.4 Derecho Romano.

1.4.1 Ius Civile.

1.4.1.1 Furtum.

1.4.1.2 Damnum Iniuria Datum.

1.4.1.3 Iniuria o Lesiones.

1.4.2 Delitos Privados del Derecho Honorario.

1.4.2.1 Rapina.

1.4.2.2 Intimidación.

1.4.2.3 Dolo.

1.4.2.4 Fraus Creditorum.

1.5 Derecho Germánico.

1.6 Derecho Canónico.

1.7 Revolución Francesa.

1.8 Derecho Penal Español.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO PENAL.

1.1 Origen y Evolución de las ideas Penales.

(1)

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público interno, tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas que sean propicias para someter todas aquellas conductas que la dañen o la pongan en peligro; por lo cual se tendrá que analizar en esta tesis los antecedentes históricos del Derecho Penal.

La Historia del Derecho Penal no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta para la mejor inteligencia de las instituciones actuales el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración. "Ni aquí ni en parte alguna -decía Aristóteles en sus lecciones sobre la vida política- llegaremos a ver bien en el interior de las cosas, a menos de que las veamos crecer desde sus comienzos."

Nos damos cuenta a diario de que las citas alocadas de los griegos y los romanos, para tratar los temas de mayor futilidad, no son sino un disfraz de la ignorancia o una librea

(1) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 5a. Edición. p.p. 24-30.

de la estulticia; pero la observación seria y metódica de la Historia permite aprovechar la experiencia acumulada en siglos anteriores, y en el Derecho es indispensable recordar desde los primeros impulsos, las primeras necesidades, los primitivos ensayos de que arrancan las instituciones, para llegar a comprender éstas en su actual lozanía. Es preciso formar una idea concisa, pero completa y verdadera, de lo que fueron el Derecho Romano y el Germánico; de los injertos hechos en ese tronco por el Derecho Canónico; de las aportaciones debidas al liberalismo inglés y difundidas al mundo por la Revolución Francesa; de la polémica entablada por el positivismo y su valor criminológico; de la dirección seguida por las leyes españolas, inspiradoras inmediatas de las nuestras, hasta llegar a los últimos pasos dados para la formación de un Derecho propio.

Y aún no bastará para tener un conocimiento delimitado y preciso de nuestros usos y costumbres jurídicas, pues si no se conoce a Londres quien sólo ha vivido en Londres, habrá que observar algunos lineamientos de sistemas extranjeros que sirvan como puntos de comparación para ampliar nuestros conocimientos, capacitándonos para una mejor y más rápida evolución, y que nos prevengan con el error, harto frecuente por desgracia, de aplicar con ligereza doctrinas y jurisprudencias crecidas sobre suelos diversos, al tratar de interpretar nuestra legislación propia.

Ahora bien, aprovechando la penetrante observación de Leibnitz, debemos estudiar esta Historia en su doble aspecto: interno y externo, empezando por advertir la evolución esencial de los conceptos y de las instituciones, independientemente del tiempo y del lugar en que se hayan producido, y comprobándola luego por el relato cronológico de lo ocurrido en cada país y en cada región.

La evolución del Derecho Penal se suele dividir en las etapas siguientes:

1.1.1 Epoca Bárbara o de la venganza privada. En las prácticas penales se advierte, como sucede con muchas otras creaciones psicológicas y normativas, que se inician por un impulso espontáneo, instintivo, y sólo con el tiempo interviene y prevalece la razón como facultad crítica y moderadora, o también como soberana creadora cuyos vuelos orgiásticos requieren luego los frenos del pragmatismo y de una serena ponderación. Las conductas humanas no se han gestado en los laboratorios ni en los apartados estudios de los filósofos, sino que los ingentes problemas que plantea la vida impusieron soluciones inmediatas y después vino la razón, cojeando y tentaleando, a buscar la justificación de lo hecho o a propugnar reformas y adaptaciones indispensables.

Así, en el primer periodo de formación del Derecho Penal fue el impulso de la defensa o de la venganza la ratio

essendi de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada, que hasta después se organiza, cada particular, cada familia o cada grupo se protege y se hace justicia por si mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituya propiamente una etapa del Derecho Penal, sino que se habla de la venganza privada como un antecedente en cuya realidad espontánea hunden 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 dondequiera 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 de la paz sociales.

Muchas son las leyendas, como las de Teseo sacrificando a los jóvenes centauros por haber injuriado a las princesas unidas a él por vínculos de sangre; o el juramento que hizo Lucio Tarquino Colatino, de dar muerte a su primo Sexto Tarquino con el propio puñal con que Lucrecia se quitó la vida al ser ultrajada por éste; y es importante advertir que todas estas anécdotas no son simples relatos de venganzas que aún pueden ocurrir hoy a espaldas de la ley y de la opinión pública, sino que se refieren como perfectamente legítimas, lo que denota las costumbres y el criterio de la época. Los Hebreos dejaron en el Génesis y el Deuteronomio claras notas de

lo que significaba entre ellos la venganza, como cuando refieren la muerte de Simón y Levi dieron a Siqueem, al padre de éste y a todos los varones que lo acompañaban, por haber ofendido a Diana, hermana de los vengadores; las primeras costumbres y leyes griegas, hasta Decardón que inició la distinción entre delitos privados y públicos, son prolijas en disposiciones que confirman la idea de venganza; las Doce Tablas, durante cuya vigencia el magistrado juzgaba los delitos privados de "injurias" imponiendo una composición o dejando la aplicación talionaria a cargo del ofendido o de sus parientes, admitían como legítima la venganza de la sangre; y en general las legislaciones que usaron el talión y de la composición como remedios que suponen la venganza, son documentos confirmatorios de esta práctica. La vida primitiva de los germanos, pueblo que ha llegado a ser clásico de la venganza solamente porque no es mejor conocida su historia, y en el que reparar la ofensa era un derecho y un deber para el jefe de la familia y para los parientes más próximos, incluyendo la mujer; especie de cultos a los manes que tenía la venganza como una pasión de los dioses de Walhalla, lo mismo que en otro tiempo había sido un placer para los moradores del Olimpo; el Código de Netzahualcodyotl, las costumbres observadas en la Guayanas, entre los circasianos, los árabes, los indios de América del Norte, la vendetta de los corsos y otras muchas supervivencias entre los aborígenes de Australia, los iroqueses, los pueblos del interior del Brasil, nos hablan de un mismo fenómeno histórico; y ¿qué más? todavía en legislaciones relativamente modernas

como la Novísima Recopilación española, se encuentran claras y explícitas disposiciones que tienden a desterrar la venganza privada, vuelta a entronizar por el decaimiento del poder público y el retroceso de las costumbres, originados por las eventualidades de la vida histórica de España.

Las ideas de la divinidad nacieron juntamente con el hombre o al menos nuestras informaciones no alcanzan a separarlos; por eso es posible que se confundan en el conocimiento histórico los impulsos naturales hacia la venganza y la justificación por el hombre atribuyendo iguales pasiones a sus deidades antropomorfas. Pero justamente se ha dicho que Von Liszt generaliza los datos recogidos en el pueblo germano, al afirmar la prelación del concepto del delito de atentado contra la divinidad; y admitiendo que en todas partes encontrara el deseo de venganza explicado por la necesidad de expiación de aras de una divinidad superior, a veces requiere la inteligencia de las cosas abandonar el curso sutil de las lucubraciones, expuestas a tomar direcciones artificiales, volviendo a ver con naturalidad y sencillez las cosas que son sencillas y naturales. La primera base de toda conducta en el hombre es la naturaleza humana; por tanto es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocados por un ataque venido del exterior, respondiendo primero el instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y solo 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 otras cosas mediara muy corto intervalo: "No es el análisis frío de las causas segundas, se ha dicho, sino el dinamismo propulsor de un sentimiento, lo que ha de constituir la base de una filosofía"; y según Carlos Andler, es mérito especial de Nietzsche haber desentrañado este gran hecho de la historia general: "las culturas se explican, en gran parte, por el sentimiento que ilumina u oscurece la vida; y se transforma por la metamorfosis de este mismo sentimiento".

Así pues, los estudiosos del Derecho podemos considerar el impulso de venganza, individual o familiar, como primera respuesta del delito y como germen auténtico de la represión penal; esa venganza se originó por el homicidio o las lesiones y su ejercicio recayó sobre los familiares del ofendido, llevando por lo mismo el nombre de "venganza de la sangre" o "blutrache" entre los primitivos germanos, aunque no pocas veces se generalizó a toda clase de ofensas.

1.1.2 Periodo Teocrático. Los grupos se organizaron teocráticamente y, por razón natural, los directores de estos grupos tomaron en sus manos la represión en nombre de los seres superiores de quienes recibían la autoridad. Se compuso entonces una filosofía que descansaba en el supuesto de que, ofendida la divinidad por el atentado cometido contra el grupo bajo su protección, o contra cualquiera de sus componentes, era

preciso desagrarla por medio de un sacrificio suplicatorio, de un suplicium, generalizándose entonces tal especie de venganza en nombre de sus divinidades ofendidas, como explicación, justificación y fin de las medidas penales.

1.1.3 Concepción política. Poco a poco se va advirtiendo en algunos delitos su carácter de agresión al orden público; se empieza entonces por distinguir estos delitos públicos de los que siguen llamándose delitos privados; y cuando el Estado adquiere plena conciencia de su personalidad política y de su misión, comprende también que todo delito es un ataque a la paz social y al orden, cuyo mantenimiento le están encomendados, y da entonces a la pena un carácter de vindicta pública, conservando el nombre de la "venganza" más por tradición que por correspondencia con su contenido. Era éste un paso más en la fijación de los verdaderos conceptos fundamentales del Derecho Penal, si bien el arraigo antiquísimo y de carácter afectivo que tenía la idea de venganza, mantenía en auge todos los horrores de una penalidad excesiva y cruel, en que la muerte y todas las mutilaciones, los azotes, las marcas y las infamias, eran prodigadas; el lema rector era el de "Salus populi suprema lex esto"; y así, con propósito de agravar aún más la situación de algunos reos por quienes ya se decretaba la pena capital, y causar mayor intimidación, se impusieron tormentos, se confiscaron los bienes del penado y se hizo trascender la provisión de otros derechos a sus hijos y familiares. En el procedimiento, después de la máxima

aberración de las ordalías, persistió el método inquisitivo y secreto; y consecuentes con la despreocupación respecto a los sujetos pasivos de medidas que pretendían imponer el orden por medio del terror, se amplió el arbitrio de los jueces facultándoles para declarar delictuosos los hechos cometidos, aun cuando las leyes no los hubieran previsto o precisado como tales, así como para imponer las penas que juzgaran convenientes, acumulándolas o transformándolas según los casos.

El arbitrio inmoderado suele ser antesala de la arbitrariedad y ésta es siempre la auxiliar más complaciente de los tiranos, por lo que comprende en qué forma se agravaron los abusos de todo género a que se pudo llegar bajo los regímenes autocráticos; y si a esto se agrega la irritante desigualdad entre las clases sociales, que se reflejaba eminentemente en la penalidad, se encontrará un campo demasiado abonado para la hermosa y potente floración que, como justa reacción, inició la reforma y se desbordó luego violentamente en una Revolución cuyas enseñanzas invadieron el mundo entero.

1.1.4 Tendencia humanitaria. El cristianismo había sembrado la semilla de la fraternidad, de la redención y de la enmienda, iniciando la sustitución de las penas corporales por la prisión y legándonos sus primeras experiencias y aun el nombre mismo en materia de tratamientos "penitenciarios"; en Inglaterra habían ganado el campo de la política y de la práctica de las ideas liberales y de autolimitación del poder.

que habían de constituir la fuente más rica para la reforma universal; los jusnaturalistas y los contractualistas destruyeron la idea de absolutismo de los príncipes que habían interrumpido una tradición clásica que impero en la Edad Media y que subordinaba el rey al derecho y el Derecho a la Justicia, según enseña Carlyle; y los filósofos y enciclopedistas multiplicaron las aportaciones par una estructuración jurídica que tomó cuerpo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

A los nombres de Tomás Moro, Campanella, Bacon, Grocio, Hobbes, Spinoza, Helbetius, Holbach, Montesquieu, Voltaire, Wolf y Puffendorf, hay que añadir especialmente en la reforma penal los de Madame Sevigné, Abate Fleury, La Bruyère y otros muchos cuyos pensamientos confluentes formaban una corriente caudalosa en contra de los rigores inhumanos y en pro de la racionalización de los sistemas penales.

John Howard, por su parte, cuyas experiencias y trabajos filantrópicos dieron a la publicidad lo inhumano de los tratamientos carcelarios de la época, contribuyó poderosamente al movimiento unánime contra los errores imperantes y al estudio de los nuevos sistemas. Como efectos prácticos de esta campaña ideológica, ya Leopoldo II de Toscana, José II de Austria y Federico II de Prusia había puesto en práctica diversas reformas; el mismo Luis XVI dictó algunas disposiciones modificando las penas y los sistemas

procesales; se demolieron algunas de las antiguas prisiones antes del ataque y toma de la Bastilla; y quizá la evolución hubiera seguido su curso lento en su tiempo y discontinuo en el espacio, si la Revolución no hubiera venido a imprimirle su aceleración característica y a servir, como gigantesco sistema de propaganda, para difundir las ideas básicas de la reforma por todo el mundo civilizado.

En el terreno de las ideas, ha sido siempre necesario encontrar un hombre de lenguaje sugestivo, elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamientos sin que este recurso pudiera permanecer en la penumbra y en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas, buenos ejemplos de ello son Voltaire, Juan Jacobo Rousseau, Carlos Marx y Enrico Ferri. Por lo que ve a la reforma penal, fue acertadamente designado por el destino y por algunos amigos suyos y compañeros de la revista *Il Caffé*, el joven César Bonesana, marqués de Beccaria. su síntesis admirable vió la luz tímidamente en el año 1764. publicándose anónima y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividades del autor (en Lioma); pronto se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes. En este libro intitulado *Dei delitti e dele pene*, se une 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 innecesarios, se propone la certeza, contra las atrocidades en las penas, suprimiendo los indultos y

las 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; se proclama la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urgen por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración, como ya había sucedido en el Derecho Romano entre los Glosadores o Escuela de bolonia. En su empeño dramático por combatir las crueldades, postulaba también Beccaria la supresión del abuso de la pena de muerte, si bien apoyándose en argumentos artificiales como el supuesto contrato social, haciendo paradójica excepción para los delitos políticos y votando en la práctica, como consejero de José II de Austria, por el mantenimiento de la misma pena en casos de necesidad.

1.1.5 Periodo Científico. Esta cristalización de los sentimientos de humanidad y del esfuerzo racionalizador y sistematizador de la materia penal, abrió el periodo científico en que se han sucedido diversas escuelas o doctrinas, cada una de las cuales va dejando, después de la crítica y de la depuración indispensables, sedimentos valiosos cuyas sumas y combinaciones acabarán por consolidar las verdades que definan con exactitud la naturaleza del problema y ofrezcan las soluciones más adecuadas.

En plan de investigación, hubiera sido preciso empezar observando los hechos ocurridos para inferir después las formas evolutivas de la cultura y del Derecho; pero como exposición simplemente y acaso con fines didácticos, pudimos exponer las etapas sucesivas por que han pasado las ideas penales y ahora presentamos su comprobación en la historia.

1.2 ANTIGUO ORIENTE.

Hace algunas décadas que Pedro Berdiaeff dijo, en comparación poética que la civilización, como la luz, nace en el Oriente y ha venido caminando, a través de Grecia y Roma, hacia el Occidente; hace ya tiempo que pasó el Atlántico y, según el poeta, estaba a punto de cruzar el Pacífico.

Las costumbres y las legislaciones de los primitivos pueblos orientales, según los documentos que para su conocimiento se puede aprovechar, corresponden marcadamente a la organización religiosa y a veces teocrática. No existen códigos en el sentido netamente jurídico que hoy damos a esta palabra y mucho menos clasificación alguna sobre las leyes, que tendiera a separar en ordenamientos propios las disposiciones penales, civiles, etc.; se trata de consejos morales, reglas de vida en sociedad, disposiciones obligatorias, relatos de costumbres, comentarios y apreciaciones sobre ellas, que sólo tienen como dato común y acaso como lazo que integra el

conjunto en una unidad, el de un vivo sentimiento religioso. El rey o sumo sacerdote administra la justicia como encargado de velar por intereses divinos y a veces en ejercicio de una delegación de que al efecto se le considera investido. El delito, es mediata o inmediatamente, una ofensa a los dioses protectores de la comunidad y esto es lo que le da un aspecto importante para el grupo y para la autoridad común; por lo cual la pena es un sacrificio expiatorio para aplacar a la divinidad ofendida y conservar la propicia. Así pasaba en Egipto, según los fragmentos que se conservan de sus libros sagrados; en Israel, cuya legislación se halla en los cinco primeros libros del Antiguo Testamento, conocidos con el nombre del Pentateuco y atribuidos a Moisés, especialmente en el Exodo, el Levítico y el Deuteronomio; en China, cuyas leyes más antiguas se conocen con el nombre de Las Cinco Penas; en Persia, según el Zandavesta, casi perdido en la actualidad y que, como su nombre lo indica, contiene la doctrina de Zoroastro; y en la India, a la que pertenece el Manava-Dharma-Sastra o Código de Manú. Este último se considera por algunos como el Código más perfecto del antiguo Oriente, si bien le afectan, en general, el mismo fondo de incultura correspondiente a su época (un concepto básico de responsabilidad objetiva y su arraigada preocupación por la diferencia de castas), todo lo cual le hace caer con frecuencia en el absurdo, en la injusticia, en la extravagancia y en el ridículo.

Es posible que estas leyes de Manú hayan sido coetáneas de las legislaciones israelita, egipcia, persa y china mencionadas más arriba, y que se hayan transmitido en forma oral o por tradición; pero de no ser así, el Manava-Dharma-Sastra no tiene antigüedad suficiente para justificar el elogio de sus admiradores, pues en tanto que la afirmación corriente lo sitúa en el siglo XI, antes de Cristo, Summer Main hace notar que nada hay más incierto que la época de formación de estas Leyes; "Sir William Johnes le hace remontar al año 1280 antes de Jesucristo; Schlegel, al 1000; Elphinstone, al 900; Monier Williams, alrededor del siglo V; Max Müller, a lo sumo al año 200 antes de Cristo; y hoy se cita la gran autoridad del Dr. Burnell, para quien la fecha original no es anterior al año 400 después de Cristo, y la redacción del libro, tal como lo conocemos, debió aparecer entre los siglos XI y XIV de nuestra Era".

El Código que establece la excepción en esos sistemas orientales, y acaso el más antiguo de los que se conocen, corresponde a Babilonia y se atribuye al Rey Hammurabi; manifiesta una concepción claramente política que había superado las épocas teológicas; distingue con cuidadosa precisión el dolo y la culpa, y regula minuciosamente el talión. Su mayor importancia radica en el derecho de familia y por ello, como por otras consideraciones históricas, se supone que es una compilación de las sabias y antiquísimas reglas de los sumerios, adaptada a su época de acuerdo con los fines de

unificación que animaron todo el gobierno de Hammurabi. Escrito en caracteres cuneiformes sobre una columna de piedra, fue traducido por Hugo Winkler y trasladado al museo de Berlín. Su antigüedad tampoco ha sido fijada con precisión, pues mientras algunos la hacen remontar al siglo XXIII antes de Cristo, Justo Sierra la atribuyó al XXI y Rodolfo Kittel sigue minuciosamente la cronología de los pueblos sumerios, de los akkades, de los amoritas, y termina situando el reinado de Hammurabi entre los años 1955 y 1912 antes de la era cristiana; y últimamente, según Quintano Ripollés, se ha fijado su antigüedad en sólo 1700 años antes de Jesucristo.

