

# UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR  
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



## LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO EN NUESTRO DERECHO PENAL E INTERNACIONAL

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
*LICENCIADO EN DERECHO*  
PRESENTA

FRANCISCO ZURIEL ESTRADA TAPIA

ASESOR DE LA TESIS:  
LIC. EVERARDO TORRES FLORES  
CED. PROFESIONAL No. 970910



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

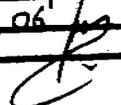
El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición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

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Florencia Zúñiga

Estrella Lajpiz

FECHA: 9/02/06

FIRMA: 

## AGRADECIMIENTOS

*AL CREADOR*

*En quien todo lo puedo.*

*A MIS PADRES*

*Quien me han enseñado los valores  
reales de la vida.*

*A MIS ABUELOS*

*Por ser los cimientos fuertes del futuro de  
mi familia*

*A MIS FAMILIA EN GENERAL*

*Por creer en mí*

*A MI HERMANO*

*Por estar siempre presente en todo  
momento de mi vida como un ejemplo de  
impulso y superación*

*A MI HERMANA*

*Por ser la ilusión de comprometerme a  
ser mejor persona cada día*

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	II
<b>CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DE DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO</b>	
1.1 Aspecto histórico de la reparación del daño	2
1.1.1. La incipiente figura de la reparación del daño, en la época antigua	2
1.1.2. La justicia privada y la justicia pública	4
1.1.3. La idea de la filosófica reparación del daño	7
1.1.4. La época oscura	9
1.2 Cuestión histórica de la privación de la vida	10
1.2.1. Del homicidio en la Escuela Clásica	11
1.2.2. La naturaleza del homicidio por Lombroso	13
1.2.3. La naturaleza del homicidio por Ferri	15
1.2.4. Del homicidio en la Escuela Positivista	16
1.2.5. La Escuela de Carnevale y Alimena	18
1.3 La reparación del daño, siglo XIX	20
1.3.1. La medida de la sanción para la Escuela Clásica	21
1.3.2. Del criterio para medir la responsabilidad penal en el siglo XIX	23
1.3.3. Rafael Garofálo, precursor de la figura de la reparación del daño	25
1.3.4. La naturaleza de la reparación del daño para la Escuela Ecléctica	26

## **CAPÍTULO II Cuestiones Científico Fácticas.**

2.1	Teoría acerca del delito	29
2.1.1.	La conducta antisocial, el origen	31
2.1.2.	Definición de delito	33
2.1.3.	El bien jurídico protegido	36
2.1.4.	Teorías del ilícito	38
2.1.4.1.	Causalista	39
2.1.4.2.	Finalista	41
2.1.4.3.	Funcionalista	43
2.1.4.4.	Lógico Matemático	46
2.2.	El resultado de la comisión de la conducta prohibida	49
2.2.1.	El daño a la esfera jurídica	49
2.2.2.	De la culpabilidad en el homicidio	52
2.2.3.	Sanción, consecuencia directa	54
2.2.4.	Requisito para reparar, antijuridicidad	57
2.3.	El sujeto pasivo	58
2.3.1.	Noción de la víctima	58
2.3.2.	Noción de la reparación para la víctima	61
2.3.3.	Breve crítica de la reparación como tercera vía en Derecho Penal	62
2.3.4.	Recuperación de la víctima	64

