



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

560  
2Ej

"LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 34 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LA REPARACION DEL DAÑO QUE DEBE REALIZAR EL ACUSADO EN LA AVERIGUACION PREVIA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES, CUANDO SE DECRETA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
MARIO MEDINA RODRIGUEZ

MEXICO, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

ALEJANDRO DELINT GARCIA

ABOGADO

México, D.F., a 3 de Noviembre de 1994.

C. DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS,  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO  
PENAL EN LA FACULTAD DE DERECHO.  
U. N. A. M.  
P R E S E N T E .

Por esta conducto me permito enviarle un cordial saludo, y someto a la vez, a su amable consideración la tesis titulada "LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 34 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LA REPARACION DEL DANO QUE DEBE REALIZAR EL ACUSADO EN LA AVERIGUACION PREVIA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES, CUANDO SE DECRETA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL", la cual ha sido elaborada bajo la dirección del suscrito, por el alumno MARIO MEDINA RODRIGUEZ, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

Considero, que dicho trabajo, reúne los requisitos reglamentarios correspondientes, y por tanto le otorgo mi aprobación respectiva, lo que hago de su conocimiento para los efectos legales a que haya lugar.

ATENTAMENTE .



FALLA DE ORIGEN



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

Cd. Universitaria, 21 de noviembre de 1994.

C. DIRECTOR GENERAL DELA COORDINACION  
ESCOLAR DELA U. N. A. M.  
P R E S E N T E .

El C. MARIO MEDINA RODRIGUEZ, ha elaborado su tesis profesional intitulada: "LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 34 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LA REPARACION DEL DAÑO QUE DEBE REALIZAR EL ACUSADO EN LA AVERIGUACION PREVIA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES, CUANDO SE DECRETA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL", bajo la dirección del Lic. Alejandro Delint García, para obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales.

Atentamente.  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
El Director del Seminario.



FALLA DE ORIGEN

DR. RAUL CARRANCA Y RIVERA, DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A MIS PADRES

FRANCISCO MEDINA CORONA

ROMANA RODRIGUEZ POSADAS

Como testimonio de eterno  
agradecimiento porque gracias  
a su apoyo y consejo recibido  
he llegado a realizar la más  
grande de mis metas. Terminar  
mi carrera profesional, la cual  
constituya la herencia más  
valiosa que pudiera recibir;  
a quien les debe lo que soy y  
lo que sere.

A MI ESPOSA

MARIA EUSTOLIA ESCOBEDO MORALES

Con cariño y amor, por tu apoyo  
y confianza, a quien tuve la  
fortuna de conocer.

A MIS HIJOS

JHENIFER

ERIKA PAOLA

MARIO DANIEL

Con amor y respeto, ya  
que son un tesoro dentro  
de mi corazon

**A MIS HERMANOS**

**Por su apoyo y cariño  
que siempre me brindaron**

**Con mi admiración y  
agradecimiento y que en  
todo momento me ayudaron  
y orientaron para la rea  
lización de este trabajo  
LIC. ALEJANDRO DELINT GARCIA  
LIC. MARIA DEL ROSARIO LA PARRA CH.**

**Por el apoyo que siempre me  
brindaron con gran agradeci  
miento  
LIC. EDUARDO HANS LOPEZ MUÑOZ  
LIC. DANIEL SACRAMENTO HEREDIA  
LIC. ALBERTO VALLE GAY**

A MIS AMIGOS POR SU AYUDA  
EN TODO MOMENTO

A MI FACULTAD DE DERECHO  
DE LA U N A M  
EL CUAL ESTOY MUY AGRADECIDO  
Y MUY ORGULLOSO

AL HONORABLE JURADO

A QUIENES LA VIDA ME UNE  
A TRAVES DE LA AMISTAD

A TODOS GRACIAS

"LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 34 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN CUANTO A LA REPARACION DEL DAÑO QUE DEBE REALIZAR EL ACUSADO EN LA AVERIGUACION PREVIA EN LOS DELITOS PATRIMONIALES CUANDO SE DECRETA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL".

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DELITOS PATRIMONIALES

a).- Derecho Romano.....	1
b).- Derecho Germánico.....	15
c).- Derecho Francés.....	20
d).- Derecho Mexicano.....	25

### CAPITULO II

#### LOS DELITOS PATRIMONIALES

a).- Concepto de Patrimonio.....	38
b).- Generalidades sobre los Delitos Patrimoniales.....	48
c).- División de los Delitos Patrimoniales.....	95
d).- El Patrimonio en el Derecho Penal.....	100

### CAPITULO III

#### DE LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS SUJETAS A UNA AVERIGUACION PREVIA

a).- Concepto de Libertad.....	106
--------------------------------	-----

b).- Naturaleza de la libertad.....	111
c).- Características de la Libertad.....	118
d).- De las Diversas Clases de Libertad	
1.- Bajo Fianza o Caución.....	125
2.- Bajo Protesta.....	130
3.- Con Arraigo Domiciliario.....	131
4.- Por Falta de Elementos para Consignar.....	134
5.- Por Ser Delitos de Pena Alternativa.....	135
6.- Por no Ejercicio de la Acción Penal.....	136

#### CAPITULO IV

##### LA REPARACION DEL DAÑO AL ACUSADO

a).- Concepto de Reparación del Daño.....	139
b).- Reparación del Daño como Pena.....	148
c).- Reparación Patrimonial.....	152
d).- Reparación Moral.....	163
e).- Reparación del Daño dentro de la Averiguación Previa.....	172

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## I N T R O D U C C I O N

Sin duda que el Derecho, como disciplina normativa, es de las ciencias menos exactas con que cuenta el hombre civilizado. Está conformado por una densa gama de matices sociales, para -- los cuales, en cada caso, dispone de alguna norma de regulación jurídica, entre las que encontramos preceptos de tales características que algunos gozan de aplicación indefinida tanto en el tiempo, como en los hechos; en tanto que otros se encuentran limitados cronológicamente, así como en el campo fenomenológico. Los primeros contienen, casi siempre, principios inmutables de justicia imperecederos; los segundos representan formas de normatividad circunstancial o de mera conveniencia práctica, entre los que podemos citar, verbigracia, las leyes fiscales. Empero, unos y otros carecen de la exactitud de las ciencias naturales, pues, o son inmutables, pero de variada aplicación, o son aplicables a un hecho concreto, pero reiteradamente cambiantes.

Es más, podemos encontrar, paradójicamente, en cualquier - estructura jurídica, normas de convivencia que ya prevén, o que pueden regular, hechos que no fueron fuente de su creación, así como situaciones fácticas imprevistas por la ley, para lo cual la legislación y la doctrina se han preocupado por establecer - reglas de interpretación, con el fin de subsanar las lagunas de la ley, que no son otra cosa que omisiones del legislador.

En fin, es tan amplio el número de tópicos y enfoques que contiene el Derecho, que sería irrealizable tratar de condensar los en un proemio. En el Derecho contemporáneo, concretamente en nuestro país, encontramos un tema que, no obstante su importancia y desarrollo desde tiempo inmemorial, no ha sido plasmado sistemáticamente en los códigos: nos referimos a la cuestión de la reparación del daño, entendido ésto, como la lesión inferida a altos valores espirituales y afectivos. Y, definitivamente, este es uno de los aspectos más científicos del Derecho.

Si bien el legislador ha captado la necesidad de regular jurídicamente dicha reparación, lo cierto es que no ha logrado una técnica adjetiva y sustantiva apropiada para ello, de tal suerte que, hasta ahora, el derecho a exigir la reparación del daño moral ha sido materialmente impracticable; es por eso que los postulantes casi no propicien o promuevan acciones encaminadas a lograr el resarcimiento moral, y que nuestros jueces no cuenten con el apoyo legal, ni con la experiencia jurisprudencial suficiente, para decidir controversias que impliquen la valoración de una afección de carácter moral y, por tal motivo, den palos de ciego al fallar este tipo de problemas y esto la práctica forense lo demuestra.

De esta forma, el daño moral queda de hecho impune de - -  
acuerdo a los cauces legales que el Derecho permite, y si a caso  
el Código Civil protege sustantivamente dicho valor humano, en  
cambio deja mucho que desear en su aspecto procesal, por lo - -  
cual es concluyente la falta de seguridad jurídica en lo que se  
refiere a este derecho.

Un Derecho impracticable es sinónimo de un Derecho que no  
existe. Y en el caso de la reparación del daño, en nuestra le-  
gislación, no ha pasado de ser un Derecho vigente sin positiv-  
dad, o sea, más que norma de conducta, se ha visto reducido a -  
simple declaración literaria, sin que haya logrado la obligada  
relación material entre la norma y el hecho. Y todo por falta  
de técnica legislativa.

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DELITOS PATRIMONIALES

Por su propia naturaleza, el egoismo en el ser humano lo hace defender todo aquello que considera como suyo. El ataque a lo que considera de su propiedad hace surgir en su mente un sentimiento de venganza, cuya fuerza dependen del aprecio que haya hecho de sus bienes, la gravedad del ataque y la cultura que posea, al que se auna la idea de recuperar los bienes perdidos. En la Historia de la humanidad, estas ideas y sentimientos de venganza, comunes a todos los hombres, han sido encausados por el Derecho, pretendiendo su satisfacción, en determinados sentidos, atendiendo al avance de la civilización.

#### a).- DERECHO ROMANO

Desde el momento en que el hombre deja de ser nómada para transformarse en sedentario, aparece como consecuencia uno de sus derechos más importantes que es el de la propiedad de los bienes inmuebles; desde luego que ya existía el derecho de propiedad no sobre dichos inmuebles sino sobre otro tipo de bienes que son los bienes muebles. Hablar de bienes muebles o inmuebles es ya colocarnos en una clasificación moderna que se re

fiere a lo que tanto modernos como antiguos denominaban cosas, cuando el hombre primitivo utiliza la piel de un animal o una roca con un poco de filo, ese hombre que mantiene cerca de sí esos objetos sin permitir que sean utilizados por otro sin su consentimiento, ese hombre tiene latente la idea de lo que es la propiedad; y no sólo la idea sino que se encuentra ejercitando un derecho natural que es el ya mencionado de propiedad.

Podríamos considerar que las primeras cosas que el hombre tuvo en su poder eran objetos que por su naturaleza podían transportarse de un lado a otro, mientras que posteriormente el dominio de la tierra nos marcó el camino hacia la posesión de cosas que no podían ser transportadas. En la mayoría de los casos podemos suponer que el hombre permanecía justo en la tierra que consideraba de su propiedad, marcando frente a los demás su territorio tal cual en la actualidad lo hace cualquier animal salvaje. El dominio de ese territorio implicaría la necesidad de protegerlo físicamente frente a los demás, prevaleciendo como en la mayoría de los pueblos primitivos el derecho del más fuerte o del más astuto.

Pero qué sucede cuando por razones naturales ese mismo hombre empieza a tener un territorio mayor o bien tierras que él considera suyas pero que no tiene a su alcance físico, esto desde luego implica ya no un pueblo primitivo sino una sociedad - -

más evolucionada en la que los hombres pueden considerar como -  
suyas cosas sobre las que no ejercen un poder físico inmediato.

El Derecho como instrumento social, como creación del propio hombre debe responder a sus necesidades, es por ello que necesariamente tuvieron que surgir una serie de normas que regularan la conducta de unos hombres frente a otros, respecto de las cuestiones relativas a la propiedad de las cosas, tanto las que se tenían al alcance del dueño de éstas como las que no se tenían a su alcance, pero que alguien las consideraba suyas.

El Derecho de propiedad, surge por ello como un Derecho -- que nace con el hombre mismo y además abarca todas sus áreas de acción; por ejemplo, si pensamos que el hombre tiene derecho al alimento y para ello el hombre primitivo tendría un ave que ha sido capturada por él mismo y el hombre actual tendría una lata con alguna carne dentro, en ambos casos el hombre tiene un Derecho de propiedad, el hombre sin importar la época o su grado de desarrollo tiene un Derecho de propiedad sobre la cosa que en última instancia satisface su necesidad. Si pensamos que el -- hombre primitivo debe tener un lugar donde resguardarse del medio ambiente, es decir de las temperaturas o de las bestias salvajes o de otros hombres, y el hombre actual también debe tener una casa que lo proteja de las mismas contingencias, ese hombre tiene el Derecho fundamental de propiedad sobre una cueva o so-

bre una casa, ambas necesidades requieren satisfactores de diferente naturaleza, pero que no dejan de ser cosas que el hombre necesita y que además requiere de tener el Derecho de propiedad sobre ellas.

"Entre todos los Derechos que las personas pueden tener sobre las cosas, aparece en primera línea el de propiedades:...."

(1) Podemos afirmar entonces que existe una relación entre el hombre y el objeto que satisface su necesidad, esa relación es una relación de derecho y es además la forma como el hombre - - ejerce el poder jurídico sobre las cosas que lo rodean.

Los romanos con toda su sabiduría jurídica nos enseñaron - que esa relación jurídica entre sujeto y objeto podía ser de -- dos tipos, el Derecho real o bien el Derecho personal.

El primero como una relación directa entre el sujeto y la cosa y el segundo como una relación mediata entre el sujeto, y otro sujeto al cual puede exigírsele la ejecución de cualquier cuestión respecto de la cosa.

Ahora bien en Roma en un principio no se distinguía el hur

---

(1) Arias Romos, J. y Arias Bonet, J. Derecho Romano. Revista de Derecho - Privado. Editorial Edersa. México. 1984. p. 8,9.

to del robo, más bien dicho, sólo se sancionaba el hurto y las primeras disposiciones relativas a él aparecen en la Ley de las XII Tablas, en donde se distinguía el "Furtum Manifestum" y el Furtum Nee Manifestum" distinción basada en el hecho de que el ladrón fuera o no sorprendido "In Fraganti".

El delito de hurto fué definido por el jurisconsulto "Paulo como "Furtum Est Concrectatio Fraudulosa Rei Aliense, Lucri Faciendi Gratia, Rel Ipsius Rei Rel Etiam Ejus Possesionive, -- Quod Lega Naturali Prohibitum Est Admittere" (Hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, con el fin de lucrarse, o con la cosa misma o con su uso o posesión hechos que nos - - prohíbe admitir la Ley natural), noción verdaderamente científica que ha servido de base a gran número de Legislaciones al tipificar este delito". (2)

En esta definición los elementos que integraban el tipo penal de hurto se encuentran perfectamente delimitados.

1.- La cosa, que debería ser mueble, considerándose también como mueble las cosas desprendibles de los inmuebles y - - las esclavas, que se consideraban como cosas.

(2) Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Cuarta Edición. Editorial Porrús. México. 1986. p. 103.

2.- La Contrectatio, o sea el manejo, tocamiento o sus- -  
tracción de la cosa, conociéndose tres formas: El Furtum Rei,  
El Furtum Usus y el Furtum Possessionis, es decir cuando se sus-  
traía la cosa con ánimo de hacerse propietario y cuando el pro-  
prietario violentaba derechos de otro, que había contraído sobre  
sus cosas.

3.- La Defraudación; en ella la apropiación debía de te--  
ner como fin el enriquecimiento ilegítimo por parte del autor;  
y en caso de que la defraudación se hubiera llevado a cabo sin  
el conocimiento de que era ilegítimo, aún por error, quedaba ex-  
cluido el Furtum.

4.- El Perjuicio, que requería se causará algún daño en -  
los bienes de otro para ser punible.

El antiguo Derecho no hizo distinción alguna entre apodera-  
miento violento de la cosa ajena y el realizado sin violencia,  
pero con el transcurso del tiempo, de la noción del hurto se se-  
gregó la "rapiña", el apoderamiento violento y manifiesto de la  
cosa ajena, el robo que hoy se denomina. Estos hechos fueron -  
sancionados aplicándoles a los autores la "Lex Julia de Vi" y -  
los realizados con violencia sobre las personas fueron penados  
conforme a la Lex Cornelia de Sicarilis. Las penalidades que -  
se aplicaron a estos delincuentes eran muy severas, la muerte -

en la horca y la condenatio ad bestias.

Las concepciones romanas relativas a estos delitos, resurgieron plenamente en las partidas, donde ya se diferencian claramente dos modalidades de apoderamiento de la cosa ajena, de modo encubierto clandestino (hurto) o de modo vilento (Rapiña).

"Las primeras manifestaciones legislativas del delito Fraude, se encuentra en las disposiciones estatuidas por los pueblos antiguos para tutelar la honestidad en las relaciones comerciales y evitar en ellas las alteraciones de calidades, pesas y medidas y la exigencia de un precio mayor del debido. El Código del Manú castigaba al que vendía grano malo por bueno, cristal de roca colorado por piedra preciosa, hilo de algodón por hilo de seda, hierro por plata, etc., el Código de Hammurabi sancionaba las falsificaciones de pesas y medidas; las leyes Hebraicas a los comerciantes avidos de abusar de los compradores necesitados; y el Corán a los que se aprovechaban de las condiciones del comprador para venderle, o del vendedor para comprarle, a precio respectivamente, mayor o menor del justo valor de la cosa o hacían uso de cualquier artificio dirigido a acrecentar el aparente valor de la mercadería. Falta, empero en todas estas legislaciones una noción técnica, un principio conceptual del fraude. Solo por razones de oportunidad y necesidad y para hacer posible la represión se previnieron casuísti

camente los citados hechos fraudulentos e incluso, algunos - - otros que, aún sin serlo, se estimaban igualmente turbadores -- del orden en las relaciones comerciales. Y aunque los hechos - falsos y engañosos que matizan la esencia antijurídica del deli to de fraude, fueron también tenidos en cuenta por el Derecho - Romano para integrar algunos comprendidos y difusos crímenes co- mo el de "Fortum", "Falsum", y "Stellionatus"; el desarrollo -- fáctico de aquel delito y su completa estructuración sólo se al canza cuando a partir de la mitad del siglo XIX, el comercio ju rídico y el tráfico mercantil se desarrollan intensamente en -- las relaciones humanas". (3)

El Derecho Romano concedió especialísima protección penal a la propiedad inmueble y a los productos rurales contra los da ños que podían inferirseles por el incendio y otros estragos. La reglamentación más amplia fue contenida en la Lex Aquilia, - cuyas disposiciones pasaron al Digesto (Ley IX, tit. II), en di cha ley se castigaba el daño inferido a otro, como la muerte de un esclavo o algún animal de su propiedad, con exclusión de los feroces; igualmente se castigaba toda injuria a las cosas, ya - fuera destruyéndolas, quemándolas o rompiéndolas como el incen dio de bosques o edificios, la destrucción de colmenas, la alte

(3) Cardenas, Raúl. Estudios Penales. Editorial Jus. México. 1978. p. 145.

ración de vinos, la inutilización de vestidos, la mezcla de trigo, y otros granos con materias de separación oficial.

Los romanos fueron adoptando paulatinamente las instituciones del Derecho Griego y con el transcurso del tiempo las transformaron, otorgándoles características muy particulares que, -- más tarde, servirían, a manera de molde clásico, para cimentar el moderno Derecho de Procedimientos Penales.

En la época más remota del Derecho romano se observó un -- formulismo acentuado que, a su vez, en parte, constituía un simbolo. Adoptó un carácter privado; las funciones recaían en un representante del Estado, cuya facultad consistía en resolver -- el conflicto, tomando en cuenta lo expuesto por las "partes".

En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a -- las "legislaciones", la actividad del Estado se manifestaba, -- tanto en el proceso penal público, como en el privado. En el -- privado, el Estado era una especie de árbitro; escuchaba a las partes y basándose en lo expuesto por éstas resolvía el caso.

Este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo cual fue -- adoptado el proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y -- la integridad política.

Durante la monarquía (sistema gubernamental de los más antiguos que se conocen), los reyes administran justicia; al cometerse un delito de cierta gravedad, los quaestores parricidii - conocían de los hechos, y los duoviri perduellionis de los casos de alta traición, pero la decisión, generalmente, la pronunciaba el monarca.

A partir de la Ley de las XII Tablas, encontramos que este conjunto de normas menciona a personajes encargados exclusivamente de la persecución y comprobación de los delitos. Hacemos notar que no tenían facultades de juzgar. A éstos funcionarios se les designaba con el nombre de "CUESTORES" o "JUDICES QUOESTORES". Desde luego que la función de los Quoestores no tenían las mismas características del Ministerio Público contemporáneo, pero las Instituciones Jurídicas al nacer tienen características que van evolucionando y al transcurso del tiempo adquieren modalidades o funcionamientos distintos, es así como renombrados autores imputan a Roma: cuna del Ministerio Público". (4)

Con posterioridad a los funcionarios que establecían la Ley de las XII tablas, se crearon en Roma los Procuradores del César. Las atribuciones primarias de éstos Procuradores eran:

---

(4) Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1980. p.23.

Intervenir en operaciones de carácter económico, transmisión de la propiedad, donaciones, etc. Era nulo cualquier negocio realizado cuando se llevara a efecto sin su consentimiento, siempre y cuando fuera de su jurisdicción.

En época posterior y atendiendo a las necesidades del pueblo romano se instituyeron dos Procuradores del César; uno que intervenía exclusivamente en los bienes y hacienda del Emperador, y el otro intervenía en las causas fiscales como actualmente lo hace el Ministerio Público como representante del ejecutivo, además desempeñaba funciones propias del Procurador, teniendo entre otras atribuciones la persecución de los delitos. No obstante esto, podría imponer penas. Su labor era muy benéfica pues se encargaba de velar por la paz de la ciudad, estaba facultado inclusive para no permitir la entrada a los dominios del Emperador a todas aquellas personas que pudieran alterar el orden y la tranquilidad.

"En el Digesto Libro I, Título XIX, encontramos consignadas estas facultades de los Procuradores".

Es en Roma donde por primera vez en la historia del Derecho se hace la diferenciación de lo que es un delito privado y un delito Público. Los primeros eran aquéllos perseguidos por los ciudadanos, que se refieren a la defensa personal y por lo

tanto los ofendidos podían solicitar la acción nacida del delito cometido en su contra. Los delitos que tenían el carácter de públicos podían ser denunciados por cualquiera y solicitar la acción nacida del delito, todo ciudadano que conforme a las leyes romanas tuviera tal carácter.

En época venidera éste requisito dejó de ser esencial, -- pues aún los esclavos podían tener el derecho de denunciar a -- sus amos cuando cometieran tales violaciones". (5)

Poco a poco los funcionarios encargados de sostener la acusación ante los tribunales adquirieron el derecho de perseguir los delitos sin existencia de queja. Esto viene a constituir -- los principios de lo que hoy se conoce como persecución de Oficio.

"En la época final del Imperio se crearon funcionarios que tenían como atribución exclusiva la de perseguir los delitos, -- estos fueron los "IRENARCAS", tenían también la función de recoger pruebas, detener a los culpables y castigarlos cuando así lo ameritara el caso.

Al Pretor estaba conferida la buena marcha de la justicia

(5) Foigner, René. Manual Elemental de Derecho Romano. Editorial Harla. Madrid. 1965. p. 163.

en Roma, los Irenarcas eran jerárquicamente inferiores y dependían del Pretor, pero además encontramos en este tiempo a otros funcionarios denominados los "CURIOSI" y los "ESTATIONARI" a su vez dependientes de los Irenarcas". (6)

Con frecuencia el Senado intervenía en la dirección de los procesos, y si el hecho era de lesa majestad, obedeciendo la decisión popular, encargaban a los cónsules las investigaciones.

Más tarde, en esta misma etapa, se cayó en el procedimiento inquisitivo, iniciándose el uso del tormento que se aplicaba al acusado, y aún a los testigos, juzgaban, los pretores, pro-cónsules, los prefectos y algunos otros funcionarios.

El Estado, a través de órganos determinados y atendiendo al tipo de infracción, aplicaba invariablemente penas corporales o multas, patentizando así la ejemplaridad.

"El proceso penal público revestía dos formas fundamentales: la cognitio y la accusatio; la primera la realizaban los órganos del Estado, y la segunda, en ocasiones, estaba a cargo de algún ciudadano.

(6) Ventura Silva. Op. cit. p. 41.

En la cognitio, considerada como la forma más antigua, el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para llegar al conocimiento de la verdad, sin tomar en consideración al procesado, pues solamente se le daba injerencia después de pronunciado el fallo, para solicitar del pueblo se anulara la sentencia.

Si la petición era aceptada, había que someterse a un procedimiento (anquisitio), en el cual se desahogaban algunas diligencias para dictar una nueva decisión.

La accusatio surgió en el último siglo de la República y evolucionó las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un acusador representante de la sociedad, cuyas funciones no eran, propiamente oficiales; la declaración del derecho era competencia de los comicios, de las cuestiones y de un magistrado". (7)

Con el transcurso del tiempo, las facultades conferidas al acusador fueron invadidas por las autoridades mencionadas; sin previa acusación formal investigaban, instruían la causa y dictaban sentencia.

Al principio de la época imperial, el Senado y los empera-

(7) Floris Margadant S., Guillermo. Derecho Romano. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1977. p. 8.

dores administraban la justicia; además de los tribunales penales, correspondía a los cónsules la información preliminar, la dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

Bajo el Imperio, el sistema acusatorio no se adaptó a las nuevas formas políticas y como la acusación privada se llegó a abandonar por los interesados, se estableció el proceso extraordinario para que los magistrados, al fallar la acusación privada, obligatoriamente lo llevaran a cabo.

**b).- DERECHO GERMANICO**

Para iniciar el presente inciso diremos que en el Código Penal Germánico, prescinde de agrupaciones en común, para tratar separadamente figuras delictivas patrimoniales que se estiman más afines, así vemos que el hurto y la apropiación indebida, se encuentran en el título XIX; el robo y la extorsión en el XX y la estafa e infidelidad en el XXI.

Ahora bien muchos de los términos que vamos a emplear en el estudio de estas figuras, tienen su definición en el Derecho Civil, y muchos de los tipos que estudiaremos, no se explican si no es su estrecha vinculación con los conceptos del derecho privado; y es que, en el ordenamiento penal no hay una categoría de delitos en cuya elaboración se exija un más firme cono

cimiento de los principios generales del derecho y de las otras ramas del sistema jurídico, como en los delitos patrimoniales. La razón de esta particular exigencia viene afirmada en la función que el Derecho Penal despliega en orden al patrimonio, en la naturaleza de los bienes penalmente protegidos y además en la estructura técnica jurídica de los varios delitos en cuya descripción legal se contienen elementos constitutivos que, a su vez, son de los institutos del derecho patrimonial, ya elaborados y resueltos en el sistema jurídico; a estos institutos vamos a tener que referirnos continuamente, y si bien sobre algunos conceptos debemos de fijar ideas desde este primer capítulo, ello es sin perjuicio de que en el estudio particular de cada figura, se retomen conceptos y soluciones del sistema jurídico privado para la correcta solución de los casos sometidos a la consideración del penalista, abogado o juez.

En la doctrina ven al Derecho de propiedad desde un solo aspecto, que es el positivo, y prescinden del negativo, que es el más interesante, puesto que penetra en la esencia de la relación de propiedad. Lo importante en la propiedad, desde el punto de vista que tiene que tomar el jurisconsulto, no es su aspecto económico, sino el jurídico, esto es, la relación que tiene el propietario con el público, el Derecho del propietario y el correlativo deber que tiene el público con él".

