

569
2j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**" LA INCIDENCIA DE LA FALSIFICACION DE
DOCUMENTOS EN EL AMBITO DE LAS
COMPAÑIAS ASEGURADORAS EN MEXICO "**

T E S I S

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

Leonardo Isaac Rosas Granados



MEXICO, D. F.

1998.



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.

**EN MEMORIA A MI PADRE
LEONARDO ROSAS REYES
Y A MI HERMANA DORA ALPHA,
LOS QUIERO MUCHO**

**A GEORGINA,
POR SER UNA GRAN COMPAÑERA,
GRACIAS AMOR POR TU APOYO,
EL CUAL FUE NECESARIO CUANDO
MAS LO NECESITABA.**

**ESTE ES UN EJEMPLO DE LO QUE
PODEMOS HACER CON AMOR Y CARIÑO**

**A MI MADRE,
POR SU AMOR Y CARIÑO,
GRACIAS MAMA.**

**A MIS HERMANOS
VICKY, PATY, MAGDA, TOÑO,
IRAI Y NATALIA, POR SU
COMPRENSION Y CONFIANZA.**

**A ROBERTO CARLOS Y GABRIEL
POR SU APOYO EN ESTE TRABAJO.**

**A TODOS LOS MUCHACHOS,
A TODOS AQUELLOS QUE CONVIVIMOS
BELLOS MOMENTOS COMO ALUMNOS
Y AHORA COMO PROFESIONISTAS.**

**A MIS MAESTROS POR SUS
CONSEJOS, ORIENTACION Y VOCACION
A ESTA CARRERA**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,
POR HACER REALIDAD UN SUEÑO DE MI
INFANCIA, AL PODER SER UN UNIVERSITARIO**

GRACIAS.

"LA INCIDENCIA DE LA FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN EL AMBITO DE LAS COMPAÑIAS ASEGURADORAS EN MEXICO"

CAPITULO I EL DELITO

A)	CONCEPTO	1
B)	ELEMENTOS ESTRUCTURALES	21
	B.1. ASPECTOS POSITIVOS DEL DELITO	22
	B.2. ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO	29

CAPITULO II EL DERECHO PENAL

A)	CONCEPTO DE DERECHO PENAL	38
B)	EL DERECHO PENAL Y SUS CARACTERISTICAS	40
C)	TITULAR Y DESTINATARIO DEL DERECHO PENAL	44
D)	ESCUELAS PENALES	48
	D.1. ESCUELA CLASICA	49
	D.2. ESCUELA POSITIVA	54
	D.3. ESCUELA ECLECTICA	58
	D.4. LA JOVEN ESCUELA	61
	D.5. LA DEFENSA SOCIAL	63
E)	OBJETIVO DEL DERECHO PENAL	66

CAPITULO III EL DELITO DE FALSIFICACION DE DOCUMENTOS

A)	CONCEPTO LEGAL	68
B)	BIEN JURIDICO PROTEGIDO	94
C)	CONCEPTO DE BIEN JURIDICO	94

**CAPITULO IV
EL DELITO DE FALSIFICACION DE DOCUMENTOS Y SU FRECUENCIA
EN LAS COMPAÑIAS ASEGURADORAS EN MEXICO**

A)	ORIGEN Y EVOLUCION DEL SEGURO	105
B)	ANTECEDENTES HISTORICOS GENERALES	116
C)	ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO	122
D)	LEGISLACION EN MEXICO	130
E)	INCIDENCIA DE LA FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN LAS COMPAÑIAS DE SEGUROS	140

CONCLUSIONES	143
---------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	145
---------------------	------------

CAPITULO I

EL DELITO

A) CONCEPTOS

Para el maestro Rafael Márquez Piñero, la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar.

Continúa el autor manifestando que son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito. Tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto o de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valioso para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo, por consiguiente lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa. (1)

Eugenio Cuello Calón, define al delito como "toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable sancionada por una pena".(2)

(1) *Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Parte General Editorial Trillas. México 1990. 2a. Edición. p. 131.*

(2) *Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Citado por Márquez Piñero. Op. cit. p. 132.*

El delito es un acto humano, un mal o un daño, es un actuar. Un mal o un daño aún siendo muy grave, tanto en el orden individual o en el colectivo no es un delito si no tiene su origen en un comportamiento humano.

El acto humano ha de ser antijurídico, en contradicción con una norma jurídica, es decir, lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.

Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que corresponda a un tipo legal. Toda vez que no toda acción antijurídica constituye delito, si no ha de tratarse de una antijuricidad tipificada.

El acto humano debe estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad, no existe delito.

Desde el punto de vista sociológico podemos considerar que, el delito tiene como principal característica que se enfrenta a la moralidad de las personas y se opone a las mínimas condiciones de vida de la sociedad.

En México, el Código Penal de 1871 en su artículo 1o., definió al delito como la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

El Código Penal de 1929, en su artículo 2o., conceptuaba al delito: como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

ESCUELAS QUE ESTUDIAN AL DELITO

Antes de mencionar las escuelas que estudien al delito, consideremos necesario mostrar en forma breve la evolución, en el devenir del tiempo del Derecho Penal.

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre, en sociedad.

El crimen nace con el hombre, cuando todavía no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada; ya el delito se manifiesta en su más rudimentaria forma al inferirle daño a bienes ajenos.

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

pacífica.

Como dice la Maestra Irma G. Amuchategui Requena, las etapas en que se divide la evolución del derecho penal es más didáctica que real, pues éstas no se pueden separar tajantemente y de manera exacta una de otra.

VENGANZA.- Significa que el hombre, ante una agresión recibida, obtiene la satisfacción mediante un acto violento, y se divide en cuatro subfases:

- **PRIVADA.-** Se conoce como venganza de sangre y consiste en que el ofendido se hace justicia por su propia mano, o sea, el afectado, ocasiona a su ofensor un daño igual al recibido, esta fase se identifica como la Ley del Tali6n, que reza "ojo por ojo y diente por diente".
- **FAMILIAR.-** Un familiar del afectado realiza el acto de justicia y causa un da6o al ofensor.
- **DIVINA.-** Es el castigo impuesto a quien causa un da6o, en virtud de creencias divinas, en ocasiones entremezclándose rituales mágicos y hechiceros, el castigo es impuesto por los "representantes" de las diversas deidades.

- **PUBLICA.-** Es un acto de venganza, pero ejercida por un representante del poder público. Es un simple traslado de la ejecución justiciera a alguien que represente los intereses de la comunidad, en su manifestación más primitiva.

Cuando al Estado "cobra", las penas se caracterizan por su crueldad de modo que se observan las formas de castigo más variadas y antihumanas, predominando las sanciones corporales y de muerte, la cual es precedida de tratos humillantes y aflictivos.

HUMANITARIA.- Esta fase surge como respuesta a la anterior, tratando de dar un giro absoluto y radical a la dureza del castigo.

Es por ello que grandes pensadores, filósofos y humanistas con su obra e ideas, han influido en el derecho penal y ciencias afines. César Beccaria y John Howard con su valiente y enérgica manifestación de principios humanistas, trataron de devolver al hombre el respeto a su dignidad.

CIENTIFICA.- Aquí se manifiestan los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto al delincuente. Se considera que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es

Indispensable conocer el porqué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la posible comisión de delitos. En la pena se estima que un tratamiento y el sujeto son productos de las propias fallas sociales, con influencias de factores de índole diversa (interna y externa).

ESCUELAS JURISPRUDENCIALES

ESCUELA CLASICA.- Es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver al derecho penal.

Son varios los pensadores que dieron origen a esta escuela, pero su máxima representante es Francisco Carrara y otros como Romagnosi, Hegel, Rossi y Carmignani.

Lo más sobresaliente de cada escuela son los postulados que son resultado de su filosofía y su postura y son:

- **LIBRE ALBEDRIO.-** Establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho. Y se niega el determinismo, el fatalismo y la predisposición hacia el delito.

- **IGUALDAD DE DERECHOS.-** Si el hombre nace igual en cuanto a sus derechos, por lo cual, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.

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

- **EL DELITO COMO EJE Y COMO ENTIDAD JURIDICA.-** El punto de partida de la problemática penal lo constituye el delito. Asimismo, importe más lo objetivo que lo subjetivo, o sea, que interesa más la manifestación externa, independientemente de circunstancias internas, y con base en el delito, debe castigarse al delincuente.

- **METODO EMPLEADO.-** Se emplea el método deductivo porque va de lo general a lo particular.

- **PENA PROPORCIONAL AL DELITO.-** La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido y previamente señalado en la ley.

- **CLASIFICACION DE LOS DELITOS.-** Esta escuela elabora diversas

clasificaciones de los delitos.

ESCUELA POSITIVA.- Surge como reacción contraria a la escuela clásica, la cual se fundamenta en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales. Sus principales seguidores son Enrico Ferri, Rafael Gerofalo y César Lombroso.

Los postulados de esta escuela son la negación de los señalados por la escuela clásica y son:

- **NIEGA EL LIBRE ALBEDRIO.-** Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera consciente al mal sobre el bien, dado que es un ente natural y en algunos casos con enormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir. Ello, está influenciado por los estudios médicos y antropológicos de César Lombroso que dan origen a la Teoría del Criminal Nato.

Se afirma también que hay hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, de acuerdo a sus características biológicas, antropológicas y psicológicas.

- **RESPONSABILIDAD SOCIAL.-** Afirma que la responsabilidad lejos de ser

morel, es de tipo social la colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenir y, en un momento dado, defenderse.

- **DELINCUENTE, PUNTO CENTRAL.**- El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es sólo la consecuencia.

- **METODO EMPLEADO.**- Los positivistas utilizaron el método inductivo que va de lo particular a lo general, se le conoce también como experimental. A partir del estudio de un sujeto antisocial o delincuente concreto, llegan a sus conclusiones y desarrollan hipótesis, con lo que crean sus tesis relacionadas con el comportamiento criminal.

- **PENA PROPORCIONAL AL ESTADO PELIGROSO.** Esta escuela niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito y se asegura que debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y gravedad del delito.

- **PREVENCIÓN.**- De lo anterior se desprende la importancia de la prevención del delito que debe darse en lugar de su represión, creen que es mejor prevenir que curar.

- **LA MEDIDA DE SEGURIDAD ES MAS IMPORTANTE QUE LA PENA.-** En vez de castigar se debe prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas, y de acuerdo a la clasificación de estas medidas de seguridad, se debe aplicar la más adecuada de acuerdo al caso, en virtud de la peligrosidad y caracteriología específica del sujeto.

- **CLASIFICACION DE DELINCUENTES.-** A esta escuela le preocupa la clasificación de los delincuentes con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas.

- **SITUACIONES PENALES.-** Se proponen como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Y plantean numerosos sustitutivos; religiosos, médicos, psicológicos, etc.

ESCUELAS ECLECTICAS.- En realidad se agrupan varias corrientes, como respuesta a las dos anteriores, es una tercera postura que es la función de aquella, las principales son la tercera escuela, la escuela sociológica y la escuela técnico-jurídica.

- **TERCERA ESCUELA.-** Surge en Italia (Terza Scuola), cuyos representantes son Allmena y Carnevale. Surge otra tercera escuela en Alemania, que coinciden sus postulados con la Italiana y que son:

- Negación del Libre Albedrío;
- El delito es un hecho individual y social;
- Se interesa por el delincuente más que por el delito;
- Señala las ventajas del método inductivo;
- Adopta la investigación científica del delincuente;
- Considera la responsabilidad moral;
- Distingue entre imputables e inimputables;
- Planea la reforma social como deber del Estado.

ESCUELA SOCIOLOGICA. - También se conoció como la joven escuela, surge en Alemania su principal representante en Franz Von Liszt. Y sus postulados son:

- La pena tiene como fin conservar el orden jurídico;
- Emplea los métodos jurídico y experimental;
- Concibe el delito como fenómeno jurídico natural;
- Considera que los factores criminógenos son individuales físicos, sociales y económicos;
- Afirma que la pena es una necesidad;
- Estima la imputabilidad y la peligrosidad del delincuente;
- Deben existir penas y medidas de seguridad.

ESCUELA TECNICO-JURIDICA.- También es de origen italiano y sus representantes son: Manzini, Bettaglini y Rocco, cuyos postulados son:

- Eleva a primer grado el derecho positivo;
- Destaca que el ordenamiento jurídico debe prevalecer sobre otros criterios;
- Al derecho penal le debe interesar el conocimiento científico de los delitos y las penas;
- La pena funciona para prevenir y readaptar;
- La responsabilidad penal se debe basar en la capacidad para entender y querer;
- Rechazar el planteamiento de problemas filosóficos.(3)

El maestro Jiménez de Asús, afirma "que las escuelas penales pertenecen al pretérito... La lucha de las escuelas ha terminado". (4)

En la actualidad la legislación mexicana, tiene rasgos de escuela clásica en algunos preceptos y de la positiva en otros, aunque puede precisarse que el Código de 1871 manifestó una fuerte influencia de la clásica, el de 1929 de la positiva y el de 1931 (vigente) adopta una postura ecléctica.

(3) *Cfr. AMAUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho Penal. Editorial Harla. México 1993. p. 4 a 10.*

(4) *JIMENEZ DE AZUA, Luis. La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina 1980. 4a. Edición p. 68*

ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO Y SUS NOCIONES.-

Al respecto el maestro Raúl Carrancá y Trujillo hace este estudio de la siguiente manera:

"Exteriormente el delito es el acto humano sancionado por la Ley (Carmignani); noción insuficiente porque no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo, sino sólo a las formales, formalista y por ello también insuficiente es la definición de Mezger en sentido amplio: acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Desde un punto de vista rígidamente formal puede decirse que todos los delitos son artificiales por cuanto sólo existen por virtud de la ley que tipifica las acciones punibles.

"Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas condiciones objetivas o será que está conminada con la amenaza de una pena. Acción porque es acto u omisión humanos; antijurídicamente porque ha de estar en contradicción con la norma; ha de ser ilícita; típica, porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a una persona".

La norma prohibida sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción, de donde

deriva la consecuencia punible.

De aquí que las definiciones del delito como hacerlo culpable del hombre, contrario a la Ley que está amenazado con una pena. O como, la acción típicamente antijurídica y culpable; o como el acto culpable, contrario al derecho, sancionado con una pena; o como la acción típica, antijurídica culpable, sometida a una adecuada sanción penal que llena las condiciones objetivas de culpabilidad; o como un acontecimiento típico, antijurídico; imputable.

Para Jiménez de Asúa, al definir el delito enumera sus caracteres en la siguiente forma: "Hemos de centrar el concepto del delito conforme a estos elementos: acto típicamente antijurídico, imputable a un hombre y sometido a una acción penal. Interna establece todos los requisitos, aquéllas que son constantes y los que aparecen variables.

Continúa comentando el maestro que el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

En suma, las características del delito serán éstas: actividad, educción típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos condición objetiva de punibilidad. Ahora bien, el acto, tal como nosotros lo concebimos,

independientemente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son advancias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal, radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo la nota diferencial del delito".

Esto es lo que para Carrancá y Trujillo la noción jurídica formal y la noción jurídica sustancial y, ahora veremos en qué consiste la noción sociológica del delito.

Las anteriores nociones carecen, por así decir, de verdadero contenido humano y social, el que sólo puede encontrarse en el delito, considerando como fenómeno humano y social también.

A este respecto es la escuela positiva, con Garófalo, la que inició la construcción de la fecunda noción del delito al distinguir entre delito natural y legal. Además porque la moralidad media representa un máximo respeto a la delincuencia, mientras que el derecho penal representa el mínimo ético considerado como indispensable y suficiente para el mantenimiento del orden jurídico.

En el delito como creación de la Ley Penal, hay siempre un elemento político; de igual modo que en la acción entijurídica, hay un elemento normativo.

A pesar de que modernamente la noción jurídica es la más explorada, la sociológica va rejuveneciéndose cuando se trata de explorar qué es la antijuricidad.

En resumen, podemos concluir que los caracteres constituidos del delito según el artículo 7o. del Código Penal, son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra de una acción de una conducta humana; y estar sancionados por las leyes penales.

"Al decirse acción (acto u omisión) debe entenderse la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. Al decirse que esa acción ha de estar sancionada por la ley se mantiene el principio de que la ignorancia de ésta a nadie aprovecha, así es como se deduce que la misma ley se obliga a enumerar descriptivamente los tipos de los delitos, los que, para los efectos penales, pasan a ser los únicos tipos de acciones punibles".(15)

Varemos ahora al estudio jurídico-substancial del delito, de acuerdo al maestro Castellanos Tena.

(15) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. México 1990. 16a. Edición. p. 220 a 225.

Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Asienta Antolisel que para los afilados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable. En cambio, los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad. Ya Francisco Carrará hablaba del ilícito penal como de una disonancia armónica; por ende, al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad. En cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina una uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos, surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc.

- **NOCION JURIDICO-SUBSTANCIAL.**- Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una definición jurídico-sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. Para Cuello Calón, es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

Por su parte Jiménez de Asúa, textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". En forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

Como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asúa, se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Nos adherimos, sin reserva, a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

Desde ahora conviene advertir que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo. En el delito se observa una rebeldía del hombre contra el Derecho Legisado, tal oposición presenta dos aspectos: el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva es llamada entijuridicidad, porque el hecho, en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico positivo. El antagonismo subjetivo o culpabilidad, como se verá en páginas posteriores, consiste en la rebeldía anímica del sujeto.

La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento

esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. Adviértase que no son lo mismo punibilidad y pena; aquélla es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual, por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena; ésta, en cambio, es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito.

Para Pavón Vasconcelos si se excepta, de acuerdo con la teoría de la Ley Penal, que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento o condición esencial del delito de otra manera -insiste la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna.

Desde el punto de vista puramente formal y de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales; pero ya hemos dicho cómo la definición del delito proporcionada por nuestro Código, no escapa a la crítica y por otra parte el propio ordenamiento establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica; por ende, la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo.

- **LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.**- Cuya naturaleza aún no ha sido satisfactoriamente precisada, tampoco consistuyen, en nuestro criterio, elementos esenciales del delito; sólo por excepción son exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena.

En consecuencia para nosotros, los elementos esenciales del delito son conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Para la teoría finalista o final de la acción, la imputabilidad, concebida como capacidad de culpabilidad, constituye no un presupuesto de ésta, sino el primero de sus elementos sobre los que reposa el juicio de reprochabilidad.

Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos los factores del delito; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Más en un plano estrictamente lógico, procede observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo esté o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; enseguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente; imputabilidad, y finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad.

Repetimos: entre los factores integrantes del delito no existe prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica.

Así lo hemos venido explicando en forma constante; sin embargo, es interesante hacer notar que a veces, cuando un sujeto decide delinquir, lógica y temporalmente se da primero la culpabilidad (a título doloso, por supuesto), precedida, como es natural, de la imputabilidad y hasta después ejecuta el acto típico y antijurídico. Esto confirma la necesidad de hacer una revisión de diversas cuestiones del derecho penal, consideradas por los especialistas como definitivas, muchas de las cuales no poseen tal carácter.

B) ELEMENTOS ESTRUCTURALES

Sin riesgo a equivocación, podría decirse que los elementos positivos y negativos del delito son la columna vertebral del derecho penal.

Los elementos del delito son el derecho penal lo que la anatomía es a la medicina.

Los elementos del delito son las partes que lo integran a saber: conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad

objetiva.

Los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquél; significa que anula sin existencia el positivo y, por tanto, al delito.

Y son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad, excusas absolutorias, ausencia de condicionalidad objetiva.

A continuación trataremos cada uno de estos elementos, así como su aspecto negativo correspondiente.

B.1. ASPECTOS POSITIVOS DEL DELITO

CONDUCTA

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades: a) un hacer positivo, y b) un no hacer. La primera constituye la acción en sentido estricto, el acto; y la segunda la llamada omisión. En el Código Penal Mexicano, el artículo 7o. señala los dos aspectos (positivo y negativo), como los únicos modos de conducta penalizable.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse, con Jiménez de Asúa, como: "La manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que espera, deja sin mudanza ese mundo exterior, cuya modificación se aguarda". (7)

Los elementos de la acción en sentido amplio son los siguientes:

a) Manifestación de voluntad; b) Resultados; c) Relación de causalidad entre aquella y éste (también llamada nexa causal).

TIPICIDAD

Para Jiménez de Asúa: "La tipicidad es la correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la Ley, para cada especie de infracción". (8)

Carrancá y Trujillo dice que: La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto". (9)

(7) Citado por Márquez Piñero, Luis. Op. cit. p. 155 y 156

(8) Op. Cit. p. 746

(9) Ibidem. p. 381

"El tipo se puede entender como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (10)

Para el maestro Fernando Castellanos Tena: "No debe confundirse el tipo con la tipicidad, en virtud de que el tipo es la creación legislativa la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto". (11)

Continúa el maestro señalando, que: "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Celestino Porta Petit, considera, que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula *Nullum crime sine tipo*". (12)

La tipicidad tiene como función principal ser aminorante descriptiva, que singularize su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretar en el ámbito penal: "La tipicidad no sólo es pieza

(10) *Ibidem*. p. 235.

(11) CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México. Editorial Porrúa, S.A. 1991. 30a. Edición. p. 166.

(12) CASTELLANOS TENA. *Op. Cit.* p. 166

técnica, sino es como secuela del principio legalista, garantiza la libertad". (13)

Para concluir lo referente a la tipicidad mencionaremos los diferentes tipos existentes:

- a) **Normales y anormales:** Los primeros se refieren a situaciones objetivas; en los segundos se trata de una valoración cultural o jurídica. El homicidio es normal, el estupro es anormal.
- b) **Fundamentales o básicos:** Estos constituyen la esencia o fundamento de otros, ejemplos el homicidio.
- c) **Especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental,** ejemplo el parricidio.
- d) **Complementados, que se constituyen con un básico al tipo fundamental,** ejemplo el parricidio.
- e) **Autónomos y subordinados:** los primeros tienen vida propia, ejemplo: robo simple; en tanto que los segundos dependen de otros, ejemplo, el homicidio

(13) *Ibidem* p. 166

en rifa.

ANTI JURICIDAD

El Derecho Penal es garantizador y sancionador, su función es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente al aspecto subjetivo, se puede afirmar que la antijuricidad es fundamentalmente objetiva, porque se enfoca a la conducta externa.

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Este se concibe como una ordenación objetiva de la vida y en consecuencia lo injusto se debe entender como una lesión a las normas del derecho.

El Licenciado Castellanos Tena, menciona en su obra ya referida que cuando hablamos de antijuricidad nos estamos refiriendo a la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal: ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, porque atiende sólo al acto, la conducta es antijurídica, se requiera necesariamente un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del estado. Según el Profesor Celestino Porte Petit. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no esté protegida por una causa de justificación". (14)

(14) Cfr. CASTELLANOS TENA. Op. Cit. p. 178

El maestro Sergio Vela Treviño, menciona que toda acción punible sí es antijurídica. Con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de la misma con las normas del derecho. (15)

En conclusión se puede afirmar que, la antijuricidad radice en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo.

CULPABILIDAD

Es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado. Ello quiere decir que contiene dos elementos, uno volitivo o emocional y el otro intelectual. El primero indica la suma de dos querer, de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual, es el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. Según el maestro Fernández Doblado, para la doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe analizar el psiquismo del autor con el objeto de investigar cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado delictuoso. (16)

(15) Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio. *Antijuricidad y Justificación*. México. Editorial Trillas. 1986. 2a. Edición. p. 19

(16) Cfr. CASTELLANOS TENA. *Op. Cit.* p. 234

La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado (culpa).

Por ejemplo, en el robo por sus especiales características, consideramos que la forma de culpabilidad que aparece es el dolo, en virtud de que el sujeto activo del delito, obra con toda intención de cometer el ilícito.

IMPUTABILIDAD

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para que tenga que cargar con determinada consecuencia penal, es necesario que tenga el carácter de imputable. En el ámbito del Derecho Penal, esto solamente puede ocurrirle a aquella persona que por sus condiciones psíquicas tenga posibilidades de voluntad.

Según el maestro Carrancá y Trujillo, será imputable todo aquél que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la ley para poder

desarrollar su conducta socialmente. Todo aquél que sea apto o idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana. (17)

Según el Lic. Castellanos Tena, la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal. (18)

El Jurista Luis Jiménez de Asúa, define la imputabilidad en los siguientes términos: "Imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como su causa eficiente y libre". (19)

B.2 LOS ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO SON LOS SIGUIENTES:

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Evidentemente si faltan algunos elementos esenciales del delito, éste no se integra, en consecuencia si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de

(17) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, 1986. 15a. Edición. p. 389

(18) Cfr. CASTELLANOS TENA. *Op. Cit.* p. 218

(19) *Op. Cit.* p. 326

las apariencias. La ausencia de conducta impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito.

"En la actualidad el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15, fracción I, capta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia fórmula genérica: incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias".

"Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, que cabe perfectamente en el actual artículo 15, fracción I del Código Penal para el Distrito Federal".

"La aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es la acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir manifestación de voluntad, quien obra así no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento, quien es violentado materialmente no comete delito, es tan inocente como la espada de que un asesino se valiera".

Unánime se consideran como factores eliminatorios de la conducta, a la vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Su presencia demuestra la

falta del elemento volitivo indispensable para la apercición de la conducta que como hemos dicho, es un comportamiento humano voluntario, la vis maior depende de la naturaleza es energía no humana, la vis absoluta deriva del hombre". (20)

ATIPICIDAD

No hay delito sin tipo legal, es decir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, habrá ausencia de tipicidad cuando la conducta no se adecúe a la descripción legal, puede decirse que hay tipo pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, un caso de esto pudiere ser el estupro cometido con una mujer mayor de 18 años de edad.

"Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo:

- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;

- c) Cuando no se dan las referencias temporales especiales requeridas en el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos, específicamente señalados en la Ley;
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y
- f) Por no darse la antijuricidad especial". (21)

En ocasiones el legislador al descubrir el comportamiento se refiere a la calidad en el sujeto pasivo, el activo o en ambos, en el delito de peculado el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público.

Sin el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales. Se prestará la atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción por ejemplo privar de la vida a quien ya no la tiene.

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de

(21) CASTELLANOS TENA. Op. Cit. p. 175

tiempo si no operan la conducta será atípica por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho en despoblado.

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas éstas han de verificarse para la integración del ilícito, por ejemplo por medio de la violencia física o moral en el caso de la violación.

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto, éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del sujeto activo del delito o al fin que persiga.

Por excepción, algunos tipos captan una especial entijuricidad como sucede en el delito de allanamiento de morada, al señalar en su descripción que el comportamiento se efectúe sin motivo justificado y fuera de los casos en que la ley lo permita.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Quando la conducta realizada, sea cual fuere está permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa el amparo de una causa que justifique la conducta.

Las causas de justificación son las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de la acción.

Las principales causas de justificación según el Código Penal para el Distrito Federal son: la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber e impedimento legítimo.

Para Luis Jiménez de Asúa, la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la medida de defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. (22)

Como elementos de la defensa legítima, se señalan los siguientes:

Una agresión injusta y actual; peligro de inminente daño derivado de una agresión de bienes jurídicamente tutelados y repulsa de una agresión. (23)

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos pertenecientes a otras personas.

(22) *Op. Cit. p. 363*

(23) *Cfr. CASTELLANOS TENA. Op. Cit. p. 194*

Como casos específicos del estado de necesidad, ubicamos el aborto terapéutico y el robo de fideicomiso.

Dentro de la hipótesis de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, pueden comprenderse las lesiones y el homicidio cometido en los deportes, como consecuencia de tratamientos médicos quirúrgicos y las lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.

El impedimento legítimo opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de efectuar un acto, se abstiene de obrar, por ejemplo el secreto profesional.

INCUPLABILIDAD

La inculpabilidad es la absolución del sujeto en el juicio de reproche, ésta opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, el conocimiento y la voluntad.

Para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y la voluntad, por lo tanto la inculpabilidad debe referirse a ese elemento el intelectual y el volitivo.

Las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho y la coacción sobre

la voluntad.

INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

El maestro Castellanos Tena cita las siguientes causas de inimputabilidad: A) estado de inconsciencia permanente es el artículo 68 y transitorios en la fracción II del 15; el miedo grave artículo 15, IV; y la sordomudez (artículo 67). (24)

El maestro Porte Petit menciona que en caso del robo, la inimputabilidad la podríamos encontrar en el artículo 15 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, que se refiere al trastorno mental del inculpaado. (25)

En conclusión, la inimputabilidad es la incapacidad para querer y entender en materia penal.

(24) Cfr. CASTELLANOS TENA. *Op. Cit.* p. 223

(25) Cfr. PORTE PETIT, Celestino. *Aputamientos de la Parte General de Derecho Penal.* México, Editorial Porrúa, S.A. 1983. 8a. Edición p. 64

En la actual forma legal sobre la inimputabilidad pueden quedar comprendidos además de los trastornos mentales, transitorios o permanente, son los sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado que les impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando no se presente un verdadero trastorno mental.

En el miedo grave se presenta la inimputabilidad, porque en función del miedo grave, el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrán optar por otro medio practible y menos perjudicial.

CAPITULO II

EL DERECHO PENAL

A) CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

Para el hombre, quizá no exista otra rama del derecho de mayor trascendencia que la penal, cuyo estudio iniciamos. Su basamento sociológico, sus circunstancias ambientales, la propia índole de su naturaleza jurídica están en relación constante con el hombre, en su entorno vital y con sus acciones u omisiones. Entre los bienes jurídicos sometidos a la protección del Derecho Penal, se encuentran los más preciados para el hombre, como la libertad, la dignidad, el honor, la integridad física, el patriotismo e, incluso, la propia vida. Por todo ello, el estudio y la comprensión de esta disciplina es de importancia fundamental en la formación de un jurista.

Sentado lo anterior como preámbulo necesario, comencemos por establecer la distinción entre el Derecho Penal Subjetivo y el Derecho Penal Objetivo. Se trata de una distinción tradicional, pues el Derecho Penal Subjetivo es el derecho de castigar, el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos actos o hechos con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esa noción se halla contenido el fundamento filosófico del Derecho Penal.

En el sentido objetivo, el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos y las penas, concepto que encierra el fundamento del Derecho Penal Positivo. (1)

Aunque un tanto escéptico sobre la utilidad práctica de los conceptos apriorísticos, el insigne maestro Jiménez de Asúa define el Derecho Penal como: el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. El esclarecido penalista añade que el finalismo del Derecho Penal es uno de sus más esenciales caracteres, pues el Derecho, que se ocupa de conductas, no puede menos que tener un fin. (El Estado debe recoger y enfocar teológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida; en el mismo sentido refiriéndolo a la idea del Estado, el propio Erik Wolf reconoce la idea del fin del Derecho) Toda la teoría del bien jurídico se vincula al concepto finalista de la ciencia jurídica; por ende, bien jurídico y norma constituyen los dos polos del eje del Derecho Penal (aunque no es válido identificar la norma con la ley formal). (2)

(1) CUELLO CALON, Eugenio.- *Derecho Penal Tomo I.- Parte General Volumen I.* Bosch, S.A. Barcelona, 1975. Pag. 7

(2) JIMENEZ DE ASUA, Luis.- *Tratado de Derecho Penal. 3a. Edición Tomo I.- Losada, S.A. Buenos Aires, 1964, Pag. 33, 35 y 38*

Para Francisco Pavón Vasconcelos, penalista mexicano, Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público Interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad, aplicables para lograr la permanencia del orden social. (3)

De lo anterior se infiere que la evolución del Derecho Penal, influida por las circunstancias de lugar y tiempo, ha venido a revelar la importancia de ciertas medidas para combatir la criminalidad, cuyo carácter es fundamentalmente preventivo; y precisamente la notoriedad que han adquirido en la doctrina y en las legislaciones obliga a incluirlas en el concepto de Derecho Penal.

Para algunos autores, la potestad de castigar que tiene el Estado ante la comisión de actos delictivos es un deber, más que un derecho. Efectivamente, el Estado tiene ese deber, para que las personas y la vida comunitaria puedan cumplir sus fines propios. (4)

B) EL DERECHO PENAL Y SUS CARACTERÍSTICAS

Cabe afirmar que la ciencia penal, el Derecho Penal, tiene las características siguientes:

(3) PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. - Porrúa, S.A. México, 1974 Parte General Pag. 11

(4) DEL ROSAL, Juan. - *Derecho Penal*. - 2a. Edición. Valladolid, 1954. Pag. 19

- a) Cultural (normativo),
- b) Público,
- c) Sancionador,
- d) Valorativo,
- e) Finalista y
- f) Personalísimo

Es cultural (normativo), en tanto que, en la actualidad, los juristas suelen aceptar la clasificación de las ciencias en grandes bloques: culturales y naturales. Por un lado están las ciencias del ser (que incluyen las naturales) y por otro las del deber ser (llamadas culturales, en cuanto a la cultura, fenómeno lógicamente hablando, es un repertorio de comportamientos o patrones de existencias de la sociedad), y entre éstas se encuentra el derecho. (5)

Es público en cuanto regula las relaciones entre el individuo y la sociedad, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en orden a la consagración del axioma liberal: nullum crimen, nulla poenas sine lege. (6)

(5) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Op. Cit.* pag. 34

(6) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Op. Cit.* pag. 40

Es sancionador, garantizador diría el maestro Jiménez de Asúa, porque el Derecho Penal no crea la norma, sino que la hace positiva a través de la ley, pero es el soporte insustituible para el ordenamiento jurídico general y está ligado, más que ninguna otra rama del derecho, a la efectiva eficacia de este ordenamiento. Ello no resta importancia alguna a la disciplina objeto de estudio, sino que sólo la sitúa en su verdadero parámetro; sólo supone la existencia de un principio positivo, lógicamente anterior a la Ley Penal.

Es valorativo porque la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho. El mundo de las normas debe asentarse en la realidad, pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados valiosos o no valiosos y, consecuentemente, procurados o evitados. Por ende, la ley regula la conducta de los hombres y establece la conducta que deberán observar en relación con esas realidades en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos.

El contenido de esas normas reguladoras de conducta, no comprobadoras de hechos, es una exigencia, un deber ser, más no una realidad, un ser. El Derecho Penal, en general, funciona como sistema tutelar de los valores más altos, es decir, sólo interviene ante las transgresiones vulneradoras de los valores

fundamentales de la sociedad. (7)

Es finalista (como se ha visto en la definición ya señalada, del maestro Jiménez de Asúa, y el comentario inherente a la misma), puesto que si se ocupa de conductas, lógicamente debe tener un fin (según Antolisei, este fin es el de combatir el fenómeno de la criminalidad). Pavón Vasconcelos distingue el fin del Derecho Penal en mediato e inmediato; el mediato tiene su objetivo en la correcta convivencia social, en tanto que el inmediato consiste en la represión del delito.

(8)

Por último, es personalísimo si se tiene en cuenta que la pena se aplica únicamente al delincuente (en función de haber cometido el delito y sin salir de su esfera personal). Así, conforme a este carácter, la muerte del delincuente extingue la responsabilidad penal, aunque puede subsistir la acción civil para la reparación del daño (por ejemplo, artículo 112 del Código Penal Español y 91 del Código Penal Mexicano).

Antes de terminar con esta sucinta exposición de las características de la disciplina jurídica penal, conviene señalar que la característica finalista asignada,

(7) PAVON VASCONCELOS. *Op. Cit. Pag. 16*

(8) PAVON VASCONCELOS. *Op. Cit. Pag. 16*

es ajena y anterior a la teoría finalista de la acción, tan en boga entre el iuspenalismo alemán. (9)

C) TITULAR Y DESTINATARIOS DEL DERECHO PENAL

"En cuanto al efectivo ejercicio de la facultad dimanante de la soberanía para definir los delitos, señalar las penas, establecer las medidas de corrección y de seguridad, e imponerlas y ejecutarlas, su único titular es el Estado, pues sin éste no hay Derecho Penal auténtico y verdadero. Empero, hay que consignar que su facultad punitiva tiene como límite intraspasable los derechos de la persona".

(10)

Ahora bien, ¿quiénes son los destinatarios del Derecho Penal? Teniendo la norma penal una finalidad, es necesario averiguar a qué sujeto va destinada. En términos muy generales, la doctrina se ha diversificado en tres posturas.

Aquellos que, como Iering y sus numerosos seguidores, entienden que los preceptos del Derecho Penal van dirigidos exclusivamente a los órganos encargados de aplicarlos.