De la legislación de Israel, contenida en el Pentateuco, dice el Tratadista español citado: "Constituye la más pura creación positiva del antiguo Oriente, no sólo en la ideas teológicas-filosóficas en que se sientan las bases inconvencionales todavía vigentes, sino en gran parte de lo técnico y temático... En lo temporal las sanciones tuvieron un carácter individualizado, en contraste con lo sacral en que se imponían los pueblos y generaciones, distinción que conviene tener en cuenta para no confundir ambos ordenamientos como tan a la ligera suele hacerse. El dolo y la culpa aparecen suficientemente distinguidos, reservándose para la última, en el homicidio, la institución del asilo... Es mérito incuestionable del antiguo Israel el haber desconocido la institución del tormento en lo procesal. En cambio se ha de computar como deméritos el confusionismo entre las nociones del

delito y pecado, consecuencia del régimen teocrático imperante, así como la dureza de la persecución de los de herejía y de hechicería al Derecho medieval europeo".

1.3 GRECIA.

Lo que solemos conocer como pueblo griego se formaba por un conjunto de grupos más o menos afines, organizados en ciudades como Esparta y Atenas, cuyos legisladores son Licurgo, en la primera; Solón y Dacón en Atenas; Caronda, en Catania; Zaleuco, en Locis, Crotona y Sibaris.

Esparta fue un primer ensayo de organización socialista en el que se orientaba toda la vida o toda la educación hacia el interés del Estado, que es tanto como decir hacia la guerra. De allí aquella deshumanización repugnante en que desaparecían hasta los sentimientos más finos de la maternidad ante la preocupación de saber si se ganaban las batallas; se castigaba como delito la debilidad por los esclavos y el celibato que reduce las fuentes de material humano; en cambio, se aplaudía y estimulaba el robo practicado por adolescentes con habilidad que demostrara sus aptitudes predetorias.

En Atenas se advierte un marcado contraste entre la legislación atrasada y cruel, y el adelanto científico y filosófico que alcanza alturas apenas concebibles para su época. Pero lo importante para el Derecho Penal es advertir que

se inicia allí la distinción entre delito público y delito privado, como primer paso para el conocimiento del verdadero carácter de esta clase de atentados.

1.4 DERECHO ROMANO.

Si de Grecia se ha dicho que marca el confín entre dos mundos, Roma es la fuente más rica de donde brotan las instituciones jurídicas occidentales.

Varios autores han sostenido que el Derecho Penal no alcanzó en Roma el desarrollo que admiramos en el Derecho Civil; Carrara fue uno de ellos y tal vez por eso Ferri se apresuró a sostener lo contrario. Pero si el Derecho Civil llegó a extremos de mayor perfección, el genio jurídico de aquel gran pueblo brilló también en los estudios teóricos, en la legislación y en la práctica penales.

En Roma se encuentra plena confirmación a los estudios de Fustel de Coulanges sobre el origen religioso de la organización y la disciplina familiar, y su trascendencia a la ciudad en que se fundían los grupos primitivos; pero desde muy temprano se atribuyó al pueblo la facultad de juzgar algunos delitos, lo que significaba ya el reconocimiento del carácter político del Derecho Penal.

En la antigua Roma encontramos dos clases de delitos: los delitos públicos que vienen a ser la "crimina publica" cuya

persecución incumbe a la ciudadanía, en donde cuyas penas se imponían en nombre del pueblo, y los que nos interesan en este trabajo de investigación son los delitos privados, estos son llamados "delicta privata".

(2) Estos segundos causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada, pasando por el sistema del talión y por el de la "composición" voluntaria. Cuando finalmente, la ley fijó la cuantía de las composiciones obligatorias, alcanzó su forma pura al sistema de las multas privadas. Por el desarrollo del sistema pretorio, en la época clásica, encontramos con frecuencia que el magistrado fijaba a su arbitrio (ex bono at aequo) el monto de la multa privada.

Estos delitos privados eran actos humanos, contrarios al derecho o a la moral, de consecuencias materiales a veces intencionadas, pero de consecuencias jurídicas no intencionadas, que daban lugar, no sólo a una indemnización, sino también a una multa privada en favor de la víctima, y que únicamente podían perseguirse a petición de ésta. No se trataba necesariamente de actos dolosos; como veremos, entraban también en esta categoría actos meramente culposos.

Poco a poco, al lado de las correspondientes acciones privadas, surgió la intervención discrecional de los magistrados, si opinaban que algunos delitos privados ponían en peligro también el orden público, y en la época clásica, la víctima ya tenía generalmente opción entre dos vías: una persecución privada o una pública. Gradualmente, se impuso la opinión de que los delitos privados eran actos que afectaban la paz pública, por lo que el Estado debía perseguirlos, independientemente de la actitud adoptada por la víctima, y que ésta tenía derecho a una indemnización pero que no era lógico concederle ventajas como son las multas privadas. Actualmente, el proceso de conversión de delitos privados en públicos a concluido.

Entre los antiguos delitos privados debemos de distinguir tres del ius civile y cuatro del ius honorarium.

1.4.1 IUS CIVILE. Los ius civile eran: Robo, Daño en Propiedad Ajena y Lesiones.

1.4.1.1 FURTUM. Etimológicamente, furtum, relacionado con ferre, es llevarse cosas ajenas, sin fundamento en un derecho. Sin embargo, se fue extendiendo el campo de acción de este delito, partiendo del furtum rei, de modo que llegaba a ser todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno, incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa, e incluyendo también el furtum possessionis que encontramos cuando el mismo propietario de una cosa la

retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla (por ejemplo del acreedor prendario). Todo lo anterior queda condensado en la cita de Paulo: *Furtum est: fraudulosa contractatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus, vel eius possessionis*, "el robo es un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso, o su posesión".

Así, el *furtum* llegó a ser una figura muy amplia, de una vaguedad difícilmente compatible con nuestras ideas modernas sobre la tipicidad de los delitos. Cometería *furtum*, inclusive, el que recibiera un pago que no se le debía y no dijera nada.

Este delito contaba con dos elementos: el primero, de carácter objetivo, era el aprovechamiento ilegal (la *contractatio rei*) que venía en lugar de la *amotio rei*, a cuyo último concepto ha regresado el delito moderno de robo y, el segundo, de carácter subjetivo, la intención dolosa, el *animus furandi*.

El *furtum* daba lugar a dos clases de acciones: la primera, la *poenae persecutoria*, por la cual la víctima trataba de obtener una ganancia, la multa privada; la segunda, la *rei persecutoria*, por la cual la víctima trataba de recuperar el objeto robado o de obtener la indemnización correspondiente.

La pena por robo, establecida por las XII Tablas, era severa. En aquella época, el robo tenía rasgos de delito público, coexistentes con diversos rasgos de los delitos privados. En caso de flagrante delito de robo, el ladrón perdía la libertad, si era un ciudadano libre; o la vida, si era un esclavo. En caso de delito no flagrante de robo, el culpable debía pagar a la víctima una multa privada, del doble del valor del objeto. Paralelamente con lo anterior, la víctima podía ejercer una *actio rei persecutoria*.

El derecho clásico, haciendo el robo un delito exclusivamente privado, era más benigno. Debemos de distinguir los siguientes casos:

1. *Furtum manifestum*. En caso de delito flagrante de robo, el ladrón o su dueño debían una multa de cuatro veces mayor que el objeto. Para que un robo fuera considerado como flagrante, era necesario encontrar al ladrón con el objeto, antes de que hubiera llevado el botín al primer lugar de destino.

2. *Furtum nec manifestum*. En caso de delito no flagrante de robo, la multa privada era del doble del valor del objeto.

Alrededor del *furtum*, todavía se desarrollaban las siguientes acciones:

1. Actio furti concepti. En caso de encontrarse un objeto robado en casa de alguien, éste respondía de una multa privada de tres veces el valor del objeto, sin que el propietario del bien robado tuviese que comprobar que el detentador del objeto era el ladrón o un cómplice de éste. Si la persona contra quien se dirigía esta acción era inocente, podía, a su vez, ejercer la acción que sigue.

2. Actio furti oblati. Servía para reclamar una multa privada de tres veces el valor del objeto, a la persona que le había traído a su casa la cosa robada.

3. Actio furti prohibiti. Desde el derecho preclásico, se permitió buscar en casas ajenas un objeto robado.

En tiempos arcaicos se observó para esto un curioso rito, la quaestio lance et licio, que Gayo no describe en términos no muy claros. Parece que la víctima del robo debía entrar desnuda, con un delantal (licium) y un plato (lanx), en la casa donde sospechaba que se encontraba el objeto. Es posible también que licium fuera un cordón. Quizá era una ceremonia mágica (desnudez mágica, cordón con nudos mágicos, un plato con un sacrificio para los dioses domésticos). De todos modos, Gayo opina que se trataba de un "acto ridículo". En su propia época, tales investigaciones ya se hacían con autorización del magistrado y en presencia de funcionarios

publicos, sin ritos pintorescos.

Si se oponía el paterfamilias, en cuya casa se quería buscar, cometía el delito del *furtum prohibitum* y debía pagar una multa privada por cuatro veces el valor del objeto buscado.

4. *Actio furti non exhibitii*. Cuando, a resultas de dicha investigación, se encontraba el objeto y el detentador no quería entregarlo, éste, además de correr el riesgo de un *revindicatio*, debía pagar una multa de cuatro veces el valor del objeto.

El derecho bizantino simplificó este sistema, reduciendo las acciones a la *actio manifesti* y a la *actio furti nec manifesti*, ambas infamantes, y castigando sobre la base del *furtum nec manifestum* a todos los que escondieran, con conocimiento de causa, objetos robados por otros.

Las citadas acciones no sólo correspondían al propietario de la cosa robada, sino a toda persona *cuius interfruit rem non subripi* ("interesada en que el objeto no fuera robado"), como el acreedor prendario, el usufructuario, el arrendatario, etc. Esta situación exponía al ladrón al peligro de tener que pagar a varios interesados diversas multas privadas; situación lamentable para él, pero el derecho clásico no era sentimental, y menos con los ladrones.

Además de estas multas privadas, que se reclamaban mediante las acciones citadas, la víctima podía reivindicar el objeto robado o pedir una indemnización, si el ladrón o sus herederos ya no tenían el objeto en su poder. Si el objeto se encontraba todavía en manos del ladrón o de sus herederos, procedía la reivindicatio o la actio publiciana; en caso contrario, la condictio furtiva por el valor del objeto.

El ladrón no podía alegar que el objeto se hubiera perdido por fuerza mayor, dado que, desde el momento del robo, se había constituido en mora y respondía, por tanto, de todos los riesgos de la cosa.

En cuanto a la responsabilidad de los herederos del ladrón, ésta no se extendía a la multa privada, pero sí a toda ventaja que hubiera obtenido como consecuencia del delito. Por tanto, la actio poenae persecutoria no podía dirigirse contra el heredero de la persona culpable; pero una actio rei persecutoria procedía también en contra de los herederos del delincuente, si el objeto del delito se encontraba todavía en poder de éstos. En caso contrario -si, por ejemplo, la vaca robada había sido llevada al rastro-, los herederos respondían hasta por el importe de su enriquecimiento, por medio de la condictio furtiva.

Sin embargo, si el juicio correspondiente ya había llegado a la litis contestatio, en vida del delincuente, los

herederos respondían de la multa privada y de todo el valor del objeto del delito, independientemente de su enriquecimiento personal, a causa de la "novación necesaria".

Pero, ¿Cuál era el valor del objeto, base al cálculo de la multa privada y de la *condictio furtiva*? El derecho romano admitía el valor más elevado que el objeto había tenido entre el momento del robo y el ejercicio de la acción. Así, el ladrón que roba a un esclavo joven y a quien se descubre después de veinte años, debe pagar, como multa privada, el doble del valor del esclavo, que entre tanto se ha convertido en un hombre mayor y fuerte.

Por esta manera de calcular, y además por la acumulación de la acción *poenae persecutoria* a la *rei persecutoria* y teniendo en cuenta la circunstancia de que la multa privada podía reclamarse a cada uno de los coautores del robo, pudiéndose obtener por tanto multas de varios coautores, se nota que podía ser muy ventajoso sufrir un robo, siempre que se lograra localizar a los responsables y estos fueran solventes.

1.4.1.2. *DAMNUM INIURIA DATUM*. Esta materia fue reglamentada en un plebiscito de 286 a. de J.C., la *Lex Aquilia*. Esta vino a sustituir, como una reglamentación general las diversas reglas para determinados casos del daño en propiedad ajena que encontramos dispersas en las XII Tablas: la

actio de pauperie, para daño causado por un cuadrúpedo, si el comportamiento del animal había sido contra naturam, o sea, contrario a la manera normal de comportarse el animal; la actio de pastu pecoris, para el daño causado por el ganado de uno en el predio de otro; actio de arboribus succisis, para el caso de la tala de árboles ajenos; y la actio de aedibus incensis, en caso de que se causara el incendio de una casa ajena.

La Lex Aquilia se componía de tres capítulos. El primero trataba de la muerte dada a esclavos o animales ajenos; el segundo, del fraude cometido por el adstipulator que perdonaba la deuda del sujeto pasivo de la obligación correal, una materia ajena a nuestro tema presente; y el tercero, del daño causado en propiedades ajenas, con consecuencias distintas a las previstas por el primer capítulo.

En los casos referentes al primero, la indemnización era el valor más alto que el esclavo o el animal hubieran tenido en el último año, lo cual podía ser superior al daño sufrido. La indemnización fijada para casos del tercer capítulo era el valor más alto en los últimos treinta días. También, en este caso, la indemnización podía exceder considerablemente el daño sufrido, ya que, aun habiéndose causado un daño parcial, parece que se debía una indemnización por el valor total del objeto, sin que los textos mencionen que el culpable podía reclamar, cuando menos, los restos del objeto dañado.

Para el cálculo del daño, se tenía en cuenta no sólo el valor comercial general, sino también las circunstancias especiales del caso, como el hecho de que la muerte de un esclavo podía dejar incompleta la orquesta privada del señor.

Así todo quod interest entra en el cálculo del daño, pero sin incluir consideraciones puramente sentimentales, como el hecho de que el perro accidentado fuese el animal predilecto de la señora de la casa.

Posteriormente a la recepción, la jurisprudencia alemana comprendió en la indemnización aquiliana también una suma "por el dolor físico y por deformaciones corporales". Sin embargo, los juristas trataron primero de fundar tales indemnizaciones en consideraciones pecuniarias, como "por esta deformación, esta mujer necesita una dote superior para poder encontrar marido...", a lo cual los autores inconformes con esta innovación revolucionaria contestaban que, desde luego, non forma, sed virtute sibi maritum quarere debet (la mujer debe buscarse a un marido, no con ayuda de su belleza, sino por medio de su virtud). De todos modos, a fines del siglo XVIII, ya existía una communis opinio de que el dolor y las deformaciones merecen una indemnización, independientemente de todo perjuicio patrimonial.

A mediados de este siglo, se nota la tendencia de añadir, a las indemnizaciones por el daño material y el dolor

físico, otra indemnización por el daño psíquico.

Para completar el perfil de la aplicación de la Lex Aquilia, debemos añadir todavía que se refiere únicamente al *damnum injuria datum*, es decir, el daño causado en forma antijurídica. Por tanto, la defensa legítima (siempre que en ella se haya observado la *moderatio*) y el consentimiento de la víctima, colocan fuera del alcance de la Lex Aquilia el daño causado.

El campo original de este *damnum injuria datum* se extiende poco a poco, por influencia del pretor.

a) En primer lugar, mientras que el antiguo derecho exigía la comisión de un acto positivo para que procediera la *actio legis Aquiliae*, el derecho clásico extendía esta acción aun a casos de omisión (como cuando alguien mataba de hambre a un esclavo ajeno que se hallaba a su cuidado).

b) Mientras que el antiguo derecho exigía un acto doloso para la existencia de este delito, el pretor admitía ya en tiempos preclásicos que incluso los casos meramente culposos, frutos de imprudencia o impericia, se sancionaban mediante la *actio legis Aquiliae*.

En cuanto a la culpa, para la Lex Aquilia bastaba la culpa *levissima in abstracto*. Observemos, empero, que no se

concedía la *actio legis Aquiliae* contra la persona que hubiera causado un daño en propiedad ajena en un intento de salvar la vida o de evitar un daño propio muy superior al causado; sin embargo, si una persona había llegado por propia culpa a una situación difícil, respondía plenamente del daño causado en sus tentativas de salvarle o de salvar sus bienes.

c) El pretor extendía el objeto de la acción desde los meros daños hasta los "daños y perjuicios", es decir, incluyendo el beneficio perdido (*lacrum cessans*).

d) Mientras que el derecho antiguo exigía un *damnum corpore datum*, con efecto físico del culpable sobre su víctima, el derecho clásico admite también una acción por *damnum iniuria datum* contra la persona que causara la muerte de un esclavo ajeno, asustándolo, sin tocarlo.

e) Si el antiguo derecho exigía un daño físico en una propiedad ajena (*damnum corpori datum*), el pretor incluía en el *damnum iniuria datum* también diversos casos en que no hubiera un daño material en objetos de propiedad de la víctima.

Por esta extensión al daño *nec corpori datum*, la persona que corta el cable que sujeta un barco al muelle, no sólo responde del valor del cable, sino también del valor del barco (ya que éste lo perdía la víctima, aún sin haber un verdadero *damnum corpori*).

En estos casos, no hay daño en un objeto, sino sólo en un patrimonio (aunque siempre a través de incidentes relacionados con los objetos que al mismo pertenecían). En los citados supuestos, el pretor admitía una *actio in factum*, ligada al principio alquiliano. Este grupo de casos de *damnum nec corpori* ha sido el punto de partida de un desarrollo que ocurrió, sobre todo, en el derecho romano de la época de la recepción y en el *Usus modernus Pandectarum*. Finalmente, surgió así el principio de la responsabilidad por daños directamente patrimoniales. En aquellas fases de la evolución romanista, se comienza a aplicar el principio aquiliano a la pérdida de la clientela, por difamación dolosa, el daño causado por imprudencia de un funcionario público en relación con el otorgamiento de una hipoteca, al daño causado por la indiscreción de un secretario o por la "impericia" de los abogados, hasta llegar finalmente a la regla general de que *damna sunt praestanda* (los daños deben ser indemnizados).

Esta enorme extensión del principio aquiliano ha hecho surgir otro problema: ¿hasta dónde debemos permitir una relación causal entre un hecho culpable o doloso y un resultado perjudicial? Por error de un porteador, llega a Lisboa un paquete destinado a Londres, y se pierde en el gran terremoto de 1755. ¿Procede entonces la reclamación aquiliana?

Este problema de la limitación de la causalidad se presenta también en materia penal, donde es importante el

principio: "la calificación de un delito nunca se agrava con un hecho posterior". Por ejemplo, si una herida que originalmente no era mortal, degenera por causas externas o por descuido del paciente o de su médico, no debemos fundar el castigo en el posterior carácter de la herida, sino sólo en su gravedad original.

En prudente labor, los tribunales de cada país buscan la delimitación actualmente aconsejable esta causalidad aquiliana.

La actio legis Aquiliae era sólo poenae persecutoria. A su lado no se permitía, por ejemplo, una actio rei persecutoria en contra del comodatario que hubiere destrozado el objeto del comodato. Esta última acción sería superflua: la víctima podía obtener suficientes ventajas por medio de la actio poenae persecutoria. Ya hemos visto que la indemnización legal podía exceder del importe del daño; y además, si el culpable negaba haber causado el daño y perdía el proceso, su mala fe se castigaba con una condena al doble de la indemnización legal.

Esta acción por daños y perjuicios no sólo correspondía al propietario del objeto en cuestión, sino a toda una serie de interesados (poseedor de buena fe, acreedor prendario, usufructuario, enfiteuta, etc.), sin que el Corpus iuris nos presente una regla general para el reparto de la multa privada, en el caso de concurrir varios intereses. De todos modos, la

suma de las indemnizaciones debidas a los diversos interesados no debía exceder del daño aquiliano que el culpable hubiera debido pagar al propietario del objeto dañado.