## **CAPÍTULO III La privación de la vida y su punición.**

3.1	Los elementos del delito	67
3.1.1.	Conducta	67
3.1.2.	Tipicidad	68

3.1.3. Antijuricidad	73
3.1.4. Imputabilidad	74
3.1.5. Culpabilidad	77
3.1.6. Punibilidad	79
3.2 Tipos de homicidios	80
3.2.1 Elementos del Delito de Homicidio	80
3.2.2 Simple Doloso	81
3.2.3 Calificados Atenuados	82
3.2.4 Calificados Agravados	83
3.2.5 En razón del parentesco	84
3.2.6 Causados por confusiones	84
3.2.7 Con motivo de tránsito	85
3.2.8 Causados por armas blancas.	85
3.2.9 Causadas por armas de Fuego	86
3.2.10 Causados por quemaduras y explosivos	87
3.2.11 Causados por asfixia	88
3.2.12 Causados por envenenamiento	88
3.3 De las penas, la consecuencia de la comisión	89
3.3.1 Privación de la Libertad	91
3.3.2 Pena de Muerte como una opción	95
3.3.3 Servicio Social o a la Comunidad	97
3.3.4 Suspensión y Privación de Derechos	97
3.3.5 Confinamiento.	100
3.3.6 Decomiso.	100
3.3.7 Amonestación	102
3.3.8 Sanción Pecuniaria	103

I) Multa	103
II) Reparación del Daño	105
III) Excluyente de responsabilidad	109
<b>CAPITULO IV Análisis de la punición en la legislación actual.</b>	
4.1. Legislación local	113
4.1.1. Delito de Homicidio (regulación) Breves críticas y observaciones	113
4.1.2. Alcance de la reparación del daño, (regulación) Breves críticas y observaciones	117
4.2. Legislación federal	123
4.2.1. Delito de Homicidio (regulación) Breves críticas y observaciones	123
4.2.2. Alcance de la reparación del daño (regulación)	125
4.3. Legislación civil (daño moral)	129
4.4. Regulación Internacional	138
4.4.1. Relaciones en el Derecho Interno y el Derecho Internacional	139
4.4.2. El Homicidio en la Corte Penal Internacional	139
4.4.2.1. La Reparación del Daño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	140
4.4.3. Casos Judiciales	142
4.4.3.1. Caso Castillo Paez	142
4.4.3.2. Caso Maria Loayza	145
4.4.4. Convenciones Internacionales	147

CONCLUSIONES

149

BIBLIOGRAFÍA

154

## **INTRODUCCIÓN**

En nuestro país vivimos actualmente tiempos de cambios, en lo político, en lo social y en el aspecto legal, en este último aspecto de la sociedad mexicana se visualizan importantes cambios de tipo legal, como es la reparación del daño en el delito de homicidio pero la evolución de las normas que tutelan este derecho y obligación a la vez no son exclusivas de nuestro país ya que este concepto de reparación del daño en el delito de homicidio lo encontramos en las legislaciones de otros países, en la Corte Internacional así como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La debida aplicación y respeto de nuestras leyes nos llevan a un estado de derecho, pero ¿qué sucede cuando en un porcentaje considerable de delitos de homicidio no se da la reparación del daño ya sea por una legislación deficiente, por incapacidad o negligencia no se cumple con este ordenamiento, el órgano jurisdiccional no condena a la reparación del daño? ¿De qué manera se puede reparar el daño en el delito de homicidio?.

Nuestra hipótesis se sustenta en el hecho de que en un considerable porcentaje de delitos de homicidio no se da la reparación del daño, ya sea por falta de una regulación adecuada, por una incapacidad o negligencia de la Representación Social o del Órgano Jurisdiccional, por lo complicado que sería el trámite ante la instancia penal o civil, por falta de interés o renuncia de los ofendidos.

Para conocer y saber de que manera se puede dar la reparación del daño en el delito de homicidio, nos ha motivado no solo a realizar un estudio a nivel nacional, sino conocer las disposiciones de la Corte Internacional, así como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que ilustran a nivel internacional sobre la reparación del daño.

La naturaleza de la reparación del daño en el delito de homicidio como se explica en el desarrollo de esta investigación es eminentemente pecuniaria, lo que en la práctica penal ha traído numerosos conflictos ya que se carece de un reglamento que contemple el valor de una vida y a la fecha se remite a una ley anacrónica como lo es la Ley Federal del Trabajo, que no es lo ideal para cubrir este concepto, incluso nos remiten a instancias civiles.