(9) JIMENEZ DE ASUA. *Op. Cit.* Pag. 40

(10) CUELLO CALON. *Op. Cit.* Pag. 9

Los que consideran a los ciudadanos sus auténticos y naturales destinatarios, ya que a ellos van dirigidos los mandatos y prohibiciones de las normas penales.

Aquéllos que, como el maestro Cuello Calón, "Considera que las normas penales se dirigen a todos los individuos del Estado (sean o no ciudadanos), imponiéndoles la ejecución y omisión de determinados hechos, entendiendo también que las normas penales se dirigen, igualmente, a los órganos encargados de la aplicación y ejecución de las mismas, a los que impone este deber". (11)

El Derecho Penal forma parte del total ordenamiento jurídico y su concepto gira alrededor de un criterio objetivo.

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público interno cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro.

**(11) PORTE PETIT. Apuntamientos de Derecho Penal.- Parte General. México, 1960.
pag. 9**

El penalista español Eugenio Cuello Calón, define el Derecho Penal como el: "Conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y medidas de seguridad que el mismo establece para prevención de la criminalidad".. (12)

Por su parte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, formula el siguiente concepto de Derecho Penal: "... es el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las medidas de seguridad". (13)

El tratadista argentino Luis Jiménez de Asúa, afirma que: "El Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora". (14)

(12) CUELLO CALON, Eugenio.- *Op. Cit.* Pag. 8

(13) PAVON VASCONCELOS, Francisco.- *Manual de Derecho Penal Mexicano*.- 9a. edición.- Editorial Porrúa, S.A. México, 1990, Pag. 17

(14) JIMENEZ DE ASUA, Luis.- *La Ley y el Delito*.- Editorial Hermes, Buenos Aires, Argentina. 1954, pag. 20

El Jurista español José María Rodríguez Devesa, considera; "La ciencia del Derecho Penal tiene por objeto, el estudio del Derecho Penal, el cual puede considerarse:

a) Como conjunto de normas

(Derecho Penal Objetivo, iupenale)

b) Como facultad

(Derecho Penal Subjetivo, ius puniendi). (15)

El jurisconsulto Giuseppe Maggiore hace ver esto: "...la expresión "derecho Penal" se aplica tanto para designar al conjunto de las normas penales como para nominar a la Ciencia de Derecho Penal. En el primar sentido se trata de un conjunto de normas y en el segundo de una rama del conocimiento humano, compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual". (16)

Finalmente, el autor mexicano Ignacio Villalobos, dice: "El Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro". (17)

(15) RODRIGUEZ DEVESA, José María.- Derecho Penal Español.- Parte General.- S.P.E.- Madrid, 1976.- Pag. 7

(16) MAGGIORE, Giuseppe.- Derecho Penal.- Editorial Temis.- Bogotá 1954.- Pag. 3

(17) VILLALOBOS, Ignacio.- Op. Cit. Pag. 15

De los conceptos antes transcritos, se advierte que los tratadistas citados se pronuncian en términos similares en cuanto al concepto de Derecho Penal se refiere, pues se considera como un conjunto de normas jurídicas que determinan qué conductas son punibles (delitos), y cuáles son las sanciones que respecto de estas conductas corresponden, con un carácter preventivo y sancionador.

D) ESCUELAS PENALES

El tratadista argentino Jiménez de Asúa, al referirse a las Escuelas Penales, asevera que son: "... el cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho penal, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones". (18)

Para el objeto de nuestro estudio, resulta importante el análisis de las Escuelas Jurídico Penales, ya que éstas constituyen el principal avance en la ciencia del Derecho Penal, pues en éstas se trata de conceptos puramente jurídicos que parten en diversas ocasiones del análisis de problemas normativos.

Cabe decir que existe un enfrentamiento entre dos Escuelas, fundamentalmente; y una tercera Escuela que adopta una posición ecléctica.

(18) JIMENEZ DE ASUA, Luis.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo II. Editorial Losada, S.A.- Buenos Aires, 1950. Pag. 29

Les Escuelas que estudiaremos a continuación son: La Escuela Clásica (Scuola Clásica), la Escuela Positiva (Nuova Scuola) y la Tercera Escuela (Terze Scuola) y la Joven Escuela, éstas como tendencias eclécticas y finalmente la Defense Social (Difensa Sociale), como punto de unión actual.

D.1. ESCUELA CLASICA

La Escuela Clásica, se estima que fue la reacción contre le barbarie y la injusticie que el Derecho Penal representaba hasta le etepa de la venganza pública, por lo cual procuró la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las gerantíes individuales y la limitación al poder absoluto del Estado.

Se ha afirmado que la Escuela Clásica con el Marqués de Baccaria, quien establece los principios unificadores de esta Escuela; esimismo, se considera como precursores de esta corriente al tratadista francés Jeremie Bentham con su "Teoría de las Penas y la Recompensa" publicada en el año de 1840, así como el jurista italiano Giendoménico Romagnosi con su tratado "Genesi del diritto penale", publicada después de su muerte en el año de 1837.

Ahora bien, el primer gran clásico reconocido por todos es el jurisconsulto italiano Pellegrino Rossi, quien fue profesor en Bolonia, Ginebra y París, escribiendo su obra en el exilio, denominada "Tratado de Derecho Penal",

publicada en 1824, en la que sostiene que existe un orden moral que es obligatorio para todos los seres libres e inteligentes y que debe ser aplicado también en la sociedad, en la que estos seres son obligados a vivir por su misma naturaleza, originándose de esta forma un orden social igualmente obligatorio y del que se derivan todos los derechos y obligaciones; el fin directo de la justicia humana en el establecimiento del orden social perturbado por el delito. Así, la pena es la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo.

Otro, a quien se le considera como precursor de la corriente de que se trate, es el profesor de Pisa, Giovanni Carmignani, en su obra titulada "Elementa juris criminalis" hace la necesidad de conservación del orden social, la fuente, y de la ley moral el límite: el objeto de la imputación civil al castigar al delincuente no es el de tomar venganza del delito cometido, sino el de esforzarse para que con posterioridad no se cometan otros delitos semejantes, es decir, las medidas más represivas deben de ser preventivas.

Otro autor al que se le considera exponente de la Escuela de mérito, es Antonio Rosmini, que en su libro que se llame "Filosofía del Diritto" publicada en 1839, sienta las bases filosóficas de dicha Escuela, en el cual dice que el fundamento del derecho de castigar es un eterno principio de justicia. La capacidad de juzgar pertenece al superior, pero el individuo

como ser inteligente que es, puede juzgar al igual: la responsabilidad penal es la cantidad de pena ejemplar que el autor de un delito debe esperar de la sociedad.

Otros autores a quienes se les considera como exponentes de la Escuela Clásica, son: Emmanuel Kant y Federico Hegel. El primero de ellos sostiene que la pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia y consecuencia jurídica del delito realizado, su imposición es sólo de justicia; y su fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica; en tanto que para el segundo, dice que a la voluntad irracional de que el delito es expresión, debe oponerse a la pena representativa de la voluntad racional que la Ley traduce. El delito es negación del Derecho y la pena es negación del delito.

Sin embargo, el máximo exponente de la Escuela Clásica es Francesco Carrara, quien fue maestro en Pisa y que con su obra titulada: "Programa di Diritto Criminale" publicada en el año 1859, lleva el Derecho Penal a su verdadera esencia jurídica, y sostiene: ".... presupongo aceptada la doctrina del libre arbitrio y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquélla". (19)

(19) CARRARA, Francesco.- Programa de Derecho Criminal.- Tomo I Editorial Depalma.- Buenos Aires, 1944.- Pag. 30

Agrega el citado autor: "el delito es un ente jurídico, la idea de delito no es más que una idea de relación, la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico, el cual se le da el nombre del delito". (20)

La pena, sostiene el referido tratadista, con el mal que impone el autor de un acto lesivo del Derecho no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica.

Los postulados que rigen la Escuela Clásica son:

1. Encuentre su base filosófica en el Derecho Natural. El jusnaturalismo de esta Escuela es racionalista, dado que desprecia todo el elemento o dato social del Derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad, los principios del Derecho natural son justos, las formas de justicia no se dejan a la inclinación voluntaria de los sujetos, ni a su inclinación racional y permanentemente válida.
2. Respeto absoluto al principio de legalidad. No debe aplicarse pena que

(20) Idem.- Pag. 406.

no esté en la Ley, no hay delito sin ley que lo contemple, no debe aplicarse pena si no se ha cometido un delito.

3. El delito es un ente jurídico. El punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo y no el delincuente, hecho subjetivo. El delito no es una acción, sino una infracción.
4. Libre albedrío.- El sujeto de la ley penal es el hombre capaz de querer como ser conciente, inteligente y libre; puede elegir entre el bien y el mal.
5. La pena sólo puede aplicarse a los individuos moralmente responsables.
6. Quedan excluidos del Derecho, por lo tanto de la pena, aquéllos que carecen de libre albedrío, como los niños y los dementes.
7. La pena es retribución, es el mal que se da al delincuente, por el mal que éste hizo a la sociedad.
8. La pena debe ser proporcionada al delito cometido y al daño causado.
9. La finalidad de la pena es reestablecer el orden social externo que ha

sido roto por el delincuente.

10. El derecho de castigar pertenece al Estado a título de tutela jurídica.
11. Se considera que el método debe ser lógico abstracto, silogístico y deductivo. Para elaborar el Derecho Penal, debe utilizarse el método deductivo, partiendo de los principios generales (concepción finalista).

D.2. ESCUELA POSITIVA

Según Enrico Ferri (21) consiste en estudiar el delito primero en su génesis natural y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces: constituye un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal, y de lo que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrecen; esta Escuela se funda en la Antropología; la Psicología y la Estadística Criminal, así como sobre el Derecho Penal y los estudios penitenciarios, llega a ser una ciencia que se denomina Sociología Criminal, así, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar

(21) FERRI, Enrico.- Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal.- Centro editorial de Góngora.- Madrid, 1887.- Pag. 248

a la Ciencia Criminal Clásica el sopleo verificador de las últimas conquistas hechas por la ciencia del hombre y la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas.

La Escuela Positiva nace como una reacción a los excesos jurídicos de la Escuela Clásica, a sus excesos formalistas, al abuso de la dogmática, al olvido del hombre delincuente y a su creencia de haber agotado la prolemática jurídico-penal.

Sus principales exponentes son César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo.

Los postulados fundamentales de la Escuela ésta, son:

1. Encuentra su base filosófica en Augusto Comte y la científica de Darwin, sin embargo, Enrico Ferri apunta: "... pero lo que importa, ante todo, poner en relieve es esto: que la Escuela Criminal Positiva no recoge ni plasma ningún sistema filosófico o social, ni la filosofía positiva (Comte, Spencer, Ardigó, etc.), ni doctrina alguna biológica (Darwin, Lamarck, Moleschott, etc.)... el hecho decisivo es que la Escuela Criminal Positiva se caracteriza especialmente por el método científico.

2. El delito es un hecho de la naturaleza y como tal debe estudiarse.
3. El punto de mira de la justicia penal es el delincuente.
4. El delito abstracto no existe, es un hecho humano resultado de factores intrínsecos y extrínsecos, es la expresión de una antisocialidad subjetiva, contra la cual debe actuarse.
5. Determinismo; el libre albedrío no existe, toda vez que una serie de circunstancias físicas o de circunstancias sociales llevarán al hombre a delinquir. Si estas circunstancias no se dan, el hombre no delinquirá.
6. La responsabilidad moral es sustituida por la responsabilidad social, si no hay libre albedrío no pueda haber responsabilidad moral.
7. Si no hay responsabilidad moral, nadie quede excluido del derecho.
8. Se utilice el concepto de sanción y no de pena, porque debe de existir un contenido de tratamiento para educar y adaptar al delincuente.
9. La sanción es proporcional a la peligrosidad del delincuente, por lo cual resulta más importante la clasificación de los delincuentes que la

clasificación de los delitos. A mayor peligrosidad, mayor medida, a menor peligrosidad menor sanción.

10. Las sanciones no son afflictivas, ni tienen por fin hacer sufrir al reo, son tratamientos que deben durar en tanto persista la peligrosidad del delincuente, y por ello son de duración indeterminada.
11. La misión de la ley penal es combatir la criminalidad considerada como fenómeno social y no reestablecer el orden jurídico.
12. El derecho de imponer sanciones, pertenece al Estado a título de defensa social, y ésta excluye toda idea de venganza o retribución, y repudia como insuficiente las ideas abstractas de conservación y mantenimiento de la justicia.
13. Más importante que las penas, son los substitutivos penales, porque éstos son numerosas providencias de orden económico, político, científico, civil, religioso, familiar educativo, que tienen como fin la supresión de los variados factores criminógenos.
14. La legislación penal debe estar basada en estudios antropológicos y sociológicos, ya que es menester estudiar primordialmente las causas

que producen el delito y después construir las teorías sobre el mismo.

15. El método es el inductivo-experimental.- Sa parte de la observación de los datos particulares, de ellos se llega a una proposición general que comprende todos los fenómenos que estén relacionados o sean semejantes; éste método rechaza lo abstracto; para conceder el carácter científico sólo a aquello obtenido de la observación y la experiencia, por lo cual no hay a priori sino a posteriori.

D.3. ESCUELA ECLECTICA

En relación con esta Escuela, se habla, en realidad no de una, sino de varias escuelas, mismas que aceptan en forma parcial los postulados de las dos Escuelas que hemos estudiado con anterioridad; sin embargo, sólo analizaremos las que representan con mayor claridad y precisión el tema de que se trata.

La Terza Scuola, se denomina también del positivismo crítico y reúne a representantes, tales como: Carnevale y Alimena.

Emmanuele Carnevale en su obra publicada en el año de 1891, que se llamó "Una Terza Scuola de Diritto Penale in Italia", fundamenta la responsabilidad

en la salud, sin embargo, para el inimputable es necesario establecer medidas de seguridad; considera el delito desde el punto de vista jurídico, pero también toma en cuenta sus aspectos sociológicos y antropológicos; pasa por alto el libre albedrío, pero acepta la responsabilidad moral; dice que es autónomo el Derecho Criminal frente al antropro-sociologismo criminológico y al excesivo tecnicismo jurídico.

Por su parte, Bernardino Alimena, con su libro intitulado: "Note Filosoficho de un Criminalista", publicado en el año de 1911, funda la imputabilidad sobre la dirigibilidad, toda vez que basta que la acción sea querida por el sujeto, la naturaleza de la pena debe ser la coacción psicológica acompañada del sentimiento de reprobación moral causada por el delito; admite la investigación filosófica en el Derecho Penal, y niega la posibilidad de que éste llegue a ser parte de la Sociología: sostiene que es necesaria a ésta, la Estadística, la Antropología, así como la Psicología, con la finalidad de complementar la Dogmática, que por sí sola no se basta para determinar el fenómeno criminal.

Es importante señalar que esta Escuela es de origen italiano, y sus principales postulados son los siguientes:

1. Distingue el Derecho Penal de la Criminología y demás ciencias afines,

por lo que al método se refiere, ya que el primero debe ser lógico-abstracto; en tanto que en la segunda y demás ciencias debe ser causal-explicativo.

2. **Considera al delito como un fenómeno complejo, producto de factores endógenos y exógenos; se debe estudiar el delito como un fenómeno social naturalmente causado.**
3. **Rechaza las clasificaciones positivistas del delincuente, sin embargo, acepta que existen delincuentes habituales, ocasionales y enormales.**
4. **Deben existir tanto penas como medidas de seguridad; por tanto se rechaza la pena pública que sostiene la Escuela Clásica, pero tampoco se acepta la sanción de la Escuela Positiva.**
5. **Rechaza el determinismo absoluto y el libre albedrío total; por consiguiente, no debe tomarse en cuenta el fundamento del libre albedrío, pero debe mantenerse la tradicional responsabilidad moral.**
6. **Se acepta el concepto de responsabilidad moral, y al mismo tiempo el de peligrosidad y temibilidad.**

7. La finalidad de la pena no debe ser tan solo el castigo, sino también correctiva y educativa; por tanto, debe ser pena-readaptación.
8. En el delito priva la causalidad, no la fatalidad, por lo cual la imputabilidad se fundamenta en la dirigibilidad de los actos del hombre.
9. La naturaleza de la pena radica en los actos de coacción psicológica, por ende son imputables aquéllos con capacidad para sentir la amenaza de la pena.

D.4. LA JOVEN ESCUELA

Esta Escuela se encuentra en la posición de lo que puede estimarse como la Escuela Ecléctica, y debe su origen a la Unión Internacional de Derecho Penal, fundada en el año de 1889, por Adolfo Prins (belga): VanHamel (holandés); y Franz Von Liszt (alemán); prescindiendo de las controversias filosóficas de que hablaban los criminalistas.

Así Adolfo Prins, en su obra titulada: "La Defense Sociale et les transformations du droit penal", publicada en el año de 1910, sostiene la teoría del estado peligroso estima al libre albedrío, como una construcción meramente especulativa, ya que la libertad es relativa, pero tampoco puede

hablarse de determinismo, por ser una doctrina simplista; por lo que respecta a Von Liszt, desde el año de 1881, expone sus pensamientos con una orientación positiva biosociológica, rechazando los presupuestos metafísicos y filosóficos, pugnando por el conocimiento científico; estima al delito sobre una base determinista, sin embargo, establece la conciliación en el terreno práctico-legislativo, renunciando al postulado que en ese sentido establecieron las Escuelas Clásica y Positiva. Acepta una conciencia común y enuncia la unidad que debe haber entre pena y medida de seguridad. A esta Escuela también se le conoce con la denominación de "Pragmatismo" o "Escuela Sociológica".

Los postulados sobre los cuales descansa esta Escuela, son los siguientes:

1. Renuncia a las explicaciones filosóficas, substituyéndolos por un pragmatismo.
2. Abandona la responsabilidad moral, substituyéndola por estado peligroso.
3. Considera al delito como fenómeno natural y como ente jurídico, estudia sus factores y causas, sin omitir la construcción dogmática.

4. Pasa por alto el libre albedrío, aceptando una posición intermedia, o sea, la impresión de la libertad interna que subsiste en todos los hombres.
5. El fundamento de la pena es la defensa social.
6. Acepte tanto las penas como las medidas de seguridad.
7. Clasifica a los delincuentes en normales y anormales.