"Esta relación jurídica que envuelve todo derecho de propiedad, es el derecho de excluir a todos de la dominación de la cosa de que somos propietarios, que a su vez se resuelve en el deber de abstención que tienen todos respecto a la cosa que a uno pertenece. Este deber es doble; 1. El de hacer con relación a la cosa todo cuanto él tiene como facultad exclusiva; -- 2. El deber de abstenerse en el ejercicio de oposición a esta facultad. Toda violación de estos deberes por parte del público, producen o pueden producir obligaciones entre el propietario y el infractor, y es debida una reparación al propietario del derecho perturbado. La propiedad, pues, no tiene como nota esencial solamente las facultades o derechos que corresponden al propietario, sino que la esencia de la propiedad está en ambas cosas o sea la reunión de los dos aspectos, positivo y negativo, en que puede ser considerado".

De aquí, deduce Calixto Valverde y Valverde, que la nota esencial de la propiedad consiste en la exclusión que tienen -- las demás personas respecto a la cosa que está en propiedad de uno. Sin embargo, en los delitos que estamos considerando, no se dan en toda su amplitud los requisitos que ampara el concepto de propiedad, con lo cual quedarían, en rigor, fuera de protección, bienes y derechos extraños a la definición de propiedad.

Los delitos comprendidos bajo el capítulo de despojo o de usurpación, no caben bajo la común denominación de delitos contra la propiedad, ni los ataques a otros derechos reales, en el llamado *fortum possessionis*, ni ciertos robos, fraudes, etc.

Así por ejemplo en el Derecho Alemán, en el párrafo 280 del Código Alemán, dispone "que el que substraiga a otro una cosa mueble ajena, con la intención de apropiársela antijurídicamente, será castigado con prisión como reo de hurto. La tentativa es punible". De aquí, que, la cosa ajena es la que se encuentra en propiedad ajena en el concepto del Derecho Civil. -- Por consiguiente, la cosa propia no puede ser objeto de un hurto, a lo sumo, puede darse en delito previsto en el párrafo - 289.

Sin embargo, en nuestra legislación, y la legislación de los países latinos y de Hispanoamérica, los códigos que han influido en ellos, han sido el francés, el italiano y el español, por lo que, la mayoría se rigen por las disposiciones contenidas en ellos.

Ya que el delito de abuso de confianza es de moderna creación. Originalmente estuvo indeferenciado y fundido en el de *furtum* y posteriormente el que hoy conocemos con el nombre de fraude. Empero, como los rasgos de las conductas integradores

de uno y otros eran distintas, lentamente, pero con trazos firmes, fue independizado típicamente, constitutivo del que ahora denominamos delito de abuso de confianza, hasta alcanzar el rango autónomo que en la actualidad tiene. La autónoma configuración del delito se define con su especial denominación de abuso de confianza el artículo 408 del Código Penal francés de 1810 - de donde se expande a otros muchos códigos de la época. Una noción eminentemente técnica del delito con una manifestación peculiar del carácter sintético que asume en general en la legislación germánica, en contraposición a la casuística francesa. - Fue dada en el párrafo 289 del Código Bavaro de 1813, obra en gran parte de feverbach, y como bien se ha dicho, el primero de los modernos códigos germánicos. En una breve fórmula la noción de la apropiación indebida, llamada "retención de cosa dada en confianza", es resumida de manera que puede decirse no superada por los códigos modernos. Su nota esencial se hace consistir con gran simplicidad y claridad, en la apropiación ilegítima de la cosa que se tiene en posesión o custodia por cuenta de otro. Y esta amplia y genérica formulación, se ha ido imponiendo en las legislaciones modernas, en las que ya no se hace una casuística enunciación, a modo de las contenidas en el art. 408, del Código Penal francés, de los títulos en virtud de los cuales la cosa se halla en poder del sujeto activo, sino que, - por el contrario se contiene tan sólo una noción sintética en la que se recogen las notas esenciales del delito. A la manera

del código penal bavaro de 1813, la evolución indicada dejó también su huella en la legislación de México, pues en tanto que en el artículo 407 del Código Penal de 1871 se hizo mención específica del título "alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, como dato u otro de los que se transmiten el dominio", a virtud del cual la cosa se ha recibido por el sujeto agente; en los de 1929 (art. 1146 y 1931) (art. 382) se emplea la amplísima frase: "se le haya transmitido la tenencia y no el dominio", dentro de la cual tiene cabida cualquier título causal trasmisor de la tenencia.

#### c).- DERECHO FRANCÉS

El Derecho Francés, teniendo como antecedente el Derecho Romano no delimitó en forma especial o autónoma el delito de Robo, confundiendo en él otros delitos de naturaleza diversa. Pero ya en el Código Penal de 1810 se tipifica el Delito de Robo con sus elementos propios, excluyendo el abuso de Confianza y las estafas que tienen como elemento de semejanza la apropiación indebida.

El Código Francés divide los delitos que denomina contra las propiedades en tres Clases:

##### 1o.- ROBO.

2o.- ESTAFAS, QUIEBRAS y otros fraudes y el abuso de confianza.

3o.- DESTRUCCION O PERJUICIO DE LAS COSAS.

Definiendo el Delito en su Artículo 379 en la forma siguiente: "Cualquiera que sustrae fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo" y en esta forma claramente tipifico el delito de robo para diferenciarlo de los otros delitos que llama contra la propiedad limitándose únicamente a la sustracción fraudulenta, a que la cosa que se sustrae pertenezca a otro.

El Código Francés denomina en su título décimo, capítulo II, sección primera, "Delitos contra la propiedad", esta expresión recibe una connotación extensiva si bien el derecho privado, en sentido técnico nos dice que la propiedad es un derecho real sobre cosas corpóreas, noción manifiestamente incompatible con el contenido a todas luces más extenso que se atribuye a -- ciertos delitos contra la propiedad, lo cierto es, que esas dificultades, aparentemente insuperables, se desvanecen si acudimos a la filosofía del Derecho, especialmente al derecho natural, porque allí encontraremos una acepción lo suficientemente amplia, en la que no solamente las cosas, sino los derechos reales o de crédito, son susceptibles de fundamentar una propiedad,

con lo que desaparecen las objeciones que suscita la noción de patrimonio; no obstante, no se deja de criticar la terminología de reconocida ascendencia francesa, plenamente recusable como inapropiada en la mayoría de los supuestos, en que no es la propiedad, sino la posesión y aún la mera tenencia, la que entra en juego.

Asímismo, por ejemplo en el Derecho Francés, el propietario no puede cometer el robo relativo al uso de la cosa, pues no se conoce en Francia el robo de uso o de posesión que la ley romana calificaba como *furtum usus*, *furtum possessionis*. El propietario que se apoderaba de la cosa dada en prenda, depósito, etc., viola sin duda un contrato, más no comete el delito de robo, porque la cosa dada en prenda o en depósito no ha cesado de pertenecerle.

sin embargo, en la legislación francesa, las sucesivas reformas del artículo 400 del Código Penal, han introducido un delito sui generis, en el que se sanciona al propietario que realice actos de apoderamiento o destrucción de bienes de su propiedad.

Este delito es, al decir de sus intérpretes, relativamente nuevo, pues aún cuando en el Derecho Romano, según vimos, se castigaba como robo, el de uso y posesión, en el antiguo Dere-

cho Francés, no se consideraba delito el apoderamiento o destrucción de los bienes secuestrados o dados en garantía por el deudor. En el derecho intermedio, sin embargo, se volvió al concepto romanista y se consideró como delito las conductos antes reseñadas.

Asimismo para los autores franceses, el copropietario o el coheredero que se apropian una cosa común, cometen el delito de robo. El copropietario o coheredero que se apropia la cosa común, comete robo respecto de la cosa indivisa que no le pertenece. La misma opinión es sostenida por los autores para quienes los antecedentes del Derecho Romano y de la antigua jurisdiprudencia francesa, liberando de acción criminal a los herederos, que substraían los efectos de una sucesión, no tiene aplicación en el nuevo Derecho Francés por cuanto que hay que distinguir, dicen entre el robo de una parte y el robo de la totalidad de la cosa. Los autores, refutan las objeciones que se oponen a su opinión, en el sentido de que el derecho parcial del agente en la cosa substraída no puede hacer desaparecer el robo, por cuanto si se apodera de una cosa que no le pertenece sino en parte, comete necesariamente robo de la parte que no le corresponde. Afirman que las disposiciones contenidas en los artículos 792 y 801 del Código Civil Francés, si bien establecen una responsabilidad civil para los herederos que han malversado u

ocultado la cosa, ésto no es obstáculo para el ejercicio de la acción penal.

Estos puntos de vista sostenidos por los penalistas franceses, tiene su apoyo y fundamento en la jurisprudencia de los -- tribunales de dicho país. En la recopilación de la jurisprudencia francesa, juris classeur, en la parte relativa al robo, artículo 389, se establece lo siguiente: "En los términos del artículo 379, es culpable de robo aquél que ha substraído fraudulentamente una cosa que no le pertenece". De este principio no puede deducirse la impunidad en la substracción de objetos llevada a cabo sobre un objeto del cual el ladrón no es sino parcialmente propietario, porque el resto de la substracción de la cosa de otro, concierne a la parte sobre la cual el copropietario no tiene ningún derecho. Así hay robo, en el hecho del deudor que subtrae cosas que ha adquirido, a quien le ha pagado sólo una parte.

Las soluciones que el Derecho Francés ha dado en relación a la noción de "cosa perteneciente a otro" han permitido afirmar que, cuando una cosa pertenece en copropiedad a varias personas, cuando la acción tiene por objeto el desmembramiento de la copropiedad, o bien cuando son vendidas al contado, se comete robo, si son substraídas fraudulentamente por el copropietario. La mayor parte de estos principios son aceptados con firmeza; -

sólo las dificultades parciales o contingentes pueden, si acaso, presentar escollos al juez en casos especiales".

d).- DERECHO MEXICANO

En el título primero del libro del Código Penal de 1871, o Código de Martínez de Castro, en el capítulo denominado "Delitos en contra de la propiedad", se agrupaban en once capítulos las siguientes figuras delictuosas: robo, robo con violencia a las personas, abuso de confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, despojo de cosa inmueble o aguas, amenazas, amagos, violencias físicas, destrucción o deterioro causado en propiedad ajena por incendio, destrucción o deterioro causado por inundación y destrucción, deterioro o daño causados en propiedad ajena por otros medios.

En España, el Fuero Juzgo penó el hurto sin contemplar -- agravaciones especiales, y el Fuero Real sólo se ocupaba de ver<sup>u</sup>daderos robos.

"Nuestra legislación penal siguiendo al Código Francés, -- adoptó la denominación de "Robo" a diferencia de otras legislaciones que usan la denominación de "Hurto y Rapiña", tomando en cuenta la forma de ejecución del delito.

El Código Penal de 1871, o Código de Martínez de Castro, en su artículo 368, explica la comisión redactora, adoptó la denominación de "Robo" acogiéndose al lenguaje común que no conocía las distinciones del Robo.

Los Códigos Penales, de 1871 denominado Código de Martínez de Castro y el de 1929 denominado Código Almaraz, conservaron - la distinción proveniente de la Ley de las partidas, caracterizando el Robo por el Empleo de la fuerza o violencia como medio de apoderarse de lo ajeno, y el Hurto por el medio Fraudulento, sin fuerza ni violencia sobre las personas o cosas.

El Código Penal de 1929 cobijó las figuras a que antes nos hemos referido, en el título XX del libro tercero, excepción hecha de las amenazas, que ubicó en el título que denominó "De -- los delitos contra la paz y seguridad de las personas".

Por lo demás, el Código de 1929 reservó la misma denominación al título XX, delitos contra la propiedad y en diez capítulos clasificó los distintos tipos descritos en el código de - - 1871, introduciendo pequeñas modificaciones. Así, en el capítulo III se hace referencia al robo con violencia, suprimiendo la frase "a las personas" del capítulo III del código de 1871; en el capítulo V, en vez de emplear la palabra fraude, la cambia - por "estafa", y en el capítulo VI, se hace referencia, no sólo

a la quiebra fraudulenta, sino también a la culpable.

Los Códigos de 1929 y 1931 para el Distrito y Territorios Federales y la mayoría de los Estados, acogen en su redacción -- la denominación de "Robo" haciendo la distinción, excepto el -- primero, del robo ordinario, que se divide en simple y calificado, y el robo con violencia.

Para el robo simple se toma como base la cuantía de lo robado; las condiciones o circunstancias especiales del lugar para el robo calificado; y por último la fuerza física y moral para el robo con violencia.

Por lo que se refiere a nuestro código vigente, el título que agrupa las distintas tipologías mencionadas en los códigos anteriores, lleva el número vigesimosegundo, del libro segundo y cambia su designación por el de "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", agrupándolas en seis capítulos que denomina: robo, abuso de confianza, fraude, de los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso actualmente derogado, despojo de cosas inmuebles y aguas y daño en propiedad ajena.

Nuestro Código Penal vigente, aún cuando acepta, como hemos visto, el cambio del término propiedad, por el de patrimonio, incurre en falta de técnica al referirse a los "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", deficiencia que se ha

pretendido corregir en los anteproyectos de Códigos Penales elaborados por distintas comisiones, que emplean todos ellos la denominación de "delitos contra el patrimonio".

El cambio de nombre no es, sin embargo, un simple capricho del legislador, sino que tiene sólidos fundamentos y además, -- nos plantea, en relación a los delitos contra la propiedad, el patrimonio, bienes o como se le denomine, los discutidos problemas sobre la íntima relación del Derecho Penal y el Derecho Civil, que en el siguiente capítulo trataremos más ampliamente, -- ya que analizaremos el patrimonio.

En el robo y en el abuso de confianza se alude a la cosa ajena; en el fraude se hace mención a la obtención de la cosa, que se supone ajena o al beneficio indebido, en el despojo a la ocupación de un bien ajeno y en el delito de daño, el capítulo respectivo lleva incluso como título "Dano en propiedad ajena", por lo que siendo elemento común en casi todos los delitos contra el patrimonio, debemos de precisar este elemento normativo común, repetimos, en casi todos los delitos patrimoniales.

Desde luego, salvo excepciones, ningún delito patrimonial puede ser ejecutado por el propietario o por quien tiene derecho de disponer de la cosa, o dicho en otros términos, la palabra ajena, significa que la cosa robada, usurpada, dañada, etc.,

debe pertenecer a persona diversa del autor de la acción criminal.  
noña.

No obstante, la palabra "ajena" no tiene un común significado en la doctrina, y esta disparidad de criterios da lugar a serias confusiones.

Para Carrara, la palabra ajeno, "no produce claramente el concepto que se quiere designar. Expresa más bien una idea negativa; referida al hurto, expresa solamente que el ladrón no puede ser poseedor de la cosa". (8)

El delito que la legislación de México denomina siguiendo la nomenclatura del Código Francés (art. 408), abuso de confianza y que en otros códigos v.g., el italiano (párrafo 646) y el español (art. 535), recibe el nombre de apropiación indebida, - consiste en la antijurídica apropiación que el sujeto activo hace de la cosa mueble ajena que obra en su poder por habersele - transmitido la tenencia, abusando de la confianza en él depositada. Trasciende del concepto anterior que la esencia del delito radica en la apropiación indebida del objeto material sobre el que recae la conducta típica, y que el abuso de confianza no es otra cosa que una circunstancia que el agente aprovecha para

(8) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal. T. IV. Quinta Edición. Editorial Europea. Madrid. 1960. p. 2907.

realizar la apropiación.

El artículo 382 del Código Penal vigente para el Distrito Federal que sanciona el delito de abuso de confianza establece que con perjuicio del que alguien disponga para sí o para otra de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio; y es el centro de esta descripción típica el "disponer" sin embargo el término en manera alguna puede entenderse en la estricta acepción gramatical que le acuerda el Diccionario de la Lengua "ejercitar en las cosas, facultades del dominio, enajenarlas o gravarlas en vez de atenerse a la posesión y disfrute", ya que quedaría fuera de la descripción típica la apropiación no acompañada de disposición, si no en su sentido a fin más amplio de adueñarse de ellas, esto es, de apropiárselas, cuenta habida de que en el artículo 384 del Código Penal se amplía la descripción típica del artículo 382 hasta abarcar "la ilegítima posesión de la cosa retenida". Sería interpretar erróneamente el espíritu de la Ley, considerar excluidos del ámbito del tipo en examen, los casos de apropiación no acompañada de disposición. Por otra parte, la frase "disponga para sí" contenida en el artículo 382 es sinónima de las ideas que expresan las palabras adueñarse o apropiación.

El Delito en examen es conocido con el nombre de estafa en los Códigos Penales francés, alemán y español. El Código Penal

de México, lo denomina fraude, siguiendo la tradición legislativa que iniciara el Código toscano en 1853. Lo que constituye, en verdad, la esencia del delito, es el engaño de que se vale el sujeto activo para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia.

El artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, define el FRAUDE diciendo: "comete el delito de fraude el que - engañado a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

Por lo que se refiere a los delitos de extorsión regulado por el artículo 390 del Código Penal para el Distrito Federal - y que se refiere al perjuicio patrimonial que se causa a otra persona, sin derecho obligando a otro a hacer, tolerar o dejar de hacer algo obteniendo un lucro para si o para otro aplicando le las penas del robo.

Por lo que se refiere a el delito de despojo se proyecta - exclusivamente sobre los bienes inmuebles y viene a ser en relación a ellas, lo que el delito de robo es a los de naturaleza - mueble pues tiende a tutelarlos de los ataques más primarios -- que pueden lesionar su posesión y, por ende, el patrimonio de - que es titular la persona física o moral que se encuentre en relación posesoria con el inmueble que es objeto de la acción delictiva. Empero, el alcance de la tutela penal de los bienes -

inmuebles ha sido siempre y sigue siendo todavía no obstante la tendencia actual dirigida a ampliar esa tutela penal, más restricta que la acordada de los bienes muebles, la razón de esta menor protección penal que no coincide con el mayor valor de la riqueza inmobiliaria radica en que tradicionalmente se ha considerado que las sanciones civiles eran suficientes para protegerla, pues los bienes inmuebles son menos susceptibles de ser atacados debido a que no pueden ser removidos del lugar en que se hallan ni objeto de ocultamiento o total confusión con otros -- análogos, y por tanto, de recuperación más factible. Carrara - afirmó que "los bienes inmuebles son insusceptibles de ser desplazados del lugar de su enclavamiento, y que cuando llegan a ser objeto de la codicia ajena, ésta sólo se exterioriza en una invasión". (9)

Se observa actualmente la tendencia enfilada a ampliar el alcance de la tutela penal de los bienes inmuebles, pues en tanto que las leyes y Códigos antiguos su protección estaba limitadamente condicionada a que el despojo de su posesión se ejecutase mediante violencia ejercida sobre el titular de dicha posesión o las personas que en su nombre vigilan o custodian el inmueble poseído, los códigos penales modernos amplían la tutela penal a los despojos efectuados mediante el uso de la fuerza fi

(9) Carrara. Op. cit. p. 2417.

sica desplegada sobre la cosa inmuebles, con el fin de vencer -- los obstáculos materiales que se oponen a que el sujeto activo la ocupe, así como también a los realizados mediante engaños o furtivamente.

El delito de daño se diferencia de los demás de naturaleza patrimonial por acusadas notas conceptuales que motivaron a que CARRARA, calificará como "un delito barbaro en el que se destruy e una cosa sin ninguna ventaja", habida cuenta de que lo que - caracteriza el delito es "la idea de una ofensa causada a la -- propiedad ajena sin fin de enriquecimiento y con la exclusiva - intención por parte del sujeto activo de perjudicar a otro, im- pelido por el odio y para procurarse una venganza" (10), y aun que en la actualidad subsisten en esencia las notas conceptua-- les anteriormente subrayadas, bien es considerar que pueden -- existir otros móviles, pues si bien es cierto que el agente ac-- túa con voluntad y conciencia de dañar, ya no lo es tanto que - actúe siempre impelido por el odio y para procurarse una vengañ za; frecuentemente el sujeto que dolosamente causa daños en los bienes ajenos no obra impulsado por el odio y la venganza, pues incluso puede ignorar quien es el titular de los bienes dañados. Por eso, estimamos más adherido a la realidad afirmar lisa y -- llanamente que en este delito la conducta se realiza con el pro- pósito de destruir o deteriorar las cosas sobre las que recae.

(10) Carrara. Idem. p. 2420.

La legislación española proporcionó amplia tutela a las -- propiedades rústicas y urbanas contra el daño en sus variadas - manifestaciones. El Libro VII del Fuero Juzgo, contiene títu-- los especiales para los daños de los árboles, de los huertos o de las mieses, etc.

Las modernas legislaciones, bajo diversos nombres y si - guiendo por lo general un sistema casuístico, prevén los dis-- tintos casos de destrucciones o deterioro a la propiedad mueble o inmueble.

Pero la Ley Penal al reprimir los hechos constitutivos del delito que afectan al patrimonio, no está protegiendo la enti-- dad del mismo, o sea una "Universitas Juris", sino los derechos o bienes que lo forman; pero ello no basta a que los delitos -- que atacan de un modo directo a tales bienes o derechos, sean - llamados con precisión de tecnicismo jurídico "Delitos Contra - el Patrimonio".

Ahora bien, es necesario dejar establecido cuales son esos derechos, y para ello habrá que recurrir forzosamente a las dis-- posiciones de la Ley Civil, que es la que los define.

Corresponde hacer referencia en primer término, a los dere-- chos reales y repitiendo a Demolombe, podemos decir que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación di

recta e inmediata, de tal modo que se encuentran en ésta, dos - elementos: La Persona, que es el sujeto activo del derecho y - la cosa que es el Objeto.

La ley tutela también la posesión y la simple tenencia de los inmuebles, reprime el despojo de ambas que se haga por medio de violencia o engaño. La posesión en la doctrina, es considerada un derecho real personal, ya que acepta que no es en sí, ni un derecho puramente real, ni un derecho puramente personal, porque participa de ambos. Es real porque el derecho sobre la cosa es directo e inmediato y personal porque la acción posesoria no se intenta sino en contra del autor de un hecho; - del hecho del despojo o de la turbación en la posesión sin que pueda dirigirse contra terceros poseedores.

El derecho personal se ha definido, diciendo que es aquel que solo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella por razón de una cosa o un hecho cualquiera de modo que en esa relación se encuentran tres elementos a saber: LA PERSONA que es el sujeto activo del derecho, la persona que es el sujeto pasivo; (DEUDOR) y la COSA o el hecho que es el objeto.

Los bienes tutelados por el derecho penal, pueden ser en consecuencia cosas o derechos a determinadas acciones u omisio-

nes humanas, ROCCO, nos dice que "Estos bienes patrimoniales -- están protegidos plenamente en su calidad de derechos subjetivos, ésto es, en cuanto a la conducta antijurídica a que los lesiona, se efectúa sin la voluntad de su titular". (11)

Ahora bien, siendo el patrimonio objeto de la tutela del Derecho Penal, no siempre la ley penal, creadora del delito, ha utilizado la expresión de "Delitos contra el Patrimonio", sino que también ha considerado a las acciones antijurídicas que le son lesivas, bajo el rubro de "Delitos contra la Propiedad".

CUELLO CALON, al comentar la designación del Código Penal Español como "Delitos contra la Propiedad", nos dice: "no es de extremada exactitud, pues las infracciones reunidas bajo esta epígrafe, no están integradas solamente por hechos dirigidos -- contra el derecho de propiedad, sino también contra la posesión hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas, y aún contra los derechos reales, y en ciertos casos contra derechos provenientes de obligaciones. Así que la expresión propiedad debe entenderse aquí en un amplio sentido, como comprensiva de todos los derechos que forman el patrimonio del hombre, es decir, de sus derechos patrimoniales". (12)

(11) Rocco, Citado por Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano parte general. Editorial Porrúa. México. 1984. p. 533.

(12) Cuello Calon, Eugenio. Derecho Penal. Novena Edición. Editorial Nacional. México. 1971. p. 747.

Entendido en la forma que lo hemos presentado, el interés jurídico protegido por el Derecho Penal, es el patrimonio, que comprende diferentes elementos, cosas bienes muebles e inmuebles, derechos reales, obligaciones y derechos personales, que pueden ser violados o puestos en peligro por distintas conductas que se expresan en el verbo que sirve de núcleo a las diferentes figuras descritas en los códigos penales; apoderarse, sustraer, tomar, disponer, engañar, amenazar, chantajear, ocupar, despojar, deteriorar, destruir, etc.

Estas distintas conductas, permiten subdividir, en diferentes capítulos, los títulos cuyas varias denominaciones hemos mencionado con anterioridad, y cuyo común interés jurídico a proteger es el patrimonio, la propiedad, los bienes, etc., según los diversos sistemas seguidos por los distintos códigos penales. para agrupar y clasificar desde el punto de vista teórico, los distintos delitos que tienen el mismo común denominador, o sea la ofensa o puesta en peligro del mismo interés jurídico, es necesario tener en cuenta las variadas acciones intentadas para atacar ese interés protegido.

No obstante, los autores consideran que los delitos patrimoniales o contra el patrimonio, no son tan sólo los que se contienen en los códigos penales, sino otros muchos, que se definen en las cada vez más numerosas leyes especiales.

## CAPITULO II

### LOS DELITOS PATRIMONIALES

El Derecho y el Estado deben tratar de dar certidumbre jurídica a las relaciones entre los individuos, por lo que tienen la obligación de crear los mecanismos jurídicos que permitan -- otorgar un derecho del patrimonio fundamentado a quien realmente lo tenga, con validez frente a cualquiera, para dar en primer lugar, seguridad a los individuos y en segundo lugar, certeza a las relaciones jurídicas que establecen esos individuos -- con otros en materia comercial de inmuebles. Para poder comprender a fondo lo que es el patrimonio tanto históricamente como en la actualidad, es necesario analizar algunas cuestiones, primero el Derecho Romano y luego de las teorías más modernas -- sobre el particular, cuestión que se analizará en el capítulo -- siguiente.

#### a).- CONCEPTO DE PATRIMONIO

La palabra Patrimonio proviene del Latín "Patrimoniun", derivado de "Patris" los Padres. Etimológicamente patrimonio significa lo que se hereda de los padres. (13)

(13) Mateos M., Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. Segunda Edición. Editorial Esfinge. México. 1982. p. 49.

De su raíz etimológica se desprende que en la antigüedad se entendía por patrimonio lo que se transmitía de padres a hijos a la muerte de aquéllos. Pero como en aquella época, esta transmisión de padres a hijos no era solamente de los bienes sino también de las deudas, al grado de que si los bienes heredados no eran suficientes para cubrirlas, los hijos tenían que seguir las pagando, el patrimonio era el conjunto de bienes y deudas heredadas de los padres.

Esta concepción antigua de que el patrimonio se integra por bienes y por deudas, ha pasado hasta nuestros días con algunas modificaciones, y así en la actualidad, se entiende como patrimonio el conjunto de bienes y de deudas de una persona. Pero no solamente los bienes heredados de los padres, sino los pertenecientes a una persona por cualquier concepto, y en cuanto a las deudas, solamente las adquiridas por las personas mismas, pues no es admisible la transmisión de deudas por herencia.

Se ha dicho que toda persona tiene un patrimonio, pues la existencia física del individuo sería imposible si éste no fuera capaz de poseer alguna parte, por mínima que esta sea, del mundo exterior que lo rodea, de ahí que al poseer esa parte del mundo, tenga sobre la misma un conjunto de derechos nacidos de su propia necesidad de subsistir.