Un interesado sin legitimación activa al respecto, era el que tuviera solo un derecho personal en relación con el objeto en cuestión.

Desde la base clásica se extendió considerablemente el campo de los crimina extraordinaria, que cubren también varios casos ya comprendidos en el *damnum injuria datum*, siempre y cuando se encuentre en ellos un elemento del dolo. Paralelamente a la acción penal pública, subsistía entonces la *actio legis Aquiliae*. A/n en la actualidad, el "daño en propiedad ajena" es una figura repartida entre los códigos civil y penal.

1.4.1.3 INJURIA O LESIONES. Injuria era, originalmente, un término general para designar todo acto contrario al derecho, pero se utilizó, desde medio milenio antes de Jesucristo, para el caso especial de lesiones causadas a una persona libre o un esclavo ajeno.

En el derecho preclásico, la injuria consistía en lesiones físicas; y la ley de las XII Tablas fijaba la pena del talión para el caso de que le fuera cortado un miembro del cuerpo de la víctima, permitiendo a las partes la "composición

voluntaria. Para el caso de fractura de un hueso, se fijaba una "composición" obligatoria de trescientos ases, si la víctima era libre; y ciento cincuenta ases, si se trataba de un esclavo. Reclamaciones por lesiones menores se liquidaban mediante el pago de una multa privada de veinticinco ases.

A fines de la república, estas cantidades fijas ya no bastaban. Pues también en Roma el dinero perdía parte de su valor adquisitivo con el transcurso del tiempo.

A consecuencia de la rigidez de este antiguo sistema y la cuantía inadecuada de las indemnizaciones, el pretor comenzó a fijar éstas, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y la calidad de las personas, como, en general, todas las circunstancias del caso.

Aquí se nota de nuevo el contraste entre la tendencia del derecho antiguo a la sencillez y rapidez en la administración de la justicia, por un lado, y el afán del derecho clásico, por otro de individualizar, de ajustar las sentencias a las circunstancias concretas especiales.

Además, el pretor extendió el concepto de injuria a lesiones morales (difamación; el hecho de dirigirse al fiador antes de comunicarse con el deudor para el cobro de un crédito; versos satíricos, etc.). En todos estos casos la víctima podía ejercer la infamante *actio iniuriarum aestimatoria*. Como se

trataba de proteger el prestigio personal, la legitimación activa correspondía exclusivamente a la persona insultada, no a los herederos.

La jurisprudencia surgida alrededor de la injuria exploró la zona fronteriza entre moral y derecho, y la actio iniuriarum se fue extendiendo, cada vez más, a actos contrarios a la decencia normal que debemos observar que debemos observar en nuestro trato social con otras personas.

En tiempos de Sila, una Lex Cornelia había otorgado a la víctima de lesiones físicas, de violación del hogar y de difamación, una opción entre la citada acción y el procedimiento previsto para delitos públicos; y, en tiempos de Justiniano, toda la materia de la injuria sale del campo de los delitos privados para entrar en el de los delitos públicos. Esto es sólo una ilustración especial de la ley general, según la cual los delitos privados se transforman gradualmente en delitos públicos, a causa de la perturbación general y el sentimiento de inseguridad que suelen acompañarlos.

1.4.2 DELITOS PRIVADOS DEL DERECHO HONORARIO. El pretor intervenía a menudo en los delitos privados del ius civile, ampliando su alcance; pero también creó unos delitos distintos de los ya tratados. Los cuatro siguientes son de especial interés:

1.4.2.1 RAPINA. Por la inserción de un infamante *actio vi bonorum raptorum* en su edicto anual, el pretor Lúculo sancionó en 76 a. de J. C., la rapiña, con una multa privada de cuatro veces el valor del objeto, en caso de intentarse la acción dentro de un año; y de una vez el valor del objeto, en caso de proceder después de un año. Era una gran mejora, muy necesaria en aquellos cáóticos años de perpetuas guerras civiles. Antes del año 76 a. de J. C., aunque el robo acompañado de violencia era en realidad más reprobable que el mero *furtum*, se castigaba casi siempre como *furtum nec manifestum*, ya que, en caso de rapiña, era prácticamente imposible aprehender al ladrón antes de que escondiera el botín.

La *actio vi bonorum raptorum* era puramente *poenae persecutoria*, hasta que Justiniano dispuso que una cuarta parte de la sanción debía considerarse como indemnización, y tres cuartas partes, como multa privada. Desde entonces, por tanto, la citada acción es mixta, ya que sirve para dos fines: para dar a la víctima una indemnización y también una multa privada.

1.4.2.2 INTIMIDACION. En la misma época el pretor Octavio sancionó la intimidación, concediendo una *in integrum restitutio*, por lo cual la víctima podía reclamar la devolución de lo que hubiera entregado por miedo, y una *exceptio quod metus causa*, que procedía en el caso de que el culpable reclamase a la víctima el cumplimiento de alguna

prestación, prometida bajo influencia del miedo: entonces la víctima podía oponer con éxito esta excepción a la acción del culpable. Además de estos remedios estaba también a disposición de la víctima de la acción quod metus causa, de carácter penal, por cuatro veces el valor del daño sufrido en caso de ejercerse dentro de un año. Después, su objeto se reducía al simple valor de la cosa arrancada por intimidación.

Esta acción podía intentarse contra cualquier causahabiente del culpable, aun contra el adquirente de buena fe. Sorprende que éste fuese tratado con mayor severidad que el adquirente de buena fe. de algún objeto robado (ya que éste, mediante la conditio furtiva, sólo respondía del simple valor del objeto).

1.4.2.3 DOLOR. Siendo pretor Aquilio Galo, amigo de Cicerón, introdujo la acción doli mali. Esta acción, completada por la excepción correspondiente, era infamante (es decir, sometía al condenado a un "boicot" oficial y social), arbitraria (la condena sólo tenía efectos, si el demandante no reparaba el daño por las buenas) y subsidiaria (sólo procedía cuando la víctima no tenía a su disposición ningún otro remedio: si alia actio non sit). Así, en caso de intentarse la acción commodati, la in integrum restitutio, algún interdicto, etc., el interesado no podía utilizar la acción doli. Esta particularidad de la acción doli nos es muy útil; cada vez que encontramos esta acción en las fuentes, sabemos que en ese caso

concreto no hubo otra acción posible, lo que ayuda en el trabajo de investigación que realizan los romanistas.

Lo que se reclamaba por medio de esta acción era el daño sufrido por la víctima. Sin embargo, después de un año, y también en contra de los herederos del culpable, el objeto tenía por límite el enriquecimiento obtenido del dolo. En caso de dolo recíproco, la *actio doli* o *exceptio doli* no procedían a favor de ninguna de las partes, principio que se manifiesta en conocidas máximas, como *in pari turpitudine melior est conditio possidentis* ("en igualdad de circunstancias, el poseedor merece la preferencia").

1.4.2.4 FRAUS CREDITORUM. Mediante una *actio Pauliana*, de carácter recisorio, se protegía al acreedor contra el peligro de que su deudor realizara negocios perjudiciales, que aumentarían o provocarían su insolvencia. Dentro de un año, los acreedores podían, en tal caso, pedir la anulación de los negocios aludidos. Si éstos eran onerosos, el acreedor tenía que probar la mala fe del tercero con quien el deudor hubiera contratado. Si eran gratuitos, tales negocios podían anularse, aun cuando el beneficiario hubiera aceptado de buena fe; recuérdese que, en igualdad de circunstancias, el derecho da preferencia al que trate de evitar una pérdida, antes que a la persona que trate de conservar un beneficio gratuito. Sin embargo, en este último caso, el beneficiario original que por la rescisión perdía una ventaja, no respondía sino por el valor

de su enriquecimiento, que podía ser mucho menor que el valor del beneficio originalmente obtenido.

En la versión justiniana de la *actio Pauliana*, se anunciaba ya en la *Lex Aelia Sentia*. Además, ya encontramos su idea general en el *interdictum fraudulentum* y en un caso especial de la *restitutio in integrum*. En todos estos casos, así como en la *actio Pauliana*, no era solo el deudor quien tenía la legitimación pasiva, sino también, y sobre todo, el tercero con el cual este deudor hubiera contratado.

El carácter viciado del negocio jurídico celebrado por el deudor con el adquirente no repercutía sobre ulteriores adquirentes que, a su vez, hubieran derivado su derecho de este tercero, siempre que fueran de buena fe. Sus derechos quedaban entonces fuera del alcance de la *actio Pauliana*. Dicha *actio* procedía únicamente cuando el deudor se empobrecía; no, si se resistía a enriquecerse (cuando se negaba a aceptar una herencia, sólo para irritar a sus acreedores). El derecho moderno adopta, a este respecto, otra actitud a causa de nuestro sistema actual de la adquisición de una herencia.

Esta figura del *fraus creditorum* suele tratarse como uno de los delitos privados, ya que el *Corpus iuris* la considera así, fijando a este respecto la tradición romanística. Sin embargo, la *actio Pauliana* no era infamante ni daba lugar a una multa privada, por lo cual es dudosa su

clasificación como "delito privado". Se trataba, más bien, de una acción recisoria de índole civil, que teóricamente, podía proceder aun en casos en que tanto el deudor como un tercero hubieran obrado de buena fe. Probablemente, el hecho, comprobado estadísticamente, de que la acción Pauliana se utilizará casi siempre para corregir situaciones originadas por la mala fe del deudor y de algún tercer, explica la circunstancia de que, entre los delitos privados, figurase la situación a que se aplicaba esta acción con el poco agradable nombre de *fraus creditorum*. Este sobrevive en el título respectivo del actual Código Civil.

1.5 DERECHO GERMANICO.

(3)

Los pueblos germánicos invadieron el continente europeo en un estado primitivo de cultura en que se manifiesta con perfecta claridad el carácter religioso de la organización y el hábito aún de la venganza. Según las noticias de Tácito existía el poder punitivo dentro de la familia o *sippe*; quien atacaba desde fuera a uno de los miembros de la *sippe*, daba a toda la estirpe ofendida el derecho, y a la vez la obligación, de la venganza, entablándose la lucha entre las familias; y cuando los delitos afectaban a la comunidad de familias, como en la traición o en la deserción, el responsable perdía la paz o era

(3) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, Sa. Edición. p.p. 24-30.

puesto fuera de la Ley, quedando sujeto a la pena pública.

Contra las luchas de familias existía la posibilidad de una composición económica; pero el temperamento germánico y la consideración de que era poco digno "llevar a los hijos muertos en la bolsa", según expresión de Forsthein, hacía poco frecuentado este recurso, hasta que los jueces intervinieron para imponerlo, y desde entonces los pagos que debía hacer el delincuente a fin de readquirir la tranquilidad, se dividieron como sigue: la wehrgeld o mmanngeld, que era el valor del hombre, según su rango en la organización guerrera y que se pagaba como indemnización a los familiares de los ofendidos, en caso de homicidio; la friedegeld, cubierta al Estado por su intervención; y la busse, como indemnización moral, o acaso como pago único a los ofendidos por delitos menores.

En las leyes barbarorum, que recogieron las costumbres de los cuerpos germánicos primitivos, se consignan los procedimientos acusatorios y las ordalias que tan completo y extendido uso tuvieron varios siglos después, cuando las luchas de los señores feudales y el debilitamiento o la inexistencia de un poder unitario del Estado trajeron el retroceso del Derecho y el auge de las primitivas costumbres siendo curioso advertir que el "Juicio de Dios" existía ya entre los sumerios, más de 200 años antes de Cristo.

1.6 DERECHO CANONICO.

Las ideas del cristianismo tenían que ser factores revolucionarios en el campo penal, como lo fueron en todos los órdenes de la civilización. Sus conceptos de igualdad, de caridad, de fraternidad, de redención y enmienda enfocaron de manera distinta el problema de la delincuencia, fecundando las ideas sobre la regeneración o reforma moral de los delincuentes, individualización, culpabilidad, atención a la personalidad del responsable, humanización de las penas y aun tratamientos penitenciarios. Combatiendo la venganza privada, ya San Pablo, colocaba la espada de la justicia en manos de la autoridad y en los siglos X y XI, al derrunbarse el imperio de Carlomagno y sobrevenir un estado de guerra constante y generalizado, más grave por los duelos personales y las luchas intestinas entre los señores feudales, que los reyes eran incapaces de contener, la Iglesia intentó en diversos concilios que se adoptara la paz permanente o "Paz de Dios", sin conseguirlo. Circunstancias favorables y el haber cambiado la proposición por la de meras treguas temporales (desde el Adviento hasta la Epifanía, durante las Téporas, en las grandes festividades, y en todas las semanas, de lunes a miércoles inclusive), hicieron que se lograra una reducción considerable en aquella vida de continua violencia. También se aceptó que hubiera paz perpetua o "paces territoriales" en los templos, claustros, cementerios, molinos, interior de ciudades y en algunos caminos importantes.

Por la unión entre la Iglesia y el Estado, los Concilios, a partir del de Nicea (año 325), fueron entonces asambleas legislativas eclesiástico-políticas que mucho impulsaron la evolución del Derecho y la formación de un espíritu imbuido en los principios cristianos: en el canon 40. del Concilio de Tarragona y en el 17 del III Concilio de Toledo, se prohibió a los sacerdotes que fueran jueces en causas criminales, si antes no hacían promesa de indulgencia para la pena capital; y en el canon 6 del Concilio XI de Toledo, se prohibió también a los sacerdotes la pena de mutilaciones. Los concilios de Orange, I de Orleans y VI de Toledo, revivieron la institución del asilo, tomada de antecedentes romanos. En diversos cánones, como el 9 del Concilio XI de Toledo, se establece la remisión condicional de las penas, buscando la corrección de los penados. Se reglamenta el indulto (Concilios V a XII de Toledo) y se propugnan otras reformas de indiscutible carácter progresivo.

El primer cuerpo del Derecho Canónico General es el Corpus Iuris Canonici que comprendía Decretum Gratiani, las decretales de los siglos XII y XIII, el liber sextus y la Clementinae de 1313.

Sin embargo, por la misma unión, fueron reconocidos como delitos o atentados contra el orden público algunas infracciones de carácter religioso y otras contra la moral, casos que se juzgaban por tribunales eclesiásticos, reservando

al estado la imposición de las penas.

Sobre todas estas cuestiones o influencias religiosas, el juicio difícilmente se sustrae a la pasión, de suerte que, mientras algunos sobreestiman el beneficio de las aportaciones canónicas, disimulando errores y prácticas que no lograron rebasar el marco de la época, otros les desconocen todo mérito y exageran sus defectos o les atribuyen los ajenos.

1.7 REVOLUCION FRANCESA.

Fundidas en el crisol de la Edad Media las ideas del Derecho Romano, del cristianismo y de los pueblos germánicos, formaron un espíritu que se manifestó en las tendencias combinadas de justicia y utilidad que informaron la primera escuela sistematizada del Derecho Penal. Los glosadores que en las universidades italianas quisieron comentar el Derecho Romano, en realidad creaban un Derecho nuevo como floración de un alma que no podía ser ya netamente renacentista; los post-glosadores desarrollaban esas nuevas concepciones; y la corriente humanista reveló, aún en los Voltaire o los Marat, los sentimientos de hermandad y de caridad con que se habían vitalizado la fría crueldad de la vindicta y del utilitarismo escueto.

La Revolución Francesa, entonces dió el impulso de aceleración más gigantesco a la difusión del liberalismo y las

ideas penales de Beccaria; y si el Código de Toscana de 1796, el Josefino de Austria de 1787 y los Proyectos de Federico II y Catalina la Grande se inspira ya en ese iluminismo humanitario y legalista, de la misma tendencia se tiene más clara cristalización en las leyes promulgadas por la Revolución Francesa en 1791, reformadas luego por el Código Napoleón en 1810, Código este último que influyó en todas las legislaciones europeas del siglo XIX.

En el terreno doctrinal se siguieron elaborando los conceptos y mientras la lucha entablada por el positivismo estancó el progreso jurídico en algunos países, los juristas alemanes, que no sucumbieron a la confusión, elaborando la teoría del delito que hoy es básica de estos estudios.

1.8 DERECHO PENAL ESPAÑOL.

En España, como en todas las partes del mundo, tienen poco o ningún interés las costumbres de los aborígenes para quien sólo busca los antecedentes de las instituciones modernas; su rudeza y falta de elaboración racional, las hace desaparecer por completo. El estudio principalmente de los iberos, con su propensión a la guerra, a la crueldad, al bandolerismo, y su específico carácter que les hacía "pródigos de la propia vida", según los relatos de Estrabón, Tácito, Macrobio, Diodoro Sículo, Plinio y otros, se ha dicho que acaso tenga más bien un interés criminológico, máxime para

nosotros si consideramos que tales factores raciales se sumaron a los caracteres de nuestros mexicanos aborígenes. Los celtas, pese a su origen ario y a su carácter alegre, comunicativo y afectos a los placeres, no aportaron ningún alivio real, y menos legal, a la criminalidad ibérica.

Posiblemente las primeras reglamentaciones jurídicas se deban a los fenicios, a los cartagineses y a los griegos, por su comercio y sus establecimientos temporales en el sur del territorio.

Pero cuando propiamente se inició la vida jurídica del pueblo español fue al entrar en obligado contacto con los romanos, quienes cuando al principio respetaron las costumbres locales, pronto predominaron por la incomparable superioridad de sus leyes, hasta ser único el sistema en la Provincia e idéntico al de la Metrópoli, si se hace la debida excepción de algunas disposiciones especiales dictadas para e. c. c. El acuerdo de Caracalla otorgando a la ciudadanía a todos los habitantes de las colonias, aceleró esa incorporación al sistema romano.

De los pueblos germanos, los visigodos, que se establecieron en la Península, siguieron al principio el mismo sistema respetando las leyes personales de los hispano-romanos, que consistían principalmente en los Códigos Gregorianos, Hermogeniano, Teodosiano y las Novelas, en tanto ellos se

regían por sus propias leyes o costumbres. Alarico II hizo compilar aquellas leyes romanas, en el año 506, compilación que llevó los nombres de Lex Romana Visigotorum, código de Alarico o Brevario de Aniano. Las leyes visigodas, en cambio, formaron el Código de Eurico o de Tolosa, reformado después por Leovigildo y luego por Recaredo.

Pero la unidad de territorio, de aspiraciones, de religión a partir del tiempo de Recaredo, y la competencia de los pueblos principalmente desde que se abrogaron las disposiciones que prohibían el matrimonio entre los visigodos y los hispano-romanos, llevaron a la misma necesidad de unificación legislativa, para cuya satisfacción se produjo el Fuero Juzgo, en el siglo VII, Código elaborado principalmente en los Concilios bajo la inspiración Romana y Católica y con muy pequeñas contribuciones germánicas; reconocido unánimemente como obra monumental y solamente despreciado por Montesquieu, quien desahogó su espíritu antigermánico en el capítulo I del libro XXVIII de su famosa obra sobre el Espíritu de las Leyes, diciendo que "Les lois de Wisigoths, celles de n'atteignent point de but; pleines de réthorique et vides de sens, frivoles dans le fond et gigantesques dans l'style."

En los libros de ese Código que se refieren al Derecho Penal, éste asume un carácter público, y la pena, que se aplica sólo al responsable del delito y en atención a su culpabilidad, propende a la prevención general por la intimidación.

La invasión árabe y los inmediatos esfuerzos por la reconquista, produjeron una división en múltiples legislaciones o "fueros". La dificultad de comunicaciones o semiaislamientos de cada región, que requería un gobierno propio; el deseo de atraer población a los municipios semiabandonados y un propósito de premio, de reconocimiento de autoridad o de estímulo a los señores que con sus propios recursos organizaban la defensa de una parte del territorio, produjeron desde el siglo VII al XI la multiplicación de fueros para provincias como las de León, Castilla, Cataluña, Aragón o Navarra; fueros municipales y fueros nobiliarios, como el llamado "de los fijosdalgo".