D.5. LA DEFENSA SOCIAL

Esta escuela tiene su fundamento en la salvaguardia social frente a los actos que son contrarios a las condiciones de existencia individual y colectiva; sus principales precursores fueron Filippo Gramatica y Marc Ancel.

Así Filippo Gramatica en su libro "Principios de Defensa Social", sostiene: Que el Estado debe orientar su función hacia las causas del malestar del individuo en la sociedad; el Estado para afirmar el orden querido por la Ley, no tiene derecho de castigar, sino el deber de socializar; la obra de socialización no debe realizarse con penas, sino con medidas de defensa social, preventivas, curativas y educativas; la medida de defensa social debe adaptarse al sujeto en concreto, en relación a su personalidad y no en

relación al daño causado; el proceso de la defensa social empieza por la determinación de la naturaleza y grado de antisocialidad del individuo y se completa, siempre judicialmente, con el agotamiento de la necesidad de la aplicación de la medida; se entiende que el concepto de defensa social, la negación junto con la pena del derecho de castigar, es por tanto un sistema jurídico sustituto del Derecho Penal y no integrante del mismo.

En tanto que, Marc Ancel, opina: que la defensa social, sí presupone una concepción general del Derecho Penal, que viene no a castigar una falta, sino a proteger a la sociedad contra las empresas criminales; la defensa social pretende realizar la protección de manera natural por un conjunto de medidas generalmente extra penales, destinadas a neutralizar al delincuente, sea por eliminación o segregación, o por aplicación de métodos curativos o educativos; también se promueve una Política Criminal que dé paso a la prevención individual sobre la prevención colectiva; la acción de resocialización debe desarrollarse mediante una humanización cada día mayor del nuevo Derecho Penal; esta humanización del Derecho y del proceso penal, no será solamente el efecto de un movimiento humanitario, sino que se apoyará todo lo sólidamente posible en el conocimiento científico del hecho criminal y de la personalidad del delincuente.

Los principales postulados de la Escuela de la Defensa Social son:

1. La pena no tiene únicamente carácter expiatorio, sino que se interesa también por la protección de la sociedad.
2. La pena, además de ser ejemplar y retributiva, tiene el propósito de mejoramiento y aún de reeducación del delincuente.
3. La justicia penal debe tener siempre presente la persona humana, además de las simples exigencias de la técnica procesal, con el fin de que el tratamiento penal sea siempre humano.
4. No una pena para cada delito, sino una medida para cada persona.
5. Derecho del delincuente ser socializado.
6. Predominio de la prevención especial.
7. Tratamiento desprovisto por completo de sentido represivo.
8. Sustitución de la pena por un sistema de medidas de prevención especial impuestas de acuerdo a la personalidad del delincuente.
9. El hecho antisocial considerado como simple síntoma de peligrosidad

social.

10. Humanización de Derecho Penal.

11. Bases científicas.

E) OBJETIVOS DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal tiende a cuidar los intereses de la comunidad, a restituir al seno de la sociedad al que ha infringido una ley, por ello, la pena protege con sus resultados al cuerpo social, a los individuos que la componen y previenen los ataques de los cuales serían víctimas.

Así la sociedad tiene derecho de defenderse de la acción del crimen y de impedir que existan perturbaciones en ella, llevando a cabo la protección a la misma, siendo una forma de vida natural y necesaria para los integrantes que se encuentran en ella, haciéndose posible su convivencia, evitándose choques y resolviéndose conflictos, por lo cual el individuo debe de respetar el ejercicio de los derechos de los demás, contribuyendo a la satisfacción de necesidades colectivas, conformándose así el orden jurídico.

El autor de un delito, debe ser castigado, en virtud de que los actos antijurídicos

son un peligro para la estabilidad de la sociedad, y el desarrollo social del hombre, de tal manera que se deben reprobare las acciones delictivas e imponer penas, de modo que sirvan de ejemplo a los demás integrantes de una comunidad, así como la readaptación a la sociedad de una persona que ha delinquido; por tanto, cuando un delincuente es condenado a sufrir una pena, por medio de una sanción justa, existirá siempre aprobación de toda la sociedad.

El Estado no puede considerar como delito cualquier conducta, sino sólo el quebrantamiento de un deber, cuyo cumplimiento no puede asegurarse, sino por medio de una sanción legal cuya pena va a ser fijada por el Estado, como representante e integrante de la sociedad; de ahí que los fines del Derecho Penal, sean por un lado de represión y por otro lado de readaptación social del delincuente.

CAPITULO III
EL DELITO DE FALSIFICACION DE DOCUMENTOS

A) CONCEPTO LEGAL

El artículo 243 del Código Penal para el Distrito Federal, dispone: "El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos, con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos sesenta días de multa. En caso de documentos privados, con prisión de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días de multa.

"Los documentos en general, son cualquier clase de escrito de una persona determinada, que contienen manifestaciones o declaraciones de propia voluntad, o testimonio de manifestaciones o declaraciones ajenas y que fundamentalmente constituyen medios probatorios preconstituidos". (1)

Artículo 244.- "El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

(1) Ver GONZALEZ DE LA VEGA. Op. Cit. p. 344

- I. **Poniendo una firma o rúbrica falsas, aunque sea imaginaria o alterando una verdadera".**

Firma es el nombre de una persona con rúbrica que se pone al pie de un escrito para demostrar que se es el autor o que se aprueba lo contenido en él.

Falso es lo contrario a la realidad.

Imaginaria es aquella situación que no tiene realidad.

Alterar es cambiar la esencia o forma de las cosas.

Verdadero es lo auténtico, que tiene los caracteres esenciales de su naturaleza. (2)

En consecuencia, lleva a cabo el delito quien firma o rúbrica falsamente un documento al poner en el mismo, una firma o rúbrica imaginaria o al alterar la verdadera.

(2) Diccionario Larousse Usual. Editorial Larousse. México 1993, p. 26 y siguientes

"II. Aprovechando indebidamente una firma o rúbrica en blanco ajenas, extendiendo una obligación, liberación o cualquier otro documento que pueda comprometer los bienes, los honra, la persona o la reputación de otro, o causar un perjuicio a la sociedad, al Estado o a un Tercero: ..."

Lo señalado en la fracción es muy común que se presente en las compras a crédito, en las cuales el vendedor "sugiere" al comprador le firme un título de crédito, generalmente un pagaré en blanco y éste por la necesidad de adquirir el satisfactor, se ve obligado a firmar un documento en blanco, mismo que será utilizado de manera dolosa, en cuanto el comprador deje por alguna causa de pagar su deuda.

"III. Alterando el contexto de un documento verdadero, después de concluido y firmado, si éste cambiare su sentido sobre alguna circunstancia o punto sustancial, ya se haga añadiendo, enmendando o borrando, en todo o en parte, una o más palabras o cláusulas, o ya variando la puntuación: ..."

Es indiscutible que alguien firma un documento estampando en el mismo su rúbrica para mediante la misma comprometerse con todo lo señalado en el escrito, razón por la cual, quien altera el contexto de un documento verdadero (real), cambiando su sentido, añadiendo, enmendando o borrando en el documento palabras o cláusulas, variando en su caso la puntuación, lo cual le da

un sentido diferente a lo acordado y aceptado por la firma estampada en el documento que se altera.

"IV. Variando la fecha o cualquier otra circunstancia relativa al tiempo de la ejecución del acto que se expresa en el documento; ..."

Esta hipótesis es muy común de presentarse en contratos de arrendamiento y títulos de crédito, en los cuales el arrendador y el acreedor, quienes tienen los documentos aludidos, llevan a cabo lo previsto en la fracción a analizar con la idea de obtener ventajas a su favor.

"V. Atribuyéndose el que extiende el documento, o atribuyendo a la persona en cuyo nombre lo hace, un nombre o una investidura, calidad o circunstancia que no tenga y que sea necesaria para la validez del acto ..."

Esto se presenta frecuentemente en contratos de prestación de servicios profesionales, en los que es requisito sine qua non, el que el profesional sea titulado y al atribuirse una profesión que no tiene, como dos delitos, la falsificación de documentos y la usurpación de profesión.

"VI. Redactando un documento en términos que cambien la convención celebrada, en otra diversa en que varíen la declaración o disposición del

otorgante, las obligaciones que se propuso contraer, o los derechos que debió adquirir ..."

"VII. Añadiendo o alterando cláusulas o declaraciones, o asentando como ciertos, hechos falsos, o como confesados los que no lo están, si el documento en que se asientan se extendiese para hacerlos constar y como prueba de ellos ..."

La hipótesis en análisis se observa de manera muy frecuente en las comparecencias ante autoridades judiciales, las cuales, aprovechándose de la situación, escriben lo que a ellos mejor les parece, sin importarles en absoluto las consecuencias jurídico-procesales que al afectado pueden generarle.

"VIII. Expidiendo un testimonio supuesto de documentos que no existen, dándolo de otro existente que carece de los requisitos legales, suponiendo falsamente que los tiene; o de otro que no carece de ellos, pero agregando o suprimiendo en la copia, algo que importe una variación sustancial; y ..."

Testimonio, es el documento notarial en el que consta una escritura y la declaración de un testigo o prueba testimonial. (3)

(3) *Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992. 5a. Edición, P-Z p. 3086*

Bien lo explica el Doctor Raúl Carrancá y Rivas en su Código Penal Anotado, que el modo operatorio sólo puede ser empleado por Notarios Públicos, que son los posibles sujetos activos del delito. El Testimonio expedido ha de ser fehaciente.

(4)

"IX. Alterando un perito traductor o paleógrafo, el contenido de un documento al traducirlo y descifrarlo ..."

Aquí la calidad del sujeto activo está debidamente determinada, esto nos lleva a establecer que la conducta es dolosa, ya que el traductor o paleógrafo tiene conocimientos superiores y especializados en la materia, por lo que alterar un documento al traducirlo o descifrarlo, ejerce de manera abusiva y tendenciosa por parte del sujeto activo.

"X. Elaborando placas, gafetes, distintivos, documentos o cualquier otra identificación oficial, sin contar con la autorización de la autoridad correspondiente ..."

La hipótesis reseñada con anterioridad, se presenta actualmente con mucha

(4) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México 1995. 18a. Edición. p.646

frecuencia, basta recordar el altísimo número de placas de policía judicial del Distrito Federal con la consecuente actividad delictiva que tal actitud conlleva, más aún existe un número considerable de cédulas profesionales de diversas carreras profesionales, elaboradas por bandas muy organizadas y utilizadas por varios sujetos sin escrúpulos y con ambición desmedida.

***Artículo 245.-** Para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como tal, se necesita que concurren los requisitos siguientes:

- *I. Que el falsario se proponga sacar algún provecho para sí o para otro, o causare perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero;**
- II. Que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un particular, ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación;**
- III. Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulta o pueda resultar perjuicio, o sin el de aquélla en cuyo nombre se hizo el documento*.**

El citado Maestro Raúl Carrancá y Rivas, en su Código Penal Anotado, determina

que es indiscutible que: "La concurrencia o conjunción de todos estos requisitos ha de darse en el caso, no bastando que se dé alguno solo de ellos". (5)

Por nuestra parte, sostenemos que en las dos primeras fracciones o hipótesis, se le otorga al juzgador una facultad muy amplia, para de manera subjetiva valore la intención del sujeto activo del ilícito y el perjuicio al Estado, a la sociedad o al particular.

En tanto, la tercera hipótesis del Artículo 245 del Código Penal para el Distrito Federal, es viable, toda vez que la falta de consentimiento de la persona quien resultaría perjudicada con la falsificación, puede establecerse con la denuncia y ratificación de la misma.

"Artículo 246.- También incurrirá en la pena señalada en el Artículo 243:

- "1. El funcionario o empleado que, por engaño o sorpresa hiciere que alguien firme un documento público que no habría firmado sabiendo su contenido ...".

Esta situación es sabido que ocurre muy frecuentemente en las Agencias del

(5) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Carranca y Rivas, Raúl. Op. Cit. p. 647-

Ministerio Público y lo peor es que la sufren tanto el probable responsable y la víctima del ilícito.

"II. El notario y cualquier otro funcionario público que, en ejercicio de sus funciones, expida una certificación de hechos que no sean ciertos o dé fe de lo que no consta en autos, registros, protocolos o documentos ...".

Alicia Elena Pérez Duarte, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, señala que mediante la fe pública se está en presencia de afirmaciones que objetivamente deben ser aceptadas como verdaderas por los miembros de una sociedad civil, en acatamiento del ordenamiento jurídico que lo sustente. (6)

El *Diccionario Jurídico Elemental*, define a la fe pública como la que merecen los actos de los funcionarios con potestad para otorgarlos. (7)

Olge Hernández Espíndole, explica que el funcionario público en México, es un servidor del Estado, designado por disposición de la ley para ocupar grados superiores de la estructura orgánica de aquél, para sumir funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando. La denominación de funcionario

(6) *PEREZ DUARTE, Alicia Elena, Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, México 1992. 5a. Edición. D-H p. 1430*

(7) *Diccionario Jurídico. Editorial heliasta. Buenos Aires, Arg. 1988, p. 154*

público, en consecuencia, no proviene de la naturaleza misma de la función pública, puesto que también éste es desempeñada por la otra categoría de servidor público, llamado empleado. (8)

El Diccionario de Derecho define al funcionario público, como la persona que por disposición inmediata de la ley por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participa en el ejercicio de la función pública. (9)

En esta fracción, observamos la concurrencia de dos o más personas, el Notario y/o Servidor Público y el otro individuo, pues el funcionario público para llevar a cabo la alteración del documento, recibe una oferta económica del particular interesado en la comisión del ilícito.

"III. El que, para eximirse de un servicio debido legalmente, o de una obligación impuesta por la ley, suponga una certificación de enfermedad o impedimento que no tiene como expedida por un médico cirujano, sea que existe realmente la persona a quien la atribuya, ya sea ésta imaginaria o ya tome el nombre de una persona real, atribuyéndoles falsamente la calidad de médico o cirujano ...".

(8) *HERNANDEZ ESPINDOLA, Olga. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, México 1992. 5a. Edición. D-H, p. 1500*

(9) *Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México 1984, 12a. Edición, p. 279*

Según Carranca y Rivas, la atribución falsa de la calidad de médico o cirujano, sólo puede darse cuando no posea tal calidad. El tipo configurado es de delito doloso, de tendencia interna trascendente. (10)

Es muy común que los trabajadores al servicio del Estado tengan amistad con médicos adscritos al centro de trabajo, para obtener mediante la entrega de dádivas los documentos denominados "incapacidades" a todas luces falsos, cometiendo consecuentemente el delito previsto por el numeral en estudio.

"IV. El médico que certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de prestar un servicio que exige la ley o de cumplir una obligación que ésta impone o para adquirir algún derecho ...".

Igualmente, en este apartado se requiere de la participación de dos o más personas, con la característica fundamental consistente en ser médico, para certificar falsamente que un individuo tiene una enfermedad o impedimento para impedirle prestar un servicio que exige la ley.

(10) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Op. Cit. p. 650

"V. El que haga uso de una certificación expedida para otro, como si lo hubiere sido en su favor o altere la que a él se le expidió ...".

Aquí se presenta la falsificación de documentos, con la variante de usar algo que no está destinado al sujeto activo, además de la alteración de un documento que si bien es cierto, le fue expedido a su favor, lo hace valer, cambiándole circunstancias para que le sirva, a pesar de que en realidad ya no es legalmente útil para él.

"VI. Los encargados del servicio telegráfico, telefónico o de radio, que supongan o falsifiquen un despacho de esta clase ...".

El ya referido Maestro Raúl Carrancá y Rivas, manifiesta que en esta fracción, el sujeto activo es calificado: Los empleados de la Dirección General de Correos y Telégrafos Nacionales y de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones, a cuyo cargo está la recepción y transmisión de telegramas y radiogramas nacionales y extranjeros; y los de Teléfonos de México, encargados del servicio de comunicaciones telefónicas y radiofónicas nacionales y extranjeras. (11)

"VII. El que a sabiendas hiciere uso de un documento falso o de copia, transcripción o testimonio del mismo, sea público o privado".

(11) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit. p. 650.

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

Aquí consideramos que la conducta del activo es ampliamente dolosa, pues sabe plenamente que el documento que está usando es falso, aún cuando cabría suponer que esta fracción en comento, es una subespecie de la falsificación de documento, por consistir en uso de documento falso.

El documento es la representación material idónea para poner de manifiesto la existencia de un hecho o acto jurídico, susceptible de servir un caso necesario, como elemento probatorio. (12)

El documento es el instrumento, título, etc., con que se prueba, justifica o hace constar algo. (13)

Pedro A. Labariega, en el Diccionario Jurídico, nos explica en los siguientes términos, lo que debemos por documento:

"(Del latín documentum; de docere, enseñar, hacer conocer). En sentido originario, eligo que hace conocer también la voz alemana urkunde (derivada de erkennen, reconocer) tiene el mismo significado. Pero en vista de que es conocer requiere de un objeto (que es conocido), el significado literal viene a ser toda cosa

(12) Ver Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1984 12a. Edición p. 241

(13) Ver Diccionario Jurídico. Diccionario Heñasta. Buenos Aires Argentina, 1988, p. 129

(algo) que hace conocer otra (cosa). Por otro lado, documento es una cosa que enseña (docet) no que sirve para enseñar, es decir, que tiene en sí la virtud de hacer conocer lo que contiene o representa.

"Lato-sensu, se considera documento todo medio de prueba dirigido a certificar la existencia de un hecho; un contrato, carta, fotografía. Stricto sensu, el vocablo se refiere a la prueba escrita; es decir, al escrito, escritura, instrumento con que se prueba, confirma demuestra o justifica una cosa o al menos que se aduce con tal propósito.

"Ahora bien, en el documento se distingue la materia, el medio y el contenido. Con respecto al hecho documentalmente representado, hay un grupo relevante de ellos: las declaraciones de quien documenta. Conforme a este enfoque se distinguen los documentos declarativos de los narrativos. Que un documento represente una declaración de quien le firme, es posible, en cuanto éste se sirva del documento para declarar la voluntad verbalmente o por escrito; en este segundo caso, la declaración viene a conformar el documento mediante la escritura y representa el acto de su formación (Carnelutti).