Pero no todos los derechos de la persona forman parte de su patrimonio, sino solo aquellos que de acuerdo con la doctrina jurídica son susceptibles de una apreciación en dinero, o sea los bienes, pues hay que considerar que la persona tiene -- otros derechos que no pueden apreciarse pecuniariamente como -- son el derecho al voto, el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos, etc. Pero esos derechos de la persona tienen sobre si algunas cargas constituidas por las deudas u obligaciones contraídas.

Entendido así el patrimonio, ha sido motivo de diversas definiciones y así, ROJINA VILLEGAS lo define como "un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria que constituye una universalidad de derechos". (14)

PLANIOL, elabora su definición diciendo que "se llama patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona apreciables en dinero". (15)

Estas definiciones las estimamos incompletas, ya que ROJINA VILLEGAS no precisa que ese conjunto de obligaciones y dere-

(14) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. II. Décima Edición. Editorial Porrúa. México. 1979. p. 182.

(15) Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. III. Los Bienes. Traducción de José Ma. Cajica Jr. Editorial Cajica. Puebla, Pue. México. 1969. p. 135.

chos pertenecen a una persona. Ciertamente es, que la noción de patrimonio no se puede concebir en la persona ya que solo las personas como sujeto de derechos y obligaciones pueden ser titulares del patrimonio, pero con una mayor precisión técnica, debe de establecerse en la definición de patrimonio, que ese conjunto de obligaciones y derechos pertenecen a una persona.

PLANIOL, aún cuando precisa en su definición que ese conjunto de obligaciones y derechos que integran el patrimonio pertenecen a una persona como titular, no establece que el patrimonio como conjunto de cargas y derechos pertenecientes a una persona, forman una unidad abstracta y constituyen en sí una unidad jurídica.

En mi concepto muy particular, estimo que la definición correcta en su elaboración es la que nos da el jurista argentino JUAN RAMIREZ GRONDA, quien con gran sencillez y precisión técnica nos define el patrimonio en su diccionario jurídico, expresando que "es el conjunto de bienes y deudas, estimables en dinero, pertenecientes a una persona, sea esta individual o colectiva y que constituye una universalidad jurídica". (16)

(16) Ramírez Gronda, Juan. Diccionario Jurídico. Cuarta Edición. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1970. p. 375.

En esta definición RAMIREZ GRONDA, nos hace notar que no solo la persona física, sino también las personas morales pueden tener un patrimonio.

Atendiendo a que el patrimonio se integra no solo por derecho sino también por obligaciones se le puede dividir en dos aspectos: EL ACTIVO Y EL PASIVO.

El activo se encuentra integrado por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de apreciarse en dinero, en tanto que el pasivo se integra por las cargas, deudas u obligaciones susceptibles también de valorización pecuniaria.

ROJINA VILLEGAS, nos dice que "los bienes y derechos de carácter patrimonial se traducen en derechos reales, personales o mixtos (con caracteres reales y personales); y en esta virtud el patrimonio de una persona queda constituido por derechos reales personales y mixtos. El pasivo a su vez, se constituye por obligaciones o deudas que son el aspecto del pasivo de los derechos personales, contemplados desde la posición del deudor y --cargas u obligaciones reales, distintas de las personales, que también son susceptibles de estimación pecuniaria". (17)

(17) Rojina Villegas. Op. cit. p. 183.

PLANIOL, nos dice que "el patrimonio comprende un activo y un pasivo, contiene no solamente derechos y bienes sino también obligaciones o deudas de naturaleza muy variada, pero ni tratándose de los derechos ni de las obligaciones, el patrimonio comprende todo lo que la persona posee o soporta. Solo tienen carácter patrimonial los derechos o las obligaciones apreciables en dinero; todo lo que no tiene un valor pecuniario queda fuera del patrimonio". (18)

En consecuencia, el patrimonio como derecho, se encuentra constituido por el activo del mismo, y como carga, por el pasivo, deducido el pasivo del activo, tenemos el patrimonio neto, o sea el haber, el patrimonio considerado únicamente como conjunto de derechos.

La Teoría Clásica o del patrimonio personalidad, es sostenida entre otros autores por Birkmayer, Neumer, Aubry y Rau. Esta teoría considera al Patrimonio como un reflejo de la personalidad, y dice que el Patrimonio es una noción abstracta distinta de los elementos que la componen, comprendiendo dentro de sí tanto la masa de derechos y obligaciones como la aptitud de adquirirlos.

(18) Planiol. Op. cit. p. 139.

AUBRY Y RAU, entre otros autores de la Escuela Clásica o de la exégesis, mencionan cuatros premisas o principios fundamentales en esta manera.

"I. SOLO LAS PERSONAS PUEDEN TENER UN PATRIMONIO. Tomando en cuenta que por definición, las personas son los seres capaces de ser sujetos activos o pasivos de los derechos, por consiguiente solo ellos tienen aptitud para poseer bienes o para tener créditos u obligaciones.

II. TODA PERSONA TIENE NECESARIAMENTE UN PATRIMONIO. Una persona puede poseer muy pocas, en un momento dado no tener derechos ni bienes de ninguna especie, incluso solo tener deudas, sin embargo como el Patrimonio, como una unidad abstracta, comprende no solo los bienes presentes in actu, sino también los bienes in potentia, no puede haber una persona sin patrimonio. Es decir por Patrimonio se debe entender una riqueza actual, si no la aptitud o capacidad de poseer en un momento dado bienes y derechos y de reportar obligaciones.

III. CADA PERSONA SOLO PUEDE TENER UN PATRIMONIO. El patrimonio como la persona es indivisible, ninguna persona puede poseer dos o más patrimonios, todos los bienes y todas las obligaciones forman una masa única.

IV. EL PATRIMONIO ES INSEPARABLE DE LA PERSONA. En tanto que la persona vive, no se puede producir ninguna transmisión de su patrimonio a otra persona, el patrimonio es inalienable durante la vida de su titular. El patrimonio como universalidad, no es sino la consecuencia de su propia personalidad y siempre permanece necesariamente unido a ella. No puede existir una enajenación total del patrimonio mientras la persona viva porque sería tanto como admitir que puede enajenarse la personalidad. Solo a la muerte de la persona física existe una transmisión total del patrimonio a sus herederos es por esto, que las transmisiones entre vivos son a título particular y no a título universal, aunque se enajenen todos los bienes y obligaciones presentes".

ROJINA VILLEGAS, al hacer la crítica de esta doctrina dice que "de acuerdo con los principios, se estableció una noción del patrimonio artificial y ficticia, despegada de la realidad y vinculada hasta confundirse con la capacidad pues además de considerar al patrimonio como conjunto de bienes presentes, se le considera también como aptitud para adquirir bienes futuros y que más aún se acepta que en un momento dado existe el patrimonio sin los bienes presentes, bastando la posibilidad de adquirirlos en el futuro que debido a esta confusión se atribuyen al patrimonio las características de individualidad e inaliena-

ble que son inherentes a la persona". (19)

Hoy en lo particular, se puede decir que esta teoría es totalmente errónea coincidiendo con los puntos de vista expuestos por ROJINA VILLEGAS, pues efectivamente esta teoría confunde el patrimonio con la capacidad patrimonial.

Esta teoría llamada también objetiva o económica, es sostenida principalmente por BRINZ, BENKKER, PLANIOL, Y RIPERT, y es contraria a la anterior, pues sus defensores consideran al patrimonio como individualidad jurídica propia, sin tomar en consideración el hecho de que esté unido o no a una persona.

De acuerdo con esta doctrina, la noción del patrimonio ya no se confunde con la de la personalidad, no se le atribuyen -- las características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona, no dejando de reconocer por ello la existencia de relación entre estos conceptos, pero no de identidad a -- proyección del concepto de persona sobre el patrimonio, de tal manera que este sea una emanación de aquella.

Según los autores sostenedores de esta teoría, el patrimo-

(19) Rojina Villegas. Op. cit. p. 187.

nio de afectación es un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados porque todos ellos se encuentran afectados a un fin y en tanto no se haga una liquidación no aparecerá el valor activo neto. De esta suerte siempre que encontremos un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinadas a la realización de un fin determinado, estaremos en presencia de un patrimonio.

La crítica que se le hace a la doctrina, es la de que al decir que el patrimonio afectación será siempre un valor económico, por cuanto esta integrado por bienes, derechos y obligaciones, destinados a un fin determinado, no especifican a que fin debe ser, ya que es evidente que la persona tiene muchos fines que realizar y que para su consecución puede afectar un conjunto de bienes. Los fines, a que se refiere la doctrina moderna jurídico económicos, que el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona sino en función de un vínculo jurídico, económico, que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin. Que cuando la separación dentro del patrimonio ordinario de la persona lo regula el derecho para conseguir una finalidad tanto jurídica como económica y crea una institución especial para este fin, organizando un regimen también distinto, encontramos el patrimonio de -- afectación.

**b).- GENERALIDADES SOBRE LOS DELITOS PATRIMONIALES**

De la definición que nos da el Código Penal para el Distrito Federal en su Artículo 367 relativo al delito de robo, encontramos que se forma por una serie de elementos que son indispensables en su conjunto para constituir el delito; es decir, exige como presupuestos básicos de la conducta típica, que exista:

- I.- APODERAMIENTO.
- II.- DE COSA AJENA.
- III.- QUE LA COSA SEA MUEBLE.
- IV.- QUE EL APODERAMIENTO SE REALICE SIN DERECHO.
- V.- QUE EL APODERAMIENTO SE REALICE SIN CONSENTIMIENTO -  
DE LA PERSONA QUE PUEDA DISPONER DE LA COSA CONFORME  
A LA LEY.

En esa virtud y en orden a sus elementos, que sirven para integrar otros tipos agravados en relación a la penalidad, se considera con el carácter de tipo básico, que es el presupuesto de los demás tipos subordinados, y que se encuentran previstos dentro del Capítulo I del Título vigésimo segundo del Código Penal, en sus artículos 372 y 371. Los tipos en ellos descritos son complementos del tipo básico contenido en el Artículo 367 del propio ordenamiento y son agravados. 1o.- Por la forma en que se cometen, por violencia en las personas. 2o.- Por cir-

cunstancias del lugar, o sea, que el robo se realice en lugar cerrado. 3o.- Por circunstancias personales, es decir, ya sea por la dependencia o vínculo existente entre el sujeto activo del delito y el sujeto pasivo, por razones de trabajo, prestación de servicios, amistad, hospitalidad, etc.

Actualmente se adicionó al Código Penal en el Artículo 381 bis, que considera otros agravantes del tipo básico como son -- por circunstancias del lugar por cuanto, a que el robo se cometa en Edificio, Vivienda, Aposento, o Cuarto que estan habitados o destinados para habitación, o bien que el apoderamiento sea de un vehículo estacionado en la via pública y no ocupado por persona alguna o bien que el delito recaiga sobre una o más cabezas de ganado mayor o de sus crias en campo abierto o paraje solitario o cuando se realice sobre una o más cabezas de ganado mayor.

#### APODERAMIENTO. (CONDUCTA TIPICA).

Apoderarse según el Diccionario de la academia Española -- significa: hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder, por tanto, comunmente se usa el verbo apoderarse en el sentido de tomar la cosa que implica la acción de remoción de desplazamiento. Pero si trasplantamos el concepto al campo Jurídico, hay que determinar como se efectúa ese apodera-

miento.

El robo o hurto se hace consistir en diversas acciones en los Códigos Penales, y así tenemos que el Francés de 1810 castiga como culpable de hurto a quién fraudulentamente sustraiga -- una cosa que no le pertenece (art. 379); El Italiano de 1889 - castiga a Título de hurto al que se apodera de la cosa ajena para sacar provecho de ella, sacándola del lugar donde se encuentra sin el consentimiento de aquel a quién ella pertenece (art. 402). El Aleman de 1871, castiga en razón de hurto a quién se lleva una cosa mueble ajena, con intención de apropiársela anti jurídicamente (art. 242). Para el Código Español de 1870, ahora vigente, son reos de hurto los que con ánimo de lucrarse y - sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin voluntad de su dueño - (art. 530).

Todos los términos que usan estas legislaciones aunque gramaticalmente son semejantes, jurídicamente son acepciones distintas, supuesto que no es lo mismo el animo de lucrar que la intención de apropiarse.

El robo presupone que la cosa esté en posesión de otra persona es decir, del sujeto pasivo del delito, por lo que es indispensable determinar en que momento pasa o queda en poder del

sujeto activo para fijar el momento consumativo del delito.

En nuestra legislación el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo, y al efecto el artículo 369 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales nos dice: "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 lo desapoderen de ella.

GONZALEZ DE LA VEGA, considera al respecto que al redactarse el anterior precepto del Código Vigente (refiriéndose al Artículo 369 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales), se mejoró técnicamente el viejo artículo 370 del Código Penal de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada". (20) Como esta última disposición se limitaba literalmente el Robo de aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón hacía las cosas con sus propios organos corporales de aprehensión. El Código vigente, con mejor técnica, sustituye esa frase por la de "tiene en su poder la cosa robada" que permite incluir los apoderamientos indirectos o desviados. La redacción del Artículo 367 anteriormente transcrito, revela sin lu-

(20) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Vigésima Edición. Editorial Porrúa. México. 1986. p. 171.

gar a dudas que basta el manejo sobre la cosa la aprehensión -- misma para que se consume el delito, por supuesto, siempre que esten reunidos los demás elementos de la infracción. Este sistema mexicano es diferente del Código Francés, en el que el elemento sustracción fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia se descompone en movimientos sucesivos; la aprehensión o apoderamiento de la cosa y el desplazamiento o movilización de la cosa que trae como consecuencia hacerla sentir materialmente en la esfera de acción del autor. Usando ellenguaje jurídico Francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligado directamente a su aprehensión, sino auquel movimiento mecánico que retire la cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón; por último nos dice: "en resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa -- aún en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar donde la tomó en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desapoderado del objeto antes de -- todo posible desplazamiento". Esta conclusión esta más de -- acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas.

RICARDO C. NUÑEZ, por su parte opina que "hay consumación o apoderamiento del ladrón, ésto es, el hurto cuando el apoderamiento de la víctima se produce recién cuando ha sido despojada de la cosa que poseía, la consumación de este despojo determina el momento consumativo del hurto y se realiza una vez que el --perjudicado ha sido privado de la cosa mientras se ha producido el despojo, sin la privación de la cosa el hecho permanece en el ámbito de la tentativa". (21)

SEBASTIAN SOLER, al hablar de lo que llama "esfera de poder", explica que "la palabra apoderamiento que se encuentra en la disposición del Código Penal, implica hacer una clara referencia a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor".

En seguida dice: "en consecuencia, el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición. El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la de usar por el poder sobre ella". (22)

(21) Nuñez C., Ricardo. Delitos Contra la Propiedad. Editorial Harla. Buenos Aires. 1951. p. 100.

(22) Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Editorial Buenos Aires. Argentina. 1951. p. 192.

Decimos usurpar, porque apoderarse no es solamente, sus- - traer sino algo más, esto es, tomar la cosa a la esfera del pro- - pio dominio de hecho, de ahí deriva una importante diferencia - entre nuestra Ley y la Ley Francesa que emplea la expresión sus- - traer. Hacerle perder al dueño la posibilidad de ejercer su do- - minio, constituye por si mismo sustracción, aún cuando a esa -- pérdida no corresponde ninguna adquisición del sujeto. Apode-- rarse, en cambio exige no solamente la pérdida de poder de la - víctima, sino la adquisición de poder de parte del autor. Y no siendo el caso de considerar el hurto como una forma de compar- tir con nadie ese dominio, es forzoso considerar que el momento consumativo del hurto, esto es, el de la consolidación del pro- pio poder, debe coincidir con la exclusión de hecho del poder -- del dueño o de quién por este tenía la cosa.

En consecuencia se puede decir que existe apoderamiento -- cuando hay posibilidad, cuando el sujeto activo del delito ha - desposeído la cosa, la que queda en su poder, aún siendo por un momento.

#### COSA AJENA

Se hace necesario determinar el significado de la palabra "Ajena" que se encuentra como uno de los elementos dentro de la definición del delito de robo que nos da el Código penal, con -

referencia a la cosa.

Esa cosa ajena, nos dice CUELLO CALON "La que en el momento del hecho, es propiedad o esta en posesión, o es propiedad y esta en posesión conjuntamente de la persona a la que se sustrae. Por tanto, para la existencia de este delito no es menester que la cosa se sustraiga al propietario, poseedor, basta -- que sea del poseedor". (23)

GONZALEZ DE LA VEGA nos dice que "la locución "cosa ajena", empleada por la Ley al tipificar el delito de robo, solo puede tener una interpretación parcial, la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para la configuración del delito, poco interesa determinar con exactitud, quién es su legítimo propietario o poseedor, este dato tendrá como interés para determinar quienes son los perjudicados, a los que se deba reparar el daño causado por el ladrón, pero no es necesario para la demostración del delito". (24)

RICARDO C. NUÑEZ, dice que "el hurto solo puede recaer sobre una cosa que sea total o parcialmente ajena". (25)

(23) Cuello Calon. Op. cit. p. 159.

(24) González de la Vega. Op. cit. p. 175.

(25) Nuñez C., Op. cit. p. 69.

La expresión empleada por la Ley es clara, para la existencia del delito de robo es condición indispensable que la cosa - de que se apodera el sujeto activo del delito no le pertenezca.

El robo es un delito patrimonial, que trae como consecuencia, para su autor, un enriquecimiento ilegítimo de tal manera que si alguna persona pudiera robarse así misma, no habría enriquecimiento ni menos aún podría hablarse de la ilegitimidad -- del mismo.

El bien jurídico protegido por la Ley es el Patrimonio, y con los actos propios, en terminos generales, no puede este sufrir menoscabo.

#### MUEBLE

Nuevamente se plantea el problema en cuanto a que si deben ser trasplantados los conceptos del Derecho Privado al Derecho Penal, y si deben modificarse en su significado.

Según el Derecho Privado, los bienes muebles se clasifican por su naturaleza o por disposición de la Ley (Art. 752 Código Civil), los primeros son aquellos cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro ya se muevan pro si mismos, ya por efecto de una fuerza exterior (art. 753 Código Civil) y los segundos -

son las obligaciones y los derechos o acciones que tiene por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (Art. 754 Código Civil). Pero además hay que señalar que el artículo 750 del Código Civil, en sus fracciones IV, V, VI, VII, VIII, X y XIII, les da el carácter de bienes inmuebles a las estatuas, pinturas y otros objetos de ornamentación colocados en edificios o predios, por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fondo; los palomares, colmenares, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente, las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente a la industria o explotación de la misma; los abonos destinados al cultivo de un predio, que estén en las tierras donde haya de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca; los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos; salvo convenio en contrato; los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería; así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto; el material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas, y telégrafos y las estaciones radiotelegráficas fijas.

Desde el punto de vista material o gramatical puede decirse que son bienes muebles los que tienen la posibilidad de ser trasladados de un lugar a otro, ya sea por sí mismos como sucede con los animales semovientes o que se muevan por una fuerza externa.

Cual de estos dos criterios es aplicable al Derecho Penal, para resolverlo, expresa RICARDO C. NUÑEZ, "que toda cosa es susceptible de ser llevada de un lugar a otro, por cualquier medio que sea, es mueble, sea que tenga independencia o se encuentre permanente o accidentalmente unida a otra cosa, por sí misma inmovilizada, de la cual el ladrón debe separarla para moverla". (26)

CARRARA al hablar sobre el mismo punto, afirma que "el hurto puede recaer sobre cosas que en manos del propietario eran - inmuebles pero que moviliza la acción del delincuente, que hay más inmovil que la tierra. Se pregunta, y sin embargo el hurto sustraer del campo ajeno un cesto de tierra o de arena para utilizarlo en provecho propio". (27)

Nuestro Código Penal emplea la palabra "cosa mueble" en el sentido de que es susceptible de ser transportada, movilizad -

(26) Nuñez C. Op. cit. p. 65.

(27) Carrara. Op. cit. p. 2027.

del lugar en que se encuentra, aún en el caso de que sean inmuebles. Aún cuando se trate de inmuebles con la posibilidad de -  
movilizarlos, se transformarán en muebles para los efectos del  
Derecho Penal, en consecuencia no es factible transportar los -  
principios del Derecho Privado al Derecho Penal.

PAVON VASCONCELOS, dice que "para clasificar los bienes co  
mo muebles, tratándose del delito de robo, no debe estarse a --  
las disposiciones que rigen en materia civil, sino exclusivamen  
te a la naturaleza real de las cosas. Así por ejemplo, si en -  
la legislación civil se clasifican como bienes inmuebles las ca  
ñerías de cualquier especie que sirvan ya para conducir liqui--  
dos o gases a una finca, o ya para extraerlos de ella, tales --  
bienes deben reputarse como muebles si el delito que se imputa  
al acusado consiste en haber quitado cañerías de una propie--  
dad". (28)

Por último JIMENEZ HUERTA que la cualidad de la cosa que -  
trasciende a la consideración penalista para perfilar la posi--  
ble, existencia de un delito de robo, radica pues, en su poten  
cial de movilidad, aún cuando para lograrla el sujeto activo tu  
viera previamente que separarla del bien inmueble a que estuviera

(28) Pavon Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. (Parte Espe  
cial). Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1980. p. 177.

unida.

#### EL APODERAMIENTO DEBE SER SIN CONSENTIMIENTO

El apoderamiento sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la Ley, a que hace mención -- nuestro Código Penal como elemento del delito de robo, se ha considerado también como innecesario, si tomamos en cuenta que el objeto de la tutela penal en este delito es la posesión, lógica y jurídicamente no cometerá delito el que se apodere, de una cosa mueble con el consentimiento, ya sea expreso o tácito de -- quién con arreglo a la Ley pueda disponer de ella.

EUSEBIO GOMEZ dice, refiriéndose a la legislación Argentina: "La Ley no hace mención de este requisito por ser evidente que cuando el dueño de una cosa mueble presta su consentimiento para que otra se apodere de ella no puede existir hurto, toda vez que ese consentimiento implica, por parte del que lo presta, la disposición de un derecho inalienable". (29)

Para la integración del tipo de robo, además de la conducta, la tipicidad, la culpabilidad, se requiere que el apodera--

(29) Gómez Eusebio. Tratado Elemental de Derecho Penal. T. IV. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1972. p. 220.

miento sea anjirurídico, es decir, que se realice sin derecho - como lo dispone el artículo 367 del Código Penal. Esta inclu-- sión de un elemento normativo de antijuridicidad en el tipo Pe-- nal, ha sido sumamente criticada, pues aparte de ser innecesaa-- ria, pues la antijuridicidad es un elemento constitutivo de to-- do delito, constituye una impaciencia y anticipación metódica - del legislador, mencionada en tipo penal, teniendo ese carácter hasta "en tanto no se pruebe la existencia de una causa de jus-- tificación".

#### FRAUDE

Por otro lado la definición del delito de fraude contenida en los párrafos, primero y último del artículo 386 ponen en re-- lieve que sus elementos constitutivos son: a) una conducta fa-- laz; b) un acto de disposición; y c) un daño y un lucro patrimo-- nial. Empero, en las diversas fracciones de que consta el artí-- culo 387 se describen otras tantas conductas sancionadas con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, esto es, con las fijadas en el 386 para el delito de fraude. En realidad la ma-- yoría de las conductas enumeradas y descritas en las diversas - fracciones del artículo 387 no tienen otra significación penal que la de ser mera especificaciones de las más conocidas formas en que el delito de fraude se manifiesta en la vida real y que, por quedar ya subsumidas en la definición recogida en lso párra

fos primero y último del artículo 386, eran innecesarias.

#### CONDUCTA FALAZ

La conducta falaz es el punto de partida del proceso ejecutivo en el delito de fraude. Dicha conducta esta presidida por un elemento de naturaleza predominante psíquica, pues, en esencia, consiste en determinar a otro, mediante engaños, a realizar un acto de disposición patrimonial o aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente. La conducta falaz, puede revestir una gran variedad de modalidades, clasificables en tres diversos grupos, según su antijurídica fraudulenta. Antiguamente se consideraba que solo integraban el delito en estudio, en aquellas conductas en que, para sumergir en error al sujeto pasivo, se ponían en juego maquinaciones o artificios; posteriormente se admitió que el simple engaño, aunque no fuere acompañado de aquellas maquinaciones o artificios bastaba para inducir en error; en la actualidad también se admite en algunos códigos penales, como en el de México, que el aprovechamiento del error en que pudiera hallarse el sujeto pasivo, es ya suficiente para integrar la conducta típica, estan relacionadas con densidad antijurídica y son trascendentes en orden a la pena, ahora por expresa disposición de ley como acontece en los casos de maquinaciones o artificios, ora por el equitativo y racional uso que el juzgador ha de hacer del arbitrio que la ley pone en

sus manos para en los casos de aprovechamiento de error fijar - una benigna pena.

#### MAQUINACIONES Y ARTIFICIOS

La forma más densa de manifestarse la conducta ejecutiva - del delito en examen, es aquella que se exterioriza en una falsa apariencia externasimuladora o disimuladora de la realidad - destinada a corroborar los hechos falsamente afirmados. Al amparo de esta corporeidad material se ha sostenido que el fraude es un delito constructivo, queriendose indicar con dicha frase que el delito surge cuando las afirmaciones falsas y mendaces - aparecen realizadas en hechos externos y corporeos que les pres- tan una aparente realidad, ilusoriamente visual y tangible.

Las maquinaciones o artificios empleados para obtener la - entrega de la cosa, a que hace mención el párrafo último del ar- tículo 386 del Código Penal. Empero, no existe maquinación o - artificio en las simples palabras por fascinantes o sugestivas que fueron preciso es que vayan acompañadas previa, simultánea y sucesivamente por algún hecho material y corporeo que de apa- riencia de realidad a la mendaz afirmación. Ya Carrara expresó "que para que exista artificio no basta el solo discurso aunque fuere elocuente, meditado y persuasivo necesitase además, que - se ejecute algo que compruebe las afirmaciones falsas". Y dado

el sistema de nuestro Código Penal, en el que claramente se distingue entre simple engaño (párrafo primero del artículo 386 -- del Código Penal) y maquinaciones y artificios (párrafo último del mismo artículo) para conectar a uno y otros, diversas consecuencias penales, la conducta fraudulenta artificialmente maquinada exige

#### ENGANOS

La segunda, en gravedad, forma que puede asumir la conducta ejecutiva del delito de fraude, es como expresa el párrafo -- primero del artículo 386 del Código Penal, "...engañando a uno. ..". La expresión "engañando" abarca conceptualmente tanto los casos en que el error nace íntegramente a consecuencia de la -- conducta como aquellos otros en el que el agente refuerza y aviva el error ya surgido y activamente impide que en la mente del errante se haga luz. En uno y otro caso el comportamiento del sujeto activo produce o refuerza el error y, desde el punto de vista casual, ambos antecedentes son idóneos para calificar la conducta de engañosa, aunque, como es lógico, revistan diversas intensidades desde el punto de vista valorativo. Se actúa "engañando" siempre que se crea o refuerza en el sujeto pasivo del engaño un convencimiento o un sentimiento erróneo que ilusoriamente le determina a la disposición patrimonial. la expresión "engañando" ha de ser, pues entendido como un influjo que obra

ilusoriamente sobre la inteligencia o sobre el sentimiento del sujeto pasivo.