Todas estas leyes precipitadas, espontáneas e hijas de las circunstancias, representaron un enorme retroceso para cuya explicación se ha mencionado el renacimiento de las costumbres germánicas, o bien una causal más compleja, que habla de la evolución paralela del idioma y el derecho, en que el latín vulgar, llevado por las legiones romanas, se corrompe con el antiguo ibero, el hebreo, el goda, el árabe, etc.

Consumada la unión entre las provincias de León y de Castilla, Fernando III pensó en la reconstrucción jurídica, poniendo a cargo de su hijo Alfonso X, El Sabio, la tarea de unificación legislativa. Varios fueron los intentos realizados: primero, en el Fuero Real; luego siguiendo el ejemplo de moda, en el Espéculum, del que se ha perdido la mayor parte, que no

llegó a estar en vigor y cuya oscuridad era tal que requirió de inmediato la expedición de aclaraciones o reglas de aplicación bajo el nombre de Leyes de Estilo; y por fin, en el siglo XIII y a cargo, según se cree, de Jácome Ruiz, del maestro Roldán y el Obispo Fernando Martínez, se produjeron Las Siete Partidas en que de nuevo, y ahora en forma absoluta, se excluyó toda influencia germánica y se aceptaron sólo inspiraciones romana y canónica.

Era este último un código demasiado avanzado para la época, por lo que no fue posible lograr su vigencia real contra el arraigo que tenía los privilegios y las costumbres.

Sin embargo, por lo que se refiere a la materia penal el decir que alcanzó gran adelanto debe tomarse con reservas, pues aún se permitía el procesamiento de los muertos, se admitía la composición y entre los medios de prueba seguían figurando los desafíos y el tormento.

El hecho de que la pluralidad de esos intentos de unificación llevaban al mismo vicio que se quería evitar, por cuanto no se sabía ya qué era lo vigente ni la forma en que tantos ordenamientos habían de coordinarse; para remediar este mal se inició un trabajo de recopilación, empezando por expedir el Ordenamiento de Alcalá (siglo XI), en que se contenían disposiciones relativas a la prelación de unos códigos sobre otros; después las Ordenanzas de Montalvo, recopilación que,

revisada, constituyó las llamadas Tablas de Toro; en seguida la Nueva Recopilación y, por fin, la Novísima Recopilación.

Era ya tiempo de pensar en la codificación separada de cada materia; con este fin y a partir de 1770 empezaron a reunirse los materiales para un código penal; pero las fermentaciones y luchas del momento demoraron el trabajo hasta 1822, en que se promulgó el primer Código Penal que, después de una parte general, consagraba todavía la caduca división entre "delitos contra la Sociedad" y "delitos contra los particulares".

En el año siguiente al de su expedición cayó en desuso por los nuevos movimientos revolucionarios.

Nuevas comisiones nombradas y nuevos proyectos formulados, hasta el 19 de Marzo de 1843 en que se aprobó el Código inspirado por Pacheco, tomando por modelo el Código de Brasil, de 1830; esta nueva legislación, después de algunas reformas, volvió a editarse en 1850, compuesta de una "parte general", un libro sobre delitos y otro sobre faltas.

En 1869 se expidió una ley fijando las bases para organizar el sistema penitenciario; se habían hecho estudios y revisiones al Código en vigor; y como en ese año se publicaba la nueva Constitución Política, en el siguiente, 1870, se puso en vigor también, aunque con carácter "provisional", un nuevo

Código Penal que luego rigió durante 58 años consecutivos.

Era este Cuerpo de Leyes una total realización de los postulados de la Escuela Clásica y, por tanto, sería ocioso detallar sus características.

Gobernado el País por la dictadura de Miguel Primo de Rivera, el ansia de renovación o de reformas y quizá la estructura misma del Gobierno se manifestaron, en materia penal, por la expedición de un nuevo Código (8 de Septiembre de 1928) que, no pudiendo cristalizar los principios de la Escuela Positiva por incristalizables jurídicamente y por hallarse muertos, a la sazón, en todo el continente europeo, postulaba sólo una tendencia conciliatoria en que campeaban la ampliación del arbitrio judicial, dulcificación de las penas, condena condicional, facilidades de pago de multas mediante plazos y descuentos sobre los ingresos, supresión de escalas graduales para la imposición de las penas, simplificación relativa de las reglas para estimación de atenuantes y agravantes, uso de mayor número de medidas de seguridad, incluyendo entre ellas la suspensión y disolución de sociedades, y reducción de algunos delitos mínimos sobre lesiones, robo, estafa y daños, a la categoría de faltas.

El mismo Código establecía nuevos tipos de delitos, como el de usura y el contagio sexual, determinadas huelgas abusivas y atentados contra la libertad de trabajo,

reglamentando la responsabilidad de gerentes y consejeros en las instituciones de crédito, rasgos que los hicieron inaceptable por el nuevo régimen sobrevenido poco tiempo después.

Establecida la República el 14 de Abril de 1931, se eliminó el Código de la Dictadura y, sin tiempo para una nueva elaboración, se restableció desde luego la vigencia del anterior, de 1870; pero el 8 de Septiembre de 1932 se aprobaron 32 bases para la reforma del viejo Ordenamiento, conforme a las cuales se publicó la nueva Ley que debería regir desde el 10. de Noviembre de 1932.

CAPITULO II

2. ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL EN MEXICO.

- 2.1 Importancia del Derecho Penal.
- 2.2 El Derecho Precortesiano.
- 2.3 El pueblo Maya.
- 2.4 El Derecho Penal en el pueblo Tarasco.
- 2.5 El Derecho Penal entre los Aztecas.
- 2.6 Primeros Tiempos (Conquista).
- 2.7 Epoca Colonial.
- 2.8 Independencia.
- 2.9 Código de 1870.
- 2.10 Proyecto de Reforma.
- 2.11 Código de 1929.
- 2.12 Código de 1931.

2.1 IMPORTANCIA DEL DERECHO PENAL.

(4)

La historia en general, es la narración ordenada y sistemática de hechos importantes que han influido en el desarrollo de la civilización de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disciplina, podemos decir que la Historia del Derecho Penal, es también la narración sistemática de las ideas que han determinado la evolución y Desarrollo del Derecho represivo.

La Historia del Derecho Penal no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y utilidad, sino por el beneficio que reporta, para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración. Es importante tener una idea, así sea somera, de la evolución, a lo largo del tiempo, de las instituciones y los conceptos, a fin de poseer una visión clara de tales cuestiones y aprovechar así las experiencias pasadas para la solución de los problemas del presente. Conviene, sin embargo, cuidarse para no incurrir en el error de querer aplicar a nuestro medio tan sui generis, las doctrinas que han germinado en suelos diversos. A veces por el deseo de demostrar conocimientos sobre situaciones extrañas,

(4) CASTELLANOS, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL, Ed. Porrúa, S.A. 21a. Edición. p.p. 39-43.

sin una minuciosa adaptación, transplantarlas a nuestra patria.

De enorme interés es el estudio del Derecho Penal en los diversos países, pero en atención al carácter elemental de esta investigación, nos hemos conformado en bosquejar, la evolución ideológica penal en general, sin aludir a pueblo alguno en concreto, para ocuparnos brevemente en este capítulo, solo de la Historia del Derecho Penal en México.

2.2 EL DERECHO PRECORTESIANO.

Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los pueblos principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el azteca. Se le llama Derecho precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos.

2.3 EL PUEBLO MAYA.

Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales de muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.

Dice Chavero que el pueblo Maya no usó como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables.

2.4 EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO TARASCO.

De las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a las de otros núcleos; más se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión con su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo

después de hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacía despenar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.

2.5 EL DERECHO PENAL ENTRE LOS AZTECAS.

De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los aztecas. Aun cuando su legislación no ejerció influencia en lo posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. Este pueblo fue no sólo el que domó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Según estudios recientes, llevados al cabo por el Instituto Indigenista Interamericano, los nahoas alcanzaron metas insospechadas en materia penal.

Expresa Vaollant que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba a los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban. La

sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

Del tal estado de cosas derivaron importantes consecuencias para los miembros de la tribu: quienes violaban el orden social eran colocados en su statu graduado de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud; el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras, o por el propio pueblo.

En un principio escasearon los robos y delitos de menor importancia, cuando las relaciones de los individuos entre sí estaban afectadas a la responsabilidad solidaria de la comunidad, pero a medida que la población creció y se complicaron las tareas y formas de subsistencia, aumentaron los delitos contra la propiedad y se provocaron otros conflictos e injusticias.

Por otra parte, el pueblo azteca, esencialmente guerrero y combativo, educaba a los jóvenes para el servicio de las armas; la animosidad personal se manifestaba en derramamientos de sangre, debilitándose la potencialidad guerrera de la tribu y fue preciso crear tribunales que ejercieran su jurisdicción de estos asuntos.

De acuerdo con la autorizada opinión de Esquivel Obregón, en tanto el Derecho Civil de los Aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado; cada uno de los delitos se representaba mediante escenas pintadas, lo mismo las penas.

El Derecho Penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecunarias y las de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente con las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de cabeza.

Según el investigador Carlos H. Alba, los delitos del pueblo azteca pueden clasificarse de la siguiente forma: contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio.

2.6 PRIMEROS TIEMPOS (CONQUISTA).

(5) La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes y que solamente le interesaban históricamente y a caso desde un punto de vista criminológico, las costumbres de estas razas, sin que hayan influido poco ni mucho en la formación de los actuales sistemas, a pesar de la orden expresa de Carlos V para que se conservaran y observaran las buenas leyes de los indios y sólo supletoriamente se aplicaran las de Castilla.

En las noticias que se tienen sobre la época precortesiana, se advierte una preocupación por el adulterio, con datos contradictorios sobre la manera de castigarlo; severa moralidad, aunque de acuerdo con las bases religiosas y

(5) VILLALOBOS Ignacio, DERECHO PENAL MEXICANO, Ed. Porrúa, 5a. Edición. p.p. 111-127

políticas de aquellos pueblos; y para su tiempo y el aislamiento en que se hallaban, un penetrante sentido jurídico. Distinguían entre la intención y la imprudencia y sancionaban la embriaguez completa con pena de muerte, si se trataba de gente noble, y con esclavitud si de plebeyos, lo que puede interpretarse como una juiciosa exigencia de mayor responsabilidad para los primeros, por constituir una clase superior, dirigente, más preparada y comprometida, o bien como la simple preocupación de no someterles a esclavitud.

Existía, fuera de lo dicho, pleno arbitrio para fijar penas que podían ser de muerte, esclavitud, destierro, prisión, confiscación, destitución o suspensión de empleo.

2.7 EPOCA COLONIAL.

Es sabido que al planear la 2a. expedición de Colon y las subsecuentes empresas, Sevilla llegó a ser el centro de actividades y aun el puerto único para este comercio, contando ya en 1503 con una completa organización (Casa de Contratación) que era, a la vez que oficina de migración, un depósito de comercio y una escuela náutica, de exploradores y de gobierno, a cuyo servicio se hallaban el cosmógrafo y el cartógrafo más destacados.

En 1529 se comenzó a organizar, a semejanza de los demás consejos de la corona, el Gran Consejo de las Indias,

centro de consulta y legislación, tribunal, oficina de administración y academia de estudios.

Esta dualidad de focos vitales, uno de acción y otro de pretendida dirección, se reflejó plenamente en la realidad de la Colonia.

Por una parte llegaba la hez del pueblo español, autoseleccionada por sus ambiciones, por su resolución aventurera y a veces por la repulsa de su propio país; con la sensación acá de superioridad y de señorío de que tan elocuentemente nos habla Izcabaleta, y por otra fluía, para refrenar los abusos, una copiosa legislación de Indias que no era aplicada sino contrastada por las costumbres y prácticas de los ecomenderos y pobladores del territorio. De un lado la explotación y el aniquilamiento de efectivos de la población indígena, y del otro una lucha de defensa teórica, de intención y a muy larga distancia, iniciada por Isabel la Católica y apenas secundada de cerca por algunas audiencias o por el esfuerzo personal que tan venerada memoria dejó para hombres como Sebastián Ramírez de Fuenleal, don Vasco de Quiroga o Fray Juan de Zumárraga.

En 1598 se formó la primera recopilación de las Leyes de Indias, que para el siglo XVII contaba ya con 9 libros. El propósito era que los españoles se rigieran por sus propias leyes; los indios por disposiciones proteccionistas que se

juzgaban adecuadas; y los mestizos y negros, enviados éstos últimos en gran cantidad por la Casa de Contratación de Sevilla, por enérgicas disposiciones encaminadas a prevenir frecuentes motines.

Como ley común para los españoles y supletoriamente para la población indígena, debían regir las Leyes del Toro, según disposición contenida en las mismas Leyes de Indias; pero de hecho se aplicaban en la misma confusión reinante en la Metrópoli, desde el Fuero Real y las Partidas, hasta la Nueva y la Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas especialmente para este suelo, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

2.8 INDEPENDENCIA.

Al consumarse la independencia era lógico que las primeras disposiciones legislativas se produjeran, por la urgencia de la necesidad sobre organización en la policía, portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, vagancia y mendicidad, salteadores de caminos y ladrones. En seguida se fueron dictando algunas leyes aisladas de organización, sobre turno de los juzgados penales, ejecución de sentencias, reglamentos de cárceles, incluyendo sus talleres, colonias penales en las Californias y Tejas, indulto, conmutación, destierro y amnistía.

La Constitución de 1824, de tipo federal, requería que cada entidad tuviera su legislación propia; pero la fuerza de la costumbre y la necesidad de resolver de inmediato la carencia de leyes locales, hicieron que en 1838 se tuvieran por vigentes en todo el territorio las leyes de la Colonia.

2.9 CODIGO DE 1870.

Los primeros Códigos Penales se ensayaron en algunos Estados. En la Capital de la República se había nombrado una Comisión cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa; en 1868 volvió a integrarse una nueva comisión por el Secretario de Instrucción Pública y de Justicia, licenciado Antonio Martínez de Castro, como Presidente, y por los señores licenciados José María la Fragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacoa, como vocales. Los trabajos se llevaron adelante y, favorecidos por la promulgación del Código Español de 1870, que se adoptó como patrón, el 7 de diciembre de 1871 fue terminado y aprobado el Código que había de regir en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California, sobre delitos del fuero común, y en toda la República sobre delitos contra la Federación. Entró en vigor el 10. de Abril de 1872.

Tan fieles se mostraron sus autores a la inspiración de un modelo español, que también se cuidaron de advertir el carácter de meramente provisional que daban a su obra,

prolongándose luego la vigencia de esta Ley por el mismo periodo de 58 años que duró la vida del Código en España. Sin embargo Martínez de Castro, en su exposición de motivos y refiriéndose a la necesidad de abolir el uso de las Partidas y Recopilaciones, hacía incapié que "solamente por una casualidad muy rara podría suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro".

Este Código de 1871, formado por 1150 artículos se componía de un pequeño título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre la responsabilidad penal y forma de aplicación de las penas, otra sobre responsabilidad civil derivada de los delitos, una tercera sobre los delitos en particular, y una última sobre faltas.

En la primera parte desarrollo los conceptos de intención y culpa, cifrando la primera en el conocimiento y la voluntad; estudia el desarrollo del acto delictuoso, la participación, las circunstancias que excluyen, agravan o atenúan la responsabilidad; enumera las penas y las medidas de seguridad o "medidas preventivas", como el decomiso de instrumentos, efectos u objetos del delito, apercibimiento, reclusión en establecimientos correccionales, suspensión o inhabilitación para el ejercicio de derechos, suspensión o destitución de empleos o cargos, suspensión o inhabilitación en el ejercicio de profesiones, destierro de un determinado lugar de residencia, confinamiento, reclusión en hospital, caución de

no ofender, protesta de buena conducta, sujeción a vigilancia, prohibición de ir a un determinado lugar a residir en él. De reglas para la aplicación de esas penas y medidas preventivas, incluyendo los casos de acumulación y de reincidencia, permitiendo a los jueces sustituir unas penas con otras, en algunos casos, y el Poder Ejecutivo reducir o conmutar las penas impuestas. Establece el régimen penitenciario a base de incomunicación de los reos entre sí, educación y trabajo y algunos rasgos de los sistemas progresivos. Finalmente, se ocupa de los casos de extinción de la acción penal y de la pena.

La responsabilidad civil, nacida del delito juntamente con la penal, la hace consistir en la obligación de restituir, reparar, indemnizar y cubrir los gastos judiciales; y desarrolla su reglamentación en los artículos 301 a 367.

Formula en el Libro Tercero el catálogo de los delitos, y el de las faltas en el Cuarto.

En cuanto a la forma de individualizar las condenas, a más de la posibilidad de sustitución de que ya se habló, así como de los capítulos sobre acumulación, reincidencia, grados de participación, etc., sigue como sistema señalar un máximo y un mínimo entre los cuales corresponde a los jueces determinar en cada caso la pena que es aplicable, según la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes; o bien señalar un

término que se considera medio y que se puede aumentar o disminuir por el juez hasta en una tercera parte.

De las circunstancias agravantes y atenuantes se forman listas y se gradúa su importancia, cosa esta última que justamente ha caído en descrédito, así como el hacer una enumeración cerrada o restrictiva que no permite tomar en consideración circunstancias no previstas y que coloca el sistema en época anterior a las reformas francesas de 25 de Junio de 1824 y 28 de Abril de 1832, que ya permiten la estimación de situaciones o circunstancias no expresamente determinadas por la Ley.

2.10 PROYECTO DE REFORMAS.

En el año 1903, el gobierno de Porfirio Díaz designó una comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo e integrada por los abogados Manuel Olvera Toro, Victoriano Pimentel, y después, además por el licenciado Joaquín Clausel, sustituido luego por el de igual título Jesús M. Aguilar, para que hiciera una revisión general del Código y propusiera las reformas convenientes. En 1909 engrosaron la comisión los licenciados Julio García, Juan Pérez de León y Manuel A. Mercado, fungieron este último como Secretario; y separados los vocales Pérez de León y Aguilar, en el año 1911, participaron con igual carácter los licenciados Manuel Castelazo y Fuentes, Procurador General de la República, y Carlos Trejo y Lerdo de

Tejada, Procurador de Justicia del Distrito Federal.

Fueron escuchadas y coleccionadas diversas opiniones de Magistrados, Jueces, Agentes del Ministerio Público y Defensores de Oficio, quedando terminado el proyecto de reformas en Junio de 1912, fecha en que se publicó acompañado de una completa reseña de los trabajos efectuado y de su exposición de motivos.

Desgraciadamente los cuatro nutridos volúmenes que se distribuyeron con efusión, carecieron de efectos prácticos en los momentos por las agitaciones internas que prevalecían en la Nación. Algunas de las recomendaciones consignadas en esos estudios y aun algunas de las opiniones rechazadas, fueron atendidas, sin embargo, al hacerse nuevos trabajos similares en 1929 y 1931. Espigando en el contenido de esa publicación, se encuentra el propósito de perseguir las quiebras como se dispuso en el Código de 1931, modificado luego por la Ley de Quiebras, sin esperar a que el Juez del ramo civil haya hecho la calificación de las mismas; se critica la definición legal del delito por la ingeniosa sugestión de Binding sobre que no se infringe la ley sino "los principios que la informan" (die normen) y porque "el término voluntaria hace muy confusa la definición". De aquí los artículos 7o. y 8o. del Código de 1931, acerca de los cuales Carraca Trujillo dice que la definición de nuestro Código de 1871 era más imperfecta que la del español de 1870, al hablar de la infracción de una ley

penal, "pues el delito no viola la ley penal de 1931, volviendo al de 1871 y tomando el ejemplo argentino, definió el delito como al acto u omisión que sancionan las leyes penales". La finalidad pragmática de la definición, agrega, "decidió a la Comisión Revisora a suprimirle la calificativa de 'voluntariedad' a la acción, semillero de contradictoria interpretación en la práctica".