La importancia de abordar este tema, primeramente se justifica de poder satisfacer el interés personal que surgió al cursar las materias penales sustantivas y adjetivas. Al conocer con más detalle este tema, estaremos en condiciones de poder emitir una opinión a quién o quienes lamentablemente se encuentran relacionados con este delito de homicidio y como consecuencia de este la reparación del daño, al concluir esta investigación tendré un panorama amplio de los elementos del delito que constituyen este tipo penal del homicidio, conoceré sus características y una parte de lo mucho que se he escrito al respecto. Pero lo más importante considero es el poder aportar un punto de vista relacionado con este tema a quién tenga a bien leer este trabajo.

En el primer capítulo de la presente investigación se presenta una breve reseña histórica de la reparación del daño que se daba en algunas civilizaciones anteriores a la actual, pasando por el siglo XIX en la Escuela

Ecléctica, así como conocer el pensamiento del precursor de la figura de la reparación del daño de esa época. Continuando con la cuestión histórica de la privación de la vida, se retoma el mismo en la Escuela Clásica representada por los pensadores Cesar Lombroso y Enrico Ferri, así como la Escuela de Manuel Carnevale y Bernardino Alimena.

En el segundo nos abocamos a conocer la teoría del delito, la conducta antisocial, el concepto de delito, un breve análisis de las teorías que nos hablan del delito como la Teoría Causalista, Teoría Finalista y Teoría funcionalista así como el modelo lógico matemático. Así mismo conoceremos el resultado en el delito de homicidio, el daño y la culpabilidad en este delito, así como su sanción y la reparación del daño. Finalmente se entenderá el concepto de víctima y ofendido para concluir con una breve crítica sobre la reparación del daño.

El tercer capítulo está destinado al estudio detallado de los elementos del delito del tipo penal en el delito de homicidio, empezando por la conducta en el tipo penal en cometo y que el Nuevo Código Penal nos dice "Al que priva de la vida a otro..." La materialidad de la acción homicida reside en "Privar de la vida a otro" y ese otro será siempre un ser humano. La Tipicidad, consiste en la adecuación de la conducta a un tipo penal y en específico al homicidio. La Antijuricidad, este elemento conlleva la afectación del bien jurídico protegido por la legislación penal específica que en este caso el bien jurídico protegido es la vida. La Imputabilidad, entendiéndose como la capacidad condicionada por la madurez y salud mental de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión. La Culpabilidad, consiste en el juicio de reproche al autor por su conducta típica y antijurídica sobre la base de que en

las circunstancias concretas en las que se manifestó su conducta le era exigible una conducta distinta conforme a derecho. La Punibilidad, en el caso de homicidio y de una manera general la encontramos en el Artículo 123 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal la cual va de los ocho años hasta los veinte de prisión como pena, y esta puede disminuir o aumentar dependiendo si el homicidio fue atenuado o agravado.

El cuarto y ultimo capitulo, se refiere al estudio y comparación de las legislaciones Local, Federal e Internacional, pues son en ellas en donde se plasman las normas por las que debe de regirse nuestra sociedad.

Para llegar a la conclusión final sustentada sobre el análisis profundo de las leyes sustentativas y adjetivas que se relacionan con el tema y así finalmente estar en condiciones de sustentar una propuesta.

El procedimiento que se llevó a cabo en la culminación de este trabajo fue teórico – práctico.

Fundamentalmente utilizamos la técnica de la investigación documental debido a que existen una gran cantidad de fuentes escritas, que nos permitieron estudiar los aspectos jurídicos que se encuentran en las leyes y la doctrina jurídica. Fueron importantes también los libros en lo que se muestran estudios vinculados con la temática de nuestro trabajo.

El objetivo que buscó en este estudio fue un análisis de las condiciones jurídicas, políticas y socio-económica en las que se encuentra actualmente el tema de la reparación del daño en el homicidio y si es posible dentro de la sociedad actual lograr el mismo, dado que los ofendidos en el mencionado

delito, regularmente vienen siendo la familia de la víctima acaecida, como sabemos no existe el restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito, ya que el bien jurídico es la vida y la reparación podría verse imposible o en el mejor de los casos insuficiente.