Sería también interminable, resanar y describir las innumerables formas en que el engaño puede manifestarse en la vida -- real, ya que frecuentemente confluyen en un mismo hecho, actitudes y palabras.

#### APROVECHAMIENTO DE ERROR

En el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal se menciona que es también medio idóneo de comisión del delito de fraude, aprovecharse del error en que se halla el sujeto pasivo. Algunos viejos Códigos Penales, como el Aleman de 1871, ya consideraban medio fraudulento el mantenimiento de un error lo cual, en realidad, encierra un comportamiento engañoso, habida cuenta de que el agente despliega sobre el sujeto pasivo una actividad positiva de naturaleza capciosa y falaz para reforzar al error en que este se halla sumergido e impedir que salga de la situación irreal en que se encuentra.

El mantenimiento de error implica, pues, un comportamiento engañoso, la circunstancia de no ser el engaño la única condición causativa del error no despoja de su eficiencia casual a la conducta que le mantiene en la víctima. Otros Códigos Pena-

les modernos van todavía más lejos y estructuran también el delito de fraude a base de la explotación o del aprovechamiento de error. El Código Penal Suizo en su artículo 146 considera que el delito existe cuando el sujeto activo explota el error en que se hallaba la víctima; y el Código Penal de México, se aprovecha de ese error. La tutela penal del patrimonio llevase en estas legislaciones hasta los límites más extremos, en el deseo de hacer imperar en las relaciones humanas los más estrictos principios éticos.

En el aprovechamiento del error, también el agente no simula la realidad para sumergir a su víctima, disimula dicha realidad e impide con su actitud que la víctima salga del error en que por su mentalidad, distracción o torpeza se encontraba sumida.

El artículo 387 del Código Penal vigente en el Distrito Federal en uno de los supuestos a que alternativamente se hace --mención en cada una de sus fracciones VIII y XVI, recoge específicamente dos hipótesis de fraude de aprovechamiento de error.

#### ACTO DE DISPOSICION

El delito de fraude se individualiza y distingue de los demás delitos contra el patrimonio por el hecho de que el sujeto

pasivo del engaño hace voluntaria entrega al defraudador, de la cosa objeto del delito. El párrafo primero del artículo 386 ha ce explícita referencia a esta realidad con la frase: "se hace ilícitamente de alguna cosa....." y en el último párrafo una ma nera explícita y no deja margen a duda, se expresa: "Cuando el sujeto pasivo del delito entrega la cosa de que se trata a vir tud no solo de engaño, sino también de maquinaciones o artifi-- cios que para obtener esa entrega se hayan empleado..."

#### DAÑO Y LUCRO PATRIMONIAL

El fraude es un delito de desplazamiento de intereses pa-- trimoniales. La disposición que hace el engañado presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y, co-- rrelativamente una antijurídica ventaja patrimonial para el de-- fraudador. Este daño o perjuicio patrimonial consiste según al-- gunos autores, en una disminución apreciable en dinero del con-- junto de los valores económicos correspondientes a una persona, cuya disminución puede engañar en una merma del activo o en un aumento del pasivo.

El simple valor de afección que pudiera tener la cosa en-- tergada a través de engaños no entra en consideración en orden a este delito, pues contrariamente a lo que establece el párra-- fo primero del artículo 371 del Código Penal en relación al ro--

bo, el Código no contiene precepto alguno para sancionar el - - fraude que recayera exclusivamente sobre cosas que solo tuvie-- ren valor emocional. El daño afectivo es penalísticamente irrelevante para la integración del delito de fraude.

#### ABUSO DE CONFIANZA

Por lo que hace al delito de abuso de confianza tenemos -- que el artículo 382 del Código Penal exige como presupuesto de la conducta típica que el sujeto activo, "se le haya trasmitido la tenencia y no el dominio" de la cosa ajena mueble", objeto - material del delito. Esta transmisión previa, es presupuesto indispensable de la conducta típica, y viene a ser el antecedente que abre y enmarca la posible realización de la subsecuente conducta ejecutiva. Necesario es, por tanto, establecer con la debida precisión cuando se ha apoderado la transmisión de la tenencia al sujeto activo del delito.

Conforme al sentido del artículo 382 del Código Penal puede concluirse que se ha "transmitido la tenencia" de una "cosa mueble ajena" cuando se ha trasladado o transferido a otro, su posesión corporal, cualquiera que fuere, dado que el Código no hace especificación alguna, el título o acto jurídico que hubiere motivado la transmisión, y siempre que esta hubiera sido - - aceptada expresa o tacitamente. Empero, desde ahora se especi-

fica con la debida claridad que "transmitir la tenencia" implica jurídicamente independizar el poder de hecho sobre la cosa - de la persona que efectúa la transmisión, y transferir dicho poder de hecho a la que más tarde se erige en sujeto activo del delito, solo puede estimarse que se ha transmitido a éste dicha tenencia, cuando el poder de hecho sobre ella lo ejerce, con autonomía, independencia y sin la vigilancia del que se la transmitió.

Falta el presupuesto esencial del delito de abuso de confianza, en todos aquellos casos en que no se ha transmitido, aunque hubiere sido tan solo por muy corto tiempo o para un breve encargo, la autonomía e independiente tenencia de la cosa; pues el simple contacto físico que otro pueda tener sobre la cosa, - no presupone transmisión de tenencia. Quién se apodra de la cosa con la que mantiene un simple contacto físico no comete delito de abuso de confianza y si, en cambio, delito de robo.

Sería imposible, enumerar los títulos o actos jurídicos -- puedan dar lugar a la conducta típica. En términos generales - cabe decir que todos aquellos que según la Ley, se dio la tenencia pudiendo ser contrato, resolución judicial u orden de autoridad transfieren materialmente en guarda, uso o administración de la cosa. Son presupuestos típicos del delito de abuso de -- confianza. este delito solo, por tanto, puede ser cometido por

quien tiene la legítima tenencia del objeto material sobre que recae en virtud de un título o acto jurídico traslativo de dicha tenencia. Quedan, por ende excluidos de la posibilidad de ser presupuestos del delito en exámen, los actos jurídicos, -- traslativos de la propiedad de las cosas sobre que recaen. .

Establecida la obligación de devolver la cosa cuya tenencia fue transmitida, no es necesario que el momento de la devolución haya sido fijado expresamente en el título o acto traslativo de la tenencia; basta que dicho instante se deduzca de la -- recta interpretación del título o acto, y en última instancia, en las cosas de duda, el requerimiento formal mencionado en el artículo 384 del Código Penal despeja la incognita que sobre el problema pudiera existir.

La transmisión de la tenencia no necesariamente ha de provenir de manera inmediata del sujeto pasivo, pues puede menar de un decreto judicial de un acto administrativo o de una orden de pago o entrega dada mediante por él, luego resulta ofendido. -- Hay transmisión de tenencia original por un derecho dictado por los tribunales, en el secuestro judicial (art. 2544 del Código Civil), y en las entregas de bienes o tutores, albaceas inter-- ventores o sindicos. Hay transmisión de tenencia motivada por -- un acto administrativo, en los depósitos de esta índole a que -- hace referencia la fracción II del artículo 383 del Código Pe--

nal, o sea cuando la cosa ha sido depositada por orden o ante las autoridades administrativas. Hay transmisión de tenencia derivada de una orden o de entrega dada inmediata a un tercero -- por el sujeto pasivo, en las cantidades u objetos que reciben -- sus representantes, mandatarios o cobradores relacionado con -- los recibos u ordenes de entrega de que son portadores estos últimos.

La posibilidad de comisión del delito de abuso de confianza subsiste en tanto que perdura la transmisión de la tenencia de la cosa mueble ajena.

#### CONDUCTA TIPICA

Consiste la conducta típica del delito de abuso de confianza en que el sujeto activo, "...con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la -- que se le hayan transmitido la tenencia y no el dominio". Cualquiera persona que se encuentra en la situación que es presupuesto del delito, ésto es que se le haya transmitido la tenencia de la cosa, puede ser sujeto activo, excepto quien fuere propietario de la misma, pues en este caso, falta por un lado, el requisito de la ajeneidad de la cosa y, por otro sería absurdo que -- el orden jurídico estimase delictivo que el propietario hiciera uso de una facultad de dominio como lo es, la de disponer de la

cosa propia. empero, por vía de excepción en la fracción I del artículo 383 se amplía la base típica del delito de abuso de -- confianza para abarcar también "el hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño le ha sido embargada y la tienen en su poder con el carácter de depositario judicial.

No existe delito de abuso de confianza cuando la persona a quién se ha transmitido la tenencia de la cosa, prolonga dicha - tenencia en perjuicio de un derecho de retención. Empero, es - necesario aquí fijar con claridad y precisión debidas, en que - caso se tiene una legítima posesión de la cosa retenida que im- pide la configuración del delito en examen y aquellos otros en que la retención es ilegítima, y por ende, puede dar lugar al - delito de abuso de confianza si concurren los demás especiales requisitos típicos que establece la Ley.

Dicho derecho de retención solo lo tienen el mandatario -- (art. 2644) y el acreedor pignorático (art. 2876 fracc. II) aun que en el Código Civil se establece también que el constructor de cualquier cosa mueble, en virtud de un contrato de obra a -- precio alzado, tiene derecho a retenerla mientras no se le pa- gue su importe (art. 2644), y que los dueños de los hospedajes puedan retener en prenda los equipajes de los pasajeros para ga rantizar el pago del importe del hospedaje (art. 2669), tanto - uno como otro caso son ajenos al problema en examen, habida - -

cuenta de que ni al constructor ni al dueño del hospedaje se -- les ha transmitido previamente la tenencia de la cosa. No tiene derecho a retener legítimamente la cosa cuya tenencia les ha si do previamente transmitida, ni el comodatario (art. 2509 del Código Civil), ni el depositario (art. 2533 y 2534). Empero, aun que la retención de la cosa en estos casos es ilegítima, neces ario es, según el artículo 384 del Código Penal, para que adquie ra relevancia típica, que el ofendido requiera formalmente al - tenedor o poseedor para que se le devuelva, y este no lo haga o no la entregue a la autoridad, para que disponga de la misma -- conforme a la Ley. El Código exige en estos casos para la in-- terpretación típica del delito de abuso de confianza, que la -- ilegítima retención de la cosa sea completada con un requeri- - miento formal de devolución realizado por quien a ella tenga de recho. Requerimiento formal de devolución realizado por quien a ella tenga derecho. Requerimiento formal de devolución signi- - fica intimación judicial o notarial para que devuelva la cosa.

#### OBJETO MATERIAL

Objeto material del delito de abuso de confianza puede ser según el artículo 382 del Código Penal cualquier cosa ajena mue ble.

Damos por reproducido lo que expusimos anteriormente al estudiar el delito de robo, en relación a lo que debe entenderse por cosa mueble ajena, absteniéndonos de incurrir en repeticiones inútiles. Sonos ocupamos aquí de aquello que, en relación con el delito de abuso de confianza, merece una consideración especial.

Son objeto del delito de abuso de confianza, todos los objetos corporales susceptibles de apropiación en estado sólido, líquido o gaseoso. Con tal de que los líquidos esten envasados y los gases contenidos en tanques u otros recipientes. También la energía eléctrica acumulada en baterías puede ser objeto de típica apropiación. La cosa, sin embargo ha de tener algún valor apreciable en dinero, pues si fuera así la apropiación no sería punible, toda vez que el Código Penal no contiene en relación con el delito de abuso de confianza un precepto especial, como acontece en el delito de robo, para cuando la cosa no pueda estimarse en dinero o no fuere posible fijar su valor.

#### LA CUESTION DEL PERJUICIO

La conducta típica de abuso de confianza, que describe el artículo 382 ha de realizarse, como en forma expresa establece el mencionado artículo, "con perjuicio de alguien" y aunque en los tipos específicos recogidos en las tres fracciones del 383

y en el 384 no se hace especial mención a dicho elemento, estimamos que el mismo yace en la propia entraña de estos tipos específicos, pues desde el punto de vista de la tutela penal del patrimonio no tendría sentido especificar una apropiación o disposición indebida que no se plasme en un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. No es necesario que el perjuicio lo sufra el propietario de la cosa objeto de la ilícita apropiación, pues, como ya anteriormente se dijo, puede también recaer sobre el usufructuario, el comodatario y demás personas que en forma legítima hubieren transmitido al sujeto agente la tenencia de la cosa. Así expresamente se admite en el propio artículo 382 del Código Penal, al hacerse uso de la frase "al que con perjuicio de alquin....."

El perjuicio consiste en la lesión inferida al bien patrimonial, contemplada desde el punto de vista del que la sufre, - esto es, del paciente y no es necesario que se plasme en un daño económico, ya que puede existir perfectamente un perjuicio - jurídico que no se traduzca en un daño económico. En estos casos, procede afirmar la realidad del perjuicio y absolver de la reparación del daño material. Sería incidir en un error sutil, aunque paladino, concluir, con fundamento en que la pena del delito se fija en el artículo 382 del Código Penal en relación al "Monto del abuso", que el perjuicio jurídico ha de ser siempre

valuable en dinero ya que de otro modo no podría fijarse la pena, pues lo que el Código Penal toma en cuenta para determinar la sanción es el valor del objeto apropiado y no el monto del perjuicio.

El elemento típico del perjuicio ha de ser determinado con criterio objetivo, pues, "no consiste en aquello que el sujeto pasivo reputa como tal, sino en lo que según el juicio de la generalidad de los hombres, constituye una pérdida patrimonial y es indudable que en dicha valoración deben ser tenidas en cuenta las particularidades del caso concreto y por consiguiente, - los intereses patrimoniales del sujeto pasivo".

#### EL MOMENTO CONSUMATIVO

El delito de abuso de confianza se consume en el mismo instante en que el sujeto activo logra apropiarse, esto es, disponer para si o para otro, del objeto material sobre que recae. - De una manera general debe afirmarse que el delito queda perfecto cuando, dada la naturaleza de los actos materiales que el agente realiza, puede concluirse que tales actos, solo el propietario podría realizarlos, y por ende, en ellos existe una in debida apropiación.

## DANO EN PROPIEDAD AJENA

Por lo que al delito de daño en propiedad ajena tenemos -- que se estipula en el artículo 399 del Código Penal, que el delito de daño se comete: "Cuando por cualquier medio se causan daño, destrucción o deterioro de cosa ajena o de cosa propia en perjuicio de tercero".

"Se contiene en la anterior descripción típica una directa referencia a la conducta y otra indirecta a los sujetos activo y pasivo".

## CONDUCTA

La conducta típica ha de producir un daño, destrucción o - deterioro en el objeto sobre el que recae y puede realizarse -- "por cualquier medio", pues son idóneas todas las formas de conducta que tengan.

El comportamiento típico puede realizarse tanto por acción como por omisión. La acción se exterioriza en medios de efecto inmediato o mediato. Se emplean los primeros, cuando el agente consu directa actividad muscular o valiéndose de los instrumentos que maneja, destruye o deteriora los objetos materiales sobre que recae su conducta. Se usan los segundos cuando el daña

dor se vale de incapaces, animales o aparatos mecánicos o sustancias químicas de efecto retardado. La omisión se exterioriza en un incumplimiento del comportamiento debido.

#### OBJETO MATERIAL

La conducta ejecutiva ha de recaer sobre "cosa ajena" o -- "propia en perjuicio de tercero". Sobre el concepto de cosa y de ajeneidad, nos remitimos a lo que expusimos al tratar el delito de robo; sin más excepción que la de subrayar que las cosas inmuebles también pueden ser objeto material del delito de daño, pues no solamente la descripción del tipo básico no las excluye, contrariamente a lo que acaece en el delito de robo, sino que - el tipo especial de daño recogido en el artículo 397 del Código Penal, hace expresa mención de los edificios, montes, bosques y selvas, o sea de objetos materiales que por su propia naturaleza son cosas inmuebles. No anula la existencia del delito de daño, el que la cosa tuviere un mero valor de afección para la persona a quién pertenece, pues como se afirma dichas cosas, aún - cuando no tengan un valor patrimonial arga omnes, ésto es, económico, también forman parte jurídicamente del patrimonio y por consiguiente, a ninguna persona no autorizada es lícito destruirlas. El solo hecho de que estas cosas sean objeto de destrucción o deterioro, demuestra que ellas no son indiferentes - para el dañador lo cual basta para establecer aquella relatio ad

hominen, que se necesita para que la cosa sea jurídicamente tutelada. Este es también el criterio que impera en nuestro derecho, pues como el delito de daño se castiga, según el artículo 399 del Código Penal, con "las sanciones del robo simple", y como en el artículo 371 del Código Penal, se estatuye una penalidad específica para cuando por su naturaleza no sea posible fijar el valor de la cosa robada, es obvio que también las cosas que solo tienen un valor de afección pueden ser objeto del delito en examen.

#### SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso el propietario de la cosa materialmente dañada. La "cosa propia", es también susceptible, conforme a lo dispuesto en el artículo 399 del Código Penal, de ser objeto material del delito de daño, -- cuando su destrucción o deterioro resulta en perjuicio de tercero, como acontece por ejemplo, si supropietario la destruye o deteriora para perjudicar a quién ejerza sobre ella un derecho de uso o de goce.

Sujeto pasivo del delito, es el propietario cuando la conducta del agente recae sobre cosa ajena, pero también puede ser lo el que tiene un derecho de uso o de goce, cuando el propietario destruye o daña la cosa propia. Puede también acontecer --

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

que el propietario y el poseedor resulten simultaneamente lesionados en sus intereses patrimoniales; el propietario por la destrucción o deterioro material de la cosa, el poseedor por el perjuicio que a sus derechos patrimoniales origina dicha destrucción o deterioro.

#### ELEMENTO PSICOLOGICO

Una cuestión que presenta un especial interés en este delito, es la referente al elemento psicológico. Evidente es que no se requiere para la integración del delito de daño ningún elemento típico subjetivo especial. En consecuencia, basta para la configuración de esta especie típica, los genéricos ingredientes subjetivos, conciencia que constituyen los elementos psicológicos del actual doloso. Empero surge aquí el problema de si el delito de daño patrimonial admite realización culposa. La cuestión esta resuelta en sentido afirmativo en el derecho vigente, toda vez que el artículo 62 del Código Penal da por sentado que el delito puede cometerse por imprudencia y establece que en dicho caso, solo se perseguirá a instancia de parte y se reprimirá con sanción pecuniaria exclusivamente. Estas particularidades singularizan el delito dentro del grupo de los delitos patrimoniales y desvirtuan en tanto supropia esencia, pues es el único delito patrimonial que admite configuración culposa. Son elocuentes datos que evidencian que la propia ley

reconoce la desnaturalización que se acaba de aludir: a) la exclusiva sanción pecuniaria con que es castigado, esto es, con una sanción de matis económico; y b) la persecución del delito a petición de parte.

#### CONSUMACION Y TENTATIVA

La consumación del delito se produce en el mismo instante en que se realiza la destrucción o el deterioro del objeto material y la tentativa se configura tan pronto como el agente realiza actos, que aún siendo idoneos para destruir o deteriorar la cosa, no han producido su ruina o menoscabo.

El resultado dañoso en el delito a examen debe ser fin y medio de la conducta. El delito de daño no existe cuando el agente para alcanzar su finalidad delictiva se ve obligado a destruir o deteriorar las cosas que obstaculizan el logro de sus propósitos o que son el objeto material de su conducta, tendiente a alcanzar un lucro indebido.

#### TIPO ESPECIAL

Si lo que caracteriza a un tipo especial o agravado es tutelar al propio bien jurídico ya protegido en un tipo básico, pero con particular consideración de determinadas circunstan-

cias que aumentan la intensidad antijurídica de la conducta tipificada, forzoso es señalar que el artículo 397 del Código Penal contiene un tipo especial y agravado de delito de daños, -- pues en él se toman en consideración a los efectos penales, determinados medios ofensivos para los bienes patrimoniales, bien debido a la lesión o peligro efectivo que para la seguridad pública representa el uso de tales medios dado su limitado e incontrolable alcance o difusión, o bien debido a que dicha lesión efectiva o potencial recae sobre cosas u objetos que forman el patrimonio nacional o la riqueza pública.

CONDUCTA, CONFIGURACION CULPOSA MOMENTO  
CONFIRMATIVO Y ACUMULACION

La conducta típica descrita en el artículo 397 del Código Penal ha de efectuarse por alguno de los medios, incendio, inundación o explosión, expresamente mencionados en dicho artículo no quiere esto decir que siempre que se emplee alguno de estos medios, la conducta debe subsumirse en el artículo citado; pues si el incendio, la inundación o la explosión no producen la destrucción o el deterioro y no engendran ningún riesgo para alguno de los objetos que se mencionan en las indicadas cinco fracciones, pero ocasiona destrucción o deterioro o engendra un peligro para otros objetos distintos, nos hallamos ante un básico delito de daño, encuadrable en el artículo 399 del Código Penal

vigente en el Distrito Federal.

El tipo complejo descrito en el artículo 397 del Código Penal admite configuración culposa, pues no existe ningún obstáculo conceptual para que en orden, al mismo, entre en juego lo dispuesto en los artículos 80. fracción II, y 60 del Código Penal.

El momento consumativo de este tipo penal, hay que situarlo en el instante en que surge un peligro efectivo para los objetos descritos en las diversas fracciones del artículo 397 del Código Penal. Es por tanto, perfectamente configurable la tentativa, la cual tiene ya realidad cuando se efectúan actos directamente encaminados a producir el incendio, inundación o explosión. El simple hecho de haberse producido el incendio, la inundación o la explosión, no consuma por si solo el delito, -- pues puede acontecer que dichos sucesos no hubieren ocasionado daño o peligro para los objetos descritos en las cinco fracciones de este tipo especial.

El artículo 398 del Código Penal, estatuye que "si además de los daños directos resulta consumado algún delito, se aplicarán las reglas de la acumulación". Así acontece, por ejemplo, cuando a consecuencia del incendio, inundación o explosión, resulte alguna persona muerta o lesionada.

Por lo que se refiere al delito de despojo tenemos que en el delito los elementos constitutivos de la figura en examen, - conviene distinguir y examinar separadamente: a) el objeto material; b) la conducta típica; y c) los medios de ejecución.

DESPOJO  
OBJETO MATERIAL

Puede ser objeto material del delito de despojo, el inmueble ajeno, el inmueble propio en poder de otras personas y las aguas que estén estancadas o discurren en o por los inmuebles - ajenos o propios.

No todos los bienes calificados de inmuebles en el artículo 750 del Código Civil son susceptibles de ser objeto del delito en exámen, sino solo los especificados en sus fracciones I - (El suelo y las construcciones adheridas a él), IV (Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente), VII (Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de aguas, así como los acueductos...), XI (Los diques y construcciones que aunque sean flotantes estén destinados por su objeto y condición a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa), XI ("... y las estaciones radio telegráficas fijas"). En realidad lo que

decide es la posibilidad que los objetos ofrecen de ser ocupados o de usarse sin desplazarlos de su ubicación y la imposibilidad que presentan de ser removidos y separados del suelo sin alterar su forma y sustancia.

Es indiferente que el inmueble sea rústico o urbano, pues uno y otro pueden ser objeto de despojo. También lo es que estuviese o no edificado, pues pueden ser objeto del delito, y no es necesario para la integración de la figura típica que la totalidad del inmueble hubiere sido objeto de la acción, pues el delito puede recaer sobre una parte del mismo, como acontece en los despojos de fondos rústicos realizados mediante alteración de sus lindes. Es también intrascendente en la configuración del delito que el inmueble estuviere poseído por una persona -- particular o por ente jurídico con personalidad pública federación, estado o municipio, a que estos últimos fueren de uso común, destinados a un servicio público o propio. Y no se desnaturaliza el delito por el hecho de que el inmueble fuere propiedad del sujeto activo, pues la fracción II del artículo 395, establece que el delito también existe cuando el agente "ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la Ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que elsionen derechos legítimos del ocupante" solución -- que coincide con la objetividad jurídica tutelada la posesión, en el delito en examen.

Las aguas pueden ser también objeto material del delito de despojo, por declaración explícita contenida en la fracción III del artículo 395 del Código Penal vigente en el Distrito Federal. Dentro de la palabra "aguas" quedan comprendidas tanto -- las nacionales con excepción de las marítimas, como las que se consideran como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corre o en los que se encuentran sus depósitos, a que hace referencia el párrafo quinto del artículo 27 Constitucional, bien se trata de los que son inmuebles por su naturaleza ("Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de - - agua...") mencionados en la fracción IX del artículo 750 del Código Civil, ahora de aquellos que son inmuebles por incorporación, por ejemplo, las que discurren o cañerías de cualquier especie, a que también se hace referencia en la propia fracción -- y artículo unas y otras son susceptibles de ser objeto material del delito de despojo, pues no es posible desconocer por lo que atañe a las segundas, que están inmovilizadas por su adhesión -- física al suelo con caracteres de perpetuidad.

#### CONDUCTA TIPICA

La sistematización de la voluntad de la ley contenida en -- las tres fracciones del artículo 395, lleva la conclusión de -- que son cuatro los comportamientos típicos que pueden integrar el delito en estudio: a) ocupar un inmueble ajeno o propio --

cuando la ley no lo permita; b) hacer uso de un inmueble ajeno o ejercer sobre él propio actos de dominio que lesionen los derechos legítimos del ocupante; c) hacer uso de un derecho real que pertenezca a otro; y d) cometer despojo de aguas.

OCUPAR UN INMUEBLE AJENO O PROPIO  
CUANDO LA LEY NO LO PERMITE

"Ocupar" significa gramaticalmente, en su acepción proyectable al delito de despojo, "tomar posesión de una cosa", o sea de un "bien inmueble". Esta toma de posesión, realizada por -- los medios típicos expresados en la ley y que más adelante se-- rán examinados, implica, en realidad invadir irrumpir, entrar o introducirse en el inmueble ajeno o propio cuando la Ley lo veda. O asentarse en él con fines posesorios cuando ya se tenía por cualquier causa o razón circunstancial, un simple contacto físico sobre el inmueble, precisa por tanto, en primer lugar, -- que el autor del delito asiente o reafirme sus plantas en el in-- mueble con el fin de ejercer sobre él un poder de hecho turvati vo del que sobre, el mismo objeto tenía previamente el sujeto -- pasivo; y, en segundo término, que dicha ocupación se haga con el fin de obtener ventaja pasajera o fugas, el delito enmarca -- en la diversa y alternativa forma ejecutiva que la propia frac-- ción I del artículo 395 del Código Penal, expresa con la frase ".... o haga uso de él...". Y aunque la diferencia entre la --

forma de ejecución consistente en ocupar un inmueble y la de hacer uso de él, están pereficados en orden a la pena, una justa valoración penal no puede desconocer la menor trascendencia cualitativa y cuantitativa que la segunda revista. Y esta menor intensidad debe reflejarse en la fijación de la pena.