Se propone incluir entre los encubridores a quienes habitualmente compren cosas robadas y a quienes alguna vez las adquieran o las reciban en prenda sin tomar las precauciones debidas para cerciorarse de que la persona con quien contratan podía disponer de ellas; se amplía la reglamentación sobre libertad preparatoria, por advertir que en la práctica no se observan sus requisitos ni hay patronatos para ayuda de los reos liberados, ni vigilancia efectiva, convirtiéndose tal beneficio en una simple y segura reducción de las penas. Se preconiza la creación de campamentos y colonias penales, talleres en las prisiones y trabajo efectivo de los presos; la concesión de plazos y facilidades para pagar las multas; la adición de medidas preventivas con la reclusión en establecimientos para la curación de alcohólicos; el establecimiento de la condena condicional y la creación de algunos tipos nuevos de infracciones.

Como razón general de estas simples reformas proyectadas en los años 1903 a 1912, decía el licenciado Macedo

que la Ley de 1871, pertenecía a la escuela clásica, metafísica por tratar el delito como una entidad jurídica, estando basado tetricamente en el dogma del libre albedrío; que conforme a esa escuela no era posible llegar a un sistema, pues se intentaba en ella demostrar las conclusiones de la justicia y de la utilidad de una manera puramente racional, a priori, en tanto que la utilidad social sólo puede ser demostrada por métodos positivos; y excusaba el licenciado Martínez de Castro por haberse valido apenas de observaciones "superficiales y rudimentarias, completamente empíricas".

Pero rendido ese tributo al medio y al momento, afirmaba que la obra del último cuarto de siglo en criminalología y en ciencias penales había sido negativa: "No pienso que nadie, ni aun los más eminentes criminólogos, crean el día de hoy haber elaborado ya un sistema tan completo y tan solidamente fundado en la ciencia que pudieran tomarlo como base para formar un código.

2.11 CODIGO DE 1929.

En 1925 fue designada una nueva Comisión en que figuraron los señores licenciados Ignacio Ramirez Ayala, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz, este último abogado fue investido después de la promulgación del nuevo Código con el carácter de presidente del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social.

Este Código se basó en la escuela positiva, según el expositor, y fue expedido el día 30 de Septiembre de 1929, después de su revisión por nuevas Comisiones a las que atribuye el señor licenciado Almaraz, la supresión de la pena de muerte contra su tenaz oposición.

2.12 CODIGO DE 1931.

El éxito de este cuerpo de leyes ha sido ya suficientemente comentado y el hecho hiriente es que, puesto en vigor el día 15 de Diciembre de 1929 tan pronto se pensó en abrogarlo que la Comisión designada al efecto ya habría terminado sus trabajos y presentado su nuevo proyecto a mediados de 1931.

Como se ha dicho refiriéndose a la cuestión penal, el criminal es un ser absolutamente igual a aquel que no ha delinquido; es sencillamente un hombre que actúa en virtud de las mismas normas biológicas que rigen a todos los demás.

Es irritable querer establecer dos castas, ya que tanto la perversidad y la honradez para los efectos de la ley penal son términos convencionales, es decir no hay hombres buenos o malos por idiosincrasia, ya que todos son hijos de las circunstancias.

Ya es inútil esforzarse por demostrar que no hay delitos sino delincuentes, y que la tendencia del derecho penal moderno es alejarse del estudio del delito para concentrar su atención en el criminal. Más efectivo sería concender la preferencia al concepto esencial de la pena, pero ni esto debe de admitirse rigurosamente ya que tanto delito, delincuente, pena, reparación, represión y prevención son elementos inseparables del mismo fenómeno social.

Ahora bien, nada puede ser más puro en su esencia misma y por sus fines, que la ley, dictada para definir situaciones y para su acatamiento sin discusión; y es preciso advertir que la ciencia que estudia un sistema de legislación positiva se llama "dogmática", no por cuanto tenga de doctrina, de análisis o de comentario, sino porque se forma en torno del núcleo y dentro de los límites ineludibles de la ley como su dogma fundamental; por eso también que la jurisprudencia, fruto de interpretación y aplicación de una ley determinada, se predica el carácter dogmático que alude a su fuente, sin olvidar el apotegma básico de la judicatura, es decir juzgar con la ley y no de la ley, ya que la interpretación, aun la más amplia no aspira sino a traducir el sentido de la ley como un principio indiscutible, de verdad básica con un precepto superior y obligatorio, como dogma fundamental.

La ley no puede ser menos dogmática ya que deja de ser ley. Por eso los reformadores del sistema, al proyectar el

Código de 1931, sintieron la necesidad de explicar el particular sentido que daban a su pensamiento: "Decir que nuestras leyes han sido dogmáticas, significa que no solo se ha querido establecer en ellas el precepto normativo, sino anexarle innumerables definiciones de carácter doctrinario". Quizas se expresará mejor este propósito como una tendencia a suprimir en los códigos toda salida doctrinaria, explicativa, pedagógica o definidora, dejando en ellos solamente los preceptos que serán las bases dogmáticas para todos aquellos estudios cuyo desarrollo corresponde a los tratadistas, comentaristas e intérpretes.

Por otra parte, las definiciones no siempre tienen por objeto hacer doctrina, sino entre la múltiples y variadas opiniones que sobre casi los temas que se discuten, fijar la posición de la ley, sin lo cual el solo precepto sería un vivero de discusiones, fuente de oscuridad y de las aplicaciones más desiguales y más alejadas del verdadero espíritu con que fue dictada. Tal es el objeto de la interpretación auténtica universalmente reconocida.

Así, aun cuando desde un punto ideal el carácter de la ley sea simplemente imperativo, en el medio humano es necesario, y a veces por lo menos conveniente anexar la más breve explicación posible, pero explicación al fin, de lo que se quiere expresar con el precepto. Por esto es que, a despecho de su enunciado propósito, basta iniciar la lectura del Código de 1931 para encontrar reproducidas las innumerables

definiciones de que se había pensado quitar.

Decir que las leyes han sido casuistas es de sostener que han querido proveer en su articulado el mayor número posible de los casos en que la ley deberá ser aplicada, pues bien, este anhelo de legalidad en los casos que deben ser sujetos a la penalidad, para beneficio de la seguridad jurídica, de la libertad y la tranquilidad de los ciudadanos ha soportado victoriosamente el embate del positivismo, de manera que a muy pocos pueblos y solo de manera efímera hizo sucumbir; los principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege siguen rigiendo universalmente y entre nosotros, según el artículo 14 Constitucional, no sólo está indicado proveer el mayor número de casos en que la ley deberá ser aplicada sino que "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate", lo cual significa la más absoluta y clara consagración de legalidad en cuanto a los delitos y las penas.

Por otra parte hay que hacer notar que los Códigos expedidos para el Distrito Federal, por razones que no son de mera imitación extralégitima, se reproduce por los estados de la República realizando una querida y justificada tendencia a la unificación.

Por otra parte, quienes concurren a los Tribunales en la capital misma conocerán, notorios ejemplos de jueces y

magistrados que, por temperamento o por criterio, propenden a imponer las penas más severas y enérgicas en todos los casos, que aun consideran benignas y flojas en la ley; en tanto que otros se hallan siempre dispuestos a tratar con suavidad, con indulgencia o con "humanidad" aun a los delincuentes más peligrosos. De esta manera se ha creado una nueva especie de lotería, la lotería de la justicia, en que la suerte de cada delincuente dependerá del turno y del ceño adusto y paternal de quien halla de juzgarle.

Para completar esta libertad de acción concedida a los jueces, se suprimió del código la lista de atenuantes y agravantes que, para efectos de propaganda, se ha sobrecargado de calificativos denigrantes. Estudiando el asunto desde el correcto punto de vista, se advierte que la enumeración de que se viene hablando es fruto de una valiosa acumulación de estudios y experiencias que se pierde o se demuele de un golpe al hacerla desaparecer de los códigos y dejar que cada juez, en cada caso, inicie un trabajo secular de previsiones y apreciaciones. Con esto se quiere decir que, la mención en la ley de las circunstancias, condiciones o particularidades que deben tenerse en cuenta para individualizar la condena, significa, por una parte una orientación que facilita las investigaciones, puesto que con ella el promotor, el juez y la defensa tienen ante sí un índice que les muestra el camino a seguir, sin que por ello se deba entenderse que se omitan o se repudien aquellas atenuantes o agravantes no previstas y que se

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

descubran en cada proceso, es decir como lo hace hoy el Código de 1931, y que se tengan en cuenta "las circunstancias exteriores de ejecución y las personales del delincuente", será, en la práctica, renunciar a toda afinación en la búsqueda de datos eficaces para el juicio y la individualización penal, reduciéndose a lo grueso que espontáneamente surja de las actuaciones; por eso se repite en las sentencias rutinariamente y en forma ambigua y nebulosa, que corresponde al juicio formado, que se impone la pena elegida, " en atención a las circunstancias exteriores de ejecución y a las personales del delincuente".

Trae consigo además, la enunciación de esas "circunstancias" con su calidad de atenuantes o agravantes, el importante auxilio de fijar un criterio para su estimación, contribuyendo a la realización del principio sobre igualdad ante la ley, así como el cumplimiento de los postulados, correcta y plenamente interpretados, nullum crimen sine leges y nulla poena sine leges. La mayoría de ellas, sino todas las calificativas o modificativas de la responsabilidad, admiten diversas y aun opuestas estimaciones.

Si la ley debe ser igual para todos; si la prevención exige un criterio definido y uniforme y la justicia no puede ser un juego de azar, es de manifiesta conveniencia y aún de necesidad que sea la ley quien defina la naturaleza de los casos más frecuentes o debatidos y quien de orientaciones sobre

el criterio social, político y jurídico que debe regir; sin perjuicio de que los jueces valden esas circunstancias concurrentes, en función de la pena que deba ser aplicada, y se deje la puerta abierta a la estimación de mayor número de circunstancias no previstas por la ley.

El Poder Judicial, por su carácter esencialmente conservador, ponderado, de obligada serenidad y sin manejo de fondos, de fuerza pública ni de recursos políticos, tiene que ser el blanco de críticas y de maledicencias, justas o calumniosas pero siempre prodigadas en nuestros pueblos, principalmente por aquellos que sólo atienden a la impunidad con que pueden hacerlo. Pero en aquella parte en que las quejas reconocen un fondo de razón al referirse a los resultados de "la justicia penal", a la desigualdad en los fallos, a la desorientación en los criterios, a la falta de equidad, a la nulidad en las investigaciones, al desinterés de los funcionarios, a la lentitud o rigidez que contrasta diversos fallos y aun a diversos brotes extemporáneos de quienes todavía pretenden orientar su trabajo hacia la búsqueda del "delincuente o de la unidad biológica", y no llegan a nada, sería bueno pensar si todo el peso de la crítica recae justificadamente sobre los jueces o si también radicara la causa en la legislación que les ha puesto en serio predicamento al olvidar su realidad humana y completa, dictando reglas sencillas y generales, propias para el manejo de seres excepcionales y meramente hipotéticos, esa desorientación y

falta de firmeza o de conceptos claros, definidos y precisos que se advierte en la práctica judicial y aún en centros académicos, tiene sus raíces en la mentalidad, a veces confusa, en ocasiones contradictoria y tímidamente acomodaticia, que precipitó la elaboración legislativa y a la cual no escapó la exposición del Maestro Tejas Zabre: el mismo Código que en su artículo 80. habla que los delitos son intencionales o de imprudencia, se jacta de haberse construido sobre los principios de la responsabilidad social; elimina deliberadamente la menor de edad y la locura de las excluyentes de responsabilidad, como si se pudiera ser "responsable" de un hecho, que por no ser intencional o imprudente no es siquiera delito; y luego da marcha atrás distinguiendo entre penas y medidas de seguridad y afirmando que los menores (igualmente "responsables" en la teoría Ferriana) han quedado totalmente al margen de la función represiva. Tras esta forma de eclecticismo se impone preguntar: Esos niños, esos enajenados, ¿Son responsables?, ¿Han delinquido cuando realizan un delito típico penal?, ¿Se aplica el concepto de responsabilidad social, se puede juzgar a un demente sin mirlo?, ¿Se pueden aplicar medidas de seguridad por tiempo indefinido?, ¿Se puede sujetar a privación de libertad a un menor, como presunto responsable, por tiempo indeterminado y sin auto de formal prisión?. Y si esta fuera de su función represiva o se acordó en su favor una medida tutelar, como reclusión en un hogar honorable por ejemplo, ¿tiene remotamente los caracteres de la condena jurídica al disponer, como lo hace el artículo 122, que al

cumplir la edad límite se le pase a una cárcel, sin juicio ni sentencia previos, sin acusación del Ministerio Público y que sin autoridad judicial le halla impuesto esa pena?

Otra de las reformas proyectadas tenía por objeto hacer efectiva la reparación del daño, problema de la mayor dificultad si se atiende a que la casi totalidad de nuestros delincuentes padecen insolvencia. La comisión, desplazando las causas a terrenos secundarios, no sólo atribuyó al Ministerio Público una función de auxilio o de representación de los acreedores pobres, ignorantes o morosos, si no que, pasando sobre la naturaleza de las cosas, declaró que la reparación del daño es una pena pública.

Y no solo eso sino que, tropezando con la necesidad de permitir que tal reparación se exija a terceros en algunos casos, declaró primero, en el artículo 10 del Código, que la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley; después creyó sortear el problema diciendo que, cuando debe exigirse a terceros, no es pena pública, con lo cual no solo se creyó moldear la naturaleza de las cosas, sino que se llegó a una absurda afirmación que una cosa es y no es. Con semejante actitud podría decretarse cualquier pena, como los azotes o la prisión, en forma trascendental, pues si tiene hambre pues bastaría decir, cuando se apliquen a persona que no sea responsable del delito, no son penas públicas. La verdad es al revés tratándose de la reparación del daño: el solo hecho de

poder exigirse a terceros demuestra que no es una pena pública.

Colocados ya en ese plano del absurdo, se siguió declarando, en todos los casos en que se extingue la responsabilidad penal, que subsiste la obligación de reparar el daño, cosa natural si se admite que se trata de una sanción civil, pero contraria a la declaración básica de que se trata de una "pena pública"; y se puso a los tribunales en la indecorosa necesidad de hacer acrobacia, hablando de acciones gemelas es decir civiles y penales para exigir la misma reparación, contra el principio non bis in idem, admitiendo al ofendido como coadyuvante en los preceptos penales, lo que no se hace tratándose de ninguna pena pública que realmente lo sea.

Acostumbrados como estamos a oír elogios de esta ley de 1931, algunos merecidos y otros como resultado indudablemente de un entusiasmo sincero y bien intencionado, así como a ver que invariablemente silenciados todos sus defectos, parece ya un desacato al aventurarse a decir una sola palabra en interés por la legislación y no por esta legislación; sin embargo, es evidente que el confusionismo penal hizo crisis entre nosotros en el Código de 1929 y que todavía el de 1931 conserva brotes eructivos cuya naturaleza se ha de comprobar y admitir más tarde o más temprano, máxime cuando toda obra humana es perfectible y no se podrá pretender que esta sea una excepción. El estudio de este Código, como el de todas las leyes, debe

hacerse con espíritu abierto, sincero, científico, y humanitario, que no solamente conduzca a su conocimiento dogmático y menos a la alabanza exclusiva y rutinaria, sino una tarea de colaboración, y esfuerzo progresivo que significa siempre un enriquecimiento en nuestras leyes.

CAPITULO III

3. ANALISIS DEL DELITO.

3.1 ¿Qué se entiende por Delito?

3.2 Clasificación general de los Delitos.

3.3 Los Delitos Patrimoniales.

3.4 ¿Qué se entiende por Cuerpo del Delito?

3.5 Comprobación del Cuerpo del Delito en los denominados Patrimoniales

3.6 Ejercicio de la Acción Penal.

3.6.1 El derecho de acción en la ciencia jurídica.

3.6.2 La acción en el Derecho Penal.

3.6.3 Formalidades que debe revestir el ejercicio de la acción penal.

3.1 QUE SE ENTIENDE POR DELITO ?

Los delitos han sido considerados en el transcurso de la historia desde diversos puntos de vista sin que haya sido posible fijar un criterio establecido, más sin embargo el legislador en el artículo 7 del código sustantivo del Distrito Federal define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, tal concepto significa dar por hecho el entendido doctrinal y la noción filosófica del delito, por ello nos hemos abocado en un marco integral a establecer la noción de tal concepto, para Rossi, significa la infracción de un ser exigible, en daño a la sociedad y a los individuos, considerado como un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre el hecho y la ley; para Carrara, es la infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

El delito no es en sí mismo un simple concepto que pueda ser delimitable a priori conforme a principios abstractos, ya que uno de sus factores está constituido por una apreciación política librada al buen sentido de la justicia y defensa del orden jurídico por el legislador, lo que tiene un carácter contingente y mutable, el delito atendiendo a su naturaleza será considerado siempre en relación a la conducta, pues ésta es el acto u omisión que resulta para la sociedad reprobada o rechazada, de tal suerte que se sanciona por el

cuerpo legislativo y se constituye en una norma jurídica aplicable al sujeto que se adecúa en la descripción de ésta, entendiéndolo como tal que en el presente trabajo el delito lo comete cualquier persona que se conduzca antijurídicamente. Para la escuela positiva cuyo principal ponente es Garofalo, tratan al delito como un contenido humano y social al distinguirlo como natural y legal a pesar de que en la actualidad la noción jurídica de los conceptos citados son más explorados por la sociología jurídica que va rejuveneciendo momento a momento y ayudando con ello al legislador para determinar a ciencia cierta que es el delito.

En el proyecto de ley de 1949 no se definió al delito, en el de 1870 se le denomina como "la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda..", en el proyecto de 1929 se define como "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal", y el actual de 1931 lo define como "el acto u omisión que sanciona las leyes penales", de manera que concluiremos al delito analizando la definición última, siguiendo el trabajo del maestro Carranca y Trujillo, quien nos expone que la definición del artículo séptimo del Código Penal es muy formalista porque se le utiliza para fines objetivos, cuando en realidad su fin va más allá de la voluntariedad que fue tomada en cuenta por el legislador diciendo: "los caracteres constitutivos del delito son el acto u omisión que sancionan las leyes penales, y al decir acción debe entenderse por la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la

falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior", consecuentemente con ello procede a referir la clasificación del considerado delito.

3.2 CLASIFICACION GENERAL DE LOS DELITOS.

De lo expuesto en el punto anterior nos conduce a establecer como primer delito:

3.2.1 DELITOS COMUNES. Los delitos comunes que tienden a dañar el orden de la sociedad.

3.2.2 DELITOS MILITARES. Como segundo, sería establecer a aquellos delitos que afectan a la disciplina militar, es decir, que de manera directa significan un desconocimiento y violación (ya que un delito de los considerados comunes, quebrante a la vez las obligaciones (deberes) y exigencias del Ejército).

Lo que nos interesa dentro de esta segunda clasificación, es que en el artículo 13 de nuestra Carta Magna, establece que (cito): "nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra por los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en

ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que (6) corresponda".

Con lo cual, el artículo anteriormente expuesto encierra con toda claridad el principio de legalidad y las leyes privativas, ya que elimina toda aquella posibilidad de que un particular pueda ser sujeto dentro de sus alcances jurídicos al Código de Justicia Militar.

3.2.3 DELITOS POLITICOS. Como tercera clasificación tenemos a los delitos políticos, cuya conducta del sujeto activo este encaminada a una rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos, ya que el Estado a más de tener como materia a la sociedad, tienen una estructura política que viene a ser la forma, por lo tanto necesita proteger su segundo elemento (forma) con el objeto de sancionar como tal, todo aquel acto que la desconozca en sí misma, o desconozca sus órganos, así como a sus representantes que tengan el propósito de modificar o imponer regímenes o individuos por medio de la violencia, o en formas no especificadas por el ordenamiento jurídico.