"El documento es, a su vez, el producto de una operación llamada documentación, cuya misión es representar un hecho o acto (en este caso con efectos jurídicos), de acuerdo con este significado, documento público es una cosa

corpórea, por la que se representa aquel hecho o acto jurídico que es la declaración de voluntad (declaración documental). He aquí la relación entre declaración, documentación y documento. El documento -público o privado- opera jurídicamente según la naturaleza de la declaración que en él se contiene. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, define los documentos públicos y privados (Artículos 327 y 334 respectivamente; y los Artículos 1237, 1238, 1292 y 1296 del Código de Comercio). Cuando la declaración es una declaración de verdad (o de ciencia), cuya función es probar, se conforma un documento probatorio y si el documento contiene una declaración de voluntad, cuya existencia depende de la existencia del documento, se trata de un documento dispositivo. Ello implica que sin el documento la declaración de voluntad carece de existencia jurídica. En este sentido se habla de documento constitutivo en cuanto en él se concreta aquel elemento del negocio que es la forma (constitutiva) de la declaración de voluntad (Massineo). (Del latín *constitutivus*, lo que constituye el ser de una cosa y la distingue, de otras. De *constituere*, de *cum con*, *statuere*, establecer. Hacer que una cosa sea de cierta calidad o condición).

"La Suprema Corte de Justicia ha expresado que documentos constitutivos o ad solemnitatem, "son aquellos sin los cuales el acto jurídico que en ellos se hace constar, no puede nacer y se dice que son constitutivos del acto mismo". V. gr.

acta de matrimonio, títulos cambiarios (A.D. 5169/55, Guillermo Francisco Macías, 15 de octubre de 1956, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomo CXXX, p. 235).

"En este tipo de documentos, la intensidad de su fuerza probatoria depende de la parte contra quien se producen, ya que ésta no puede, según ciertos fines, combatir la eficacia jurídica del hecho allí representado; por tanto, parece que ellos no tienen tanto la virtud de probar un hecho cuando de constituir un derecho; según estas condiciones, reciben el nombre de títulos. Tales son el título ejecutivo y los títulos de crédito, cuya naturaleza, por la gravedad de los problemas que la singularidad de su régimen implica, no obstante los esfuerzos realizados por la ciencia a ellos concernientes, no está aún bien conocida (Messineo). Los títulos ejecutivos son prueba preconstituida de la acción Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1975, 4a. parte, Tercera Sala, p. 1209).

"En los documentos probatorios, la existencia del título no presupone la existencia y ejercicio de un derecho, pero sí garantiza y facilita su prueba, pudiendo demostrarse por otros medios distintos. El documento de un contrato de arrendamiento sirve para probar ese derecho, pero el documento nace y vive independientemente de aquél. El arrendatario no necesariamente debe exhibir el documento cada vez que desee ejercitar su derecho.

Por otra parte, en los documentos, dispositivos y constitutivos, derecho y documento nacen conjuntamente, es decir, al surgir uno se crea el otro; por ejemplo, el derecho testamentario no llega a ser tal, sin el testamento, aún cuando acreditada la calidad del heredero, puede ejercitarse el derecho testamentario, no llega a ser tal sin el testamento.

"Entonces, documento constitutivo es todo instrumento que para el nacimiento o adquisición de un derecho, requiere, so pena de nulidad, que la declaración de voluntad que lo origina o lo transfiere (escritura pública o acto público, solemnitas causa, ad essentiam, ad substantiam) conste por escrito. A diferencia del documento con función probatoria, en el que el documento es ajeno al negocio jurídico que crea o transfiere el derecho; en el documento constitutivo la escritura (lo escrito), plasmada en el documento, constituye un elemento del negocio jurídico y concurre con la declaración de voluntad en ella contenida a dar vida al negocio; y por consecuencia, la falta de forma escrita produce la inexistencia jurídica del negocio, en base al cual el derecho tendría que surgir o adquirirse. Además, el documento constitutivo tiene por fuerza función probatoria del derecho que en él encierra.

"El documento ad essentiam puede ser; 1) constitutivo por voluntad de la ley (Artículos 185, 1832, 1834, 2690 y numerosas disposiciones esparcidas en el Código Civil para el Distrito Federal y leyes especiales, artículos 80, 82 CCo; 4-6,

90 y 91 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); 2) constitutivo por voluntad de las partes (Artículos 1832 Código Civil para el Distrito Federal y 78 CCo); 3) no constitutivo en el sentido de que a falta del documento se produce la inexistencia de la relación, pero en el sentido de la imperfección respecto al tipo (calidad) (Artículo 2o. párrafo 5o. y Artículo 7o. párrafo 3o. Ley General de Sociedades Mercantiles y 2691) (Código Civil para el Distrito Federal); 4) no constitutivo para el negocio en sí, pero necesario por la exigencia de la publicada (Artículos 3001 y ss. Código Civil para el Distrito Federal; 22 y ss. CCo., y 5) probatorio, creado con el fin de verificar por impulso de seguridad jurídica (artículos 327-345 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

No queremos dejar de apuntar que la locución documento constitutivo, no es aceptada en forma unánime por la doctrina. Además adviértase que es constitutiva la documentación en cuanto a operación, pero no es constitutivo el documento. Lo inconveniente es que en esta expresión se elude no a la documentación, sino al resultado de la misma. El documento, de acuerdo con su función, es normalmente un accesorio de la declaración de voluntad y sigue la suerte jurídica de ésta. Excepcionalmente sucede a la inversa y es el caso de los títulos de crédito. Decir pues, que el título de crédito es documento constitutivo, es hacer referencia al fenómeno de la incorporación del derecho en el título (así decir, conexión permanente del derecho en el documento). Así, el derecho es identificado o compenetrado en el documento, hasta el grado de formar cuerpo

con él (de ahí que al derecho se le llame cartular) (Messineo) (Artículos 5, 17, 18, 19, 20, 42 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)". (14)

En el mismo Diccionario Jurídico Mexicano, Ovalle Favela también nos proporciona los siguientes conceptos de documento:

"Del latín documentum, "enseñanza, lección".

"Medio de prueba que consiste en un objeto mueble apto para representar un hecho, regularmente a través de la escritura".

"La concepción del documento como medio de prueba, ha tenido una evolución que se inició con la concepción estructural, que sólo consideraba como documento lo escrito, y que ha culminado con la concepción funcional, la cual estima que debe considerarse como tal, todo objeto mueble que tenga como función representar un hecho o una idea. Esta función representativa se cumple regularmente a través de la escritura, pero también puede llevarse a cabo por otros medios. Así, dentro de esta concepción funcional y amplia, del documento, como objeto mueble apto para representar un hecho o una idea, se suele distinguir entre documentos literales o escritos, que son aquellos que cumplen su

(14) LABARIEGA, Pedro A. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa. México 1992. 5a. Edición D-H p. 1199 a 1201

función representativa a través de la escritura y documentos materiales, que son los que realizan esta función por otros medios, como sucede con las fotografías, las cintas cinematográficas, los registros dactiloscópicos, etc.

"Se debe aclarar que en México todavía predomina, en la legislación y en la doctrina, la concepción estructural que sólo considera como documento lo escrito. Esto explica porqué en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, merecen una regulación separada a la de los documentos escritos (Artículo 327 a 345), los documentos técnicos, no escritos o materiales (Artículo 373 a 375). En términos generales, el Artículo 374 exige que "la parte que presente esos medios de prueba deberá ministrar al tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos y figuras".

Bajo el epígrafe "de la prueba instrumental", el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, regula la especie de los documentos literales o escritos. De acuerdo con el criterio tradicional, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, clasifica los documentos escritos o instrumentos, en público y privados. Los primeros son los expedidos por funcionarios públicos, en el desempeño de sus atribuciones, o por profesionales dotados de fe pública (notarios o corredores públicos).

Los documentos privados, por exclusión, son los expedidos por personas que no tienen el carácter de funcionarios públicos o de profesionales dotados de fe pública.

"Dentro de los diferentes documentos públicos que enumera el Artículo 32 en 9 fracciones, podemos distinguir cuatro subespecies; las actuaciones judiciales, los documentos notariales, los documentos administrativos y las constancias registrales. En tanto que documentos públicos, las actuaciones judiciales comprenden todos los actos procesales documentados en el expediente del proceso o de otro proceso, "que proceso o de otro proceso", que provengan del juzgador y de los funcionarios judiciales; es decir, básicamente las resoluciones y las diligencias judiciales.

Los documentos notariales son los testimonios y copias certificadas que los notarios expiden de las escrituras y actas que ellos asientan en el protocolo, libro en el que registra los actos y hechos jurídicos de que dan fe. La diferencia entre escritura y actas notariales, residen en que en la primera, los notarios hacen constar un acto jurídico y, en el acta, un hecho jurídico.

"Los documentos administrativos son los expedidos por los funcionarios de la administración pública, en ejercicio de sus atribuciones legales. Para que estos documentos adquieran el carácter de instrumentos públicos, se requiere que los

funcionarios que los expiden, lo hagan precisamente en ejercicio de atribuciones legales. Por esta razón, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, ha sostenido que las "certificaciones expedidas por las autoridades sobre asuntos ajenos a sus funciones, no tienen ningún valor jurídico, y para utilizar lo dicho por las autoridades, en lo que no se refiere a sus funciones, es preciso promover la prueba testimonial con arreglo a derecho" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Tercera Sala, 4a. parte, pp. 210, 211).

"Por último, las constancias registrales que en rigor no son sino una modalidad de los documentos administrativos, tienen la peculiaridad de ser expedidos precisamente por las dependencias encargadas de llevar el registro de determinados actos y hechos jurídicos, tales como el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, el Registro Civil, el Registro Federal de Vehículos, el Registro de Transferencia de Tecnología, etc. Estas dependencias expiden constancias o certificaciones acerca de los registros que realizan.

"Por regla, todas estas subespecies de documentos públicos hacen prueba plena, salvo que se demuestre su falsedad o inexactitud por otros medios legales (Artículos 402 y 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

"Por exclusión, los documentos privados se definen como aquellos que no han

sido expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones o por profesionales dotados de fe pública. El Artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, contiene una enunciación insuficiente de los documentos privados: "son documentos privados los vales, los pagarés, los libros de cuentas, las cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribenos o funcionarios competentes".

Similar regulación a la del Código de Procedimientos Civiles sobre el documento como medio de prueba, contienen tanto el Código Federal para Procedimientos Civiles como los ordenamientos que siguen al anteproyecto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en 1948, si bien estos últimos suelen dar mayor amplitud el concepto de documento privado. Asimismo, los códigos procesales penales prevén la prueba documental en semejantes términos. En fin, la misma afirmación puede ser hecha por lo que concierne a la Ley Federal del Trabajo". (15)

Luis María Boffi Boggero, en la Doctrina Argentina, nos habla del documento en otro término, denominándolo instrumento en este tenor:

(15) OVALLE FAVELA, José. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992. 8a. Edición. D-H. p. 1201 a 1203

"En su cuarta acepción, dada por la Academia de la Lengua, significa "escritura, papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa". De esta definición se deduce su alcance jurídico, por cuanto no toda escritura, papel o documento merecen la calificación de instrumento, sino solamente aquellos encaminados a justificar o probar alguna cosa. Escriche en su Diccionario Razonado de Jurisprudencia y Legislación dice que instrumento "es en general, todo lo que sirve para instruir una causa, todo lo que nos conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio; de modo que en este sentido pueden llamarse instrumentos, las deposiciones de testigos y sus promesas", y así se determina en la Ley 1, título 4, libro 22 del Digesto.

"La voz instrumento -sigue diciendo- se deriva efectivamente del verbo latino instruere, instruir, porque está destinado a instruirnos e informarnos de lo que ha pasado; y por eso no es extraño que se haya comprendido también bajo esta apelación a los testigos. Más en sentido propio y riguroso, no se entiende por instrumento, sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se prueba alguna cosa, la descripción, memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas". Señala Escriche que la palabra instrumento suele confundirse con la palabra título, cuando en rigor son muy diversas y significan cosas distintas, ya que título es la causa del derecho que tenemos, mientras que el instrumento

no es otra cosa que la prueba escrita del título, por lo cual podemos tener un título sin tener un instrumento, como podemos tener un instrumento sin tener un título.

"Corbella, al referirse a este vocablo en la Enciclopedia Jurídica Española", afirma que instrumento, en sentido jurídico, "es el papel escrito y por lo regular firmado para hacer constar algún hecho o acto".

La principal división que de los instrumentos hacen los autores, es en privados y públicos. Dada la importancia que ofrecen en ambos aspectos del instrumento, serán considerados a continuación, "como voces independientes a las que nos remitimos". (16)

El referido autor nos habla de instrumento público y de instrumento privado, en estos términos:

"El instrumento público puede definirse elementalmente como el que autoriza un oficial público o quien, sin serlo propiamente, se halla autorizado en Derecho para actuar como tal. De ahí que cuando en lo sucesivo se aluda al oficial público, deberá entenderse comprendido el otro supuesto, el del autorizado en Derecho

(16) BOFFI BOGGERO, Luis María. *Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. Editorial Driskill. Buenos Aires, Argentina, 1979. p. 187 y 188.*

para actuar en ese carácter".

"Al instrumento público se le llama "heterógrafo", en lugar de "autógrafo", ya que esta última expresión alude a la obra de las propias partes y no a la de un tercero (aunque esta obra no es exclusiva desde que siempre se complementa con la de las partes). El Código no lo define, mediante lo cual en este caso es consecuente con lo manifestado en la nota al Artículo 495 del Código Civil".

"El Código trata los instrumentos públicos en general, mediante el título III de la sección 2a. del libro II, bajo el rubro: "De los instrumentos públicos" y por conducto de 18 artículos que van desde el Artículo 979 al Artículo 996 inclusive".

"Su sitio no es el adecuado, estimándose mejor ubicarlo en una parte primera del Código, comprensiva de los principios generales del Derecho Civil".

"El instrumento privado puede definirse elementalmente como el que otorgan la o las partes sin necesidad de autorización de un oficial público. Por eso se le ha llamado "autógrafo", obra de ellas en su privada relación, y no como acontece con el instrumento público, que es denominado "heterógrafo", desde que traduce la obra -aunque no exclusiva- de un tercero, el oficial público autorizante, competente, imparcial e investido de la fe pública.

Este concepto no significa, sin embargo, que el Estado se halle totalmente ajeno al instrumento privado, ya que interviene regulando su vida jurídica en la Constitución, el Código Civil, otras leyes (comerciales, fiscales, procesales, etc). etcétera". (17)

B) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Para el Maestro Francisco González de la Vega, el objeto tutelar de la sanción penal en la falsificación documentaria, radica en la necesidad de proteger eficazmente la veracidad de los documentos públicos y privados, a los que la generalidad reconoce valor probatorio más o menos firme, por no dudarse de su autenticidad literal. (18)

C) CONCEPTO DE BIEN JURIDICO

Quien explica diáfamanamente lo que debemos entender como bien jurídico, es Samuel Antonio González Ruiz, en el Diccionario Jurídico Mexicano, bajo el siguiente tenor:

(17) BOFFI BOGGERO, Luis María, *Op. Cit.* p. 201 y 202

(18) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México 1994. 11a. Edición. p. 344*

"Objeto de protección de las normas de derecho. El concepto bien jurídico, fue utilizado por Ihering, tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo, en cuya concepción individualista no cabía la nueva idea del derecho penal, como protector de la sociedad y no sólo del individuo".

"Algunos juristas, como Nawiasky, indican que en vez de bien jurídico, se puede hablar de fin jurídico o interés jurídicamente protegido, pues en el concepto positivista de derecho subjetivo cabe perfectamente".

"El bien jurídico, en la teoría iusnaturalista, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. En una teoría positiva -en el sentido de no tomar en cuenta el derecho natural- el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador, de acuerdo a su propio criterio. En la teoría kelseniana, determinar el bien jurídico es labor del legislador, más no del científico del derecho".

"El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología, determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc. La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador, es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal. Así, el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito, que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la

seguridad etc.), le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad etc.)".

"El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuáles tienen más valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación. Doctrinalmente esta "jerarquización" es utilizada en algunas figuras jurídicas, especialmente en el Derecho Penal".

"La Constitución Mexicana consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos. Así, el Artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia Constitución prescribe. El Artículo 16, también consigna bienes jurídicos que hay que proteger. En realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el Código Penal protege un bien jurídico. La teoría como causa de justificación o causa de justificación y causas de inculpabilidad, las cuales son como forma de irresponsabilidad penal. El estado de necesidad (previsto en el Artículo 15, fracción IV del Código Penal del Distrito Federal), sólo puede ser diferenciado doctrinalmente como causa de justificación o causa de inculpabilidad, teniendo en cuenta una jerarquización de los bienes jurídicos protegidos. Si el bien jurídico que se tiene que sacrificar es de mejor jerarquía, se habla de causa de justificación; mientras que si son de igual nivel, se de como

causa de inculpabilidad. Hay que tener en cuenta que estas clasificaciones son meramente doctrinales, aunque pueden ser incluidas dentro del orden jurídico o no, según criterio del legislador. En nuestro Código Penal del Distrito Federal, el legislador no hace diferencia". (19)

Ahora procederemos a hablar de la falsedad y de la falsificación, para entender cabalmente el delito de falsedad de documentos.

("Proviene del latín, falsitas, cuyo significado precisamente en forma literal es falsedad, mentira, la cosa falsa")

"Al manejar conceptualmente la voz falsedad, observamos que tiene diversos sentidos por la amplitud de su propia raíz; pero de manera fundamental se entiende como falta de verdad, legalidad o autenticidad; traición, deslealtad, doblez, engaño, fraude, falacia, mentira, impostura; es toda disconformidad entre las palabras y las ideas o las cosas; cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y de la realidad que produce la nulidad de los actos jurídicos de conformidad con las leyes civiles y que se tipifica en la legislación penal. La noción estimase negativa en el campo jurídico, por ser lo que va contra

(19) GONZALEZ RUIZ, Samuel. Antonio. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992. 5a. Edición. A-CH p. 188 y 189

la fe pública. El Código Alfonsino del siglo pasado en España, designó con el nombre genérico de falsedad, a todo mutamiento de verdad, que se debería llamar falso de verdad, abarcando las acciones falsas, que se denominan falsificaciones".