Cualquier persona puede efectuar la antijurídica ocupación incluso, por especificación expresa de la fracción II del artículo 395 del Código Penal, "el propietario del inmueble, en los casos en que la ley no lo permita por hallarse en poder de --- otras personas". Entran aquí todas aquellas situaciones descritas en el artículo 792 del Código Civil en que el propietario entrega a otro su inmueble en usufructo, uso, habitación, --- arrendamiento, etc., pues aunque desde el punto de vista civilístico, tanto el propietario como quien temporalmente retiene el inmueble son poseedores originarios la posesión del primero y derivada la del segundo, si el propietario ocupa el inmueble perpetra el delito en examen, pues desde el punto de vista de la realística penal, despoja al que lo retiene de sus derechos posesorios. Empero, no surge el delito en aquél otro caso a que hace referencia el artículo 793 del Código Civil, en que una persona custodia, vigila, cuida o tiene a su cargo un inmueble en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto de su propietario, como acontece con los guardianes, veladores o encargados, pues estas personas no ejercen

ningún poder de hecho sobre el inmueble y solo mantienen con el mismo el contacto o emana de sus cargos.

HACER USO DE UN INMUEBLE AJENO O EJERCER  
SOBRE EL PROPIO ACTOS LESIVOS DE DOMINIO

Además de la forma de comisión consistente en ocupar el inmueble ajeno, la propia fracción I del artículo 395 del Código Penal establece como forma alternativa, la de que el sujeto activo "... haga uso de él..." y la fracción II también en forma alternativa, al mismo tiempo describe el caso del propietario que "ocupe un inmueble de supropiedad...", hace mención al que "ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos -- del ocupante".

HACER USO DE UN DERECHO REAL QUE PERTENEZCA A OTRO

La fracción I del artículo 395 del Código Penal especifica que comete también delito de despojo, quien "...haga uso... de un derecho real que no le pertenezca". En realidad, esta especificación tiene que recaer sobre un bien inmueble, no es posible hacer uso del derecho real sin ocupar o hacer uso de un inmueble ajeno, y en consecuencia, el despojo de un bien inmueble mediante el uso de un derecho real que no pertenezca al sujeto activo, ya estaba comprendido en la primera forma contenida en

en la propia fracción I del artículo 395 del Código Penal. - -  
Quien al amparo de una servidumbre de paso perteneciente a otro,  
atraviesa el predio sirviente, hace uso de un inmueble ajeno; y  
quien haciéndose pasar por titular de un derecho de habitación  
sobre la cosa ajena, se introduce en la misma y la habita gra--  
tuitamente ocupa un inmueble ajeno, en verdad, constituye la --  
realística típica en esta forma de despojo, es la ocupación o -  
uso del inmueble ajeno. La circunstancia de que esta ocupación  
o uso se haga al amparo de un derecho real que pertenece a otro,  
es algo intrascendente para acordar a dicho complotamiento una  
alternativa autónoma.

#### COMETER DESPOJO DE AGUAS

El artículo 395 del Código Penal sanciona también "al que  
en los términos de las fracciones anteriores, comete despojo de  
aguas".

La toma de posesión o apoderamiento de las aguas suscepti-  
bles de ser objeto material del delito de despojo puede ser ope-  
rada mediante desviación de su curso natural, pues si desviar -  
significa cambiar en todo o en parte el curso de las que corren  
naturalmente, es obvio que en esta mutación de cause se halla -  
implícita aquella toma de posesión con fines permanentes que pe-  
nalísticamente constituye esa ocupación a que hace referencia -

la fracción III en relación con la I del artículo 395 del Código Penal.

Sin embargo puede también ser operado el despojo mediante una derivación que, sin implicar desviación total de su masa, - extraiga una parte de ella de su vaso o cauce natural. En tanto que la desviación presupone, casi siempre, un despojo total de la masa líquida que constituye el agua, la derivación implica un despojo parcial.

#### VIOLENCIA

El más genuino medio de comisión del delito de despojo es la violencia a las personas y también el que monopolizó su ejecución en los más antiguos Códigos de España (art. 811 del Código Penal de 1822) y de México (art. 442 del Código Penal de - - 1871).

La violencia a las personas ha de tener por fin hacer posible la antijurídica ocupación o uso del inmueble y eliminar o - disminuir la oposición que el poseedor o sus representantes pudieran hacer valer con objeto de impedir o dificultar dicha ocupación o uso. Ha de traducirse en actos materiales desplegados físicamente sobre el sujeto pasivo de la conducta, enderezados ya sea para arrojarle del inmueble o impedirle entrar en él, o

para quebrantar sus resistencias y reducirle a un estado de forzosa pasividad, existe violencia física si se lesiona, golpea - encierra al poseedor o a su representante para eliminarle o inmovilizarle. No se requiere que la violencia sea total, basta que disminuya parcialmente la capacidad de defensa frente al injusto despojo.

La violencia sobre el inmueble ha de ejercerse con el fin de ocuparle o hacer uso de él, pero lo cual debe preceder o ser simultáneo a dicha ocupación o uso. La violencia sobre el inmueble consiste en el despliegue de una fuerza que transforme, altere o destruya el objeto material del delito en forma idónea para hacer posible su ocupación o uso y elimina los obstáculos naturales, o artificiales que se opongan a dicha ocupación o uso. Es indiferente el medio empleado, pues tanto vale la fuerza personal, la energía física o química o el uso de instrumentos. Y se traduce fácticamente en la fractura o destrucción de puertas, paredes o ventanas, en el rompimiento o sustitución de cerraduras o candados; en la destrucción de mojones, setos vivos o muertos, o en el derrumbamiento de acueductos o muros de contención de las aguas.

#### AMENAZAS

Emplea amenazas típicamente idóneas en la comisión del de-

lito de despojo, quién con actos o palabras da a entender a - - otro que le hará mal si se opone a que ocupe o haga uso del inmueble o de las aguas.

El mal con que se amenaza ha de ser idóneo para hacer surgir en el amenazado la representación de un peligro y no es preciso que se demuestre objetivamente que era real y cierto, pues basta que tenga la suficiente apariencia externa para subjetivamente intimidar.

#### ENGAÑOS

Constituye también delito de despojo la ocupación o el uso engañoso de un inmueble o de las aguas, pues el artículo 395 -- del Código Penal establece que la pena del despojo es aplicable "al que.... empleando.... engaños.... ocupa un inmueble ajeno o haga uso de el...". De la anterior transcripción surge con claridad que la esencia de esta conducta típica consiste en la ocupación o en el uso engañoso del objeto material sobre que recae la conducta.

#### FURTIVIDAD

La ocupación o el uso furtivo de un inmueble, o de las - - aguas, es también medio de comisión del delito de despojo toda

vez que el artículo 395 del Código Penal en forma expresa la --  
menciona al decir, "al que de propia autoridad o furtivamente -  
ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él o de un derecho real -  
que no le pertenezca".

Furtivamente según el diccionario de la lengua española --  
significa "a escondidas" y en relación al delito en examen com-  
prende la ocupación o el uso oculto o secreto de un inmueble o  
de las aguas, es decir, que se evita que la ocupación o el uso  
antijurídico sea conocido por quien tiene derecho o interés en  
oponerse a dicha ocupación o uso.

#### CONSUMACION Y TENTATIVA

El delito de despojo se concuma en el momento en que el su-  
jeto activo ocupa o hace uso del inmueble o de las aguas con el  
fin de ejercer un poder de hecho sobre el inmueble o de utili-  
zarlo pasajeramente y obtener un beneficio fugaz.

La tentativa existe cuando el sujeto activo realiza actos  
violentos, intimidatorios, engañosos a ocupar o hacer uso del -  
inmueble o de las aguas sin llegar a ocuparlo o usarlo por cau-  
sas ajenas a su voluntad.

c).- DIVISION DE LOS DELITOS PATRIMONIALES

Todos los delitos patrimoniales una vez realizados, tomando en cuenta sus efectos en la persona que resiente la acción ilícita, tienen como consecuencia inmediata una merma, disminución o daño en su activo patrimonial. Los ofendidos que resienten el perjuicio pueden ser los propietarios, los poseedores legítimos, o cualquier persona que tenga derecho sobre la cosa -- distraída.

Lo que varía en los distintos tipos de delitos son los procedimientos de ejecución efectuados por el infractor para causar la disminución patrimonial, y así, la acción lesiva del -- agente en el delito de robo, radica en el apoderamiento violento, astuto o subrepticio de la cosa mueble objeto del destino -- del bien mueble confiado previamente al agente, en precaria tenencia, en los fraudes, salvo casos especiales, en el engaño, -- en el aprovechamiento del error para lograr la entrega del bien o la obtención de un lucro cualquiera; en los despojos, por la ocupación violenta, furtiva, amenazante engañosa del inmueble o de las aguas; por último en el daño, por la destrucción total o parcial de la cosa.

En el Código de 1871 los delitos de robo, abuso de confianza, fraude contra la propiedad, quiebra fraudulenta, despojo de

cosa inmueble o de aguas, amenazas, amagos, violencias físicas y destrucciones o deterioros causados en propiedades ajenas por incendio, por inundación o por otros medios, se comprendían en el Título I del Libro Tercero llamado "Delitos contra la propiedad", denominación equivocada por dar a entender, a primera vista al menos, que el único derecho protegido a través de las normas represivas de estas infracciones lo era el de propiedad, cuando es evidente que por la vía del robo, del abuso, del fraude, del despojo o del daño, pueden lesionarse algunos otros patrimoniales, por ejemplo, los derechos de un poseedor, de un usuario, de un usufructuario, de un acreedor o en general de cualquier titular de derechos sobre los bienes que recaiga el delito.

El Código Penal de 1929 llamado Código de Almaraz, no obstante que pretendió hacer revisión completa de nuestra anterior legislación clásica, conservó la deficiente denominación "Delitos contra la propiedad", despreciando la elemental observación positiva de que esos delitos no se realizan contra una simple institución jurídica abstracta, la propiedad, sino se vierten concretamente en contra de las personas, lesionando sus derechos patrimoniales.

Al catalogar como delitos contra la propiedad los de amenazas, amagos o violencias físicas, el viejo Código Penal de 1871 olvidó la extensa gama de móviles con que el agente activo pue-

de realizarlos; cierto es que estos delitos se cometen frecuentemente con finalidad de causar un perjuicio económico en los bienes del ofendido; pero también lo es que la intimidación amenazante o el amago físico o moral pueden perseguir una finalidad no patrimonial, como cuando se requiere al ofendido para que ejecute un acto cualquiera contrario a su voluntad. Lo erróneo de la antigua clasificación se desprende de la reglamentación de detalle que se hacía de los referidos delitos, así como de las mismas palabras empleadas por Martínez de Castro en la Exposición de Motivos, en las que reconoce los diversos móviles que pueden impulsar al autor: "Uno de los males que nos ha traído la última guerra extranjera es el de haber venido a introducir aquí delitos que no se conocían, y tal es el de valerse de amenazas en un escrito anónimo para obligar a alguno a que entregue una cantidad de dinero o a que ejecute un delito o cualquier otro acto que no hay derecho de exigir. De esto se han dado ya algunos ejemplares, y como este crimen es desconocido en nuestras leyes y, por consiguiente, no le señalan pena, quedarán impunes los delincuentes si no se dictan las disposiciones necesarias..." (30)

El Código Penal vigente, con mejor fortuna, menciona las -

(30) C.F.R. Exposición de Motivos del Código Penal de 1871. Editorial Baurer. México. 1907. p. 53.

amenazas en el Título "Delitos contra la paz y seguridad de las personas". Los amagos o violencias físicas, según su diversa naturaleza, se resuelven en distintos preceptos.

Para comprender los méritos relevantes de la moderna designación -delitos en contra de las personas en su patrimonio- se requiere breve análisis de su alcance jurídico.

La denominación es certera y clara, desde luego nos recuerda que las personas, tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas, y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino en general, la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona. En otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través del Derecho penal son todos aquellos derechos de las personas que puedan -- ser estimables en dinero, o sea que formen su activo patrimonial, ya que el patrimonio es "el conjunto de derechos y de cargas de una persona, apreciables en dinero". (31)

En la historia de la humanidad, desde las épocas primiti-

---

(31) González de la Vega. Op. cit. p. 162.

vas hasta las modernas civilizaciones se ha considerado de - - acuerdo con las necesidades y el sentido del momento, que determinados hechos de la conducta del hombre debían ser sancionados en formas diversas, es el caso del delito de robo que se conoció con diversos nombres, y ya en el Derecho Romano se conocía el delito de Hurto (robo simple) como uno de los mejores elaborados por la Jurisprudencia.

Habiendo visto que el patrimonio se integra por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, susceptibles de una valorización pecuniaria, y que los titulares del mismo solamente -- pueden serlo las personas, es claro que este debe ser tutelado por el derecho penal como protector del interes social, manteniendo el equilibrio jurídico que hace posible la vida en sociedad.

#### d).- EL PATRIMONIO EN EL DERECHO PENAL

El concepto del patrimonio en derecho penal, nos dice JIMENEZ HUERTA tiene un sentido distinto y una mayor amplitud que - en el derecho privado; "una mayor amplitud, pues en tanto que - la común doctrina privatista considera que en la noción del patrimonio se encuentran solo las cosas o derechos susceptibles - de ser valorados en dinero, la tutela penal del patrimonio se -

extiende a aquellas cosas que no tienen valor económico". (32)

GONZALEZ DE LA VEGA, refiriéndose al punto que tratamos manifiesta que todos los delitos patrimoniales tienen la peculiar característica de importar un perjuicio patrimonial para la víctima, la consecuencia directa de los delitos de robo, fraude, - abuso de confianza, despojo o daño en propiedad ajena, es la injusta disminución de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo, para la integración de los delitos poco interesa que la disminución sea total o parcial, reparable o irreparable, momentánea o definitiva, el carácter común radica en que disminuyen la utilidad que procuran a un individuo los elementos activos de su patrimonio. "Esta disminución del valor puede tomar formas diversas, ser realizada por medios distintos, pero es un elemento común de todos los delitos contra el patrimonio cuyos efectos se caracterizan por un perjuicio". (33)

En nuestra legislación, el Código Penal protege no sólo -- las cosas materiales, sino también los bienes inmateriales, aún cuando, como en Venezuela, leyes especiales protejan los derechos de autor, los derechos de los inventores y los derechos -- del Estado. Así, en la Ley de Derechos de Autor, en la Ley de

(32) Jiménez Huerta. Op. cit. p. 13.

(33) González de la Vega. Idem. p. 169.

la Propiedad Industrial, Ley de Quiebras, en el Código Fiscal - de la Federación, en la Ley de Minas, en la Ley Petrolera, etc., son numerosos los delitos que tipifican conductas que atacan o ponen en peligro intereses que, de acuerdo con el concepto que hemos aceptado con anterioridad, deben considerarse como patrimoniales, a pesar de no estar tipificadas en nuestro Código primitivo.

El patrimonio en Derecho Penal, que se proyecta rectilíneamente sobre cosas y derechos que forman el activo de la concepción civilista, como lo afirma en frase certera Jiménez Huerta, vamos a referirnos a nociones comunes que encontramos en la definición de algunos de los delitos patrimoniales. Así, por - - ejemplo, el Código Penal en la definición de las distintas figuras que se agrupan en el título denominado "Delitos contra las personas en su patrimonio" hace, en todas ellas, expresa referencia al elemento ajeneidad.

Por lo que se refiere a los diferentes delitos patrimoniales que define nuestro Código Penal, se precisan en ellos los - casos en los cuales el propietario puede cometer delitos; así - por ejemplo, si bien se define el robo, como apoderamiento de - cosa ajena, el abuso de confianza, como disposición de cosa ajena y el despojo como la ocupación de predio ajeno, establece -- excepciones al principio comunmente aceptado de que, en los de-

litos patrimoniales, el propietario no puede ser sujeto activo de la infracción, como lo iremos estudiando.

El concepto de ajeneidad en nuestro derecho, ha sido también motivo de preocupación de nuestros juristas. El maestro González de la Vega, sostiene en su Derecho Penal Mexicano, que "la cosa ajena es un elemento del delito de robo, indispensable de demostrar en los procesos respectivos". Nadie, afirma el Maestro, puede robarse a sí mismo; nadie puede cometer robo en sus propios bienes, a pesar de la excepción a que nos hemos referido con anterioridad.

González de la Vega tiene también un concepto negativo por lo que se refiere a la ajeneidad. La "locución, cosa ajena, nos dice, empleada por la ley al tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional; la de que la cosa ajena objeto del delito no pertenezca al sujeto activo" (34), concepto con el que coinciden don Antonio de P. Moreno, que expresamente sostiene que "el apoderamiento debe recaer en cosa ajena, en cosa que no pertenezca al sujeto activo y sobre el cual no ejercite derechos posesorios, sean directos, derivados o precarios" (35). Para don Mariano Jiménez Huerta, denota esta expresión,

(34) González de la Vega. Ibidem. p. 172.

(35) Moreno, Antonio de P. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1972. p. 211.

que "la cosa ha de pertenecer al patrimonio del que es titular una persona extraña al sujeto activo del delito". (36)

De acuerdo con nuestro sistema legal, este concepto negativo, que aceptan nuestros juristas, se reitera por la jurisprudencia y se recoge en el Código de Procedimientos Penales, que dispone en la fracción III del artículo 115, que en todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes: "III. Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder una cosa que, por sus circunstancias personales, hubiera podido adquirir legítimamente, sino justifica su procedencia".

En nuestra opinión, por cosa ajena debe entenderse aquella que no pertenece al agente activo, concepto que debe aplicarse a todos los delitos patrimoniales definidos en nuestro Código Penal del Distrito Federal, por lo que, salvo los casos de excepción, el propietario no puede ser autor de un delito patrimonial.

Para concluir diremos que nuestro Código Penal vigente en el Distrito Federal, es el único en América Latina, que conside

(36) Jiménez Huerta. Idem. p. 18.

ra que la disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutada intencionalmente por el dueño, si la cosa se halla en poder de otro a título de prenda o de depósito decretado por la autoridad o hecho por su intervención o mediante contrato público o privado, es un delito equiparable al robo.

## CAPITULO III

### DE LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS SUJETAS A UNA AVERIGUACION PREVIA

La esclavitud es una institución histórica, con fundamentos sociales y jurídicos, que aparece en los orígenes de la humanidad y que llega hasta nuestros días. En Egipto, en China, Japón, India, Grecia, Roma, países árabes, en fin, en todas las naciones y en todas las épocas encontramos el sojuzgamiento del hombre por el hombre. Tan sólo en las tribus germánicas, en donde el individuo tenía una fuerza intrínseca, no existía la esclavitud en la forma y extensión de los otros pueblos; eran más bien siervos de la gleba.

En el mundo antiguo la sociedad humana estaba, pues, dividida en dos grandes clases: los hombres libres, y los esclavos o semiesclavos. Aquéllos eran una infima minoría que ejercía el poder.

El concepto de libertad en Grecia y Roma es distinto al nuestro. Para el hombre (libre) antiguo, libertad significaba poder elegir a sus gobernantes o ser elegido; era el no sometimiento a un poder extraño. En suma; libertad era sinónimo de democracia.

Pero esta democracia era absolutista. El hombre antiguo - pertenecía al Estado; no tenia libertades dentro del Estado.

En cambio, para el hombre germánico, el individuo era ante rior al Estado.

a).- CONCEPTO DE LIBERTAD

Si bien el hombre se encuentra inmerso en el mundo, ac- túa en diferentes planos: en el plano material o mundo de la - naturaleza, y en el espiritual o mundo de la cultura.

El mundo de la naturaleza es el mundo de la necesidad, - - pues está regido por la ley de causalidad, mediante la cual -de un modo ineluctable- a todo efecto corresponde una causa. En - cambio, el mundo de la cultura es el mundo de la libertad, por- que dicho mundo es creado por acciones humanas, que son realizada das por el hombre no casualmente, sino obedeciendo a un princi- pio teleológico, finalista.

Una piedra debe caer necesariamente, de acuerdo con las le yes de la gravedad; un hombre puede o no realizar un acto, acep- tando las consecuencias de su acción u omisión.

La libertad tiene un concepto amplísimo, ya que puede referirse a las cosas del mundo de la naturaleza o bien a las del mundo de la cultura.

La libertad absoluta no existe, pues aún los cuerpos en el espacio se hayan sometidos a las leyes de la gravedad universal de Newton o a las del campo unificado de Einstein.

En el mundo de la cultura tampoco existe la libertad absoluta, por cuanto ella debe detenerse ante la esfera de la libertad de los otros hombres con quienes convivimos.

De allí que la libertad sea una entidad relativa, y podríamos conceptualizarla como la no sujeción a algo. Pero esta concepción, vaga y generalizada, debe delimitarse; así decimos: libertad física, o sea no sujeción a algo material; libertad biológica, o sea vida independiente de otros organismos; libertad política, o sea gobierno propio, que es independencia con respecto a lo externo, y posibilidad de elegir gobernantes, o de ser elegido, en lo interno; libertades públicas, libertades civiles, libertades económicas, etcétera.

Nos dice De Pina por su parte que la libertad es la "facultad que debe reconocerse al hombre dada su conducta racional, para determinar su conducta sin más limitaciones que las señala

das por la moral y el Derecho".

"El ser humano nace libre y, por lo tanto, su derecho de vivir libre no es un regalo de alguna autoridad, sino una consecuencia lógica de su propia naturaleza".

"La libertad tiene diferentes manifestaciones: la política, la de enseñanza, la de aprender, etc.". (37)

Nos dice Soler por su parte "si algún concepto hay cuyos atributos sean infinitos, inagotables, ese concepto es el de libertad". (38)

En el mundo de la cultura, la libertad puede ser individual o colectiva. La libertad colectiva consiste en la independencia con respecto a otros Estados.

La libertad individual puede ser pública o privada, o sea libertad política y libertad civil, dentro de la vieda denominación de Aristóteles.

(37) Pina, Rafael De. Diccionario de Derecho. Décima Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 1983. p. 340.

(38) Soler, Sebastian. Ley, Historia y Libertad. Editorial Lozada. Buenos Aires. 1963. p. 231.

Además ambas fases de la libertad tienen su momento estático y su momento dinámico. El primero consiste en la seguridad, y el segundo en las facultades o derechos.

Así tenemos que dentro de las libertades públicas tenemos: libertad política, o sea posibilidad de elegir, sin trabas, a los gobernantes, y posibilidad amplia de ser electo gobernante; libertad de petición; libertad de reunión; de expresar ideas; - de huelga; de sindicalización, etcétera.

En los privados encontramos: libertad corporal, de trabajo, de tránsito, de habitación, de enseñar y aprender, de religión, de defensa privada o en juicio, etcétera.

Vale decir que existen derechos no enunciados, derechos implícitos, y que la enumeración es ejemplificativa y no yasada.

Una primera aproximación al concepto de libertad nos la hace mostrar como un derecho, como un derecho imprescriptible e inalienable de la persona humana, insito a ella, y por ende perteneciente indisolublemente a su naturaleza.

Esto nos conduce a la concepción de la libertad como un derecho natural, un derecho natural fundamental y primordial.

La concepción del Derecho natural, que viene desde Aristóteles y Cicerón, lo conciben como un derecho emanado de la naturaleza.

Sin embargo las leyes de la naturaleza son leyes necesarias, ineluctables, del ser y las leyes jurídicas son normas contingentes del deber ser.

Para concluir diremos que la libertad no es un derecho natural que exista en la naturaleza de las cosas otorgada por Dios o por el cosmos, sino que es un poder del hombre de desenvolverse, de acatar o no acatar la norma jurídica, aceptando las consecuencias de su acatamiento o de su negativa.

Lo que encontramos en el fondo del pretendido derecho de resistencia a la opresión, del derecho de revolución, de propiedad, de prensa, etcétera, son poderes que el hombre tiene para usar de su libertad de aceptar o no la norma, de apropiarse y utilizar las cosas, de publicar sus ideas.

El Derecho, por eso, concluye en un sistema de sanciones o en la ejecución coactiva, que son en definitiva un sustitutivo del precepto hipotético transgredido, pero nunca su cumplida realización. La ley puede castigar al que roba, pero no puede impedir que haya ladrones, por severa que sea la pena con la

cual amenaza.

Lo anterior se hacia necesario para adentrarnos al tema -- que nos ocupa que es de la libertad de las personas sujetas a -- una averiguación previa, y que era necesario partir de un concepto para poder seguir con el estudio que planteamos para adentrarnos al segundo punto de este capítulo.

b).- NATURALEZA DE LA LIBERTAD

Si a los órganos de administración corresponde realizar -- innumerables funciones, indispensables para mantener la paz social y asegurar el normal desenvolvimiento de la vida nacional promoviendo el progreso de la colectividad; al Ministerio Público le está exigida la alta misión de hablar porque en el juego de las acciones humanas tanto de los gobernantes como de los gobernados se respete siempre el orden jurídico establecido.

La designación de los funcionarios de la institución nada importa, ni que sean inamovibles, nombrados por tiempo fijo o sean removidos libremente, lo fundamental es que su actividad -- este reglamentada y controlada por la Ley de la Institución, de modo de que sólo les esté permitido obrar dentro de lo mandado por esa ley, con la consecuencia de su responsabilidad personal por todo desacato de la misma, sea realizando actos que la Ley

no autoriza u omitiendo lo que la misma ordena.

Precisamente porque es acaso el órgano del Estado de más reciente formación y no constituye un cuarto Poder según las Leyes de los diversos Países, en algunos de ellos aparece como de libre elección del Ejecutivo, al igual que en el nuestro acontece en Ecuador, Venezuela, Brasil, Bélgica, etc. En otros Países aparece por el Ejecutivo pero a propuestas del Poder Legislativo Ejem. Bolivia. En otros países aparece por el Ejecutivo pero a propuestas del Poder Judicial Ejem. Chile.

En tanto en otros países, como Suecia y Finlandia se ha establecido que el nombramiento sea pro el Poder Legislativo, como se vé, no aparece esencial ni la forma de designación ni las condiciones de estabilidad de sus miembros, pues en los mismos países mencionados y en otros varios, las funciones del Ministerio Público tienen a veces carácter vitalicio, sin que se les pueda remover, más que mediante sentencia dictada en juicio contradictorio o por retiro forzoso a virtud de incapacidad en otros casos, su nombramiento es por tiempo fijo, y para nuestro país, son libremente nombrados y removidos, pero no obstante sus diferencias; sus funciones fundamentales siempre son las mismas.

En otro orden de ideas la Ley obliga al Ministerio Público a iniciar la actividad investigadora, inmediatamente que tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, prevista y sancionada por la Ley punitiva; comprobar los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad del indiciado como agente activo; aprehender y detener a éste y a todas las demás personas que aparezcan complicadas en el hecho delictuoso; tomar a dichas personas y a los testigos sus declaraciones y reunir las pruebas que estén a su alcance con todo lo cual y previo examen de los datos recabados, el Ministerio Público estará en aptitud de ejercitar o no la acción penal, según que se manifiesta o no el requisito de procedimiento.

Toda la actividad sintéticamente descrita en el párrafo anterior, la realiza el Ministerio Público sin órdenes y sin necesidad de autorización de órgano superior alguno. Tal es el Poder-deber que la ley le concede, por donde puede decirse que el Ministerio Público, si desde el punto de vista formal está actuando administrativamente, desde el punto de vista material - estará realizando una función jurisdiccional, porque con las pruebas aportadas y las normas jurídico-penales aplicables, juzga y declara si condena o no al presunto responsable a pasar -- por el proceso penal.

Pero este poder-deber del Ministerio Público no es discrecional, hemos dicho que la Ley delimita su actividad y hasta -- los medios mismos en ciertos casos, obligándolo a consignar si resulta satisfecha la condición normativa y abstenerse de consignar si la condición no se manifiesta, todo ello dentro de términos fatales establecidos constitucionalmente para la afectación de las garantías individuales.