(6) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa, 96a. Edición, p.13. jurídico.

3.2.4 DELITOS SOCIALES. Los delitos sociales, que vienen a ser aquellos que atacan a móviles de carácter general, y que son dirigidos por grupos, partidos o bandas que tienen una ideología social determinada, lo cual origina los actos que se tratan.

Tales actos no son debidos, ya que no obedecen a intereses o pasiones específicamente individuales o atribuibles a un delincuente en particular, por lo cual se diferencian estos delitos de los denominados comunes y, a su vez, se difieren de los delitos políticos, ya que como se señaló anteriormente, estos delitos profesan una tendencia social determinada y estos no tienen el objetivo de derrocar o imponer una forma de gobierno o a un gobernante determinado.

3.2.5 DELITOS OFICIALES. Estos delitos son aquellos que cometen los servidores públicos en ejercicio de sus atribuciones, estos delitos están contemplados en los artículos 108 y 109 Constitucionales, además de los artículos 1o., 2o. y 4o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

3.2.6 DELITOS Y FALTAS. Delitos son aquellos actos u omisiones que para la sociedad son actos reprobados o rechazados y que son sancionados por el cuerpo legislativo (Código Penal). Mientras que las faltas también vienen a ser actos u omisiones de mínima importancia, en que algunas veces

se sanciona sólo la imprudencia sin dafío, es decir, por el peligro que encierra y que tienen una pena de acuerdo a su gravedad y se castigan sin la necesidad de un proceso penal, sino administrativamente.

De lo expuesto en el párrafo anterior, es menester establecer que la persecución, de los delitos o faltas le corresponde exclusivamente al Ministerio Público, y al Jurado respectivamente.

3.3 LOS DELITOS PATRIMONIALES.

A éstos los ubicamos dentro de la quinta clasificación, y que existen un sin número de delitos que para poder abarcarlos en su totalidad se tendría que transcribir casi la totalidad de la ley adjetiva, y para los propósitos que deseamos alcanzar en este trabajo nos ocuparemos de los delitos patrimoniales, y que para su estudio analizaremos los criterios para su clasificación:

a) El que se fundamenta en la naturaleza de los bienes, ya sean bienes muebles, bienes inmuebles y bienes semovientes, y que dicho criterio los clasifica en robo, hurto, abuso de confianza, fraude y dafío en bienes muebles, es decir, en los que recae la conducta criminal del sujeto, o en despojo, fraude y dafíos cuando se trata de bienes que son inmuebles.

Este razonamiento es criticado por Jiménez Huerta, ya

que los delitos de robo y abuso de confianza tienen como característica común la naturaleza mueble de la cosa como objeto de la acción criminosa, mientras que los delitos de fraude y daños en propiedad ajena pueden abarcar los bienes muebles como los inmuebles.

b) El criterio que se apoya en el fin que persigue el delincuente, viene a ser en cuestión el ánimo de lucro y la venganza, por tal criterio se clasifican a los delitos en: robo, hurto, usurpación y estafa; los primeros, y los de incendio y daños en lo que respecta a la venganza.

De lo expuesto en el párrafo anterior resulta que es obsoleto, ya que atiende a un carácter puramente subjetivo y que no sirve de nada en cuanto a la estructura del tipo, ya que tanto el lucro y la venganza pueden darse igualmente en todos los delitos que dicho criterio establece.

c) Se basa en los derechos patrimoniales tutelados y desde un punto de vista a la tutela, los clasifica de manera somera como derechos reales y derechos de crédito, por lo que la heterogénea fuente de algunos tipos de delitos patrimoniales, nos hace pensar basándose en criterios anteriores en una errónea clasificación con respecto a este criterio, ya que en el delito de fraude se puede abarcar tanto los derechos reales como los de crédito.

d) Se basa en la violación del nexo patrimonial o en el

ataque que abarca de una manera igual a otros bienes jurídicamente protegidos, los divide en delitos simples y en delitos complejos. A que si únicamente viola la relación patrimonial.

Por lo expuesto, el Lic. Jiménez Huerta establece que el problema no es específicamente en dar una clasificación o sistematización de los delitos, sino delimitar y fijar los perfiles y contornos en cuanto a cada delito patrimonial y cuando se logra esto queda al descubierto el elemento activo del patrimonio, que cada tipo de manera autónoma protege.

3.4 QUE SE ENTIENDE POR CUERPO DEL DELITO ?

El estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 se refirió por primera vez al Cuerpo del Delito, el artículo 44, incluido dentro del rubro "Seguridad" establecía, cito: "La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que este averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es culpable, y que se les haya tomado la declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador si lo hubiere". Al respecto, no hay disposición que defina el cuerpo del delito.

Es menester distinguir entre definición y comprobación del cuerpo del delito, la definición consiste en la explicación de la naturaleza de una cosa; y la segunda es un proceso cuyo objeto es la prueba de que algo ocurrió en la realidad.

No hay acuerdo entre los tratadistas de lo que debemos entender por cuerpo del delito, González Bustamente dice que es el conjunto de elementos físicos, materiales que se contienen en la definición. Algunos autores lo confunden con el tipo, otros excluyen el aspecto moral, o la frase interna del comportamiento, y aún se ha hablado del cuerpo del delito "como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su penetración" o "como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserva como reliquia de la acción material perpetrada" (7).

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la nación a establecido la siguiente jurisprudencia: "por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal" (8).

Esta interpretación aclara, en algún aspecto, la naturaleza del cuerpo del delito, pero no la define con la precisión requerida.

 (7) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Corpus Delicti y Tipicidad Penal, en Cuadernos Criminalía, Núm. 19, México, 1956.

(8) Jurisprudencia 86, p.186, secc. Primera Vol. Primera Sala, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1966.

El cuerpo del delito se comprueba al justificarse los elementos materiales de la infracción - o del hecho delictuoso -, y como para la existencia del delito se requiere de una acción típica, antijurídica y culpable desarrollada en el tiempo y el espacio, concluimos provisionalmente que el cuerpo del delito es la secuencia histórica en que se dan los elementos materiales de la infracción penal.

Es pertinente plantear el problema desde su origen; el poder punitivo del Estado es puesto en movimiento cuando se lesiona un bien típicamente tutelado y se reúnen los requisitos de precedibilidad.

Por lo tanto, al tipo como elemento reactor, y éste es la descripción por una norma de una conducta como acreedora de pena, por lo que el tipo constituye una abstracción, una previsión general existente en la ley; el delito, en cambio, es un comportamiento que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, algo personal, concreto.

Al tipo tradicionalmente se le han atribuido tres clases de elementos: los subjetivos, los normativos y los objetivos; a primera vista podría pensarse que el legislador confundió "materiales" con "objetivos". Pero esta interpretación, como quiere González Bustamante, traería como consecuencia que los tipos que no tienen elementos físicos, materiales, objetivos, no tuvieran cuerpo del delito, y no se

trata de meras excepciones, como quiere el autor citado porque el mandato constitucional es claro, si no se comprueba el cuerpo del delito no puede haber proceso y, en consecuencia, pena.

3.5 COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE ROBO.

Como ha quedado expuesto y definido el concepto del cuerpo del delito, es necesario esclarecer tal argumento por lo que se refiere a los delitos patrimoniales, estudiándolo bajo la misma metodología, en que fue plasmado en nuestro código primitivo en el libro segundo, título vigésimo segundo "denominados delitos en contra de las personas y su patrimonio" y en ese orden se señala: el artículo 367 establece que comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la Ley. Lo cual fue interpretado y establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 114 (cito).

"Artículo 114.- En todos los casos de robo se harán constar en la descripción todas aquellas señales que puedan servir para determinar si hubo escalamiento, oradación o fractura, o si se usaron llaves falsas, haciendo cuando fuere necesario, que peritos emitan su opinión sobre estas circunstancias".

Y además se establece a ciencia cierta, los elementos necesarios para la Ley que hagan comprobable el cuerpo del delito, no obstante que la figura jurídica se puede agravar en sus consecuencias punitivas cuando la conducta del individuo sea de aquéllas que la descripción de la norma considera como agravantes, en el presente estudio veremos esporádicamente las (9) circunstancias que elevan la pena en el delito de robo .

"Artículo 115.- En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;

II.- Por la prueba de que el acusado a tenido en su poder, alguna cosa que, por circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia;

III.- Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito; y

IV.- Por la prueba de que la persona ofendida se halla en situación de poseer

 (9) PENAL PRACTICA, Ediciones Andrade, S.A., p.p. 362-45, Edición Tercera 1990.

la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada.

Estas pruebas serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores sólo a falta de las anteriores".

Tratándose de la definición de delito en comento deberá tratarse materialmente de una cosa ajena mueble, en decir sólo las cosas muebles que no son de nuestra legítima propiedad son objeto de delito; entiéndase por mueble "las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar a otro sin que se altere su sustancia", y la cosa ajena empleada por la ley para tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional: que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo, y el apoderamiento sin derecho resulta a juicio doctrinal innecesario o tautológico pues la antijuricidad es una integrante general de los delitos. No obstante nuestra ley penal así lo establece y favorece con ello a una interpretación interesada, pues la acción de apoderamiento sin consentimiento de quien puede disponer de la cosa, puede manifestarse de tres formas diversas:

- a) Apoderamiento con violencia física o moral;
- b) Sin violencia personal, debido a la habilidad y

rapidez del delincuente; y

c) Cuando es furtivo.

Con lo cual podemos colaborar con la justicia y satisfacer ante el órgano investigador las justificaciones supracitadas del artículo 115 de la Ley Adjetiva Penal, que no son más que cuestiones técnicas que en uno o en otro supuesto (fracciones II, III y IV) colaboran el mejor desempeño de la función social del Ministerio Público y en defensa de las garantías constitucionales consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales.

(10)

Para el maestro González de la Vega, el cuerpo del delito se acredita y ve satisfecho con la descripción normativa propuesta por el legislador, y conceptualiza al robo como el apoderamiento que se describe en la ley penal, lo trata como la posesión material de la cosa por el sujeto activo poniéndola bajo su control personal, en cuyo caso debe ser ilícito y no consentido por el ofendido para que dicha conducta sea típica de robo y pueda así, diferenciarla de otros delitos patrimoniales, pues el apoderamiento es el acto por medio del cual se consuma el delito de robo (cito): "para la aplicación de la sanción se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada; aún cuando la abandone o desapodere de ello".

 (10) GUIA DE PENAL PRACTICA, Ediciones Andrade, S.A., p.p. 362-45, Edición tercera 1990.

3.6 EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

La acción penal tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 21 de nuestra Carta Magna, el artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (cito):

"Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con

multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso".

"Artículo 136.- En ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público:

I.- Promover la incoación del proceso penal;

II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprensión, que sean procedentes;

III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

IV.- Rendir la pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;

V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y

VI.- En general, hacer todas las pormociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos".

Tanto en lo que respecta en nuestra Carta Magna, así como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, consagran el derecho de obrar, y en lo referente a la acción penal se afirma la existencia de una conducta antijurídica que trae aparejada como consecuencia la exigencia de una sanción para el sujeto activo, esa exigencia es absoluta y exclusivamente atribución del Ministerio Público, ya que, es quien ejercita la acción penal, es decir, pues consiste en la sustentación de acusar.

De lo expuesto en el párrafo anterior se desprende que dicha acción penal, da nacimiento al procedimiento punitivo, pues en dicha acción se tendrá que probar con los elementos que hagan prueba para tener por acreditado la existencia del delito y la presunta responsabilidad.

El Minsiterio Público con fundamento en lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, (cito):

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la

causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y si que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado, hecha excepción de los casos de fragante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe de limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, una acta

circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá aplicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose, en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas por los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente".

Por lo establecido en dicho artículo el Ministerio Público podrá solicitar se gire orden de aprehensión, por lo que se establece que el ejercicio de la acción penal es facultad exclusiva del Ministerio Público para activar el órgano jurisdiccional.

Se tiene que hacer incapié que el Ministerio Público consigna pruebas con el objeto de acreditar los hechos delictuosos; en lo que respecta en sus facultades no podrá en ningún momento variar por medio de las pruebas su acusación, ya que se estaría violando las garantías que establece nuestra Constitución en sus artículos 23 y 19.

Dentro del proceso punitivo observaremos que dicha acción tendrá que ser analizada y estudiada en lo que le corresponde al Juez, el cual, determinará la validez de la pretensión en que se ostenta el Ministerio Público en lo referente a las pruebas aportadas por éste, con la finalidad de determinar si existe o no dicha imputación, y se determine la presunta responsabilidad del inculpaado.

"ACCION PENAL. El Ministerio Público ha sido considerado como parte actora en el ramo penal, al igual que el demandante en el ramo civil, desderrando por completo la práctica de que los jueces aportarán a los autos, elementos de prueba, y, al mismo tiempo, se encargarán de dictar el fallo, convirtiéndose así en jueces y partes, reservándose solamente el papel

de jueces, por lo que el citado artículo 21 manda que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial."⁽¹¹⁾

"ACCION PENAL, EJERCICIO DE LA. El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas; investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los tribunales y es lo que constituye la instrucción y, en la tercera, o sea la acusación la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esa etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecunarias, incluyendo en estas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito".⁽¹²⁾

(11) Ejecutoria visible en el tomo XXV, p. 1667, bajo rubro; Amparo Penal directo, Suárez, Alfonso, 19 de Marzo de 1929, unanimidad de 4 votos.

(12) Ejecutoria visible en el volumen XXXIV, p. 9, sexta época, segunda parte, bajo el rubro: Amparo Directo 746/60. Luis Castro Malpica, unanimidad de 4 votos.

3.6.1 FORMALIDADES QUE DEBE REVESTIR EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Se observa dentro de este punto que la acción penal no requiere estar sujeta a fórmulas solemnes, ya que el Ministerio Público consignará los hechos que determine para tener por acreditado el delito ante el órgano judicial, con la propuesta del ejercicio de la acción penal, y al mismo tiempo la solicitud de la orden de aprensión, con lo cual se da inicio al procedimiento punitivo. Lo anteriormente expuesto se encuentra sustentado por la Suprema Corte de Justicia al decir que:

"ACCION PENAL. NO ESTA SUJETA A FORMULAS. El artículo 21 de la Constitución General de la República y los diversos preceptos que en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Jalisco, se refieren al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, no sujetan dicho ejercicio fórmula solemnes, antes bien, por la finalidad práctica que anima a tales disposiciones se ha de considerar que el Ministerio Público dejará cumplida esa función que le compete en exclusiva, mediante la consignación que haga ante el órgano jurisdiccional de los hechos que estime configurantes de un determinado delito, a fin de que se inicie la averiguación correspondiente, donde él, siendo una de las partes, citará los preceptos que considere aplicables en cada estado

procesal y promoverá las diligencias que a su parecer
(13)
sean pertinentes"

Cuando el Ministerio Público no determina o expresa de manera precisa la prestación que se reclama, es una atribución del juzgador subsanar dicha deficiencia, para resolver que delito existe, y determina la situación jurídica del inculpado tanto en el procedimiento como en la sentencia, con lo cual se quiere decir que, las partes que intervienen dentro del procedimiento penal tienen que exponer los hechos en que se basan tanto su afirmación, como la negación que hacen de los hechos y al juzgador le corresponde dictar el derecho.

(13) Ejecutoria visible en el tomo CXXVI, p.408, bajo el rubro: Amparo Directo 256/55, 10 de Noviembre de 1955, unanimidad de 4 votos.

CAPITULO IV

4. ANALISIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN.

La naturaleza jurídica de la reparación del daño la podemos encontrar en la idea de Merkel, la cual establecía "La obligación de indemnizar el daño, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosas, sirven para el mismo fin de las penas; coinciden con ellas en sus efectos mediatos y (14) generales".

Tal observación produjo efecto en la legislación penal de 1931, ya que la reparación del daño que debía ser hecha por el delincuente, tenía el carácter de pena pública.

A nuestro juicio es indudable que la reparación del daño no es una pena pública, si realmente lo fuera se extinguiría o se alteraría por la substitución o conmutación por la condena condicional, la amnistía, indulto o por la muerte.

Si fuera realmente una pena pública, abarcaría o comprendería sólo al delincuente, y no sería extensiva hacia otros sujetos responsables ante la ley penal por el ilícito cometido, es decir, cuando la reparación del daño deba exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil, como lo establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su capítulo VII (cito):

 (14) VILLALOBOS, Ignacio. OB.CIT., p.p. 614-615.

"Artículo 532.- La reparación del daño que se exija a terceros, de acuerdo al artículo 32 del Código Penal, debe promoverse ante el juez o tribunal que conoce la acción penal, siempre que éste no haya declarado cerrada la instrucción, y se tramitará y resolverá conforme a los artículos siguientes".

"Artículo 533.- La responsabilidad civil por reparación del daño, no podrá declararse sino a instancia de la parte ofendida contra las personas que determina el Código Penal".

"Artículo 534.- En el escrito que inicie el incidente se expresarán sucintamente y numerados, los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, y se fijará con precisión la cuantía de éste, así como los conceptos por lo que proceda".

"Artículo 535.- Con el escrito a que se refiere el artículo anterior y con los documentos que se acompañen, se dará vista del demandado, por un plazo de tres días, transcurrido el cual se abrirá a prueba el incidente por el término de quince días, si alguna de las partes lo pidiere".

"Artículo 536.- No compareciendo el demandado o transcurrido el periodo de prueba, en su caso, el juez, a petición de cualquiera de las partes, dentro de tres días oirá en audiencia verbal lo que éstas quisieren exponer para fundar sus derechos, y en la misma audiencia declarará cerrado el incidente, que fallará al mismo tiempo que el proceso o dentro de ocho días, si en éste ya se hubiere pronunciado sentencia".

"Artículo 537.- En el incidente sobre responsabilidad civil, las notificaciones se harán en los términos prevenidos en el Código de Procedimientos Civiles".

"Artículo 538.- Las providencias precautorias que pudiere intentar la parte civil se registrarán por lo que sobre ellas dispone el Código mencionado en el artículo anterior".

"Artículo 539.- Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviere el incidente a que se refiere el presente capítulo, después de fallado el proceso respectivo, podrá exigirla por demanda puesta en la forma que determine el Código de Procedimientos Civiles, según fuere la cuantía del negocio y ante los tribunales del

mismo orden".

"Artículo 540.- El fallo en este incidente será apelable en ambos efectos, pudiendo interponer el recurso las partes que en el intervengan".

Lo cual viene a complicar el problema técnico jurídico o hacerlo todavía mayor. Si se afirma que la reparación es una pena, se incurre en el error de establecer que una cosa es lo que no es, en lo referente a la reparación exigible a terceros se incurre en la grave contradicción lógica de afirmar una cosa es y no es al mismo tiempo.

Una vez que hemos establecido que la naturaleza jurídica de la reparación del daño no es más que la de una sanción civil, ya que sólo de esta manera podemos estar de acuerdo que se pueda reclamar a aquella persona que no tenga responsabilidad penal, de lo expuesto es necesario analizar el problema central de la reparación.

Cuales son los fundamentos que tanto el Código anterior como nuestro Código vigente, sostienen que la reparación del daño hecha por el delincuente tendrá el carácter de pena o sanción pública?. Artículo 34 Párrafo I del Código Penal (cito):

"Artículo 34.- La reparación del Daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de

pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales".

Hemos afirmado reiteradamente que la naturaleza jurídica de la reparación es la de una simple sanción civil, que técnicamente es un error estimarlo como pena, creemos que el nuevo Código Penal significando en todos sus sentidos un considerable avance en la materia, mantiene la incongruencia técnica por razones de importancia práctica, por medidas de política criminal a efecto de asegurar la concurrencia del Ministerio Público para exigir el pago de la reparación, en virtud de su investimiento como representante de la sociedad, cosa que sería ilógico si se estimara a la reparación como lo que es, una sanción puramente civil toda vez que de esta suerte, correspondería a los ofendidos exigir el pago a través de un juicio de carácter civil, de los cual podemos establecer que no todos tienen la posibilidad de exigir la reparación por esta vía, lo que trae como consecuencia en muchos casos hacer nugatorio el legítimo derecho a la reparación.