"Al hacer desde un punto de vista amplio, la distinción entre falsedad y falsificación, se destina la voz falsedad para incluirla en la inexactitud o malicia en las declaraciones y en las expresiones; y el vocablo falsificación para los casos de adulteración e imitación de alguna cosa, con el fin de lucro o con cualquier otro propósito ilícito; al efectuarse la falsificación se produce la falsedad de lo realizado, pero se queda en la misma acción, mientras la falsedad se prolonga hasta su detección o anulación; la falsificación supone falsedad, pero no a la inversa, por ser esta última el género para que la falsificación resulte, se requiere la existencia de un documento verdadero que se altere o de la confección de uno falsificado desde su origen: en la falsedad no se expresa la verdad a sabiendas de ello, pero no deriva necesariamente en una falsificación".

"Dentro de esa amplitud evidente del vocablo falsedad, se advierte que a través de su estudio por los tratadistas y teóricos, ésta es dable por la escritura, los documentos, los hechos y los usos, que nos sitúan en los delitos de falsedad en declaraciones o testimonios, falsas acciones, fabricación de moneda falsa, falsificación de sellos y marcas que propician los fraudes en el comercio y los documentos apócrifos por la alteración de los mismos".

"Se ha estimado que el bien jurídico protegido de la voz que se estudia, es la fe pública, lo que resulta lógico en cualquier comunidad que requiere la garantía de un mínimo de relaciones jurídicas. Así vemos, que en lo familiar se necesita que los matrimonios, los registros de nombres, los testamentos etc., sean válidos; en el orden técnico profesional, es indispensable la comprobación de la capacidad personal, para ejercitar por ejemplo, una acción; en el renglón económico, contar con la moneda representativa del valor declarado; en el campo comercial, la certeza del peso y medida legales. Una situación opuesta a la fe pública requerida, conduce a la comunidad a la intranquilidad, inseguridad, desorganización, entorpecimiento de la vida económica etc."

"La fe pública, al decir de Silvio Ranieri, es la que otorga la sociedad el objeto, signo exterior (moneda, emblema, documento) y forma, que el orden jurídico valora indispensable para la vida social. Por su parte, Eusebio Gómez expresa que la fe pública consiste en la confianza colectiva que se tiene en determinados documentos, signos y símbolos y en relación a lo que ellos expresan".

"Al referirnos en particular al delito de falsedad, Escriche lo entiende como la imitación, suposición, alteración, ocultación o supresión de la verdad, hecha maliciosamente en perjuicio de otro".

"Al colocarnos dentro del título decimotercero del Código Penal del Distrito

Federal, observamos que el rubro designado al mismo, es el de falsedad; pero a virtud de su amplitud, se divide en capítulos diversos, todos ellos de gran importancia, como la falsificación y alteración de moneda; falsificación de billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público; falsificación de sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas; falsificación de documentos en general; falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad; variación del nombre o del domicilio y usurpación de funciones públicas y uso indebido de condecoraciones y uniformes.

El Código Penal del Distrito Federal del estado de Veracruz de 1980, que es de los más avanzados, técnica y jurídicamente hablando, dentro de la República Mexicana, en el título de los delitos contra la administración de justicia, regula en sus tres primeros capítulos los tipos de falsedad ante la autoridad, el fraude procesal y las falsas denuncias y simulación de pruebas, cuyo fondo común es precisamente el proceder falso del agente del delito que afecta la fe pública de cualquier comunidad". (20)

El Maestro Carlos Vidal Riveroll, nos habla igualmente de la falsificación:

"Este vocablo encuadra dentro del género "falsedad", que es la falta de verdad

(20) VIDAL RIVEROLL, Carlos. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992. 5a. Edición D-H. p. 1423 y 1424

o de autenticidad cuando no hay conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas, es decir, es cualquier ocultamiento de la verdad. Entre sus derivantes encuéntrase falsear, falseamiento, falsificar y falsificación. Por tanto, la falsedad se presenta como una circunstancia con diferentes formas de manifestación, como las falsificaciones monetarias, falsificaciones de billetes, alteraciones de medidas y pesos comercialmente hablando, falsedad en declaraciones, falsificación en documentos etc.

"El decir de Carnelutti, las distintas formas como pueden llevarse a cabo las falsedades son: por contrahechura, sustitución, ocultamiento, alteración, destrucción o preparación del falso testimonio; formas de éstas que son clasificadas en tres grandes grupos; creación, supresión y alteración. En esta mismo renglón, Finzi agrupa las falsedades de la siguiente manera: I.a) creación de una cosa falsa; b) alteración de una cosa genuina; II) ocultamiento de la verdad, y III) atestación u omisión de atestaciones, que resultan contrarias a la verdad".

"La falsificación implica una adulteración, corrupción o contrahechura de una cosa material. Asimismo, se considera como una imitación de lo auténtico, de lo genuino o de ciertos signos que caracterizan un modelo. Así vamos, por ejemplo, que en la falsificación de moneda o billete de banco, el modelo es la propia moneda o el billete genuino que contiene determinada forma material o leyendas

que legalmente han sido autorizadas, o bien, en la falsificación de un testamento ológrafo, el modelo no es, necesariamente, otro testamento, sino la letra y firma del autor del mismo documento, sin que obviamente se satisfagan los requisitos del caso".

"En congruencia con lo anterior, obsérvase que la falsificación o tiene una significación tan extensa como la de falsedad, porque toda falsificación entraña falsedad, pero no a la inversa; hay falsedad siempre que se procede con mentira o engaño, faltando a la verdad; pero la falsificación sólo se origina cuando interviene la ficción o alteración real y efectiva de una cosa material, como puede serlo de una firma, de un sello, de una escritura, etc; la falsedad puede cometerse con palabras, con escritos, con hechos y por uso; la falsificación sólo mediante escritos, hechos o acciones".

"Según Vincenzo Manzini, la falsificación es la creación imitativa de carácter ilegítimo, cualquiera que sea la materia empleada y el medio seguido, sin que interese su grado de perfección o la cantidad de piezas falsificadas".

"Este vocablo, pues, entraña la lesión de intereses jurídicamente protegidos, bien sean individuales o colectivos y tiene como objeto de tutela, la confianza de toda la sociedad en el valor y legitimidad de las cosas, es decir, su interés más importante o principal es la fe pública, que a su vez equivale a la confianza que

otorga la sociedad en algunos actos externos, signos y formas a los que el Estado atribuye valor jurídico y que, como dice Carrará, no deriva de los sentidos o del juicio de los individuos, sino de la determinación impuesta por la autoridad. La afectación a la fe pública origina la inseguridad e incertidumbre dentro de la propia comunidad.

"Al ubicarnos dentro del título décimotercero del Código Penal del Distrito Federal, cuyo rubro genérico es la falsedad, advertimos que la división de sus correspondientes capítulos, regulan la falsificación y alteración de moneda; la falsificación de billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público; la falsificación de sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas; falsificación de documentos en general; falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad; variación del nombre o del domicilio y usurpación de funciones públicas o de profesión y uso indebido de condecoraciones o uniformes. El fondo común como resulta claro, implica una falsedad o alteración de la verdad y dentro de ésta se presenta la falsificación de diversas formas.

En el título X del Código Penal del Distrito Federal de Veracruz de 1980, que es de los más avanzados en la República Mexicana, se hace referencia a los delitos de falsedad y contra la fe pública, regulándose en sus capítulos relativos a la falsificación de sellos, llaves, marcas y contraseñas, falsificación de documentos;

uso de documento falso y usurpación de profesión. No se menciona la falsificación de moneda o de billetes, por ser materia federal". (21)

(21) VIDAL RIVEROLL, Carlos. *Op. Cit.* p. 1425 y 1426

CAPITULO IV

EL DELITO DE FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN MEXICO

A) ORIGEN Y EVOLUCION

El seguro, como todas las instituciones del Derecho Comercial, ha evolucionado históricamente en forma internacional.

Nació como seguro marítimo en Italia, se desarrolló y tomó impulso en España; se difundió y adquirió forma jurídica en Francia, países bajos y en la ciudad Germana de Hansa. Y maduró en Inglaterra, especialmente en la rama de incendio y vida, comenzó el período de la empresa aseguradora.

En el siglo XIX comenzó la codificación del Derecho de Seguros, inspirado en el Código de Comercio Francés y en el siglo XX se completó el cuadro, basándose en los sistemas originales de los países de la Europa Central.

Históricamente es posible reconocer tres grandes etapas:

1. Prehistórica;
2. Formación e integración;
3. Desarrollo, diversificación y codificación.

El período prehistórico corre desde el fin de la Edad Antigua, al principio del Medioevo. No se encuentran rasgos jurídicos de la Institución en esta época, pero sí el germen que luego lo esparzará, sus antecedentes son la mutualidad y la transferencia de un riesgo.

La unión de personas con tales fines se puede ubicar al comienzo mismo de la humanidad, con la familia, la horda y la tribu.

Cuando los Estados comenzaron a originarse, aparecieron espontáneamente las asociaciones de asistencia mutua. Hay rasgos de ellas en la India, Persia, Palestina, Fenicia y Egipto. Figuran en el Talmud y en el Código de Hammurabi.

Eran asociaciones cuyo fin consistía en ofrecer mediante la contribución de sus miembros, una nueva nave a quien la perdía en la tempestad o un nuevo animal de carga a quien lo había perdido por muerte, fuga o robo.

En las postrimerías de Roma, asumió gran importancia la organización de personas más humildes en mutualistas, como el "colegia militum", que ayudaba a sufragar

los gastos de mudanza de los militares trasladados de guarniciones; el "collegia tenulorum" que ayudaba a los gastos de una modesta sepultura; el "collegia funeraticia", que ayudaba en el gasto del sepelio y con una suma a la viuda y huérfanos del difunto. La obtención de fondo común mediante contribuciones fijas o se repartían la carga económica del gasto entre sus miembros.

Si bien la transferencia de un riesgo era poco difundida en la civilización griega y la oriental, en Roma era un acto común, como cláusula accesoría de un contrato. Por ejemplo, el artífice que engarzaba una piedra preciosa era responsable de su pérdida.

El Estado Romano supo asumir riesgos marítimos; en principio como cosa excepcional, luego como norma, pero siempre en resguardo de los supremos intereses del Estado.

De cualquier modo, resulta imposible encontrar en las fuentes romanas, antecedentes de asunción de riesgos mediante la percepción de un premio. Lo más cercano a ello era el empréstito marítimo ("foenus quasi nauticum") y su derivado terrestre ("foenus quasi nauticum").

Sin lugar a duda, en Roma existían muchas clases de asociaciones de asistencia mutua, pero no se conocía el Seguro.

Luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, comenzó el auge de asociaciones de hermandad germana y guilda anglosajona.

La guilda aparece con funciones políticas y religiosas, en las cuales se agrupaban la asistencial. Se difundió especialmente en el Norte de Europa, y luego del siglo X se fue transformando, especialmente en Alemania, en una institución de asistencia mutua de aseguración.

Pero la guilda no constituía el único medio de existencia mutua. Además de los casos ya ejemplificados, existían en forma, más etenuada y como manere accesoria de descargar un riesgo sobre otro a cambio de una prima y con fines muy diversos, el depósito retributivo del derecho germano y el derecho de guianza, por el cual un señor feudal garantizaba la indemnidad de quienes atravesaban sus territorios.

Con el florecimiento del tráfico comercial marítimo, adquirió cada vez mayor importancia la contratación del riesgo marítimo. Ya a fines del siglo XI, con la cláusula "salvi in terra" se cubría totalmente el riesgo empresarial. Y con la cláusula "a rischio, pericolo e fortune di mare a genti", luego abreviado "ad tuum risicum, ad tuam fortunam", se restringía el riesgo asumido, siendo la diferencia el monto de la prima a pagar.

Durante dos siglos se mantuvieron tales cláusulas como accesorias de otros tipos

de contratos (comandita; mutuo; compraventa). Cuando la contratación de la asunción de riesgos se independizó del papel accesorio de otros contratos y su importancia resultó absorbente, surgió (a comienzos del siglo XVI) el Contrato de Seguro, mediante el pago de una prima.

Resulta difícil establecer cuál fue el primer contrato de seguro que se formalizó como tal. Pero importantes documentos del principio del siglo XIV muestran una variedad de ellos: el estatuto del Arte de Calimala (1301); el Breve Portus Kallariani, de Pisa (1318); el libro de Comercio de Francisco del Bene (1318-1320); una quietanza grossetana (1329), de la cual se duda ampliamente y finalmente, el primer contrato reconocido como tal fechado en 1347.

El lugar de origen de estos documentos son aquellas ciudades italianas que se dedicaban al comercio sobre las costas de Alto Tirreno, principalmente Florencia y Génova. Posteriormente se extendió a las ciudades del Alto Adriático, especialmente en Venecia.

Los operadores comerciales italianos difundieron el seguro, llevándolo primero desde las ciudades del Alto Terreno a Marsella y luego Cataluña y la Península Ibérica, de donde pasó al Norte de Francia, los Países Bajos y la Ciudad de Hansa.

En la segunda mitad del siglo XIV ya existían varios antecedentes fidedignos de

aseguración por primas, como seguros de navis que el Rey Ferdinando impuso forzosamente en Portugal (1367-1383), y el caso del notario que en 1393, en sólo tres semanas, celebró más de ochenta contratos de seguro en Génova.

Es en ese momento que surgió con bríos la *aseguración marítima por primas*. En cambio, la *aseguración terrestre* no tenía el mismo ímpetu, dada la protección ofrecida por los señores y las comunas a los viajeros. También aparecieron los primeros ejemplos de otras ramas, especialmente el Seguro de Vida.

A finales del siglo XIV se encuentra la primera *aseguración contra la insolvencia del asegurador* y el primer ejemplo de *resseguro*.

Los ejemplos de la rama *Vida*, se encuentran en esclavos transportados en naves (casi un seguro marítimo) y más específicamente el asegurar las mujeres grávidas con un seguro temporario sobre la vida.

A pesar de la diversificación, es el seguro marítimo el que predomina sobre los demás durante tres siglos (XV-XXVII).

Gracias a la práctica y a la uniformidad de las normas contractuales, apareció en Pisa en 1385 la primera póliza de plaza. La primera póliza inglesa apareció en 1547, aunque escrita en italiano.

Ya en el siglo XV dominaba el derecho vivo, y por ello las dudas que podía aparejar la interpretación de una póliza en una plaza, se resolvía cotejando con la otra de otra plaza y poco a poco, sobre el molde de este derecho vivo, se fue introduciendo la codificación.

LEGISLACION

La primera legislación, también italiana, prohibiendo la usura, asegurar a extranjeros y asegurar la cosa por el monto total de su valuación. Al pasar la primacía comercial a España, también pasaron allí las normas sobre aseguración implantadas en Italia, las cuales fueron adoptadas, organizadas y coronadas como ocurrió en las tres principales ordenanzas de Barcelona (1435-1458 y 1448), que difundieron al Consulado del Mar que iba a dominar sobre la navegación del Mediterráneo.

Otra legislación de esa época referida al seguro, es el Estatuto de Florencia (1523), el de Génova (1588 y 1610) y las Ordenanzas de los Burgos (1538), Sevilla (1556), Bilbao (1569), San Sebastián (1682) y con especial énfasis la Ordenanza de Anvers (1570).

En territorio francés y sobre el clásico Guidón de la Mer, compilación anónima situada en Rouen probablemente a fines del siglo XVI, el Rey Luis XIV promulgó al célebre Ordonance de la Marina en 1681, que abrió rumbos a la legislación

moderna.

Comenzó así a delinearse la nueva institución, pero sin homogeneidad de criterios.

Por ejemplo, en la plaza toscana el contrato se redactaba en lengua vulgar, sin preocuparse por la tradición jurídica, ni por el derecho canónico, bajo una disciplina totalmente autónoma. En la plaza Genovesa se esbozaba un contrato típico y se mantenía la tradición y el vínculo al derecho canónico, mientras que la relación era finiquitada con la intervención de un notario.

EL ASEGURADOR

Si bien los primeros aseguradores fueron los mismos propietarios de las naves, pronto intervendría para ello un tercero: el asegurador autónomo, cualquiera que pudiera ejercer el comercio podía ser un asegurador, aunque le era vedado a los soldados, clérigos y nobles.

Al tomar relevancia profesional la función de asegurador, éstos comenzaron a asociarse para esumir grandes riesgos, lo que originó el coaseguro.

Cualquiera que tuviera capacidad jurídica, no siendo extranjero o enemigo, podía contratar coberturas. Pero para asegurar una cosa era necesario tener un interés

en ella. Y si bien a un principio exigía ser propietario de la cosa, luego se llegó a aceptar cualquier interés legítimo sobre ella.

El primer contrato del cual se tiene noticia, fue realizado en nombre y cuenta propia. También se conoce de contratos realizados por representantes o comisionistas, lo que ya era permitido por las leyes.

Si bien en principio la figura del censor (como redactor del contrato) era importante, dado que la ley le asignaba funciones, privilegios y figuras públicas, sus servicios sólo eran utilizados en Toscana, pero no en Génova, donde se contrataba mediante notario. Y tampoco en las otras ciudades donde el trato era simplemente verbal.

La duración del contrato era generalmente restringida al tiempo necesario para realizar un viaje de ida y vuelta. En cuanto al riesgo, el asegurador respondía por cualquier relacionado con la navegación, con exclusión de aquellos prohibidos por la ley o por pacto excluyente, por la destrucción natural, o los hechos provocados por el asegurado o sus dependientes o la negligencia del capitán.

En la póliza se debía aclarar los riesgos cubiertos, describir el viaje, la ruta, el nombre del capitán, la nava etc.

En principio, la prima era pagada sólo si la empresa llegaba a un feliz término; de

otra forma, se esperaba el pago de la indemnización a título de prima (resabio del "empréstito de cambio"). Aunque pronto prevaleció la costumbre (que la liberaba del uso del préstamo de cambio) de que el premio se debía incondicionalmente.

La eficacia ejecutiva del contrato realizado por notario por censor, los proveía de rigurosidad al procedimiento ejecutivo de competencia consular.

Desde la segunda mitad del siglo XVII, se extiende el período del contrato terrestre y la empresa aseguradora. En esta lapso surgió Londres como el centro asegurador del mundo latino; el seguro de incendio, el seguro de vida, la empresa de seguros.

La ordonnance de la Marine ejerció influencia decisiva sobre toda la legislación posterior y fue la fuente directa del Código de Comercio, que el ejército de Napoleón difundió por toda Europa. Y es en ese momento, cuando Inglaterra impuso su primacía en el Comercio Marítimo Mundial, que nació el famoso Lloyd de Londres, como asiento del tráfico mundial del seguro marítimo.