Y así vemos que las Leyes Procesales, establecen que la -- consignación y ejercicio de la acción penal; debe satisfacer los requisitos del artículo 16 Constitucional, o sea la necesidad de justificar la existencia de la denuncia, acusación o querrela de un caso determinado que la ley establezca con pena corporal; y éstos deben ser apoyados por declaraciones de personas dignas de fé, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Todo lo dicho anteriormente viene a deducirse que el Ministerio Público ha venido evolucionando, olvidándose de la práctica viciosa de consignar simplemente hechos, ahora con la investigación que tiene a su cargo, y ya convencido de la responsabilidad del sujeto, ejercita la acción penal, pero también se tendrá que abstener cuando tenga la evidencia indudable de que el hecho no es delictuoso, dejando de ser una institución decorativa, en beneficio de la sociedad que representa, pues a través -

de los años ha luchado por lograr la eficaz represión del delito, y por lo mismo, ha procurado dentro de sus límites, ampliar la Institución, con nuevos métodos, para lograr la pronta y expedita investigación de los delitos, evitándose así que por carecer de elementos de investigación se permita, sin quererlo, la impunidad; pero si esos nuevos métodos de investigación precisaran, la forma y circunstancia de ejecución de un hecho que la ley justifique y se pruebe en forma indubitable, no procede la consignación, absteniéndose el Ministerio Público de ejercitar la acción penal.

El Ministerio Público en nuestro Derecho Penal es el vértice principal del Órgano jurisdiccional que actúa directamente sobre el Juez. Por lo tanto es el Ministerio Público el encargado de ejercitar la acción penal, de un acto delictuoso.

La principal figura, por lo tanto, es el Ministerio Público, pues es el titular de la acción penal ante los Tribunales.

El Juez es la persona ante quien se ejercitará la acción penal, y ante quien la defensa se desarrolla y propone, se considera al Juez como un "Sujeto Procesal".

El Presunto Responsable es la persona contra quien se ejercitará la acción, después de las averiguaciones correspondien--

tes por la violación cometida; esta persona tiene carácter en el Proceso de "Parte".

Ninguna Ley establece una solemnidad especial para formular la acción penal; basta con que el Ministerio Público promueva la incoacción de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal relativa, tanto más cuanto que el exceso de trabajo en los Tribunales Penales, no aconsejaría ni permitiría juzgar con un criterio muy riguroso la forma de esa promoción, bastando para los fines de un procedimiento regular, con que exista el pedimento respectivo.

Conforme al artículo 21 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal, compete exclusivamente al Ministerio Público, como representante de la Sociedad y no a los particulares. De esto podemos afirmar que dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos. En tal virtud, la procedencia del ejercicio de ésta acción por parte del Ministerio Público, aún en el supuesto que sea susceptible de indebida, lesionaria, en último caso, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia constitucional.

Es de observarse que para que la Institución del Ministerio Público pueda cumplir fielmente con su cometido, es imprescindible que observe determinados principios que le son inherentes. El primero, como unidad de demanda, con el reconocimiento de un superior jerárquico que es el Procurador General de Justicia. Teniéndose a la Institución como constituida por una pluralidad de funcionarios, para su representación coherente y armónico entre los mismos. Con independencia como condición especial para el buen funcionamiento de la Institución, y con autonomía completa desligándose del poder Ejecutivo formando una -- unidad autónoma en su mecanismo y buen funcionamiento de independencia y libertad, en lo que se refiere a sus funciones al -- margen de toda influencia política, con una cuidadosa selección del personal, garantizando en sus puntos a los funcionarios pro bos y aptos, que se hayan especializado en estas materias; lo -- anterior se hace necesario, para poder adentrarnos al motivo de nuestro estudio.

Para concluir diremos que en orden a su naturaleza, la libertad en la averiguación previa puede ser medida de cautela ex clusivamente personal, si se trata de la hipótesis protestato-- ria, o bien poseer signo complejo, real y personal a un tiempo si se está en el caso de las libertades previa y caucional que posteriormente estudiaremos.

La libertad que ahora nos ocupa pretende resolver la antinomia de intereses que se plantea entre la sociedad y el individuo, pues mientras aquélla exige el castigo de los delitos y la protección de sus miembros contra los ataques de sujetos peligrosos, éste reclama, en bien de la justicia, que no se le prive de libertad hasta que se haya esclarecido su responsabilidad concreta por un hecho delictuoso. Semejante contraste se resuelve, en cierto modo, gracias a la institución que venimos examinando, ya que por ella al tiempo que se limita la libertad del sujeto, de manera mucho menos intensa que en la hipótesis de prisión preventiva, y se aseguran los fines del proceso, se permite al inculpable permanecer fuera de la prisión. De ello se sigue que este instituto está llamado a amparar a un tiempo los derechos de la sociedad y los de la persona humana.

c).- CARACTERISTICAS DE LA LIBERTAD

La libertad se ha ligado entre nosotros, como es natural, al supuesto de la pena corporal, llamase privativa o restrictiva de la libertad, además de la pena capital.

Originalmente, al amparo de la fracción I del artículo 20 - Constitucional, era pertinente el otorgamiento de la libertad caucional cuando no excedía de cinco años el límite medio aritmético de la pena aplicable al delito por el que se seguía el proceso.

La iniciativa de reforma constitucional del Presidente de la República, de 11 de noviembre de 1947, fue presentada a la Cámara de Senadores en la sesión del 9 de diciembre. Turnada a las Comisiones, el dictamén de éstas se leyó en la sesión del 23 de diciembre, en la que el proyecto fue aprobado sin debate, -- por unanimidad de 44 senadores. por lo que hace a la Cámara de Diputados, el proyecto fue presentado y aprobado, por unanimidad de 81 votos, el 23 de diciembre.

Así tenemos que una reforma favorable al inculpado se introdujó en 1947-1948; en virtud de aquélla se ha pasado a hablar de pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años.

El 3 de septiembre de 1984, el Ejecutivo Federal presentó al Constituyente Permanente, por conducto del Senado, una iniciativa de reforma de la fracción I del artículo 20 Constitucional. Se trataba, en esencia de ganar en el debido equilibrio entre el derecho individual a la libertad provisional y la necesidad de preservar la seguridad pública, afectada o afectable por la fácil liberación de presuntos responsables de ilícitos que generan peligro o causan daños considerables.

Para ese fin pareció conveniente revisar el alcance de la expresión "delito que merezca ser castigado con pena cuyo térmi-

no medio aritmético no sea mayor de cinco años". Igualmente, se juzgó pertinente reconsiderar el régimen de la caución, en forma y fondo, para ponerlo al día, como instrumento de equidad y de razonable defensa social. Hubo especial consideración hacia la víctima, y se incluyó la noción de perjuicio, junto a la de daño causado por el delito. Asimismo, se pretendió dar al Ministerio Público atribuciones específicas para promover cuando fuese pertinente, el incremento de la caución necesaria para el disfrute de la libertad.

Tomando en consideración que la libertad arranca del supuesto de que el delincuente, habida cuenta de sus circunstancias personales, de la gravedad del delito cometido, de la penalidad que a éste corresponde y del temor de perder la garantía, no se sustraerá a la acción de la justicia. Ahora bien, la consideración de estos elementos puede quedar confiada al juez, en mayor o menor medida, o vincularse a una valoración prejudicial, legislativa, que se traduzca en norma de imperio para el juzgador, de determinados datos objetivos. Este último es el criterio seguido por el Derecho mexicano.

"Una nueva forma de libertad cautelar, caucionada, fue introducida por la reforma de 1971 al Código Distrital de Procedimientos Penales: la libertad previa. Esta liberación, que significó un gran adelanto en el procedimiento penal mexicano, con

benéficas y amplias consecuencias prácticas, ofrece la singularidad de que su otorgamiento compete al Ministerio Público, esto es, se otorga en fase de averiguación previa, al tenor del artículo 271, según fue adicionado entonces. Se trató aquí de afrontar, desde cierta vertiente, los problemas causados por la moderna y extendida delincuencia culposa con motivo del tránsito de vehículos. No había en la especie, como bien se advierte, una criminalidad peligrosa que ameritase regímenes cautelares rigurosos". (39)

Por lo demás, esa reforma procesal enlazó con una introducida por el artículo 62 del Código penal, que agregó a los delitos perseguibles por querrela necesaria ciertas hipótesis de lesiones ocasionadas, asimismo, con motivo del tránsito de vehículos.

Se puso en manos del Ministerio Público, la liberación de referencia, siempre que el infractor otorgase garantía que asegurara el pago de la reparación del daño, si procedía; y si no mediaba abandono del o de los lesionados.

La posibilidad y conveniencia de la liberación en estos ca

(39) García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1989. p. 611.

sos, tan frecuentes, resulta de la circunstancia de que aquí -- los imputados obtendrían la libertad provisional ante el juzgador, por tratarse de delitos de imprudencia (en los términos anteriores del artículo 8º, fracción II del Código Penal), cuya pena media es considerablemente inferior a cinco años (artículo 60 del Código Penal). Carecía de razón, por ende, privar de libertad a los infractores, sujetos que en la gran mayoría de los casos no son peligrosos, para usar la antigua expresión positivista, sometiéndolos a las severas molestias inherentes a la detención.

Con frecuencia acontece que el manejador, temeroso de la detención y carente, por lo demás, de un sólido sentido de responsabilidad social, opta por abandonar al herido y eludir, con ello, las consecuencias de su acción ilícita. Tal vez la certeza de la perseguibilidad por querrela en algunos casos, por una parte, y de la posibilidad de obtener la libertad inmediata en todos los casos, por la otra, consignan abatir en mayor o menor medida las situaciones de sustracción a la justicia y de abandono de lesionados.

Más como también se tendía, con la reforma, a favorecer el espíritu solidario que es base y resultado de una adecuada convivencia, el beneficio procedimental que ahora nos se negó a quien incurría en abandono del lesionado.

Atendiendo a esta clase de libertad por lo que hace a su naturaleza, como a la autoridad que la concede, es distinta e independiente de la que previene la fracción I del artículo 20 Constitucional. De aquí no se sigue, ciertamente, su inconstitucionalidad, como se ha creído observar en las normas precursoras que al respecto contiene el Derecho del Estado de México. Y no la hay, porque si bien es cierto que el artículo 20 habla sólo del otorgamiento de libertad por el juez, también lo es que dicho texto consagra una garantía mínima, incompressible, más no un tope máximo a los derechos del inculpado. De ahí, entonces, que la ley secundaria proceda acertadamente al ampliar las prevenciones favorables a este sujeto.

El Ministerio Público dispone la libertad del inculpado si éste garantiza no sustraerse a la acción de la justicia y pagar la reparación de los daños y perjuicios causados. La libertad previa se niega, en la especie de delitos culposos con motivo del tránsito de vehículos, a quien incurre en el delito de abandono de persona, se entiende que de la persona lesionada).

Otro caso de libertad previa, sin necesidad de caución y con posibilidad de pedir el arraigo, se plantea cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, supuesto que excluye la detención y el auto de formal prisión y funda, em cambio, el auto de sujeción a proceso (artículo 162 del Códig

go de Procedimientos Penales).

El liberado continúa sujeto al procedimiento y obligado a obedecer las órdenes que dicte el Ministerio Público en la averiguación previa. Si no cumple, el Ministerio Público puede hacer efectiva la garantía. Esta se cancelará, en cambio, si resuelve el no ejercicio de la acción penal.

Cuando el Ministerio Público consigna el asunto ante la autoridad judicial, se plantea un doble efecto: a) el juzgador ordena la presentación del inculcado, (no la aprehensión), - - quien está obligado a comparecer, si no lo hace, sin causa justa, el juez obsequia orden de aprehensión y manda hacer efectiva la garantía; y b) la garantía resuelta por el Ministerio Público, y otorgada ante éste, se considera prorrogada tácitamente, hasta que el juez decide su modificación o cancelación.

En la situación de incumplimiento mencionada, queda desde luego abierta la posibilidad de nueva libertad caucional, derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero el inculcado tendrá que otorgar otra caución, estrictamente judicial. Ya dijimos que en esa situación existe una excepción a las reglas ordinarias sobre mandamiento u orden de aprehensión, que en la especie queda sustituida por orden de comparecencia.

En el fuero común la libertad previa se relaciona con todos los delitos imprudenciales y no sólo con los cometidos con motivo del tránsito de vehículos, que determinaron su aparición en nuestra escena procesal. En términos generales, la regulación común es equivalente a la federal, pero en aquélla hay - - otros conceptos y algunas cuestiones oscuras o desconcertantes, que obligan al trabajo de interpretación.

Para concluir diremos que el Ministerio Público deberá fijar el monto de la garantía para los fines de la libertad que en su oportunidad lo veremos ampliamente.

#### d).- DE LAS DIVERSAS CLASES DE LIBERTAD

##### 1.- Bajo Fianza o Caución.

Esta es una de las formas de libertad provisional que se plantean en la secuela del procedimiento penal, sea durante el período administrativo que precede al proceso en riguroso sentido, sea en el curso del proceso mismo.

Dice Carnelutti que "con la fórmula, que nada tiene de exacta de libertad provisional, se denota un estado de sujeción del imputado, que constituye un sustitutivo de su custodia preventiva para los casos en los que de éste no haya o deje de ha-

ber necesidad estricta. Mejor que de libertad provisional se - hablaría de libertad limitada o también de sumisión del imputado" (40). Haciendo referencia a la autoridad que la concede.

Al decir de González Bustamante, es "la libertad que con - carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que du re la tramitación del proceso, previa la satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley" (41). Según Piña y Pala cios es "el medio que permite obtener la libertad entre tanto - se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante el em pleo de una garantía que evita la sustracción a la acción de la justicia". (42)

En cuanto al procedimiento para solicitar obtener la liber tad, es terminante el texto constitucional, e inconsecuente la ley secundaria. Nos referimos aquí, a la liberación caucional que el juez concede en tiempo de proceso, no por supuesto, a la que otorga el Ministerio Público en fase de averiguación previa, de la que abajo haremos oportuna referencia. En efecto, de los

(40) Carnelutti. Lecciones sobre el Proceso Penal. Traducción de Santiago - Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch Editores. -- Buenos Aires. 1981. p. 160.

(41) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1988. p. 115.

(42) Piña y Palacios, Javier. Apuntes de Derecho Procesal Penal. Revista - de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Méxi co. México. 1983. p. 168.

términos del artículo 20, fracción I, Constitucional, se sigue que la liberación del inculcado debe ser inmediata; ésto es, no se supedita a ningún otro acto procesal, con la salvedad de que sólo puede discernirla el juez, cosa que supone, simplemente, - la iniciación del procedimiento judicial, lo cual se plantea -- con el auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso. Por ello, carece de fundamento el sistema de nuestros Códigos Proce sales Penales, que proponen la libertad caucional hasta el mo-- mento en que el inculcado ha rendido su declaración preparato-- ria (artículo 290, párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Por ello es razonable que en la determinación del monto de la garantía para fines de libertad previa, el Ministerio Públi-- co se atenga a las prevenciones contenidas en el artículo 20, - fracción I, Constitucional. No está obligado a ello, porque el mandato se dirige al juez y la libertad previa es una amplia-- ción de la garantía constitucional en materia de libertad provi-- sional, y puede ser, por ello, más benigna para el inculcado. - El juez puede, a su arbitrio estimar suficiente o insuficiente la caución otorgada ante el Ministerio Público y, por ello suje-- tar la judicial al mismo monto o reclamar uno diverso.

Por otro lado, al Ministerio Público incumbe señalar, en - el trámite de la libertad previa, la especie de caución que pre--

fiera, y este señalamiento es vinculable para el imputado. A la hora de la libertad caucional ante el juez aparece en favor del inculpado la elección, regida por el artículo 20, fracción I, Constitucional entre diversas formas de garantía, opción terminante que no opera, en cambio, en el período de la averigua--ción previa, por no abarcarla el mandato supremo.

Adviértase, por fin, que en el caso de la garantía conecta da a libertad previa se hace señalamiento de dos finalidades específicas de la medida cautelar. En efecto, el artículo 271 -- del Código de Procedimientos Penales resuelve que la garantía - deberá asegurar suficientemente tanto el no sustraerse a la acción de la justicia como el pago de la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima del delito.

En concordancia con el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales, indica que corresponde al Ministerio Público - en la averiguación previa exigir se otorgue garantía para salvaguardar los derechos del ofendido, aquélla se pondrá a disposición del órgano jurisdiccional si se ejercita acción penal.

Es útil la disposición de ambos ordenamientos acerca de la prórroga (o vigencia, permanencia, eficacia) tácita de la garantía cuando se ejercita la acción penal. Así las cosas, y en el supuesto de que la caución fijada por la autoridad persecutoria

sea también aceptable por la jurisdiccional, se evitarán molestias al inculpado y mediante un solo acto de garantía podrá éste asegurar la oportuna y prácticamente automática transformación de la libertad previa ante el Ministerio Público en libertad provisional ante el Juez.

Todos los casos de daño en propiedad ajena, doloso o culposo, se persiguen previa querrela (artículo 399 bis, segundo párrafo). Pero aún más importante es considerar que la sanción -- aplicable al daño por imprudencia con motivo del tránsito de -- vehículos, cualquiera que sea el valor de ese daño, es sólo multa hasta por el monto del daño, más reparación de éste (artículo 62, primer párrafo). Así, se trata de una sanción no privativa de libertad; por ende, no procede la detención ni viene ya el caso la libertad previa.

Para concluir diremos que en el Código Penal del Distrito Federal se habla de graves autos u omisiones imprudenciales, se trata de los previstos con pena elevada en la segunda parte o proposición del primer párrafo del artículo 60 en los que se dice que tendrá exclusión del beneficio de libertad previa o cautional y que es cuando se llegará a el homicidio de dos o más personas, al operar transportes del servicio público federal. Ahora, por reforma del 30 de diciembre de 1983 (D.O. del 13 de enero de 1984) también se comprende al servicio público local -

del Distrito Federal y al transporte del servicio escolar.

Por lo tanto una medida cautelar procesal, como lo es la libertad caucional, pretende asegurar, en la mayor medida factible, el propósito del proceso en orden a la justicia, en general, y a los intereses sociales que en ésta se depositan; y con respecto a la víctima del delito, cuyos bienes jurídicos han sufrido menoscabo. Por ello es plausible la disposición congruente con la tutela real a la víctima, de sujetar la garantía a la reparación de daño y perjuicio. (artículo 560, Código de Procedimientos Penales).

En el mismo Código Penal las lesiones imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos son perseguibles mediante querrela, cualquiera que sea su naturaleza (ésto es, la gravedad de las lesiones, conforme a los artículos 289 a 293), si el conductor no abandonó a la víctima (si hubo abandono, no hay lugar a la libertad previa) ni se encontraba en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

## 2.- Bajo Protesta.

A diferencia de lo que ocurre con la libertad caucional, la libertad bajo fianza no tiene directa consagración en la - -

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pero que se encuentra reglamentada en el Código de Procedimientos Penales, pudiendose subsanar por analogía con la libertad caucional.

La libertad provisional bajo protesta, en que las restricciones a la libertad no se aseguran ya mediante garantía económica, sino a través de la palabra de honor del inculcado, se inspira en las mismas orientaciones que sirven de fundamento a la caucional. En aquélla, empero, juegan también circunstancias especiales, que hacen suficiente en principio la garantía, sospechosa y de escasa fuerza, que presta el imputado: menor peligrosidad de éste, cierta prevalencia del interés de amparar la libertad individual frente al social de procurar la represión del crimen, escasa entidad del delito perpetrado, conveniencia de sustraer al infractor del ambiente viciado de las prisiones. Las ventajas y posibilidades que la protestatoria ofrece, han motivado, inclusive, que se reclame su extensión a mayor número de hipótesis.

Deseando hacer hincapié en la situación de que este tipo de libertad sólo procede ante el juez, sin facultar al Ministerio Público en estos casos, por lo que posteriormente lo analizaremos con amplitud.

### 3.- Con arraigo Domiciliario.

De conformidad con las reformas realizadas en el artículo 270 bis, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial del 4 de enero de 1984, que dispone lo siguiente:

"Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

Por lo tanto el arraigo del inculcado ha tenido importante desarrollo, recientemente, en nuestros ordenamientos procesales.

Ahora bien, no desconocemos la racionalidad del sistema -- instituido, por la ley secundaria, que procura garantizar, hasta donde es posible, la buena marcha del proceso.

En el arraigo en averiguación previa se refiere para todo delito culposo y otras sancionados con penas relativamente redu

cidas y para los delitos cometidos por imprudencia con motivo de tránsito de vehículos.

El arraigo sólo puede emanar del juzgador y a solicitud -- del Ministerio Público, una vez iniciada la averiguación previa. (artículo 270 bis, Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal).

El arraigo procede cuando por diversas causas no se puede integrar la averiguación previa, siendo el arraigo domiciliario, aunque en forma relativa, pues el inculpado puede trasladarse a su centro de trabajo, obligandose el acusado a presentarse tantas y cuantas veces sea requerido por el Ministerio Público. -- Pero el acusado para que proceda el arraigo debe convenir con -- el ofendido sobre el monto y procedimientos de reparar el daño. (Artículo 271, párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal).

Para el caso de delitos cometidos con motivo de tránsito -- de vehículos el presunto responsable no debe encontrarse en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos o haber abandonado a la víctima en estos casos no procede el arraigo. (artículo 271, fracción IV del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.)

Debe además haber una persona que se comprometa a presentar al inculpado ante el Ministerio Público (artículo 271 fracción V del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal).

El arraigo tiene una duración máxima de 30 días, contando-se en días hábiles y se puede prorrogar por una sola vez, por el mismo tiempo ya que en caso contrario sería improrrogable estando o no integrada la averiguación previa y en estado de consignación o de no ejercicio de la acción penal.

El incumplimiento de las obligaciones inherentes al arraigo trae aparejada su revocación, y puede ser motivo de otro delito de desobediencia o resistencia (Arts. 170 a 180 y 182 del Código Penal).

#### 4.- Por Falta de Elementos para Consignar.

En estos casos se debe dar el supuesto y que es el siguiente:

Cuando de todas las constancias que integran la averiguación previa se desprende que no se encuentre completamente terminada, por faltar elementos para el ejercicio de la acción penal correspondiente se ordena el archivo con ponencia de reser-

va que será cuando el presunto responsable no esté identificado y resulte imposible desahogar algún medio de prueba y las ya -- existentes no sean suficientes para determinar el ejercicio o -- no de la acción penal; el Ministerio Público considera no se -- guir conociendo de la integración, toda vez que ha agotado to-- das las instancias y no puede integrar el delito o la presunta responsabilidad; por lo tanto se ordena la libertad del inculpa do.

En el del Distrito Federal tiene su base en el acuerdo - - A/004/90 del Procurador General de Justicia del Distrito Fede-- ral por el que se dan instrucciones a los agentes del Ministe-- rio Público en relación a los casos en que se resuelve el archi vo por reserva en las averiguaciones previas a su cargo.

En este caso existe la inseguridad jurídica del inculpado, pues en cualquier momento el ofendido puede proporcionar mayo-- res elementos para ejercitar la acción penal correspondiente.

De la actividad desarrollada por el Ministerio Público, -- puede resultar que, por alguna razón o circunstancia, la averi-- guación se reserva, mientras comparece alguna persona citada o hasta en tanto se reúnan los extremos del artículo 16 Constitu-- cional para ejercitar la acción penal correspondiente.

5.- Por Ser Delito de Pena Alternativa.

En tratándose de los delitos con pena alternativa nos encontramos en el supuesto de que el ilícito enumerado en el Código Penal no es privativa de libertad, sino que es multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de éste (artículo 62 del Código Penal), por lo que en los diversos ilícitos se señala la penalidad o la multa, en estos casos la pena viene a ser alternativa, ya que se puede aplicar la privativa de libertad o la multa, que más adelante estudiaremos, pero dejando alcanzar la circunstancia de que en estos casos el Ministerio Público en averiguación previa deberá dejar en inmediata libertad al acusado, ya que en caso de resultarle responsabilidad en el hecho imputado puede cubrir la pena con prisión o con multa.

Ya que consideramos necesario hacer notar que, tratándose de delitos sancionados con pena alternativa o no corporal, no debe restringirse la libertad de las personas. Habiendo detenido, el agente del Ministerio Público, solamente debe concretarse a tomarle su declaración, sin hacerle objeto de licitación ninguna a su libertad, pues es terminante que será hasta la sentencia cuando se determine la pena que habrá de aplicarle: - - arresto, multa o ambas sanciones a juicio del juez, por ello, - si los requisitos legales están satisfechos, la consignación se hará sin detenido.

6.- Por No Ejercicio de la Acción Penal.

En el caso de que se decrete la ponencia de archivo se deja en absoluta libertad al inculpado debiendo de satisfacerse para el no ejercicio de la acción penal lo siguiente:

Que las investigaciones no sean constitutivas de delito, que el inculpado no intervino en los hechos; cuando no exista querrela, es decir cuando se trate de delitos perseguidos a petición de parte; cuando no pueda comprobarse el delito por obstáculo materialmente imposible; cuando la responsabilidad penal se encuentre extinguida por prescripción; cuando el inculpado actuó en circunstancias que excluyan su responsabilidad; cuando la conducta es anterior y la ley le quita el carácter de delito.

Se encuentra regulado en el Distrito Federal en el acuerdo A/010/94 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal por el que se dan instrucciones a los agentes del Ministerio Público en relación a los casos en que se resuelva el no ejercicio de la acción penal, en las averiguaciones previas a su cargo.

Luego entonces se ordena el archivo cuando no existen elementos para proceder en contra del indiciado o porque de los he

chos, claramente se desprende que no se configura ningún deli--  
to.

Ahora bien, la determinación de archivo no significa que -  
por haber resuelto así ya no es posible hacer nada pues en cuanto  
aparezcan nuevos elementos, el Ministerio Público queda obligado  
a continuar la averiguación, porque carece de funciones juris  
diccionales y sus determinaciones no causan estado.

## CAPITULO IV

### LA REPARACION DEL DAÑO AL ACUSADO

La reparación del daño tiene antecedentes históricos muy remotos. Siempre que se lesione un bien jurídico deben intervenir las autoridades en apoyo de una justa reparación al directamente ofendido, para que se restituyan las cosas de cuya posesión se le haya privado (caso de los delitos patrimoniales), para que se reparen los daños materiales o morales que se haya originado por cualquier delito y que se indemnicen por los perjuicios causados.

#### a).- CONCEPTO DE REPARACION DEL DAÑO

Encontramos antecedentes de la reglamentación por el derecho de la reparación debida a los ofendidos por un hecho delictuoso, en los más antiguos Pueblos; pero, interesante por su influencia en legislaciones posteriores, en la de los Romanos.

En el Derecho Penal Romano, no se diferenciaban esencialmente, en el procedimiento, las reclamaciones de índole privada procedentes de delito y las no procedentes de delito.