El hecho de que los razonamientos políticos sean de bastante peso y nos determinen a admitir como adecuada socialmente la estimación de la ley, no debe negar la posibilidad de alguna manera, el afirmar válidamente que la

reparación no es una pena, para no permitir confusiones entre quienes oigan decir que a veces es pena y a veces no lo es.

Así, la reparación que deba ser hecha por el delincuente tendrá el carácter de pena pública, cuando tal reparación deba hacerse por terceros lo tendrá de responsabilidad civil, independientemente de la responsabilidad penal "en los términos del Capítulo V, Título I del Libro IV del Código Civil", (Cito)

"Capítulo V. De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.

"Artículo 1910.-El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

"Artículo 1911.- El incapaz que cause daño debe repararlo salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922".

"Artículo 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad

para el titular del derecho".

"Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

"Artículo 1914.- Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de alguna de las partes, se producen daños, cada una de ellas lo soportará sin derecho a indemnización".

"Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daño y perjuicios.

Quando del daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o

permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo más alto que este en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles, y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código".

"Artículo 1917.- Las personas que han causado en común un daño son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este capítulo" y, demás relativos y concordantes de este código.

Por último la ley señala que la reparación exigible a terceros, con carácter de responsabilidad civil,

independientemente de la responsabilidad penal, en los términos preinsertos, se tramitará conforme a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, en su Capítulo VI en lo referente a la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado (cito).

"Artículo 489.- La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, debe ejercitarse por quien tenga derecho a ello ante el tribunal que conozca de lo penal; pero deberá intentarse y seguirse ante los tribunales del orden común, en el juicio que corresponde cuando halla recaído sentencia irrevocable en el proceso sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intente fuere un particular. Esto último se observará cuando, concluida la instrucción, no hubiere lugar a juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil. Cuando promovidas las dos acciones hubiere concluido el proceso, sin que el incidente de reparación del daño este en estado de sentencia, continuará conociendo de él el Tribunal ante quien se halla iniciado".

Jurisprudencia. Reparación del Daño carácter de pena pública de la. La reparación del daño tiene

carácter de pena pública lo que procede a su satisfacción en el caso que se lesione el patrimonio ajeno, sin que para ello sea indispensable la petición de la misma por el lesionado en su patrimonio. Séptima época segunda parte, volumen 36, página 36, Amparo directo 3418/71 Pérez Gonzalez, relacionada a tesis 270, visible a fojas 590 del apéndice citado.

En lo referente al Artículo 30 (Ambito comprensivo de la Reparación del Daño). La reparación del Daño comprende (cito):

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II. La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados; y

III. Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor o los bienes obtenidos por el delito.

De esto se desprende de una manera importante la adición respecto a la estructura, pues establece con toda claridad que la reparación del daño comprende no sólo la restitución de la cosa obtenida por el delito sino también los

frutos, accesiones y el pago en su caso de deterioros y menoscabos.

Se contempla otros de los cambios substanciales que se han hecho en materia de reparación del daño con el objeto de lograr una efectiva protección para los ofendidos, señalándose que estos tienen derechos no sólo al resarcimiento de los daños materiales o morales sino también a la indemnización por los perjuicios habidos en virtud de la comisión del delito. Es de explorado derecho que de la privación de una ganancia lícita, es una de las dos grandes formas en que puede afectarse el patrimonio del sujeto de derechos; esto es tanto el daño como el perjuicio, entrañan afectación al patrimonio, motivo por el cual resultaba urgente especificar que tanto uno debe resarcirse como el otro indemnizarse.

Como puede observarse en el Código Penal continúa sin aludir a los frutos, accesiones y al pago en su caso de deterioros y menoscabos.

Ahora bien en lo referente a los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del Código Penal observaremos que de una manera lógica que el titular del derecho al pago de la multa y en algunos casos lo es también al derecho de la reparación, es el Estado, es decir, que para asegurar el pago de la multa o la reparación, el estado no tiene que recurrir al procedimiento ejecutivo seguido ante el juez penal o el juicio de carácter civil que a ese efecto se pudiera intentar, sino que tales

derechos se harán efectivos al procedimiento administrativo de ejecución, que la doctrina a llamado facultad económica coactiva. Esto es, la multa y la reparación en estos casos, deberán ser conceptuadas como créditos fiscales que el Estado puede hacer efectivos en vía de ejecución forzosa.

Cuando la reparación del Daño sea a favor del Estado, procede a aplicar las disposiciones fiscales a que se refiere el comentario anterior. Cuando la reparación es distinta del Estado procede hacerla efectiva oficiosamente por el juez penal atendiendo las prevenciones de la Ley respecto a la ejecución. La persona distinta del estado que tenga derecho a la reparación puede elegir entre dos responsabilidades:

1. Que el juez penal haga efectiva de oficio la reparación, siguiendo los mandatos de la ley civil con respecto al procedimiento de ejecución, o bien;

2. Ejercitar por si la acción expedida ante los tribunales civiles, empleado como título ejecutivo la sentencia condenatoria efectiva en cuyo caso por consecuencia lógica el juez penal hara cesar el procedimiento de ejecución iniciando en forma oficiosa.

De lo anteriormente expuesto en este capítulo de esta tesis observaremos que los legisladores actuaron de una manera desigual respecto de toda aquella persona que dentro de algún

proceso punitivo demostró su total y completa inoportunidad y que a su vez por dicha inoportunidad sufrid daños irreparables por lo cual no tiene ningún medio dentro de la vía punitiva exigir dicha reparación, como ya lo dijimos nada más se beneficia al ofendido y al Estado en sí.

CAPITULO V

5. LA REPARACION DEL DAÑO CUANDO EL PRESUNTO RESPONSABLE OBTIENE SENTENCIA ABSOLUTORIA.

5.1 ¿Qué se debe entender por Daño?

5.2 El Daño Moral.

5.3 El Daño Patrimonial.

5.4 El Daño Social.

5.5 ¿Qué se entiende por Reparación?

5.6 La sentencia absolutoria por la inculcación de un
delito del orden patrimonial.

5.1 ¿QUE SE DEBE ENTENDER POR DAÑO?

En su sentido etimológico, el término daño viene del latín "damnum" que significa: "mal, perjuicio, aflicción, privación del bien" (15). Enciclopedia Omeba, Edit. Buenos Aires, Argentina, Pág. 544

En el campo normativo jurídico, se entiende por daño "toda lesión, disminución o menoscabo, sufrida por un bien jurídico" (16). Idem.

Siendo menester considerar que el presente trabajo ha sido enfocado tras la premisa que se hace consistir, en que aquel individuo dentro del proceso criminal fue considerado absuelto de la causa que se le imputa, y en específico tratamos los delitos de orden patrimonial.

Es decir, hasta que grado podemos considerar, el daño que se le causa al sujeto "Activo?", en relación al proceso en donde fue violada su esfera legal, en lo referente a las garantías tuteladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que si bien es cierto el ejercicio de la acción penal reunid en su momento

(15) Enciclopedia Omeba, Edit. Buenos Aires, Argentina, Pág. 544

las formalidades exigidas por la ley, para iniciar un proceso en contra del supuesto delincuente, esto no significa que al haberse valorado, bajo el dogma del procedimiento y la oportunidad probatoria que nos lleva a considerar la inocencia de este, que aquellas personas que de manera directa o indirecta actuaron con dolo, ocasionando con tales actos, un daño de irreversible consecuencia que sólo puede resarcirse, tras las consideraciones que en este trabajo se proponen.

Toda conducta prohibida que perjudique el ámbito de libertad a que tiene derecho toda persona, la debemos considerar como una conducta ilícita, ya sea ésta tanto por hacer como por dejar de hacer y que a su vez provoque un menoscabo, lesionando o alterando el patrimonio del sujeto "Activo", así como también puede repercutir en su aspecto personal, en relación a su honor, reputación y desde un punto de vista causar un trauma.

Lo anterior se conceptualiza con la simple aplicación lógica de la ilicitud, en que algunos sujetos, sea por sí o a través de nuestro sistema, el cual permite el encuadramiento de delitos con la simple camaradería o disgusto de quienes por mandato constitucional les fue delegada dicha facultad, y que a resultas de una defensa propia queda demostrado tal evento, pues tanto las obligaciones ciudadanas de hacer o de no hacer, que con ello

no hacen sino agravar la situación jurídica del indiciado que en el proceso fue considerado absuelto de todos aquellos delitos por los que fue juzgado, provocando con ello los menoscabos antes aludidos.

Ahora bien se ha considerado prudente una clasificación del daño, subdividida en tres apartados que repercuten en el ámbito de aplicación de la Ley en contra del indiciado, es decir, el daño moral; daño patrimonial y daño social.

5.2 DAÑO MORAL.- "Es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la Ley." (17) Enciclopedia Omeba, Edit. Buenos Aires, Argentina. Pág. 604

Al referirse esta definición a que no es un daño patrimonial se refiere a aquel ataque que sufre el sujeto en su integridad física, a su reputación, dignidad, repercutiendo esto en la disminución de sus negocios, disminución de su actividad personal y capacidad para obtener riquezas en lo referente a todo aquello que cause una perturbación de carácter económico, así como también su libertad como ser humano, en lo referente a su familia desde el punto de vista de la honorabilidad de esta, estas disposiciones legales no únicamente amparan bienes

(17) Enciclopedia Omeba, Edit. Buenos Aires, Argentina. Pág. 604

económicos, si esto ocurriera en la actualidad las disposiciones antes descritas perderían su alcance social, pues la finalidad de dichos ordenamientos tiende a proteger aparte de lo económico los valores afectivos, atendiendo a esto como ya lo citamos en párrafos anteriores; hasta que grado se perjudica a una persona por la incoación de un hecho ilícito, en el cual por las condiciones y los medios de prueba existentes en el proceso, se demostró de manera plena la inocencia del indiciado.

Es menester hacer mención que nuestro código punitivo nada más protege a la persona supuestamente ofendida, y deja en un total estado de indefensión dentro de esta vía, para que el sujeto "Activo" pueda hacer valer sus derechos en lo que respecta a la reparación del daño que se le ha causado y más aún si es privado dicho sujeto de su libertad, que para todo ser humano es lo más preciado en su vida y que de dicha privación repercute desde un punto de vista moral en el rechazo que de forma directa e indirecta sufre el procesado por lo que respecta a sus familiares y amistades, así como también en lo referente a las personas que intervienen en el proceso.

5.3 DAÑO PATRIMONIAL.

Daño patrimonial es aquel que por su naturaleza recae sobre los bienes jurídicos tutelados, ya sean éstos muebles o inmuebles.

La reparación de este tipo de daño esta prevista en la fracción II del artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal y territorios federales, el cual establece que la indemnización del daño material comprende el pago de daños y perjuicios causados por el delito al modificar una situación jurídica existente. El artículo 1515 del Código Civil para el Distrito Federal establece "el reestablecimiento de la situación anterior al daño. El daño material representa la cuantificación pecuniaria de la diferencia entre la situación anterior al delito y la resultante de él.

Para Román Lugo, el daño material consiste en "el menoscabo directo que se ha sufrido en el patrimonio, lo mismo que las ganancias lícitas que el perjudicado dejó de obtener".

De la definición anterior se desprende que el daño patrimonial puede ser presente o futuro, es decir, presente cuando nos referimos a la detención del sujeto activo y futuras, en cuanto que de manera directa no repercuten en el sujeto, sino que se derivan por la

incoación de un hecho ilícito. (18) Raúl Carranca y Trujillo, Raúl Carranca Rivas, Código Penal anotado, Ed. Porrúa, 11a. Edición, p.158

DAÑO SOCIAL.- Lo debemos entender como el menoscabo que sufre el procesado en cuanto a su imagen ante el núcleo social en que se desenvuelve, es decir, que el sólo hecho de ser procesado por la imputación de un hecho ilícito, la sociedad lo cataloga como un delincuente al cual se le debe de aplicar todo el rigor de nuestra Ley Punitiva, sin importarle a ésta el cómo se tuvo por acreditado el cuerpo del delito y más aún no le importan a dicha sociedad si las excluyentes o medios de defensa que han sido aportados en la secuela del procedimiento para acreditar su inocencia, fueron plenamente convincentes en el proceso.

De lo expuesto en el párrafo anterior hay que hacer mención que dentro del procedimiento, el representante de los intereses legítimamente tutelados por la sociedad lo es el Ministerio Público; sin tomar en cuenta que tal supuesto representativo en el caso que nos ocupa, ya ha causado el mencionado daño social que nos atrevemos a considerar como de irreversibles consecuencias, pues por el hecho de procesarlo lo catalogan socialmente como un delincuente, aún cuando dicha persona halla acreditado su

(18) Raúl Carranca y Trujillo, Raúl Carranca Rivas, Código Penal anotado, Ed. Porrúa, 11a. Edición, p.158

total y completa inocencia, de manera tal que de cualquier forma; inocente o culpable quedará la duda en dicha sociedad, con sus amistades y aún en la misma familia; si la persona es digna de confianza o no de llevar acabo para sí o para la misma sociedad ciertas actividades que requieren de la total y completa credulidad.

Además de considerar que dentro del llamado daño social, al sujeto se le causa un daño psicológico de irreparables consecuencias, en el supuesto de haber sido privado de su libertad, en lugar de readaptarse a la sociedad entran en juego los resentimientos causados por la falta de convivencia con sus familiares y en su modus vivendi, no obstante que podemos considerar un hecho el rechazo total de la sociedad para con tal personaje; y a su vez el rechazo de él mismo ante la sociedad, originando con esto a que dicha persona por voluntad propia y más aún con característica de una venganza cometa conductas ilícitas encaminadas a producir graves ataques para lo sociedad.

De lo establecido en el párrafo anterior es menester señalar que nuestro sistema procesal punitivo en lugar de aminorar el índice de criminalidad, lo acrecenta, además de propiciar gastos excesivos por parte del gobierno en la manutención y rehabilitación, que es una causa de extinción del derecho de ejecución, pero no de la acción penal, la rehabilitación tiene por objeto reintegrar al

condenado en los derechos civiles o de familia que había perdido en virtud de una sentencia dictada en un proceso y en cuyo ejercicio estuviere en suspenso, (art.- 99 C.P.), La rehabilitación fue conocida en Roma con el nombre de *restitutio in integrum*. En Francia se conocieron desde 1670 las *lettres de réhabilitation* por las que se devolvía su buena reputación al que había cumplido su condena. Entendida como una concesión graciosa del Soberano, actualmente se ha transformado en un derecho reconocido a quien habiendo llenado los requisitos legales, la solicita; derecho que no trata para que deban tenerse en cuenta las condiciones personales de los condenados, asociado al criterio objetivo de la gravedad del hecho punible el subjetivo de la índole del delincuente.

En nuestro derecho la rehabilitación la pronuncia el Congreso de la Unión y se publica en el Diario Oficial, comunicándose al tribunal o juzgado que pronunció el fallo irrevocable para que se hagan las anotaciones en el toca o en las actuaciones de primera instancia. El que la solicite deberá hacerlo ante el tribunal o juzgado que dictó el fallo irrevocable, acompañar a su recurso un certificado de la autoridad correspondiente acreditando que extinguió la pena impuesta, o que le fue conmutada o indultada; y otro de la autoridad administrativa del lugar en que residió desde que comenzó la inhabilitación o la suspensión y una información recibida con intervención de dicha autoridad

comprobando que el peticionario observó buena conducta continúa desde que comenzó a extinguir la sanción y que dio de pruebas de haber contralado hábitos de orden, de trabajo y de moralidad. Cuando la suspensión fuere por menos de 6 años tendrán que transcurrir 3, contados desde que comenzó a estar en vigor la sanción. El Ministerio Público tiene intervención en el incidente. El reo a quien se negare la rehabilitación no podrá solicitarla de nuevo sino cuando haya transcurrido un año desde la negativa. (arts.- 603 a 610 del C. P. P.), de manera tal que en los supuestos a los que nos hemos referido en el cuerpo del presente estudio, el daño social ha sido causado y necesario es repararlo en los términos que la propia legislación lo establezca, caso en el cual encontramos propuestas de adecuación de las figuras jurídicas expuestas, como una reforma propicia para el nuevo Código Penal y de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

QUE SE ENTIENDE POR REPARACION

Dentro de la lengua castellana es considerada como una acción o efecto de enmendar un agravio, lo que en nuestro caso nos lleva a recopilar que la enmienda será cuantificada en los mismos términos en que se causó el daño, conocido éste desde los tres puntos de vista anteriores; que como es sabido nos ocupamos de analizar para determinar LA

REPARACION DEL DAÑO AL PROCESADO, cuando es considerado INOCENTE del delito o acto ilícito que se le imputa.

Nuestra legislación ha tenido consideraciones radicales con la reparación del daño al ofendido por la comisión de un agravio en sus derechos, dejando de establecer normativamente que el procesado también puede y es, en repetidas ocasiones sujeto de agravios irreparables. Vale establecer que si nos adecuáramos a la hipótesis de la trilogía procesal, (19) Principios Generales del Proceso, edit. Obregón y Heredia, S.A. 1a. edición 1983, el Estado resulta responsable por la comisión de tan agravantes circunstancias en contra del procesado inocente, pues al tener éste el monopolio del ejercicio de la acción penal representado por el Ministerio Público y que éste se encuentra obligado en los términos de las leyes y reglamentos correspondientes, a satisfacer los extremos del cuerpo del delito y demás circunstancias para incoar un proceso, por que no ha de ser responsable y obligado a la reparación del daño que se causa al procesado que al través del proceso acredita los extremos de su inocencia o excluyentes de responsabilidad.

Entendemos en tal caso, que el efecto de resarcir el agravio es en todo caso materia de la resolución definitiva que se dicte en el proceso, pues si la

(19) James Goldsmith Principios Generales del Proceso, edit. Obregón y Heredia, S.A. 1a. edición 1983

legislación penal vigente establece los mecanismos para que en todo caso el OFENDIDO vea resarcir su agravio a través del incidente respectivo y además exigiéndolo a terceras personas; por que no habrá de incoarse un proceso incidental en favor del procesado absuelto que fue seriamente lesionado por la imputación del hecho ilícito y considerado inocente por el propio orden judicial.

LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DEL PROCESADO POR LA INCUACION DE
UN DELITO DEL ORDEN PATRIMONIAL.

Entendemos por sentencia, la resolución que pone fin a un proceso cuando se han llevado a cabo todas las formalidades necesarias para resolver el proceso, la sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional, pues en ella el órgano encargado de aplicar el derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su jurisdicción, analizando con todo detenimiento la esencia de la resolución que se estudia. En la sentencia el Juez determina el enlace de una condición jurídica, con una consecuencia jurídica en cuya faena sobresalen tres momentos en su creación: el llamado conocimiento, el juicio o clasificación y finalmente el de voluntad o decisión al que en este punto nos referimos.

El de conocimiento consiste en la labor que se realiza por el C. Juez para conocer qué es lo que jurídicamente existe, basándose en los hechos que se tengan acreditados en la fase de averiguación previa y bajo las reglas establecidas, en cuyo caso se interpretan dándole una valoración exclusivamente lógica en la que el juzgador, por medio de ratiocinios determina el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado y, por último el momento de la voluntad que se ubica en la actividad que realiza el Juez al determinar cuál es la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado dentro del tipo a juzgar.

Se dice que en la sentencia no hay ningún acto de voluntad, sino una exclusiva interpretación lógica de preceptos jurídicos, merced a la cual se desemboca una sola decisión. En las resoluciones del órgano jurisdiccional se debe tomar en cuenta que existen otras resoluciones que se establecen como tales, pero en el caso la sentencia es aquella que da fin a la instancia resolviendo el asunto en lo principal, en cuyo caso los requisitos de esta son:

El lugar en que se pronuncie, los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, si lo tuviere, el lugar de nacimiento, su edad, su estado civil, su residencia o domicilio y su profesión. Un extracto breve de los hechos, exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos de la sentencia, las consideraciones y los fundamentos legales de

la sentencia, así como, la condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutive.