Si bien entonces, ya existían las coberturas contra incendios, éstas eran de carácter mutualístico: comunidad, guía y servicios oficiales. Pero el trágico incendio de Londres apresuró la aparición del seguro de incendios con la creación de la Fire Office (1666).

El seguro de vida en cambio no se había desarrollado a la par del marítimo, ni a la par del de incendio, pero el gobierno inglés acogió con benevolencia a la tontina, debido a los fondos que le permitía administrar. Esta consistía en un fondo común contribuido por un grupo cerrado, que a la muerte de uno de ellos repartía entre los sobrevivientes los intereses ganados hasta ese momento.

En Inglaterra se desarrolló luego de una prohibición general, una amplia libertad para contratar seguros de vida, aprobándose además del seguro sobre la propia vida, el seguro sobre la vida ajena, cuando exista un interés legítimo sobre ella.

Más tarde, Europa siguió los pasos de Inglaterra, en cuanto a la legislación de la rama vida, lo que se vio favorecido con la aparición de las primeras tablas de mortalidad (1693), basadas en el progreso de las ciencias matemáticas y estadísticas.

Pero el punto culminante de este período lo marca la aparición de la empresa moderna, con la rápida difusión de la sociedad por acciones originada por la Compañía Colonial Holandesa, en los inicios del siglo XVII.

Este tipo de sociedades trajo aparejada una compleja reestructuración de las prestaciones: mientras el censor se dedicaba exclusivamente al seguro marítimo (BROKER), el agente surgía con fuerza en todas las otras ramas, y mientras la rama

vida se tecnicaba en virtud del cálculo científico de mortandad, prima y reservas adecuadas, las otras ramas permanecían sin cambios, salvo en lo que respecta a las reservas técnicas.

Dado que no todas las empresas de seguros eran prudentes en su accionar, surgió una legislación severamente represiva. El germen de Londres fructificó en Prusia con la Allgemeines Landrecht (1794), que estableció las primeras disciplinas privadas en seguros terrestres, inspirada en la Ordenanza de Hamburgo de 1731.

B) ANTECEDENTES HISTORICOS GENERALES

Para comprender la importancia del seguro, es menester conocer la esencia del ser humano, la necesidad que tiene al fin de prever los riesgos que enfrente en su vida, no solo en el ámbito personal, sino también dentro de su actividad comercial, industrial y profesional.

El riesgo está presente en todo lo que lo circunda, esto es un hecho innegable, y de ahí la importancia que tiene el saber que la incertidumbre se puede disminuir cuando está protegido; por esta razón el seguro viene a ser un complemento en la vida del hombre, que le permite sortear las eventualidades de la misma, con mayor tranquilidad.

Por medio del seguro se distribuye el costo de una desgracia que afecta a uno de los miembros de la sociedad entre un grupo numeroso de individuos sujetos al mismo riesgo. Es una institución social practicada universalmente, que presta un servicio a la comunidad, a fin de garantizar protección contra pérdidas cuantiosas e inciertas a cambio de pequeños pagos de sumas determinadas: es el medio por el que una de las partes, denominada asegurador o compañía de seguros, se compromete a aceptar riesgos convenidos en un contrato a cambio de un remuneración hecha por un número de sujetos denominados asegurados. De esta manera el asegurador se convierte en depositario de estas aportaciones, lo que le permite hacer frente a las pérdidas inciertas del capital.

La historia escrita del seguro aparece por primera vez en Babilonia, en el Código de Hammurabi, donde se preveía la indemnización de los accidentados de trabajo, con la organización de socorro mutuo, base de operación del seguro actual. Se sabe también que en este pueblo los viajeros y dueños de mercancías se organizaban para crear un seguro contra el latrocinio y el saqueo de caravanas.

Los Fenicios en su época de auge marítimo, utilizaban varios procedimientos para indemnizar a los propietarios de embarcaciones, por pérdidas que ellos sufrían, ya fuera a consecuencia de naufragio o de extravío de sus naves.

En Grecia también se hizo uso de ciertos tipos de seguros; las bases de éstos se

encuentran contenidas en las Leyes de Rodas. Ahí se mencionan las obligaciones recíprocas que tenían los cargadores de mercancías de contribuir a la indemnización de los perjuicios causados en caso de tempestad o de rescate de algún buque que hubiese sido apresado por enemigos o piratas. Asimismo, se sabe de la existencia de un seguro formado por los dueños de esclavos, quienes pagaban periódicamente cuotas, a fin de crear un fondo común que los resarciera en los casos de fuga de los mismos.

En el siglo VI a.c., surge en la India el Código de Manú, que reglamentaba el comercio marítimo y en el cual se estipulaban préstamos sobre el valor de la mercancía y se sobreaban intereses fijados no únicamente por el transcurso del tiempo, sino también por los riesgos que pudieren sufrir éstas.

En Roma existían asociaciones militares denominadas Castrenses, en la que sus integrantes, por medio de una elevada cuota, adquirían el derecho de ser indemnizados para sufragar los gastos de viages en caso de cambio de guarnición y a un cierto capital en caso de retiro o muerte. Los artesanos, así como los practicantes de diversos oficios, procedieron a desarrollar este tipo de sociedades.

Durante la Edad Media se crearon las Gildes, que fueron integradas por productores, comerciantes y artesanos, quienes se asociaban con personas de la misma profesión, a fin de defenderse de la opresión ejercida por los señores

feudales.

A la caída del Feudalismo se dio un cambio radical en todos los ámbitos, particularmente el comercial. Con el auge del comercio marítimo, las ciudades de Génova, Florencia y Venecia se desarrollan y progresan. En 1347, en la primera de las ciudades mencionadas, "se firmó un contrato de préstamos, el cual contenía algunos elementos importantes, como eran el nombre del asegurado, la suma asegurada, el plazo, la prima y el riesgo". (1)

Es en Inglaterra en el siglo XVII, donde se inicia la primera compañía de seguros, que sería la base para el desarrollo del sistema asegurador al nivel internacional. Nos referimos a la "Lloyd's de Londres", centro mundial del reaseguro actual.

Un robo ocurrido el 18 de febrero de 1688, en Derby Inglaterra, en perjuicio del Señor Edward Bransby, pone de manifiesto la importancia del Señor Edward Lloyd. A esta persona le habían sustraído cinco finos relojes, motivo por el cual ofreció una recompensa de una guinea a la persona que descubriera al ladrón; la dirección a la que tenían que dirigirse para obtener el cobro de la misma, era el establecimiento del Sr. Lloyd. La razón por la cual, el Sr. Bransby había elegido el

(1) **SALAS SUBIRAT, Jorge. Elementos para la Historia del Seguro de Vida. Editorial América. México 1957. p. 211**

establecimiento del Sr. Lloyd se debió a que este último había adquirido un gran prestigio, debido a que a su negocio asistían principalmente comerciantes, banqueros, aseguradores, dueños de embarcaciones y capitanes de navío. El café se había convertido en un dinámico centro de transacciones comerciales, a tal grado que cuando algún propietario de buques deseaba vender, colocaba su anuncio en el que se indicaba se presentaran los interesados en "Lloyd's Coffee House".

Su permanente contacto con capitanes y propietarios de embarcaciones, le permitía contar con información privilegiada, misma con que podría iniciar su negocio en la rama periodística. En 1696 crea el periódico "Lloyd's News", considerado como el precursor del "Lloyd List and Shipping Gazette", en el que además de proporcionar noticias de interés general, brindaba un servicio de información sobre las salidas y arribos de naves procedentes de casi todos los puertos del mundo, servicio que fue muy apreciado por sus clientes. Aún cuando éste únicamente se publicó durante cinco meses, la reputación de Lloyd se vio reforzada, el 5 de octubre de 1703, época en que Inglaterra se encontraba en guerra con Francia, un capitán de nombre Bowrey solicitó a Edward Lloyd "protección", para uno de sus barcos, el "Rising Sun", que se encontraba por zarpar rumbo a las Indias Orientales. La prima de esta primera póliza ascendió a catorce libras y cuatro chelines. Misma que fue pagada el día 10 de noviembre

de ese año. (2)

Edward Lloyd falleció en 1713, y sus sucesores continuaron con la labor por él comenzada. El café se convierte en una especie de club, restringiéndose la entrada a personas relacionadas con actividades de seguros y navieras. En 1791, por disposición del Parlamento Inglés, Lloyd's fue constituida en Sociedad, permitiéndoseles a sus miembros aceptar seguros por su cuenta y riesgo. La característica primordial de Lloyd's, es que no funciona como una asociación de agentes, lo que benefició a los suscriptores, ya que siempre trataban los asuntos de seguros con verdaderos expertos del mercado asegurador. Aún en la actualidad los miembros de Lloyd's sólo están autorizados para suscribir seguros en la sala principal de su propio edificio, de tal forma que los corredores, al contar con agentes en todo el mundo, se convirtieron en representantes de los asegurados y no de los miembros de Lloyd's.

Debido a su importancia y al grado de confianza y seguridad que tiene en el campo del seguro, en 1958, el gobierno Inglés creó una Legislación especial para las Compañías de Seguros, donde se estipula que los fondos obtenidos se mantengan en Londres, invertidos en valores de fácil realización, los que pueden

(2) *Lloyd's of London. A Study in Individualism.* Gibb, D.E.W. London, Mc. Millan Hand Co. Ltd. 1957 pp., 31-40

ser transferidos a cualquier parte del mundo, en caso necesario. Cuenta también con la autorización de su Gobierno para adquirir divisas extranjeras, a fin de cumplir con las obligaciones existentes.

C) ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO

La historia del seguro en la Nueva España, data del año de 1552, por medio de las "Ordenanzas" que para seguros de carácter marítimo se habían creado en la Universidad de Mercaderes de Sevilla, a fin de proteger, tanto las embarcaciones como las mercancías. En dichas Ordenanzas, el contrato de seguro se estipulaba por ida y vuelta de la nave transportadora. Asimismo, en él se señalaba la ruta que ésta debía seguir. Es en el Puerto de Veracruz donde se fundan las dos primeras Compañías de Seguros, en los años de 1789 y 1802, cuyo objetivo era cubrir los riesgos monetarios del comercio entre las Indias y Europa. Estas tenían el mismo nombre: "Compañía de Seguros Marítimos de Nueva España".

Durante el gobierno del Presidente Antonio López de Santa Ana, don Teodoro Larrea, crea el primer Código de Comercio, que es rechazado cuando se constituye el Federalismo. (3)

(3) **HISTORIA MINIMA DE MEXICO. Edición del Colegio de México. 1970. p. 14.**

En 1865, en la época del Imperio de Maximiliano, aparecen dos compañías "La Previsora" y "La Bienhechora", que operaban como mutualistas en el ramo de Incendios.

Cuando el Presidente Benito Juárez llega al poder, se publica un Código Civil en el que por primera vez se legisla sobre asuntos referentes al seguro.

En 1892, se promulga la primera Ley Sobre Compañías de Seguros. Ye existían en México varias compañías aseguradoras y muchas sucursales de empresas extranjeras, dedicadas en su mayoría a la protección de bienes, sin darle mucha significación al seguro de vida, que viene siendo una importante forma de ahorro.

(4)

En 1887 y 1890, se establecen "La Mexicana" y "La Fraternal", que operaran solamente unos cuantos años para entrar a la postre en liquidación.

En 1910, se aprueba la iniciativa de la Ley del Ejecutivo, tendiente a regular las operaciones de seguros que operaban en el ramo de Vida, por ser éstas las que absorbían la mayor parte de los negocios y fundamentalmente por estar dominado

(4) *Legislación Sobre Seguros. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Crédito. México 1858. p. 9*

este ramo por empresas extranjeras, "las operaciones de vida tenían un volumen de ciento treinta millones de pesos, de un total de quinientos, operado en todos los ramos y las primas pagadas sumaban anualmente nueve millones de pesos, siete de los cuales correspondían a compañías extranjeras". (5)

Esta ley aparece básicamente por la mala experiencia que dejaron cuatro compañías extranjeras; "La Paternal de Perú", "La Bienhechora de México", "La Massachusetts Benefit" de Boston y la "Banqueros y Comerciantes de California", las que después de operar en nuestro país, desaparecieron del mercado, sin que existiera la posibilidad de proteger a los asegurados.

En 1901 se funda la compañía de seguros "La Nacional" y en 1906 "La Latinoamericana", instituciones mexicanas que operaron el Ramo de Vida, pudiendo sortear los turbulentos años de la revolución, que afectó gravemente a empresas aseguradoras. (6)

Al triunfo de la Revolución Constitucionalista, la perspectiva de las compañías de seguros cambia, debido a un decreto promulgado por Don Venustiano Carranza

(5) *LA LATINOAMERICANA* 19-6-1956. Revista editada a los 50 años de su Fundación México, 1957. pp. 22-26

(6) *Ibid.*

el 15 de diciembre de 1916, en el que se consideró la importancia de ratificar la presencia de dichas compañías por una parte, y por la otra, proporcionar a los asegurados los medios necesarios para garantizar los derechos que adquiriera. Estos últimos habían cubierto el importe de sus primas en moneda circulante emitida por las diversas fracciones revolucionarias.

Las primas no aumentaron un solo centavo y se cobraron por el importe contratado. Como el valor de este papel moneda tendía a bajar y como los gastos de administración de las compañías subieron proporcionalmente, era lógico que existiera un serio desequilibrio.

Este decreto benefició a las compañías de seguros, ya que de no haberse promulgado, hubieran tenido que cubrir sus obligaciones en oro nacional con recursos acumulados en papel moneda depreciada, siendo tomada en cuenta la situación por las autoridades hacendarias, quienes establecieron una tabla de equivalencias del peso mexicano papel, contra oro nacional por los años de 1913 a 1916.

En 1926, siendo Presidente de la República el General Plutarco Elías Calles, se promulgó una nueva Ley General de Sociedades de Seguros, que marca un tutelaje por parte del Gobierno a favor de los asegurados. En ellas se somete a las compañías extranjeras al nuevo régimen jurídico, a través de su Artículo 13,

en el que se estipula que las sucursales de las mismas, estarán sujetas exclusivamente a las leyes mexicanas y a la jurisdicción de los Tribunales de la República, sin poder invocar derechos de extranjería. (7)

Asimismo, se establecieron las bases para operar en México, se les exigió un capital mínimo exhibido y se determinó la naturaleza de las reservas técnicas y su inversión.

El 26 de agosto de 1935, fueron promulgadas por el Ejecutivo, en aquel tiempo investido por el General Lázaro Cárdenas, dos leyes: La Ley General de Instituciones de Seguros y la Ley Sobre el Contrato de Seguro. Ambas leyes han sufrido modificaciones con el transcurso de los años, a fin de corregir situaciones que de una forma u otra se han considerado irregulares.

La Ley General de Instituciones de Seguros, definitivamente benefició el seguro mexicano, ya que le brindó protección a los aseguradores nacionales, al obligar a las sucursales de empresas extranjeras a trabajar en las mismas condiciones en que tenían que hacerlo las nacionales, sobre todo en lo referente a invertir su capital social y sus reservas técnicas en México, evitando de esta manera las

(7) **HISTORIA DEL SEGURO EN MEXICO. Inicio, desarrollo y consolidación del seguro mexicano. Editado por la Asociación de Instituciones de Seguros. México 1989. p. 14**

salidas de divisas y dando un amplio margen de seguridad jurídica en todo el ámbito asegurador.

El franco carácter nacionalista de esta Ley, motivó que la mayoría de las compañías extranjeras abandonaran el mercado mexicano, toda vez que se rehusaron a aceptar esta nueva legislación, circunstancia que fue aprovechada por las aseguradoras mexicanas.

Ante esta actitud de rebeldía, el gobierno fundó una empresa llamada "Seguros de México, S.A.", con un capital de un millón de pesos y la cartera perteneciente a "The Sun Life Assurance Company of Canadá", la cual había mostrado un profundo rechazo a las leyes de 1926 y desde luego a las de 1935. (8)

En 1937, Seguros de México, S.A., fundó una empresa filial, la "Aseguradora Mexicana", destinada a los ramos de Incendio y Responsabilidad Civil, cuyo objeto era asegurar el patrimonio del sector público. El capital fue suscrito por Instituciones oficiales y de participación estatal, que por su propia naturaleza requerían un fuerte volumen de seguros.

(8) **SEIS AÑOS DE GOBIERNO AL SERVICIO DE MEXICO 1934-1940. Publicación del Fondo de Cultura Económica. México 1940. p. 35**

Por lo que se refiere a la inspección estatal, diferente de la fiscal, a la que están sometidas las Instituciones de seguros por parte del Gobierno Mexicano, se encuentra el Departamento General de Instituciones de Crédito y Compañías de Seguros, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mismo que fue creado en Octubre de 1904, siendo designado como su primer jefe el Sr. Luis Manero y Escobedo.

La explicación que dio el Gobierno para la creación de este Organismo en relación e seguros, consistió entre otros razonamientos, el siguiente: "... Esta clase de sociedad ha adquirido gran desarrollo en la República en estos últimos años, hasta el grado de poder afirmarse que no hay en la actualidad compañía extranjera de alguna importancia que no tenga establecida una o más sucursales en el país. Las sociedades de seguros contra incendio, ascienden actualmente en la República a veintisiete, las de Vida a diez y son dos las de Seguro Marítimo exclusivo". (9)

Debido a la gran importancia del ramo dentro del ámbito económico del país, en el mes de diciembre de 1910, el citado Departamento se dedicó exclusivamente a atender lo referente a seguros. Este tuvo como facultades principales las de

(9) **BARRERA LAVALLE, Francisco. Estudios sobre el Origen, Desarrollo y Legislación de las Instituciones de Crédito en México. 1990. p. 121**

revisión y aprobación de pólizas y tarifas, de los informes de contabilidad proporcionados a la autoridad administrativa y la inspección y vigilancia de las empresas.

Finalmente, y después de pertenecer el Departamento durante casi siete años a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pasó a depender de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo. Fue hasta el año de 1932 que retornó el control a la Secretaría de Hacienda, por conducto de la Dirección General de Crédito, con el nombre de Oficina de Seguros y Fianzas.

En 1944, la función de inspección y vigilancia que ejercía esta oficina, se veía obstaculizada por los excesos burocráticos y ante el éxito que en estas labores había tenido la Comisión Nacional Bancaria, se firmó un decreto creando la Comisión Nacional de Seguros, mismo que por diversas dificultades no llegó a publicarse, sino hasta tres años después, en 1947, cuando su creación se convierte en realidad, operando de acuerdo con el Reglamento que se había publicado el año anterior.