No olvidemos que en el Derecho Romano, a causa de la división del mismo en público (referente a los organismos y órdenes interiores de la comunidad y a las relaciones con los dioses, - con otros Estados y con los miembros pertenecientes a la comunidad misma) y en privado (que comprenderían los organismos y órdenes tocantes a la situación jurídica de los Particulares que -- formaban parte de la comunidad y a sus relaciones de unos con -- otros, relaciones que determinaban y regulaban la propia comunidad), existía un Derecho Penal Público y un Derecho Penal Privado y así el Procedimiento Penal que se verificaba ante los comicios y el magistrado pertenecía al Derecho Público, mientras -- que el procedimiento ante los jurados, para conocer de los delitos, pertenecía al Derecho Privado. Aún cuando la diferencia entre ellos, relativa a si la retribución llevada a cabo por el -- Estado, por la ley moral violada, debía hacerse por medio de la intervención de los órganos políticos o por los Procedimientos Privados, era una diferencia meramente exterior y accidental, -- no permitiéndose por ello, en el fondo, la idea unitaria del Derecho Penal, que reconocía como base el concepto de obligación moral, en cuanto al Estado había tomado sobre si la misión de -- ponerlo en obra, de lo cual se deriva la idea de que una obligación moral, cuya observancia prescribía, el Estado era una Ley Penal, la inobservancia de tal precepto, el delito y el mal que imponía el Estado a quien no observaba la norma, la pena, y con ésta se consideraba borrado el delito, restaurándose el orden --

públicos.

"Cuando el Derecho Penal Privado tuvo origen obedeciendo - las ideas de la retribución (talion) y de la indemnización (damus poena) entonces tomó vigor la consideración del delito como deudo y de la pena como pago, como extinción, ésto es como extinción de la culpa por el padecimiento". (43)

El Derecho Penal Romano tiene su influencia preponderante en el Derecho Español Antiguo. El Talión, la composición, se encuentran en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real, en las Siete -- Partidas, como medidas del Estado tendientes a moderar el rigor de la venganza privada. Al advenimiento de la idea de venganza pública por la ofensa que se consideraba inferida a la Sociedad por el delito, sustituyendo la idea de la venganza privada, se convierten en delitos Públicos, la mayor parte de los delitos -- Privados, éstos últimos teniendo como base la legislación común, como obligaciones que nacen de hechos ilícitos, más adelante es ta noción de los delitos privados entra ya francamente al campo del Derecho Civil, como fuente de obligaciones, caracterizándose por el daño causado.

(43) Mommsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Traducción de P. Dorado. -- Editorial La España Moderna. México. 1976. p. 5.

El Derecho Español rige en la Nueva España en la época colonial a través de las Partidas y Recopilaciones de Leyes de Ju días, para mencionar los principales, siendo en las postrime- - rías de la dominación española cuando surgen en Europa las - - ideas humanitarias de Beccaria, que desligan la noción del pecado de la del delito y establecen como base de la Justicia Penal la utilidad común y que sirven de base a las nuevas ideas que - tratan de desnaturalizar la pena y de las cuales trataremos en detalle al comentar los Códigos a los cuales sirvieron de fundamento.

El Derecho Español quedó como herencia al México Indepen-- diente. La legislación de éste en un principio es fragmentaria y dispersa, por la multitud de leyes y decretos que sin un plan coordinador se expiden, y no ejercen ninguna influencia decisiva en el desenvolvimiento de la legislación penal, excepto si - se nota que hay cierta tendencia de humanización de las penas, sin considerar las que tienen un carácter político y leyes aisladas sobre el establecimiento de casas correccionales para los menores de edad.

"En los años de 1856 y 1857, cuando la legislación penal - mexicana empieza a tomar consistencia con las leyes expedidas - por Comonfort y la promulgación de la Constitución de 1857, - - siendo sin embargo efímera la aplicación de dichas leyes pena--

les. En 1871, estando en vigor la Constitución de 1857, se expide el Código Penal, denominado de Martínez de Castro en memoria a su autor principal, con bases en la Constitución citada, individualista y liberal, y en la escuela clásica del Derecho Penal, surgida a partir de Beccaria". (44)

Hemos considerado que la Reparación del daño es un tema -- tan complejo como interesante y de suma importancia social, que incluso muchos autores están en desacuerdo en sus opiniones, -- por lo cual hemos creído necesario incluir en este trabajo de -- investigación los comentarios del insigne maestro Rafael Rojina Villegas, quien estudia los hechos en sentido estricto (DELITOS Y CUASIDELITOS), así como también la responsabilidad civil. Comentando brevemente a dicho autor diremos que en el Derecho Romano las fuentes de las obligaciones se distinguían en: Contratos, delitos cuasicontratos y cuasidelitos. Que se reconoció -- como fuente de las obligaciones al delito, independiente de la pena o sanción pública por regla general el delito causa daño -- hacia un patrimonio y por ello la reparación del mismo originaba una obligación. Nacía una especie de multa que permitía reparar el daño, ya que la ley imponía al responsable una pena pecuniaria que era mayor al perjuicio causado. Pero en el Dere--

(44) Carranca y Trujillo, Raú, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. - México. 1976. p. 82.

cho Romano el delito fué una fuente indirecta de las obligaciones siempre que el daño causado lesionara intereses patrimoniales. Cuando no era así el delito solamente implicaba un acto ilícito que originaba la pena o sanción pública, siendo exclusivamente del campo penal.

En el Derecho Francés fué reconocido el cuasidelito como un hecho que causa un daño patrimonial, que se realiza sin la intención de perjudicar, pero que supone una falta de previsión o de cuidado. Esto ha dado lugar, según el tratadista español al que nos referimos, a que se distinga entre el dolo y la culpa. Según el maestro Rojina Villegas: "El delito supone la in tención de dañar; el cuasidelito implica una simple falta en la que no hay intención de dañar, pero tiene consecuencia perjudicial para un patrimonio, por falta de previsión o de cuidado".-

(45)

Se considera que la terminología está definitivamente fijada, pues todos están conformes en designar por delito la culpa intencional, y por cuasidelito la culpa no intencional. Sin em bargo es preciso saber con precisión cuales son las culpas.

(45) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. T. III. Décima Edición. Editorial Porrúa. México. -- 1979. p. 128.

Respecto al derecho mexicano vigente Rojina Villegas, expresa: "...Para nosotros, en la actualidad, sólo tiene importancia el antecedente histórico romano y francés, a fin de formular la siguiente clasificación: en el derecho mexicano vigente hay delitos penales y civiles, hay también cuasidelitos penales (llamados antiguamente delitos de culpa; en la actualidad - de imprudencia), y, además, cuasidelitos civiles. La clasificación para estas distintas clases de hechos ilícitos quedó así:

1°.- Delito Penal. Es un hecho doloso que causa daño, -- sancionado por el Código Penal; y que tiene además de una pena, una sanción pecuniaria. Esta definición del delito es para el efecto civil de la responsabilidad, y no para caracterizar la - naturaleza penal del mismo.

2°.- Delito Civil. Es un hecho doloso que causa daño y - que no está sancionado por el Código Penal; que por lo tanto só lo tiene como consecuencia de reparación del daño, pero no una pena o sanción pública.

3°.- Cuasidelito penal, o sea un hecho culposo que causa daño y que está sancionado por una norma del Código Penal; que en consecuencia tiene una pena y una sanción pecuniaria consistente en la reparación del daño.

4°.- Cuasidelito civil, es decir, un hecho culposo que -- causa un daño, que no tiene sanción penal y que sólo engendra - responsabilidad civil.

5°.- Hechos ilícitos que no son ni delitos penales ni civiles, porque no tienen sanción pública y porque no origina daño de carácter patrimonial o moral; por consiguiente, no son -- fuente de obligaciones desde el punto de vista civil". (46)

Tiene interés formular no sólo desde el punto de vista teórico, sino práctico, esta clasificación, porque constantemente se pretende reclamar en un juicio sumario, que es el juicio para exigir la responsabilidad civil extracontractual, la reparación de daños causados por verdaderos hechos delictuosos, y en esta materia no puede el particular substituirse al Ministerio Público para exigir una reparación que es parte de la sanción pública, y que sólo dicho funcionario puede reclamar.

Hay una gran confusión a este respecto; en ocasiones se comete un delito y se pretende exigir la reparación del daño, no en el incidente respectivo en el juicio penal, constituyéndose el interesado como tercero coadyuvante del Ministerio Público y

(46) Rojina Villegas. Op. cit. p. 132.

excitando a éste para que demande, sino que se exige directamente equivocado el procedimiento, pues la reparación del daño en ese caso, supone un hecho delictuoso, que no puede quedar reglamentado por el Código Civil, ni es competente un juez civil, ni puede demandarse por un particular. Cuando el hecho constituye un delito desde el punto de vista civil, que origina la reparación del daño, es del resorte exclusivo del derecho civil reglamentar esta materia; el particular lesionado sí tiene acción en juicio sumario para demandar el pago de daños y perjuicios.

En cambio, si el hecho es ilícito y causa un daño, pero -- tiene una sanción en el Código Penal, no puede el particular lesionado demandar en juicio sumario la responsabilidad civil; -- tiene que ocurrir necesariamente al proceso penal para que el -- Ministerio Público inicie el incidente denominado de reparación del daño. Sólo se admite una excepción, cuando termina el proceso penal sino se ha exigido la reparación del daño, o bien, -- cuando se determina que no fué delito el que en un principio se consideró como tal por el Ministerio Público, y hecha la investigación correspondiente se resuelve que es un hecho que no está clasificado como delito por el Código de la materia. Entonces, el lesionado ya tiene en la sentencia que dicta el juez penal, la posibilidad de clasificar el hecho como delito civil, que es fuente de obligaciones.

b).- REPARACION DEL DAÑO COMO PENA

Guillermo Borja Osorno, trata en el título quinto denominado "Incidentes", capítulo tercero, la reparación del daño y acción civil que nace del delito. Reconoce, que "cuando se realiza un delito nacen dos acciones: la penal, que se refiere a la aplicación de la ley penal; y la civil, que solamente procura la reparación del daño que el delito ha ocasionado en el patrimonio de una persona. La distinción entre ambas acciones es fácilmente perceptible, ya que la penal atenta contra la sociedad, causa un daño público; en tanto que la civil, vulnera el patrimonio de la persona ofendida por el delito". (47)

Históricamente, el Código Penal de 1871, creó una acción - privada para reparar los daños que causaba el delito, que era ejercitada por el ofendido o sus obreros (no se hablaba de los que dependían económicamente de él), aunque no fueran sus herederos. Como acción civil común, se aceptaba que fuera renunciada o transigida. Sin embargo el autor del mencionado Código Penal de 1871, el ilustre jurisconsulto Martínez de Castro, percibió con clara sensibilidad que la acción reparadora de daños, a pesar de su naturaleza civil, no era como cualquiera otra acción

(47) Borja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial Cajica. -- Puebla, Pue. México. 1979. p. 178.

civil, común y corriente, sino que tenía algo que era propio, -- distintivo. Por ello en la exposición de motivos de dicho Código, se señalaba:

"El que causa a otro daños y perjuicios o le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquellos y restituir ésta que es en lo que consiste la responsabilidad civil. Hacer que esa -- obligación se cumpla no sólo es de estricta justicia, sino de -- conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos".

El propio Guillermo Borja Osorno, para dilucidar el concepto del daño, recurre a la doctrina extranjera, en primer lugar y luego a la nuestra propia. Dice el mencionado autor respecto al primer punto, al que somete también algunas reflexiones personales:

"El concepto del daño en opinión de Florián, comprende: - a).- La destrucción o alteración de la cosa sobre la que ha recaído el delito; b).- Angustias, dolores sufridos por la víctima, de carácter psíquico y subjetivo, pero que producen consecuencias económicas en cuanto impiden al lesionado atender sus preocupaciones; c).- Menoscabo de la reputación; d).- Sufrimiento de dolores, congojas, alteraciones psíquicas no traduci-

bles en cantidad precisa de daño económico". (48)

Ahora bien, no es suficiente que el delito se produzca para que dé nacimiento a la acción civil; es necesario acreditar la existencia de daño; pero la acción de que tratamos, difiere de las civiles ordinarias que se fundan en contratos u obligaciones. En toda reparación de daños provenientes de un delito, existe siempre un interés social, pues como dice Florián, el Estado tiene interés en que sea resarcido rápidamente y en toda su extensión, pues con ello se satisface a la víctima, se impide la venganza, se tranquiliza la conciencia pública y se tutela, un fin, como con la pena de prisión, el orden social.

Cuando la función penal se detiene en la pena, cumple sólo a medias su misión, en cuanto ésta no se agota con el aspecto público que la misma tiene, sino también cumpliendo las exigencias del lado privado que implica un resarcimiento que, de no realizarse, sume a la víctima en una situación de inferioridad que la lleva a concepciones de resentimiento respecto a la justicia en general. En ese sentido se insinúa la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Ferri expresa que "los juristas entienden por daño privado

(48) Borja Osorno. Op. cit. p. 187.

las consecuencias del delito, que suponen una destrucción, privación o disminución de los bienes materiales y morales, garantizados a toda persona por el ordenamiento jurídico del Estado, por medio de sanciones políticas, administrativas, civiles y penales". (49)

Romagnosi dice que "el hecho nocivo dañoso es el susceptible de producir dolor o de suprimir los medios de placer, en lo que precisamente consiste el reflejo psicológico del daño. La injuria o la difamación públicamente realizadas contra un ciudadano probo, que se haya por encima de toda sospecha, no pueden producir en él resultados en orden a la desestimación o descrédito; pero antes que este resultado, el hecho delictivo causa - en él (y en su familia) una depresión y aprehensión de ánimo, - más o menos dolorosa con mayores o menores cuidados respecto a posibles repeticiones por parte del mismo individuo o de otros". (50)

Por tanto, no es posible seguir repitiendo por fideicomiso teórico, que el daño privado puede o no aparecer en el delito. - Por el contrario, existe siempre, incluso en los delitos que --

(49) Ferri, Enrico. Citado por Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos -- Elementales de Derecho Penal. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1975. p. 220.

(50) Romagnosi. Citado por Castellanos Tena. Op. cit. p. 228.

ofenden un bien jurídico colectivo como la seguridad del Estado, la fe pública, la administración de justicia, ya que siempre -- existen sujetos pasivos que, de modo directo o indirecto, su- - fren la acción delictuosa y sus consecuencias. Por ello, es -- más exacto decir, que el daño privado puede ser material (patri monial y personal) y moral o psicológico y, precisamente por es to, puede el delito . producir un daño material como ocurre en la tentativa, en los delitos formales. Pero siempre se dan en todo delito un daño privado moral inseparable del daño público.

**c).- REPARACION PATRIMONIAL**

Aunque por su naturaleza la reparación del daño es civil, los tratadistas y legisladores han sostenido que no importa - - equiparar la pena y la reparación, ya que en la ley se reconoce la necesidad social que existe para facilitar o simplificar y - aun en garantizar la indemnización; sin embargo, se reconoce -- que el hecho de que en el punto indicado se den tanto interés - público como privado, no transforma la naturaleza jurídica inti ma de la reparación del daño, en una pena.

No obstante nuestro Código Penal acepta la reparación del daño como pena pública. Sin embargo, la reparación del daño, - ya lo hemos dicho, puede originar tanto una acción civil como - una acción penal, la primera ejercitada por el particular, lá -

segunda por el Ministerio Público y en ella puede coadyuvar la víctima del delito o sus causahabientes; y cuando la responsabilidad se puede exigir a un tercero distinto al delincuente, puede ejercitarla en forma de incidente pero atendido a las reglas del juicio sumario civil, dentro del proceso penal, el particular ofendido por el delito o sus causahabientes, herederos o -- personas que dependían económicamente de él.

En realidad esta materia de la reparación del daño, no está definitivamente resuelta. Han sido varios los intentos de solución, completados en proposiciones doctrinales y legales, pero no podemos decir que se haya llegado a una solución final. Se han ido desde los tiempos en que la víctima de un delito o su causahabientes o herederos, consideraban indigno aceptar el dinero del autor del delito como una compensación al daño recibido. También debe tomarse en cuenta la incapacidad técnica y económica, de quienes pudieran exigir las indemnizaciones, que ya sea por su falta de conocimiento o de dinero para asesorarse de un abogado capaz, no promuevan las acciones civiles ni la -- coadyuvancia penal oportunamente o sin la oportunidad simplemente no las promueven, a efecto de demostrar la procedencia y monto de la reparación del daño, base indispensable para que el -- Juez penal fije la sanción reparadora, en justo quantum

También podríamos hablar de la insolvencia del demandado o autor, que en un alto porcentaje existe en nuestro medio social. Generalmente los autores de la acusación de hechos ilícitos penales carecen de bienes materiales para hacer el pago de la reparación del daño causado. Es más frecuente que paguen los terceros obligados, que los reos o los mismos autores del delito.

En la materia penal la reparación del daño, como parte de la sanción pecuniaria, es resultante de que se haya comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado, de tal modo que, si no existe esa comprobación no puede haber pena alguna. Por lo que se refiere a terceros, el incidente se falla conjuntamente con el principal, precisamente para que no resulten resoluciones individuales antagónicas, con lo que al absuelto le dejan acción para demandar civilmente.

Pero, si se reclama en juicio sumario civil la responsabilidad proveniente de hecho ilícito, pueden ocurrir dos situaciones: Primera que la sentencia civil coincida con la penal y entonces no hay problema; y segunda que la sentencia civil no - - coincida con la penal y entonces encontramos que hechos iguales juzgados en jurisdicciones distintas, dan resultados desiguales.

También hablamos ya de la incongruencia de las sentencias penales, cuando en sus puntos dispositivos resuelven que se ab-

suelve de la reparación del daño. Esta declaración no carece de valor en la jurisdicción civil, puede ser usada, por ejemplo para intentar la acción civil. En fin, se plantean una serie de situaciones de fondo y de procedimientos a cual más de interesantes y complejos.

La doctrina y las legislaciones de los países del mundo se han esforzado por crear procedimientos y recursos para resolver los males que hemos apuntado, existiendo un punto de acuerdo en todas ellas, consistente en que se deben fortalecer las actividades de los damnificados para hacer efectivo su derecho.

Aunque el sistema adoptado por nuestra legislación con respecto a la reparación del daño y responsabilidad civil, se presta a confusiones, opinamos que puede conservarse; pero, concediéndole más oportunidad al ofendido para ejercitar su derecho ya sea: a) mejorando la intervención del Ministerio Público, procurando evitar negligencia de su parte en cuanto a la demostración de la procedencia y monto de la Reparación del Daño; b) concediéndose facultades para que con el auto de formal prisión, se haga el embargo precautorio en bienes del procesado con el fin de garantizar la posible condena pecuniaria; c) o bien, concediéndosele al ofendido ser parte en el proceso, pues ya se le concede apelar por lo que respecta a la reparación del daño; y d) como consecuencia de tal concesión permitirle al --

ofendido promover juicio de amparo cuando, promoviendo como - -  
coadyuvante está inconforme con la resolución de Segunda Instan-  
cia, pues el artículo 10 de la Ley de Amparo limita tal derecho  
sujetándolo al incidente de reparación o sea el que se promueve  
contra terceros; y a las partes en la responsabilidad civil. Lo  
cual, consecuentemente requerirá la supresión o reforma de tal  
artículo de la Ley de Amparo, so pena de que todos los juicios  
de amparo se sobresean por disposición del artículo 5 en su - -  
fracción III, inciso b) ya referido.

Pretendiendo fundamentar nuestra opinión habremos de con--  
sultar algunos autores como veremos en seguida y a través del -  
amparo contra leyes, pedir y obtener la protección de la Justi-  
cia de Unión.

Don Juan José González Bustamante, en sus "Principios de -  
Derecho Procesal Mexicano", relata el desenvolvimiento históri-  
co del juicio de amparo y señala que "originariamente se refi--  
rió a la garantía de exacta aplicación de la ley consagrada en  
el artículo 14 de la Constitución Política de 1857 y que sólo -  
era procedente en materia penal, ampliándose despues a cual- -  
quier acto de autoridad, de la índole que fuera, que violara la  
ley constitucional". (51)

---

(51) González Bustamante. Op. cit. p. 420.

La Capacidad y personalidad de las partes en el juicio de amparo, afirma Juan José González Bustamante, "es de enorme importancia"; y agrega que "esto es así en virtud de que la misma Ley de Amparo previene que sólo puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclama". (52)

Sumamente interesante, aunque no participamos de su opinión, es lo que dice el maestro González Bustamante respecto al ofendido por el delito, ya que afirma que no tiene el carácter de parte en el amparo.

Veamos las razones que argumenta el ilustre procesalista mexicano.

"Según el artículo 5o. de la Ley de Amparo, son partes en el juicio: a) El agraviado o agraviado. b) La autoridad o autoridades responsables. c) El ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios que éstos afecten dicha reparación o responsabilidad. Hacemos abstracción de la contraparte del agraviado y del Minsiterio Público, porque respecto al pri-

(52) González Bustamante. Op. cit. p. 422.

mero, dispone la ley que la contraparte tendrá derecho a pedir amparo cuando el acto reclamado emane de un procedimiento que no sea del orden penal, reconociéndose el carácter de parte en el amparo penal cuando se trate de una persona extraña al procedimiento o cuando el directamente agraviado no esté en condiciones de formular por sí mismo su demanda, y por lo que se refiere al Ministerio Público Federal, creemos que no está a su arbitrio abstenerse de intervenir, tratándose de un acto de carácter penal". (53)

El ofendido por el delito, no tiene el carácter de parte en el amparo. Es cierto que el artículo 100. de la Ley de Amparo le reconoce ese derecho cuando demanda el pago de la reparación del daño o la responsabilidad civil contra tercero provenientes de la comisión de un delito, así como contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal relacionados directamente e inmediatamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; pero en el primer caso, si se trata del resarcimiento del daño que se reclama al acusado, el ofendido por el delito carece de personalidad para apersonarse en el Juicio de Amparo, en atención a que el artículo 29 del Código Penal de 1931 (y en su gran mayoría los Códigos de los Estados que han

(53) González Bustamante. Idem. p. 425.

acogido la legislación penal del Distrito Federal) previene que cuando la reparación del daño deba ser hecha por el delincuente tendrá el carácter de "Pena Pública" y, por lo tanto, forma parte de la acción penal que debe exclusivamente demandarse por el Ministerio Público, por prevenirlo así el artículo 21 de la - - Constitución Política de la República.

Ello explica que el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales disponga que "la persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal, pero podrá proporcionar al Ministerio Público, por sí o por apoderado todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia del - delito, la responsabilidad del acusado y la procedencia y monto de la reparación del daño, para que, si lo estima pertinente, - en ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales. Si el ofendido por el delito manifiesta su inconformidad con el monto a que fué condenado el acusado por la autoridad responsable y acude a la vía de amparo es claro que, por no ser parte - en el juicio de garantías, por corresponder dicha reclamación - al Ministerio Público, procede decretar el sobreseimiento. Otra cosa sucede si se trata de incidente de responsabilidad civil - proveniente de delito reclamable a terceros, en que el Ministerio Público no tiene legalmente intervención, porque se trata - de un juicio civil dentro del proceso penal que se tramita y de - cide de acuerdo con las disposiciones conducentes del Derecho -

procesal civil".

Por su parte la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, considerando que la reparación del daño, exigible al reo directamente, y que puede abstenerse actuando de oficio el Ministerio Público o impulsado por la víctima del delito o sus causahabiente o herederos, cuando se ha constituido coadyuvancia, no puede ir al juicio de amparo en ningún caso; y que si lo sobreviene por improcedente no se causa ningún agravio a la víctima -- porque siempre podrá ocurrir a la demanda en la vía civil; pero considero que esto es una denegación de justicia y una carga, -- cuando se trata de la gran mayoría de las víctimas desvalidas -- para quienes tales derechos resultan letra muerta por la necesidad de la complicada tramitación que para hacerlos valer se les impone y por la carencia de fondos y conocimientos para ello y más tratándose de una persona que es acusada de un delito que no cometió o ayudo a cometer.

Por lo que nadie, salvo contadísimas excepciones, ejercita la acción civil

Más no hay tal violación porque sólo se entrega en las manos del representante social los intereses patrimoniales de las víctimas, pretendiendo realizar una transmutación de las esencias procesales, y porque lo que se logra es una subversión de

los valores humanos, a fin de que el Ministerio Público, como - sujeto desinteresado por esencia, pueda tener interés en el - - obrar de la víctima, que es, precisamente, la esencia de la acción civil patrimonial privada, como ya lo vimos, engendrada en el dolor, dolor que no siente tal Representación Social y que - sin embargo tiene que cargar en sus espaldas con el interés privado y con la acción pública, como lo establece el artículo 21 - Constitucional; tan es así que no es violatorio del artículo 21 Constitucional admitir el amparo del ofendido en los casos expuestos, porque el propio artículo 21 está incluido dentro de - los que establecen las garantías individuales; pero qué garantía incluye, pues la de que el Estado persiga el crimen para sancionarlo, para substituir el viejo derecho de éstas de hacerse justicia por sí mismas. Por lo tanto, si se consagra como un - deber del Estado a través del Ministerio Público, en un precepto Constitucional es garantía individual y por lo tanto, dejarse de perseguir viola tales garantías; y si la sanción pecuniaria entre ellas la reparación del daño está incluida por una -- ficción legal como "pena pública", es decir, perseguible y aplicable por el Estado y éste no la persigue y como consecuencia - ni la aplica, resulta que el derecho del particular es violado, puesto que está establecido en el susodicho artículo 21 Constitucional; luego entonces, debe permitirse la procedencia del juicio de amparo para que la víctima demande que la Justicia de la Unión lo Ampare para que el acusado pueda ser condenado a la re

paración del daño, pena que no le fue impuesta en Primera Instancia y confirmada en Segunda Instancia.

De todo lo anterior, no llegamos sino a encontrarnos con que en la realidad el Ministerio Público ignora a la víctima del delito o simplemente la manda con el Juez, manifestándole que ya turnó el asunto al juzgado respectivo, o también solicitándole que traiga a su abogado a fin de que como coadyuvante pueda promover conforme a derecho. Y por otra parte la autoridad judicial para condenar se escuda manifestando que se trata de una pena pública; o que no fue debidamente hecha valer por la Representación Social; o que en su defecto el propio Ministerio Público no la incluyó en sus conclusiones.

De lo anterior se deduce de que sólo le quedará a la víctima ocurrir a la vía civil para demandar la responsabilidad correspondiente; pero nos encontramos con las razones ya expuestas de que puede suceder que el daño que se reclame no amerita pagar a un abogado; o que por lo contrario la acción ya haya prescrito conforme lo señala el Código de Procedimientos Civiles, pero si los legisladores con ésto, pretendieron venir en ayuda de los agraviados por el delito debemos procurar que esta ayuda aunque sea en parte, se haga efectiva.

d).- REPARACION MORAL

Al hablar de moral o, más específicamente, de daño moral, de inmediato surge la idea de lo inmaterial, de lo intangible, de lo que no se puede ver, de un ámbito abstracto inherente al aspecto espiritual de toda persona, que aunque se hable de moral social o familiar, ambas proyecciones individuales que en un lugar o momento dado se aceptan por una generalidad de personas. Pero para encontrar una definición de daño moral, no debe hacerse por exclusión de lo material, de lo visible, sino que deben señalarse las peculiaridades que lo distinguen de esta y tratar de recoger los aspectos esenciales de lo que constituye propiamente el daño moral.

El concepto que brinda el maestro Ernesto Gutiérrez y González, creemos se acerca a este propósito, quien describe el daño moral así:

"Se le puede definir como el dolor cierto y actual sufrido en el ánimo, afecciones o sentimientos que se consideran en el patrimonio -rama moral- de una persona, en vista de un hecho -- ilícito o no, que la ley considera para responsabilizar a su autor". (54)

(54) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. Puebla. Pue. México. 1977. p. 120.