Los requisitos de fondo emanan de los conocimientos y del ánimo que se ha creado en el juzgador con el estudio del proceso, sin que le sea posible salirse de determinados principios como lo son la existencia o inexistencia de un delito jurídico, la forma en que un sujeto debe jurídicamente responder ante la sociedad, por la comisión del acto delictivo y la relación jurídica que existe entre un hecho y una consecuencia comprendida en el derecho.

Desde un punto de vista etimológico se define con el latinismo "sentiendo", lo cual significa que es una decisión judicial sobre una controversia o disputa, y se ha discutido doctrinalmente como un hecho o acto jurídico, y a su vez es un documento con formalidades establecidas en la legislación aplicable, la sentencia se encuentra vinculada necesariamente con la acción penal, según lo expone el maestro Guiliano Allegra citado por Sánchez Cúlin, (20) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, edic. 10a. pág. 478) quien desmerece la hipótesis citada con los argumentos necesarios y con apoyo en la legislación mexicana, manifestando que la acción poco tiene que ver con la sentencia en sí misma, pero sin someterse en las

(20) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, edic. 10a. pág. 478)

formalidades que se requieren en la acción penal, pues a través del proceso el Juez efectúa un análisis de los hechos y formula su conclusión con la sentencia.

Se dice que la problemática de las sentencias que se vinculan con la acción penal, consisten en dos supuestos; El nomen iuris y la facultad del Juez para rebasar el pedimento de la pena en la sentencia, el primero de los supuestos se da cuando el Ministerio Público ejercita equivocadamente la acción penal o tipifica erróneamente el hecho delictivo, el segundo caso se da cuando en la secuela del proceso se aportan datos que no estaban contemplados dentro del ejercicio de la acción penal, los cuales aumentan la pena solicitada por el Ministerio Público y por ende se subsana por la atribución constitucional del artículo 21 que le otorga al órgano jurisdiccional, pues tal sería el caso que abdicaría la facultad de juzgar.

Tales pensamientos nos conducen a establecer que pueden existir diversas clases de sentencias, unas condenatorias y otras de carácter absolutorio, la sentencia de condena es la resolución judicial que se encuentra sustentada en los fines específicos del procedimiento penal, afirmando la existencia del delito y, tomando en cuenta el grado de responsabilidad del sujeto activo, lo declara culpable, imponiéndole por este hecho una pena o una medida de seguridad; mientras que la sentencia absolutoria

determina la absolución del procesado en virtud de que la verdad histórica patentiza la ausencia de conducta, la atipicidad; o, aún siendo así, las probanzas no justifican la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

La sentencia que nos ocupa en los casos o supuestos de los delitos denominados patrimoniales, deberán llevar consigo no sólo la absolución del procesado como en cualquier caso sería, tratamos en sí que el procesado que ha demostrado su inocencia debe ser objeto de la reparación de los daños causados por tal efecto, es decir, que la sentencia que absuelva en un proceso que se trata específicamente de los delitos del orden económico, deberá establecer en sus consideraciones y aún en los puntos resolutivos, una reparación en favor de éste, lo cual nos lleva a analizar que y en que casos deberá el órgano jurisdiccional condenar en su sentencia absolutoria a aquellas personas que han dañado al procesado.

Tales supuestos se basan en todos y cada uno de los hechos expuestos en el transcurso del presente trabajo, la sentencia absolutoria por llamarla técnicamente como tal, deberá contener una condena contra los que a juicio del Juez son responsables del agravio al procesado, con ello se acarrearán severas consideraciones por parte del órgano judicial que conoce y resuelve del proceso, ya que

habrá de determinarse si en el ejercicio de la acción penal se actuó con negligencia o notoria imprudencia por quienes ejercen el monopolio de la acción mencionada o, puede ser el caso que aún en estricto apego a los cánones establecidos por la legislación punitiva, y atendiendo a la ética del Ministerio Público, se comprobó el cuerpo del delito y los elementos del tipo delictivo; dando paso a la acción correspondiente pero ya bajo la función jurisdiccional se puede asumir responsabilidad de aquellas personas que faltando al deber ciudadano, a la moral y a las buenas costumbres, ayudan a mantener ciega la justicia provocando el mencionado daño al procesado. Por eso se considera en este trabajo que el procesado debe ser resarcido por tales agravios y a su vez, el órgano jurisdiccional se obligue a analizar con toda certeza y credibilidad los elementos probatorios de las partes, para que de ser así en la sentencia se devuelvan los derechos que le fueron violados.

Lo que pretendemos establecer es que en dichas resoluciones el C. Juez debe CONDENAR a los responsables del agravio causado al procesado absuelto, sea que fuere el Ministerio Público o en su caso el querellante u ofendido y por que no, aquellos que de manera directa o indirecta intervinieron dentro de la secuela del proceso para mantener al procesado privado de sus derechos.

Como se ha tratado en el transcurso del presente trabajo, la reparación del daño causado a las personas que han sido objeto de un proceso penal es, y debe ser objeto de atención por las legislaturas contemporáneas aún cuando sería un problema social de insospechadas consecuencias, el hecho de resarcir a los individuos que dentro de un proceso han sido considerados inocentes del delito que se les imputa, por que en la mayoría de los casos son evidentes las causas generadoras de conductas típicamente delictivas, pero en otros es clara la obsesión de quienes encuadran delitos engañando al Ministerio Público para ver satisfechas sus ansias de venganza o, como lo es el caso de aquellas personas que comparecen en los procesos con el único propósito de recibir una cantidad de dinero para declarar cosas, hechos o circunstancias que nunca existieron, por ello nos hemos vistos obligados en la elaboración del presente trabajo ha tratar una solución justa y obligada en favor de aquellas personas que siendo acusadas de la comisión de un acto delictivo del orden patrimonial y que resulten inocentes, se vean resarcidos por el daño que le han causado las personas que los han mantenido privados de sus derechos.

De tal manera que la reparación del daño que se guarda en nuestra legislación penal, no sólo debe

atender al supuesto ofendido y las personas que señala el artículo 30 Bis del Código Penal, como acreedores en contra del procesado o de las terceros que se mencionan en el artículo 32 de la ley en cita, sino como lo hemos expuesto la sentencia al estudiar el proceso debe atender a todas las infracciones de la ley, ya que al exponer el concepto de daño hemos establecido que en sus tres clases le repercuten al procesado, siendo por ende necesario que al absolver a éste del cumplimiento de una condena se tome en consideración que tales actitudes deben ser castigadas por el órgano jurisdiccional conocedor de la causa, y condenarle al resarcimiento de los daños causados.

Dentro de la legislación penal se establece que el daño debe ser resarcido en dos curiosas formas, primero se da ante el juez o tribunal que conoce de la acción penal con la salvedad de que no se haya cerrado la instrucción, lo cual significa que habrá de intentarse en la vía incidental dentro del mismo proceso y la segunda; cuando en el proceso no se lleve a cabo el ejercicio de tal derecho de resarcimiento, el artículo 539 del Código de Procedimientos Penales, faculta al ofendido o a quien sus derechos represente para que exija ante la jurisdicción civil la reparación del daño que se crea procurado en su favor. Tales actitudes por el de resarcimiento de un daño supuestamente causado, debe de ser reciproco en relación al procesado que como hemos dicho fue considerado inocente de

la comisión de delito alguno, por tales motivos pretendemos justificar que el resarcimiento del daño causado por tales inconvenientes que ha sufrido el procesado deberán también resolverse en la sentencia absolutoria que se dicte en el proceso, ya que la promueva con posterioridad a la ejecución definitiva y ante la misma jurisdicción por que al dictarse esa condena en contra del responsable del daño causado, lo hará la propia autoridad concedora de la causa pues como hemos manifestado en el tema que precede en los considerandos de la sentencia absolutoria el Juez bajo su más estricto criterio deberá señalar si existen elementos suficientes para proceder a la reparación del daño en favor del procesado, señalando a su juicio quienes tuvieron tal responsabilidad y por ende la obligación de reparar tal agravio, en la inteligencia que el Estado como órgano rector y con el monopolio de la acción penal debe igualmente verse obligado a resarcir de tales agravios, no obstante que si bien es cierto existe en nuestra legislación una responsabilidad por parte de los servidores públicos sea el Estado quien ejerza tal responsabilidad en contra de quienes se considere responsables y no que lo sea el procesado cuando tras ser sometido a un proceso todavía se vea obligado a acudir ante la jurisdicción para ver satisfecha la reparación del daño causado.

Ahora bien, se puede dar el caso en que no sólo una de las partes mencionadas con anterioridad sea la

responsable del a#o causado, sino el Organo Jurisdiccional considera que el Estado procurador es parcialmente responsable de los da#os causados al procesado que efectivamente haya demostrado a ciencia cierta su inocencia, siendo prudente establecer una dualidad de la obligaci#n por quienes sean solidariamente responsables del da#o.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tras una sistematización en el estudio de la tesis sustentada, encontramos que en los antecedentes históricos del derecho penal la denominada reparación fue tratada por el derecho romano como una figura jurídica inmersa dentro del derecho civil "delicta privata", que al considerar los delitos estableció como reparación del daño por el supuesto delincuente y una multa, estableciendo dentro del ius civile los delitos de robo, daño en propiedad ajena y las lesiones, por lo cual las legislaciones contemporáneas no han dejado olvidado el hecho de resarcir a quienes con una conducta típica de la Ley penal, se obliquen por sí o por interpósitas personas a reparar el daño causado, aún con los bienes propios del delincuente.

Es decir, que dentro de los antecedentes históricos a los cuales nos hemos referido en el presente trabajo, en todos y cada uno de los derechos europeos sea cual fuere la época, de una u otra forma se castiga al delincuente con la reparación del daño causado por la comisión de un acto ilícito.

SEGUNDA: La creación de la Ley penal en la legislación mexicana, tras años de debates por las fuerzas políticas y la inestabilidad social del país, obtuvo su máximo esplendor con la creación del Código Penal de 1931

puesto en vigor en el año de 1929 aún con sus problemas y demás circunstancias de debate entre la comisión creadora y la revisora, que al considerar tal actitud como un sistema dogmático en el proceso legislativo que de forma alguna traía aparejada la sustentación definida de los delitos y las penas, y que si bien es cierto el criterio jurisdiccional las aplica en forma severa y enérgica por considerar benigna a la ley, en el caso que nos ocupa tales circunstancias traen consigo la reparación del daño por parte del delinciente que puede ser en su caso exigible a terceras personas, de manera tal que al a ver estudiado las escuelas penales y en específico la imposición de una pena a quienes cometen un acto delictivo en sus variadas formas, deben ser aplicadas en su más estricto orden en contra de aquellas personas que afectan de manera directa al procesado que es considerado inocente en la comisión de alguno de los denominados delitos patrimoniales.

TERCERA: Tras la concepción del delito por las diferentes doctrinas y cuerpos de leyes, nos ocupamos de clasificar al delito en sus variadas formas y establecemos específicamente que en relación a los delitos patrimoniales, los criterios de clasificación nos llevan a establecer que la conducta delictiva del sujeto es un ánimo Psíquico basado en la insuficiencia de la sociedad para satisfacer en el orden económico, las necesidades del sujeto que vive en sociedad y por ello el Estado protege el interés social y

orden público a través de las instituciones previamente establecidas, como lo son el Procurador y los demás organismos de investigación.

Es decir, que el Ministerio Público tiene la obligación de satisfacer los requisitos constitucionales en la averiguación de las conductas delictivas que le son hechas de su conocimiento, comprobando del cuerpo del delito según se establece en el Capítulo I, Sección Primera, Título Segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por ende consideramos en este trabajo que el representante de la sociedad debe ser responsable de la reparación de los daños que se causen a aquellos procesados por delitos patrimoniales cuando a juicio del órgano jurisdiccional se ejercitó la acción penal sin satisfacer los requisitos que establecen los Artículos 14 y 16 Constitucionales.

CUARTA: La responsabilidad de la reparación del daño al inculpado que resulte ser inocente en los procesos de los denominados delitos patrimoniales, no sólo debe ser responsabilidad del titular que ejercitó la acción penal, sino por aquellas personas que participaron directa o indirectamente en la averiguación y el proceso que se siga en contra del indiciado, ya que ese hecho de consecuencias jurídicas como lo es el adecuar conductas dentro del tipo para incurrir un proceso es también una conducta ilícita, la

que debe de ser tomada en cuenta independientemente de que se inicie una averiguación previa por el órgano jurisdiccional en el momento en que dicte la resolución definitiva absolviendo de cualquier pena al procesado en los delitos patrimoniales.

QUINTA: Nuestra legislación vigente establece que para el ejercicio de la acción penal se satisfagan determinados requisitos que establece nuestra Constitución. de igual forma la legislación común considera que ejecutada una orden de aprehensión y dentro del término constitucional se le harán saber las garantías que le otorga el artículo 20 de la misma Constitución, además se le recibirán todos los testigos y demás pruebas que ofrezca en términos legales; (artículo 290 del C.P.P.) de manera tal que si tomamos en consideración que con tales argumentos un procesado tiene la oportunidad de demostrar en ese acto su inocencia a efecto de que no se le cause un daño por la incoación del proceso en los delitos del orden patrimonial, concluimos que es pertinente otorgar no un término de tres días como lo establece el artículo 19 de la Constitución, en virtud que dicho término es demasiado corto para hallegarse de los medios de prueba necesarios para provocar una convicción justa en el ánimo del Juez que le resulte favorable al indiciado y, con ello evitar un agravio en su patrimonio que sea objeto de reparación como consecuencia de un proceso.

SEXTA: Al establecer nuestra legislación penal una norma jurídica en la cual se establece la reparación del daño, debe tomarse en cuenta que el daño no sólo puede ser en agravio del ofendido, pues éste se causa al procesado tras a verle sujetado a un proceso penal sin que se hayan satisfecho los requisitos constitucionales o existan declaraciones apócrifas por quienes intervienen en el asunto, de manera tal que el legislador debe tomar en consideración los argumentos estableciendo en favor del procesado inocente en los delitos patrimoniales, otorgando una reparación justa y equitativa por los agravios e inconvenientes recibidos.

Es por ello que concluimos con toda motivación, que en nuestra legislación penal se violan los derechos del procesado que es considerado inocente en los juicios por delitos patrimoniales, ya que no se le procura resarcir del daño causado por tales motivos y por enden se proponen la restitución de la garantía constitucional violada, siendo obligación del órgano judicial conocedor de la causa el obligado procesalmente a repetir en contra de quienes resultan responsables del daño.

SEPTIMA: Las normas jurídicas existentes en nuestra legislación penal, organizan la reparación del daño en el mismo proceso en que se determina la causa, con tal de que no se haya cerrado la instrucción, resolviéndose en vía

incidental o en su caso alternativamente propone la responsabilidad civil ante el Tribunal correspondiente y conforme al procedimiento civil establecido.

De esta manera se propone que el procesado inocente en los delitos patrimoniales, se vea favorecido por el Órgano Jurisdiccional que al dictar la sentencia definitiva en sus considerandos determine, no sólo los elementos que lo llevaron a considerar su inocencia, sino que también utilice su facultad jurisdiccional para determinar quién o quienes deben de ser considerados responsables de la reparación de los daños causados.

En tales supuestos consideramos que el Órgano Jurisdiccional conocedor de la causa, debe ser el responsable de ejecutar la sentencia que condena a la reparación del daño en favor del procesado.

OCTAVA: Se propone que en relación a los delitos del orden patrimonial, en cuyo caso los responsables por la comisión de la conducta ilícita no sean detenidos en flagrancia, obtengan su libertad aún con sujeción al proceso garantizando la reparación del daño supuestamente causado, ya que hemos visto en la práctica profesional que en reiteradas ocasiones se demuestra en el proceso la inculpabilidad del procesado por el mismo Órgano judicial y en ocasiones por el Tribunal de alzada correspondiente. Es

por ello que a efecto de evitar se le cause un daño de irreparables consecuencias proponemos la modificación de las leyes correspondientes otorgando los presupuestos legislativos necesarios.

NOVENA: Dentro de los daños que se causan a un procesado en los delitos patrimoniales aundando en los de daño social es menester hacer mención que las personas que son privadas de la libertad por la supuesta comisión de un delito de los denominados patrimoniales, en lugar de que se readapte a la sociedad, saldrá con el ánimo de hacerse justicia propia y más aún de la comisión de un delito de mayor gravedad por lo cual concluimos que en todos y cada uno de los delitos abarcando en estos los patrimoniales y demás a que hace mención el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales salvo en el caso de que no sean de aquellos en flagrancia alcanzen fianza, esto es con el objeto de evitar el gasto excesivo por parte del Gobierno y a su vez no exista una sobresaturación en los centros de readaptación social, lo que traerá aparejada una pronta y expédita impartición de la justicia.

DECIMA: Acorde con la estimación efectuada en el resultado del proceso, establecemos que al ser objeto de un agravio el procesado en los delitos patrimoniales, el Organo Jurisdiccional debe tomar razón de los elementos que lo llevan a daterminar que el sujeto activo del delito es

considerado inocente del delito que se le imputa, por lo que dentro de las consideraciones de la sentencia que determina la libertad de éste, no sólo fundamentará tal ánimo sino que de igual manera aplicando la experiencia y el análisis cronológico del procedimiento penal en su tres fases, determinará el número de personas que se verán obligadas a satisfacer el agravio causado al procesado, determinando una REPARACION de DAÑO en favor de éste.

Tal actitud jurisdiccional debe encontrarse fundamentada en la norma jurídica aplicable, a efecto de que no exista violación legal alguna en contra de los responsables y, la justicia sea igual para todos. Además se propone que el órgano judicial que conoció de la causa, sea el mismo que ejecute la resolución supracitada para no verse afectada por disparidad de criterios por el Tribunal de Alzada.

UNDECIMA: Se concluye que nuestro Código Penal para el Distrito Federal deberá estar sujeto a estudio, pues al considerar prudente la reparación del daño al procesado en los delitos del orden patrimonial, el artículo 30 Bis de la Ley en cita tendrá que considerar como sujeto de reparación al procesado que reúna las características que hemos venido comentando en este trabajo de tesis.

BIBLIOGRAFIA

VILLOBOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 5a. Edición.

MARGADANT S., Guillermo F. Derecho Romano, Ed. Esfinge. 5a. Edición.

CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos elementales del Derecho Penal, Ed. Porrúa, 21a. Edición.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa, 96a. Edición.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, Corpus Delicti y Tipicidad Penal, en Cuadernos Criminalla, No. 19 México, 1956.

JURISPRUDENCIA 86, p.186, secc. Primera Vol. Primera Sala, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1966.

PENAL PRACTICA, Ediciones Andrade, S.A., 3a. Edición, 1990.

GUIA PRACTICA PENAL, Ediciones Andrade, S.A., 3a. Edición. 1990.

LEGISLACION PENAL PROCESAL, Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial SISTA.

Ejecutoria visible Tomo XXV, p.1667, bajo rubro: Amparo Penal Directo, Suárez, Alfonso, 19 de Marzo de 1929, unanimidad 4 votos.

Ejecutoria visible Tomo XXXIV, p.9, sexta época, 2a. parte bajo rubro: Amparo Directo, 746/60 Luis Castro Malpica, unanimidad 4 votos.

Ejecutoria visible Tomo CXXIV, p.408, bajo rubro: Amparo Directo, 256/55 10 de Noviembre de 1955, unanimidad 4 votos.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Ed. Buenos Aires, Argentina.

CARRACA Y TRUJILLO, CARRACA RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, 11a. Edición.

PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO, Ed. Obregón y Heredia, S.A., 1a. Edición, 1983.

DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Ed. Porrúa, 10a. Edición.