Posteriormente, en 1956, se dictó un nuevo Reglamento, otorgándole nuevos y más amplios poderes, entre los que destacan la comprobación de las inversiones que realizan las Instituciones, de acuerdo con lo que estipula la Ley y la aprobación de avalúos de bienes raíces.

Por otra parte, el decreto presidencial del 31 de diciembre de 1942, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1943, se crea el Instituto Mexicano del Seguro Social, con lo cual se contribuyó a la protección por parte del Estado en favor de la población mexicana, contribuyendo a la seguridad y tranquilidad del hombre que trabaja.

D) LEGISLACION EN MEXICO

Una vez consumada la Independencia del país, fueron muchos los problemas por los que atravesó. La desorganización que la guerra había ocasionado, hacía imposible dictar ordenamiento que rigieran las transacciones que se realizaron.

Al triunfo laboral, y una vez establecida la paz, se procedió a la promulgación de estatutos que rigieran la vida social y económica de los ciudadanos. Se podrá pensar que éstos tuvieron muchos defectos, pero aún así, significaron un adelanto, ya que hicieron que desapareciera la legislación colonial en materia civil.

(10)

LEY DE 1870

Los primeros antecedentes de legislación de seguros en México, se encuentran incluidos en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que se

(10) Op. Cit. p. 124

publicó en 1870, siendo Presidente de la República el Licenciado Don Benito Juárez. En estas normas, al igual que en su patrón francés, se incluye el Contrato de Seguro. A continuación se transcriben algunos artículos de los que se consideraron de mayor importancia comprendidos en dicho Código:

CAPITULO II

Artículo 2833. Contrato de Seguro, es aquél por el cual una de las partes se obligue, mediante cierto precio, a responder e indemnizar a la otra del daño que podrían causarle ciertos casos fortuitos a que esté expuesta.

ARTICULO 2838. El aseguramiento no se puede estipular sino por tiempo expresamente señalado por número de días, meses o años, o determinado por un acontecimiento que precise sus límites, mas no indefinidamente.

ARTICULO 2844. Puede ser esegurador cualquier persona o compañía capaz de obligarse.

ARTICULO 1871. El precio del seguro puede ser fijado libremente por las partes y puede pagarse de una vez o en plazos.

ARTICULO 2877. Pueden ser materia del Contrato de Seguro:

1. La vida,
2. Las acciones y derechos,
3. Las cosas raíces,
4. Las cosas muebles.

ARTICULO 2899. El aseguramiento marítimo se rige a lo que dispone el Código de Comercio. (11)

Años después, se expidió bajo la Presidencia de Don Manuel González, un nuevo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que en su mismo Capítulo II, trata de seguros, y se puede decir que en términos generales, es similar al anterior Código, e excepción de lo estipulado por su Artículo 2707, que dice: "El Contrato de Seguro es nulo, si no se otorga por escrito", por lo que se suprime lo complejo de la escritura pública, por la sencillez de la forma escrita privada.

LEY DE 1892

Es en esta Ley en la que el Estado Mexicano da el primer paso para controlar a las Instituciones de Seguros.

En su Exposición de Motivos, se menciona la necesidad de fijar prescripciones

(11) Código Civil para el Distrito Federal, México 1889.

fundamentales a las que se deben someter las sociedades nacionales y extranjeras, ya que el Código de Comercio, de tendencia liberal, había suprimido los obstáculos y había permitido que se constituyeran libremente; por lo tanto, era imprescindible que estuvieran vigiladas por parte del Estado, a fin de comprobar su solvencia financiera; ya desde equél entonces se hacía notar el problema que representaban las últimas, por la enorme salida de divisas que tan gravemente afectaba la economía del país.

Se empieza a tomar conciencia sobre la necesidad que existía respecto de que fueran empresas nacionales las que manejaran esa rama de la economía, puesto que las Instituciones Extranjeras cubrían prácticamente todos los riesgos de daños, siendo que únicamente había dos Instituciones Nacionales, La Fraternal y La Mexicana, que contrataban seguros de vida, pero el control que se dio se redujo a la vigilancia e inspección desde el punto de vista fiscal.

A continuación se transcriben algunos artículos sobresalientes:

"Artículo Segundo. Las Compañías de Seguros de todas clases que se constituyan en la República, podrán comenzar sus operaciones luego que hayan justificado ante la Secretaría de Hacienda, haber llenado los requisitos que exige el Código de Comercio, así como las contenidas en las prescripciones de esta Ley.

Artículo Cuarto.- Las Compañías de Seguros de cualquier clase, constituídas en el extranjero y que pretendan hacer operaciones en la República o en otra población de la misma, si lo autorizare la Secretaría de Hacienda, y con poder bastante para representar a la compañía, judicial y extrajudicialmente en los negocios que hicieren en la República, con las autoridades competentes en todo lo que fuere necesario, conforme a las Leyes.

Artículo Octavo. Las Compañías que estén funcionando o se establezcan en la República, constituirán la garantía de que habla el artículo anterior, por doble cantidad de la que exige a las compañías nacionales". (12)

LEY DE 1910

Como consecuencia del progreso alcanzado durante el mandato del General Díaz, las Compañías de Seguros tuvieron oportunidad de expandirse, sobre todo en el ramo de vida, lo que motivó que el Congreso de la Unión expidiera el 25 de mayo de 1910, la Ley Sobre Organizaciones de las Compañías de Seguro de Vida.

Las razones que dieron base a la misma fueron:

(12) Op. cit.

1. Las operaciones de seguro habían alcanzado un volumen considerable, del cual la mayor parte correspondían a las empresas que operaban el ramo de vida, pero no ofrecían a juicio del Gobierno las garantías suficientes a los asegurados.

2. Como la mayor parte de las compañías de seguros que operaban en el país eran extranjeras, las divisas que éstas enviaban a sus representadas, repercutían negativamente a la economía nacional.

En esta Ley es importante resaltar que por primera vez se hace una distinción entre las compañías nacionales y extranjeras, las primeras tenían la obligación de suscribir un capital de QUINIENTOS MIL PESOS, y para las extranjeras se exigía la necesidad de efectuar un depósito en el país, por TRESCIENTOS MIL PESOS, se fijaron también normas para la constitución de reservas de reaseguro y reservas matemáticas de primas.

Se faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a ordenar y publicar revisiones de los libros de contabilidad y demás documentos que existían en la oficina matriz de las empresas extranjeras, que operaban en el país, consignando que la resistencias que estas opusieran, daría lugar a la revocación de la autorización conferida.

LEY DE 1926

Entre 1910 y 1926, viene un cambio notable en la relación entre Instituciones Aseguradoras y Asegurados. En la Ley General de Sociedades de Seguros, promulgada el 26 de Mayo de 1926, se brinda el apoyo por parte del Gobierno, en favor de los Asegurados.

La primera diferencia se da en el permiso que se otorga a las empresas para operar en varios ramos, si para ello cuenta con la autorización de la Secretaría de Hacienda, ya que la Ley de 1910 permitía ejercer un solo ramo en cada empresa.

Entre otras importantes innovaciones, se exigió la autorización administrativa para dedicarse a la práctica de operaciones de seguros, fijó también las cantidades de capital mínimo para cada uno de éstos. Se reglamentaron los gastos de organización, las reservas técnicas para las pólizas vencidas y siniestros ocurridos y los de previsión para fluctuaciones de valores y desviaciones estadísticas.

Establece como obligatorio para las empresas depositar el importe de las reservas en el Banco de México, y por lo que se refiere a las instituciones extranjeras, faculta a la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, para revocar la autorización correspondiente, cuando alguna de éstas hiciera una gestión por conducto de alguna cancillería extranjera, con el fin de neutralizar las

disposiciones de la misma. De esta forma fue como el Estado se sacudió de las presiones de las instituciones extranjeras.

LEY DE 1935

El 31 de agosto de 1935, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General de Instituciones de Seguros, de marcada tendencia nacionalista. Si bien es cierto que en las Leyes precedentes se habían hecho varios esfuerzos por controlar a las empresas extranjeras, éstos no fueron del todo eficaces, ya que para 1935, existían en nuestro país, noventa y seis instituciones de seguros, pero de éstos, sólo siete eran nacionales.

En esta Ley se toman entre otras medidas, la obligación de invertir en México gran parte de sus reservas técnicas o valores nacionales, así como responder con todos sus bienes, no sólo los colocados en el país, estableciendo en esta forma un adecuado control sobre operaciones financieras. A continuación se transcribe el artículo 13 de la mencionada Ley, que a la letra dice:

"En el caso de las sucursales a que se refiere el artículo 5, los representantes debidamente acreditados de las matrices en el extranjero, deberán al solicitar la autorización, obligar expresamente a sus representados a responder ilimitadamente con todos sus bienes y no sólo con los que se encuentren en el

territorio mexicano, por las operaciones que practiquen en la República, sometiéndose exclusivamente a las leyes mexicanas y a la jurisdicción de los Tribunales de la misma, en todos los negocios efectuados dentro del territorio nacional, entendiéndose hecho el compromiso y la sumisión a que este artículo se refiere, en beneficio de las personas que puedan tener crédito o acciones a cargo de la institución, por operaciones o negocios realizados dentro de la República o para ser cumplidos en ésta. (13)

Entre otras disposiciones, esta Ley señala la forma en que debían rendir sus informes anuales ante la Secretaría de Hacienda, la obligación de usar todas las empresas determinados controles contables, evitando con ello la dificultad en que se veían frecuentemente las autoridades para interpretar los mismos, de tal forma que también se evitaran las confusiones que tenían los esagurados.

Las empresas extranjeras no estuvieron de acuerdo con esta disposición, por lo que integraron el "Internacional de Defensa Común", que pugnaba por obtener un trato preferencial sobre las empresas mexicanas, amenazando incluso con no tomar reaseguro sobre los negocios de instituciones mexicanas. Es por estos acontecimientos y sus resultados, que se origina la creación de instituciones mexicanas, establecidas en su mayoría por los anteriores representantes de las

de las sucursales extranjeras.

Ello originó el desvío hace el exterior de las utilidades que obtenían los accionistas extranjeros, lo que dio lugar a que en el año de 1965 se reformara y adicionara la Ley General de Instituciones de Seguros, mediante el Decreto del 30 de diciembre de ese año, quedando expresamente prohibido que gobiernos o dependencias oficiales extranjeras, entidades del exterior o agrupaciones de personas extranjeras, físicas o morales, sea cual fuere la forma que existían, directamente, o a través de interpósita persona, participen en forma alguna en el capital de las sociedades anónimas que operen como instituciones de seguro privado o nacionales. Artículo 29. (14)

(14) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE SEGUROS. Editorial Porrúa. México 1965.

E) INCIDENCIA DE LA FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN LAS COMPAÑIAS DE SEGUROS

En los diferentes ramos del seguro (vida, daños, incendio), se ha notado un aumento de actividades fraudulentas de los asegurados o beneficiarios de los seguros, al tratar de obtener un lucro en contra de las compañías aseguradoras.

Como ya se ha venido mencionando durante este trabajo, el delito de falsificación de documentos para la obtención de algún beneficio, tiene un campo muy fértil en contra de las compañías aseguradoras, ya que las leyes protegen de manera exagerada a los asegurados, los cuales ven la posibilidad de maquinar toda una industria en favor de actividades ilícitas.

Como ha quedado analizado, la falsificación de documentos se encuentra plenamente reglamentada en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en sus Artículos 243, 244, 245 Y 246.

En el campo de los seguros de automóviles, es donde encontramos la mayor frecuencia de falsificación de documentos para la acreditación de la propiedad del vehículo asegurado, al presentar facturas falsas a las compañías de seguros, con el fin último de obtener un lucro, en contra de las aseguradoras, al cual no tienen derecho.

En el ramo de seguros de vida y de enfermedad, estamos con la falsificación de documentos públicos, como son actas de nacimiento o actas de defunción, con la única intención de hacer caer en el error a las compañías de seguros, ya que para asegurar a un individuo, es necesario su edad, o se pueda determinar cuál es el monto de prima a pagar por parte del asegurado. Es el caso que al presentar actas de defunción falsas, nos encontramos con toda una organización dedicada al fraude.

En los seguros de daños, en los cuales se clasifican en: automóviles, incendios, robo, transportes y responsabilidad civil; los cuales se tiende a cubrir los daños que llegasen a sufrir aquellos bienes, ya sean muebles o inmuebles que posee una persona, a través de una indemnización económica, realizada ésta por las aseguradoras.

Por el alto índice de siniestros registrados en los últimos cinco años en este ramo, el medio asegurador ha tenido que implementar medidas necesarias para comprobar la autenticidad de los documentos presentados por los asegurados al reclamar algún beneficio del seguro.

No hay que olvidar que el contrato de seguro es un contrato de buena fe, para efecto de la celebración del mismo, ya que una vez realizada la eventualidad prevista en el seguro, la compañía está obligada a resarcir el daño causado.

La importancia de tener una mejor legislación que haga más fácil y a la vez más eficaz la justicia en materia penal, es con el objeto final de evitar el aumento de organizaciones dedicadas a la falsificación de documentos, con los fines de obtener un lucro, es el campo asegurador uno de los más afectados por esta actividad.

Basta señalar que en el año de 1995 se efectuó una revisión de documentos respecto a los siniestros de robo pagados con anterioridad y de los cuales el asegurado entregaba su factura original endosándola a favor de la compañía aseguradora (GNP), obteniendo como resultado que un 30% del total de documentos existentes en los archivos de dicha empresa y que después de analizarlos por expertos dedicados a la revisión de facturas, detectaron que eran falsas. Igual análisis se está realizando en distintas compañías aseguradoras, obteniendo resultados similares, ya que cada día se perfeccionan los medios de falsificación de documentos, llegando al grado de que a simple vista resulta imposible diferenciar las facturas reales de las falsas, siendo necesario verificar cada documento por quien lo expidió y sólo así detectar los documentos falsos, sin embargo, ésto implica tiempo y recursos que deben destinarse para analizar cada documentos que se recibe en las compañías de seguros.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las Compañías de Seguros han tenido gran auge en el mundo actual, lo que nos permite suponer y determinar que para su armónico desarrollo, necesita de normas jurídicas equitativas para la Compañía Aseguradora y para el Asegurado y esta situación fue la que nos motivó a la elaboración de esta tesis profesional, ya que la práctica nos demuestra que el Asegurado abusa de la buena fe y de sus derechos, haciéndolos valer generalmente sin razón, pero fomentado tal derecho por la inequitativa legislación existente en la materia.

SEGUNDA.- Parte importante del abuso de la buena fe que realizan los Asegurados, es presentar documentos falsos al contratar el seguro y dicha falsificación la presentan al momento de querer cobrar la suma asegurada, situación que se hace complicada, pues en innumerables ocasiones se ha demostrado que la documentación utilizada para tal efecto es falsa, con el consecuente efecto de no pagar por parte de la Compañía Aseguradora, por no estar acreditado jurídica y legalmente el derecho de los reclamantes del pago de la suma asegurada.

TERCERA.- La realidad nos demuestre que un alto porcentaje de asegurados pretenden cobrar sumas aseguradas, basándose en documentos apócrifos y ello es una constante por parte de los asegurados, tomando en consideración, que al contratar el seguro, las partes que intervienen en el referido contrato mercantil no se constata la autenticidad de la documentación que al efecto se exhibe, basado lo anterior en la aludida buena fe que debería existir en este contrato, que por lo demás y a pesar de las críticas recibidas, es innegable que el seguro en sus amplias variantes, funciona plenamente de ahí su evidente proliferación en el mundo contemporáneo.

BIBLIOGRAFIA

- AMAUCHATEGUI REQUENA, IRMA GRISELDA. DERECHO PENAL. EDITORIAL HARLA. MEXICO 1993.
- BARRERA LAVALLE, FRANCISCO. ESTUDIOS SOBRE EL ORIGEN, DESENVOLVIMIENTO Y LEGISLACION DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO EN MEXICO. EDITORIAL PANORMA, MEXICO 1990.
- BOFFI BOGGERO, LUIS MARIA. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. TOMO XI. EDITORIAL DRISKILL. BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1979.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1990. 16a. EDICION.
- _____ CODIGO PENAL ANOTADO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1995. 18a. EDICION.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1993. 31a. EDICION.
- DEL ROSAL, JUAN. DERECHO PENAL. EDITORIAL REUS. VALLADOLID, ESPAÑA, 1954.
- FERRI, ENRIQUE. LOS NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO Y DEL PROCEDIMIENTO PENAL. EDITORIAL DE GONGORA, MADRID ESPAÑA, 1978.
- GONZALEZ RUIZ SAMUEL ANTONIO. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1992. TOMO A-CH. 5a. EDICION.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. EL CODIGO PENAL COMENTADO. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1994. 12a. EDICION.
- HERNANDEZ ESPINDOLA, OLGA. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1992. TOMO D-H. 5a. EDICION.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. LA LEY Y EL DELITO. EDITORIAL SUDAMERICANA. BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1980. 4a. EDICION.

- LABARIEGA, PEDRO A. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1992. TOMO D-H. 5a EDICION.
- MAGGIORE, GIUSEPPE. DERECHO PENAL. TRADUCCION. EDITORIAL TEMIS, BOGOTA COLOMBIA, 1954.
- MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. DERECHO PENAL. EDITORIAL TRILLAS. MEXICO 1990. 2a. EDICION.
- OVALLE FAVELA, JOSE. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1992. TOMO D-H. 5a. EDICION.
- PEREZ DUARTE, ALICIA ELENA. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1992. TOMO D-H. 5a. EDICION.
- PORTE PETIT, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1983. 8a. EDICION.
- RODRIGUEZ DEvesa, JOSE MARIA. DERECHO PENAL ESPAÑOL. EDITORIAL REUS. MADRID, ESPAÑA, 1976.
- SALA SUBIRAT, JORGE. ELEMENTOS PARA LA HISTORIA DEL SEGURO DE VIDA, EDITORIAL AMERICA, MEXICO 1957.
- VELA TREVIÑO, SERGIO. ANTIJURICIDAD Y JUSTIFICACION. EDITORIAL TRILLAS. MEXICO 1986. 2a. EDICION.
- VIDAL RIVEROLL, CARLOS. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1992. TOMO D-H. 5a. EDICION.

LEGISLACION

- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- LEGISLACION SOBRE SEGUROS
- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE SEGUROS