Rojina Villegas, citando a Mazeaud, aporta una definición que dice: "El daño moral es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afectaciones". (55)

Para aclarar porque el autor de la primera definición hace referencia a la rama moral del patrimonio, se debe a que él llega a la conclusión que el patrimonio se forma con elementos de índole pecuniaria y moral. Dice también que el concepto tradicional de patrimonio lo ha considerado como conjunto de bienes apreciables en dinero, pero que no hay razón para concederle un contenido tan estrecho, reduciendo al campo pecuniario, y argumenta de la siguiente manera:

Como decíamos la palabra patrimonio deriva del término "patrimonium" que significa bienes que se heredan de los ascendientes, o los bienes propios que se adquieren por cualquier título. También se identifica la palabra patrimonio con el vocablo riqueza.

Pero ni la palabra "bien", ni la palabra "riqueza", gramaticalmente se reducen a considerar la noción económica. Riqueza significa abundancia de bienes y bien o bienes significa - -

(55) Rojina Villegas. Op. cit. p. 250.

"utilidad en su concepto más amplio.

En consecuencia, si el patrimonio está formado por los bienes, no hay razón alguna para suponer que la idea de bien se reduzca a las cosas económicas. Tan es "bien" en su sentido gramatical, el tener un millón de pesos, como es un "bien" tener un buen nombre, un nombre limpio ante la sociedad.

Enseguida el mismo autor sugiere que "en lo jurídico, sea más amplio el significado de patrimonio, que en lo gramatical y que en el campo del derecho el patrimonio debe quedar en definitiva formado por dos grandes ámbitos: el pecuniario y el efectivo. A este último, se le puede también llamar de afección, moral o pecuniario". (56)

Lo anterior es la argumentación de que se vale Gutiérrez y González para explicar porque encuadra el aspecto moral dentro del concepto jurídico de patrimonio, en oposición a los juristas que consideran el daño moral como extrapatrimonial, por ejemplo Rojina Villegas y los Mazeaud.

En lo personal creemos que ponerse de acuerdo sobre si el daño moral es patrimonial o no, es lo menos importante desde un

---

(56) Gutiérrez y González. Op. cit. p. 330

punto de vista práctico, pues en este caso lo que urge es una -  
reglamentación adecuada sobre la reparación de este tipo de da-  
ño, el cual la ley regula muy superficialmente.

La pretensión de este trabajo es justificar, de un punto -  
de vista doctrinario y legal, la procedencia y necesidad de in--  
demnizar el daño moral, a cuyo propósito enfocamos el tema, inde-  
pendientemente de afirmar que la regulación legal al respecto,  
en las leyes mexicanas, ha sido sumamente deficiente, no así en  
cuanto al enfoque que la doctrina le ha dado, pues esta ha sido  
pródiga en la aportación de criterios prácticos y muy concordan-  
tes con la doctrina universal sobre la conveniencia de legislar  
más ampliamente sobre la reparación del daño moral.

En nuestros días, la legislación ha sido muy escueta en la  
reglamentación de este tema, al grado que, puede afirmarse, - -  
prácticamente dicho aspecto ha sido pasado por alto por el le--  
gislador.

Respecto a la reparación del daño moral, el criterio de di-  
ferentes tratadistas es coincidente, sobre todo en cuanto a la  
procedencia de su indemnización. El Maestro Rojina Villegas, -  
después de comentar que en términos generales se ha considerado  
que el daño o valores espirituales son irreparables, señala el  
sentido restringido que nuestras leyes le dan a dicha repara- -

ción, pues el artículo 1915 del Código Civil vigente (se refiere al del Distrito Federal) señala "... al que la reparación -- del daño deberá consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, es obvio que no podrá lograrse tal resultado cuando se trate de daños morales. Ahora bien, el mismo precepto dispone que cuando sea imposible alcanzar el restablecimiento de la situación anterior al daño, la reparación consistirá en el pago de daños y perjuicios causados. esta última disposición a su vez nos encierra en un círculo vicioso, pues solo permitirá reparar el daño moral cuando se causen daños y perjuicios, lo que equivale a declarar que tratándose de los daños morales, dado que no es posible lograr que las cosas vuelvan a su estado primitivo, solo se concederá a la víctima una satisfacción por equivalente, mediante el pago de una suma de dinero.."

Luego señala el mismo autor, que ante la imposibilidad de reparar el daño moral, "el derecho no ha encontrado otra forma de lograr una satisfacción para la víctima o sus herederos, y una sanción para el culpable, que condenarlo a una suma de dinero, independientemente de la responsabilidad penal en que pudiera haber incurrido... Quienes niegan la procedencia de la reparación del daño moral, alegando que jamás podrá traducirse en dinero un valor espiritual, olvidan que se cometería una mayor injusticia, si ante la imposibilidad de una reparación perfecta, el derecho no impusiera por lo menos, una reparación imperfecta.

Además, en ciertos casos la indemnización pecuniaria puede proporcionar a la víctima satisfacciones espirituales que vengan a compensar los daños morales que hubiese sufrido".

El término "reparar" no debe interpretarse en sentido restrictivo ni aún en los casos de reparación del daño patrimonial, "pues cuando se destruyere una cosa que por su naturaleza sea irremplazable, tampoco se podría restablecer la situación anterior al daño. Por la misma razón el artículo 1915 acepta que cuando sea imposible lograr el restablecimiento de la situación anterior al daño, se indemnizará a la víctima con el pago de daños y perjuicios. Es decir con el pago de una suma de dinero, pues precisamente en el caso de daños morales no existe otra forma de hacer el pago de los mismos, según las explicaciones anteriores, sino mediante la entrega de una suma de dinero a título de reparación moral como dice el artículo 1916..." (57)

Por su parte el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal dispone:

"Art. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto fi

(57) Rojina Villegas. Idem. p. 292.

sicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los de  
más..."

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad objetiva - conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus concionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código Civil para el Distrito Federal.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por actos entre vivos y sólo para los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su deco  
ro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a peti  
ción de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un -  
extracto de la sentencia que refleja adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere conveniente. En los casos en que el daño derive de un -

acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".

Para criticar los diferentes aspectos del precepto, nos basaremos en las observaciones hechas por el Maestro Gutiérrez y González.

"A).- Sujeta la reparación del daño moral a la existencia de un daño pecuniario, con lo cual denota que en ella se observó un sistema de los llamados mixtos de reparación del daño, -- pues supedita la reparación de aquél al monto de lo pecuniario, y lo más grave aún, en una tercera parte del valor de éste".

Estamos de acuerdo con el autor en cita cuando señala que esto equivale tanto como a negar la reparación del daño moral.-- Por otra parte, del contenido de dicho precepto se desprende -- una evidente contradicción al disponer que se puede acordar -- "una indemnización equitativa", pero constriñendo su pago a un tercio del daño material, lo cual equivale a que en muchos casos dicha indemnización no alcanzará tal equidad, ya que es elemental comprender que, en tratándose de daños provocados a las cosas y a las personas en el aspecto material, el precio a que este puede ascender, en muchos casos es insignificante compara-

do con el daño moral producido por el mismo hecho.

"B).- Pero además, se deja en forma potestativa a la autoridad judicial, el que se repara o no el daño moral, ya que en su texto dispone que "... el Juez puede acordar..." situación - que implica dejar al temperamento de éste el que "pueda" o no; es para el Juez una situación potestativa y no obligatoria".

"C).- Por otra parte, y esto es aún más delicado, sólo se puede reclamar indemnización por un daño moral, cuando éste sea consecuencia de un hecho ilícito; en el caso de que se origine en una conducta regida por la responsabilidad objetiva, no cabe la idea de reparar este daño moral".

O sea, según lo dispone el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, si el dano se produce sin culpa, no habrá lugar a reparación del daño moral. Esta sujeción estricta a los hechos ilícitos para que proceda la indemnización - es inexplicable, porque el espíritu de la reparación del daño moral se concedió precisamente, creemos, para la recuperación de la lesión moral provocada, y ésta se puede causar por un hecho sea o no ilícito, por lo que no hay razón que convenga del motivo que tuvo el legislador para imponer esa absurda restricción en el precepto mencionado. Asimismo, si en el Derecho existe desarrollada toda una teoría del riesgo creado o responsabilidad objetiva, la cual surge del daño material -

provocado por el uso ilícito de instrumentos peligrosos, no encontramos razón suficiente para que esta responsabilidad no se extienda a la reparación del daño moral; ¿O acaso creería el legislador que el daño provocado por un hecho ilícito sólo lesiona el ámbito material de una persona?

"D).- Finalmente, señala, es absurdo que si el hecho ilícito lo produce un funcionario del Estado, conforme al artículo 1928, éste no sea responsable por el daño moral. ¿Que será un honor recibir daños por parte de funcionarios del Estado, y por ello el poder público no responde llegado el caso?" (58)

El Código Penal vigente en el Distrito Federal, tampoco reglamenta adecuadamente la reparación del daño moral, pues de manera muy escueta establece en el artículo 30 fracción II:

"La reparación del daño comprende: II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a la familia".

e).- REPARACION DEL DAÑO DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA

Una averiguación previa está hecha de actas donde se contienen: a) la excitación al Ministerio Público mediante la acu

(58) Gutiérrez y González. Idem. p. 334.

sación o querrela, mediante la queja que una persona presenta y relata hechos cometidos en su agravio que considera pueden ser constitutivos de un delito penado por las leyes.

Ciertos delitos se persiguen de oficio, por obligación legal del Ministerio Público y la Policía Judicial. Hay otros -- que solamente se siguen por querrela, también queja directa contra alguien en ciertos delitos especiales que necesitan ese requisito para que las autoridades pueden intervenir.

b).- El período de investigación en que se practican diversas diligencias o trámites, tendientes a llegar a conocer la -- verdad real y jurídica de un hecho; conocer lugares, circunstancias y personas afectadas por el delito, a quienes lo presenciaron y lo que sucedía, así como la recolección de pruebas y evidencias.

c).- La redacción del acta conforme a lo previsto por las normas procesales penales, las correspondientes a las leyes orgánicas de procuradurías generales de Justicia y General de la República y lo que marcan los requisitos de forma, para cumplir con lo ordenado en el artículo 16 constitucional.

d).- La consignación, que es el envío de lo actuado y de--terminado al juez, para que, previo juicio dicte sentencia.

Las actas deben contener: fecha, lugar y hora en que actúa el Ministerio Público, con los testigos de asistencia, el motivo por el cual se inicia el acta de averiguación y el delito que se investiga. También deben contener declaraciones de la víctima o de quien conozca de la realización del ilícito, declaración de testigos, de quien es acusado, fe y constancias de situaciones u objetos; determinación que se haga al terminar cada actuación que ordene cumplir los trámites de estilo.

La averiguación previa comprende, desde el momento en que el Ministerio Público recibe una denuncia o querrela, le es avisado por alguien o por la policía preventiva que se cometió un delito, hasta el momento en que todo el expediente de actuaciones le es enviado al juez penal, ya sea con personas detenidas o pidiéndole que gire orden de aprehensión su contra, que deberán efectuar los agentes de la Policía Judicial.

Pero se puede dar el caso en que una averiguación no se consignase, y para que se pueda dar la reparación del daño es necesario que el Ministerio Público ordene el archivo, siguiendo el procedimiento que regulan las leyes orgánicas de las procuradurías, que exigen el visto bueno del procurador para que proceda el archivo, en caso contrario, no podrá hacerse el logro de la reparación del daño en vía civil.

Ahora bien, cabe observar, ante todo, que, con frecuencia, corren parejas el perjuicio material y moral. Suele ocurrir que un mismo hecho lleve consigo, a la vez una pérdida pecuniaria y un daño moral; tal es, por ejemplo, el caso de la herida que -- disminuye la capacidad para el trabajo en la víctima y le hace padecer al mismo tiempo algunos sufrimientos. Con frecuencia -- también, el perjuicio que afecta a los derechos extrapatrimoniales tiene como contrapartida una pérdida pecuniaria; así los -- atentados contra el honor de un comerciante cuando resultan del hecho de poner en duda su probidad, el problema no se plantea -- con toda su agudeza; porque, al reparar el perjuicio material -- resulta posible, al mismo tiempo, mediante una amplia fijación de lo debido por daños y perjuicios, reparar el daño moral.

Ya que las infelices víctimas del delito que no existe son en su mayor parte indigentes, ignorantes, desamparados. Ir a -- decirles después de que han sido heridas, robadas o ultrajadas, que hagan gastos, que pierdan tiempo en mil trámites, que se -- pongan en manos de temibles abogados, para que sólo así pueda -- pagárseles lo que se les robó o curárseles lo que se les imposi -- bilitó; es una verdadera inequidad. Que se nos dirá que si se concede acción al ofendido para interponer el amparo, se viola la ley en cuanto que establece como pena pública la Reparación del daño.

Si lo único que les interesa a los presuntos responsables, es salir libres y que ya no los molesten por más problemas judiciales; aún cuando si bien es cierto que se les causaron daños y perjuicios, también es cierto, que no les interesa recuperar esa parte que tienen perdida, por no tener mayores problemas.

El desarrollo del presente trabajo, nos ha hecho reflexionar y tener en cuenta las siguientes

### C O N S I D E R A C I O N E S

Consideramos que, el Código Penal no contiene ninguna - - orientación sobre el sistema a seguir para la reparación del daño, ni nada que haga conocer el criterio de su redactor. En materio penal cabe reparar un daño moral, aún cuando no exista daño patrimonial, pues el primero no se determina en función del segundo, como injustamente requiere el artículo 1916 del Código Civil. Se deja a la discreción judicial y a la capacidad económica del responsable, la cuantificación tanto del daño patrimonial como del moral. El artículo 31 del mismo Código Penal dice:

"La reparación será fijada por los jueces, según el daño - que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas - en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica -- del obligado a pagarla..."

Consideramos que, calcular el monto de la indemnización tendiente a reparar el daño moral es difícil, en cuanto que el jugador deberá tomar en consideración para hacerlo una amalgama - de circunstancias tan diversas que van desde los meramente mate

riales de fácil apreciación, cuando se encuentran debidamente -  
probadas, hasta los aspectos de carácter espiritual y moral, --  
que por su propia naturaleza son de difícil estimación pecunia-  
ria, sobre todo si esta apreciación se hará por persona ajena a  
quien resiente la afección moral.

Consideramos que, el juzgador para obtener tal propósito -  
debe allegarse toda serie de elementos sobre el hecho que dió -  
origen a dicha reparación, así como de las personas involucra--  
das en el mismo, pero dicha dificultad para precisar, lo más --  
justamente posible la indemnización, no es pretexto para el - -  
Juez, como suele suceder en la práctica, soslayar una valora- -  
ción correcta del daño moral.

Consideramos que, es cierto que los sufrimientos morales -  
son más o menos graves. Desde ese instante, si se admite que -  
una suma de dinero puede reemplazar en el patrimonio moral el -  
valor que del mismo ha desaparecido, es cierto que los jueces -  
deberán conceder algunas sumas más o menos importantes según --  
las circunstancias. La evaluación del perjuicio moral será, --  
desde luego, muy delicado siempre. Pero, a diario, los jueces  
se encuentran ante las mismas dificultades no sólo cuando pro--  
nuncian una condena penal, sino cuando ordenan la reparación de  
un perjuicio material.

Consideramos que, para evaluarse el grado y la intensidad del daño moral, y en base a ello fijar la indemnización, el juzgador debe hacer un análisis profundo y a conciencia de los elementos materiales y apreciaciones morales con que cuenten en cada caso concreto y, para buscar el objeto de la reparación, está obligado a condenar al pago de una suma suficientemente elevada para compensar de manera satisfactoria la lesión moral inferida.

Consideramos que, estamos por la reparación del daño moral; o merjo dicho, por la indemnización pecuniaria de tal daño, sea este que se origine por un hecho ilícito civil o penal, intencional o culposo, o aún se derive de un hecho ilícito, aunque este último supuesto no lo regule nuestra legislación para efectos de esta reparación.

Consideramos que, si bien aceptamos que la cura más efectiva, pero más lenta, lo es el simple paso del tiempo, no desconocemos que una considerable cantidad monetaria puede hacer menos difícil sobrellevar una pena en los momentos más críticos de ella, obteniendo con tales recursos materiales distracción y así desviarse de la depresión que origina la lesión de carácter moral.

Consideramos que, posiblemente, al fijar un determinado -- monto pecuniario como reparación moral, nunca se tenga la certeza si fué en su exacta medida para lograr su objetivo, de ahí - que a este pago no se le considere reparatorio, sino compensatorio para que la víctima alcance nuevos alicientes para dismi- - nuir los efectos del daño moral.

Consideramos que, la condena a reparar dicho daño debe hacerse, no en la culpa, sino en el daño objetivamente causado, - pues, incluso, en ciertos casos la culpa será irrelevante, como es en la responsabilidad objetiva, la cual, independientemente de la conducta del agente, es susceptible de acarrear un daño - moral. O sea, la sanción impuesta no tiene el carácter de pena pública, sino privada, pues aquí no interesa ese castigo al - - agente, sino al contrario, interesa el alivio moral al perjudicado.

Consideramos que, la moral está sometida a las debilidades espirituales propias del individuo, y que si bien puede sufrir por trastornos provenientes de algun factor externo, también, - dicha debilidad permitirá que otros estímulos externos y mate-- riales aminoren alguna pena y provoque sanciones que compensen la lesión moral. En otras palabras, si una causa externa afecta la moral, otra, de diferente naturaleza, la puede reconfor-- tar.

-181-

La elaboración de la presente tesis, y las consideraciones anteriores nos han llevado a las siguientes:

## C O N C L U S I O N E S

**PRIMERA** El legislador Penal de 1929 y 1931, que inspiró nuestros Códigos Penales, inclusive el vigente, elevó al rango de Pena Pública la reparación del daño, ésta na turaleza jurídica intrínseca, sigue siendo una sanción civil, y tan es así, que el Legislador ordinario federal y local, en materia de Procedimientos Penales, concede a la víctima del delito o a sus causahabientes o herederos, el derecho de apelar y de expresar agravios contra la sentencia de Primera Instancia, -- únicamente en lo que se refiere a la reparación del daño; lo que revela que el propio Legislador está con fusos, pues por una parte en la Segunda Instancia trata la acción reparadora de daños, como una verdadera acción privada y por la otra en la Primera Instancia Penal y en el amparo, pretende contemplarla únicamente como pena Pública, prohibiendo, en el artículo 10 de la citada Ley de Amparo que víctima del delito, sus causahabientes o herederos, interponga el juicio de garantías, cuando la coadyuvancia con el Ministerio Público, ha exigido del directo responsable el pago de dicha reparación, sin tomar en cuenta que también el ofendido lo es la persona que es acusado injustamente y que es absuelto, y por lo tanto también puede

reclamar una reparación de daño.

**SEGUNDA** El anterior criterio nos parece no solo injusto, sino también inconstitucional. Pensamos que el artículo 21 Constitucional es un derecho subjetivo Público o sea lo que se llama garantía individual, es decir es el derecho que tienen los individuos de que un órgano del Estado, el Ministerio Público, persiga los delitos, primero practicando la averiguación de ellos y después, ejercitando la acción penal cuando se han satisfecho los requisitos del artículo 16 Constitucional.

**TERCERA** Es de considerarse que si en esa tarea persecutoria, se le concede a la víctima del delito, sus causahabientes o herederos, el derecho de constituirse coadyuvante del Ministerio Público y luego, en la Segunda Instancia, inclusive, se le considera parte procesal limitada a la reparación del daño, resulta contrario a lo moral y las buenas costumbres que al sujeto acusado de un delito que es absuelto se le debe de reparar el daño causado por la calumniosa acusación de que fue objeto.

**CUARTA** Resulta pues contrario al artículo 14 de la Constitución que se le prive de la acción de amparo contra la sentencia de Primera Instancia, cuando habiendo condena se haya dictado absolución de la acusación y por lo que se refiere a la reparación del daño o fijando un monto que la víctima, sus causahabientes o herederos, estimen lesivo, pues se les priva de la garantía de audiencia, sacrificando el principio de justicia a un criterio legalista discutible, por cuyo motivo estimamos inconstitucional el artículo 10 de la Ley de Amparo.

**QUINTA** Por lo tanto estimándose por ejecutorias de la sala penal de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que si se concediese el amparo se vulneraría el artículo 21 Constitucional, ya que siendo la reparación del daño, pena pública, solamente puede exigirla el titular de la acción penal que es el Ministerio Público, con lo que volvemos a quedar en lo que iniciamos las presentes conclusiones, en donde al ofendido de la acusación calumniosa quede en estado de indefensión.

**SEXTA** La codificación civil para el Distrito Federal, salvo una excepción, regula de manera deficiente y absurda

el daño moral y su reparación, lo que hace práctica--  
mente inexistente la posibilidad de lograr, en todo -  
caso, su reparación por medio de la indemnizaicón, --  
pues su regulaicón la somete a que concurra con el da  
ño material, y lo que es peor, restringe arbitraria--  
mente, su pago a la tercera parte de éste; también su  
ta el pago del daño moral a la peligrosa potestad del  
juzgador; asimismo, se autoriza su procedencia sola--  
mente cuando el daño es producido por un hecho ilícito,  
pasando por alta la realidad jurídica y social --  
que constituye la responsabilidad civil proveniente -  
de hechos lícitos; libera al Estado de la responsabi-  
lidad civil subsidiaria nacida en función de los ser-  
vidores públicos y, por último, otorga la acción para  
exigir dicha reparación exclusivamente a los familia-  
res de la víctima del daño, sin considerar otros fac-  
tores importantes como la dependencia económica y de-  
más relaciones estrechas afectivamente. Todo esto es  
inaceptable.

**SEPTIMA** No obstante que la doctrina jurídica ha otorgado la im  
portancia que merece la reparación del daño moral, el  
tratamiento que la Legislación Civil de México le dá,  
es muy deficiente y responde a una idea tergiversada  
de lo que implica una lesión de índole moral; el Códi

go Civil, aunque aún adolece de un defecto si no importante, sí incongruente con el enfoque global del derecho, pues no indemniza el daño moral en la responsabilidad sin culpa.

**OCTAVA** Es deseable que, al legislarse nuevamente sobre la reparación del daño moral, se independice del daño material, respecto a su existencia y a su evaluación; se le dé carácter imperativo a su aplicación; se autorice su procedencia cuando se origine por hechos lícitos e ilícitos; se obligue solidariamente al Estado a responder por los daños cometidos por sus empleados y funcionarios, en todos los casos, como a cualquier otro tercero responsable evitando fórmulas graciosas que desvirtúan la institución y, por último, que se amplíe el derecho para exigir la reparación a personas distintas de los familiares, pero ligados estrechamente desde el punto de vista efectivo.

**NOVENA** La reparación del daño moral, puede solicitarse tanto en la vía Penal como en el procedimiento Civil, aunque debería canalizarse exclusivamente por este último, porque dentro del procedimiento Penal el juzgador, centrada su atención en la aplicación de la pena al delincuente, contempla accesoriamente la fijación de la

indemnización del daño moral, como efectivamente sucede en la práctica; por otra parte, en vía civil se cuenta con mayores posibilidades procedimentales para acreditar con más exactitud el daño moral, pues se canaliza por un procedimiento inmediato. En este procedimiento es factible lograr mayor equidad en la reparación del daño moral, pues en la vía penal se dictan resoluciones injustas por lo infimo de las indemnizaciones que se fijan, y por la no intervención directa del afectado por el daño.

**DECIMA** La reparación del daño moral debe considerarse, siempre y en todo caso, como responsabilidad civil, sea exigible al propio delincuente o a terceros, pues es indebido, como lo señala la Ley y la Jurisprudencia, que cuando se exige al delincuente se le tenga como pena pública, ya que consideramos que la reparación no se le impone como castigo al culpable, sino que es un resarcimiento a favor de la, o las víctimas.

La reparación del daño moral en México, legislativamente debe realizarse de manera integral, para que los afectados por hechos lícitos e ilícitos tengan todos los elementos legales, evitando las ambigüedades en nuestros códigos, para que sea materialmente posi-

ble obtener un equivalente pecuniario suficiente que alcance para compensar la afección moral inferida. Es menester, que toda persona que sufra injustamente un daño moral por consecuencia de relaciones jurídicas, sean de carácter civil, penal o laboral, en una sociedad civilizada, tenga la posibilidad jurídica expedita para exigir su equitativa reparación.

## B I B L I O G R A F I A

- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. Derecho Romano. Revista de Derecho Privado. Editorial Edersa. México. 1984.
- BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial Cajica. Puebla, Pue. México. 1979.
- CARDENAS, Raúl F. Estudios Penales. Editorial Jus. México. 1978
- CARNELUTTI. Lecciones sobre el Proceso Penal. Traducción de Santiago Sentia Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch Editores. Buenos Aires. 1981.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1976.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. T. IV. Quinta Edición. Editorial Europea. Madrid. 1960.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1975.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Novena Edición. Editorial Nacional. México. 1977.
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo. Derecho Romano. Sexta Edición.- Editorial Porrúa. México. 1977.
- FOIGNET, René. Manual Elemental de Derecho Romano. Editorial -- Harla. Madrid. 1965.

- GOMEZ, Eusebio. Tratado Elemental de Derecho Penal. T. IV. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1972.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1989.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Novena Edición. Editorial Porrúa. México. 1988.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Vigésima Edición. Editorial Porrúa. México. 1986.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. Puebla, Pue. México. 1977.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. México. 1987.
- MOMMSEN, Todor. El Derecho Penal Romano. Traducción de P. Dorado. Editorial la España Moderna. México. 1976.
- MORENO, Antonio de P. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1972.
- NUÑEZ C., Ricardo. Delitos contra la Propiedad. Editorial Harla. Buenos Aires. 1951.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. (Parte Especial). Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1980.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México. 1986.

- PIÑA Y PALACIOS, Javier. Apuntes de Derecho Procesal Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.
- PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. III. -- Los Bienes. Traducción de José Ma. Cajica. Editorial Cajica. Puebla, Pue. México. 1969.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. II, III. Décima Edición. Editorial Porrúa. México. 1979.
- SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Editorial Buenos -- Aires. Argentina. 1951.
- Ley, Historia y Libertad. Editorial Lozada. Buenos -- Aires. 1963.
- VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1980.

#### OTRAS FUENTES

- MATEOS M., Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. Segunda Edición. Editorial Esfinge. México. 1982.
- PINA, Rafael De. Diccionario de Derecho. Décima Primera Edición. Editorial Porrúa. México. 1983.
- RAMIREZ GRONDA, Juan. Diccionario Jurídico. Cuarta Edición. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1970.

Exposición de Motivos del Código Penal de 1871. Editorial Bau--  
ret. México. 1907.

**LEGISLACION CONSULTADA**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ultima -  
Edición. Editorial Porrúa. México. 1993.

Código Penal para el Distrito Federal. Ultima Edición. Editorial  
Porrúa. México. 1993.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ulti  
ma Edición. Editorial Porrúa. México. 1993.

Código Civil para el Distrito Federal. Ultima Edición. Edito- -  
rial Porrúa. México. 1993.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ulti  
ma Edición. Editorial Porrúa. México. 1993.

Ley de Amparo. Ultima Edición. Editorial Porrúa. México. 1993.