**CAPÍTULO I**  
**ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DE**  
**DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO.**

## **1.1 Aspecto histórico de la reparación del daño.**

Para poder comprender la esencia del derecho, se debe estudiar la finalidad misma del derecho penal, qué es y será encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria, por ello desde sus orígenes, se ha manifestado como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado<sup>1</sup>.

### **1.1.1 La incipiente figura de la reparación del daño, en la época antigua.**

En un inicio y después del cese de la cuestión de la evolución del hombre, una vez que éste adquirió la característica que lo diferencia de los demás animales que existían sobre la tierra, la organización de las nuevas sociedades que se crearían, se comenzó a gestar derivado de la propia apreciación de la naturaleza y de las cosas, que el antiguo hombre no contaba con un manual para explicarse lo que sucedía a su alrededor, lo cual, en esencia, constituye lo que se conoce como ignorancia, por ello, basó sus primeras creencias radicalmente en el temor, pues se pensaba que todo lo que pasaba, incluyendo cualquier catástrofe era la voluntad de un ser divino y superior que no podían ver y que se encontraba en un plano jerárquicamente mucho más elevado.

---

<sup>1</sup> Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p.17

En efecto, hace miles de años en esas sociedades primitivas donde los incipientes pueblos carecían de una información suficiente para explicarse el origen y desarrollo de los fenómenos naturales, existió lo que los historiadores suelen denominar como una esfera razonable basada en aspectos metafísicos y por mucho cuestiones mágicas que pueden entenderse como "prohibiciones rigurosas referidas a personas, animales u objetos que se consideran sagrados por una religión o en ciertas creencias fundadas en el pensamiento mágico"<sup>2</sup>.

Así es, las primeras organizaciones sociales, basaban su organización en el respeto a esas creencias dotadas de un toque religioso y mágico, lo cual es conocido hoy en día como el tabú, esa prohibición sagrada que le imponía al miembro del clan o grupo de hombres una norma a seguir, puesto que de no cumplirse con su observancia, un castigo que se basaba en el temor, como se ha establecido, vendría sobre aquél que no cumplía con la determinación en comento. Lo importante es que ese castigo se presentaba precisamente como una especie original de la reparación del daño causado con la violación de la norma social religiosa.

Sin embargo, no solo se encuentra la figura del tabú, sino más aun otra norma social, religiosa y mágicamente aceptada en la organización de los pueblos antiquísimos, es el tótem, el cual corresponde a una constitución de las estirpes y las primeras generaciones, por lo que entre otras cosas impuso el origen de la soberanía del jefe o patriarca, así como del culto a los muertos, elementos que de cuyo contenido claramente podía apreciarse la distinción entre el mundo de la carne o de los vivos y el mundo desconocido, supuesto por las ideas y costumbres de los integrantes de esa sociedad.

---

<sup>2</sup> En el Diccionario de las Ciencias de la Educación, p. 343.

Al comisor de la infracción de la norma social y religiosamente aceptada muchas cargas le venían como consecuencia, de entre las cuales podía presentarse la del destierro o la del confinamiento, pero el infractor de la norma de conducta era mucho más severamente castigado, pues esa figura sagrada ya en el tabú, ya en el tótem, le implicaba una pérdida y un sufrimiento al dejar la vida material, la reparación del daño entonces, implicaba un sufrimiento posterior al hecho de dejar de vivir.

Así pues, de lo expuesto se infiere que son tres radicales formas de reparar el daño, en la antigua sociedad de los hombres; la primera, consistente en el repudio de los integrantes de esa sociedad le hacían al infractor de la norma sagrada; la segunda, consistente en el camino tormentoso que le seguiría al sujeto infractor posterior al hecho de dejar de vivir, enfrentándose a aquella deidad que le hacía temer de sus acciones fundadamente; y la tercer, y peor, basada en la impresión psicológica que como auto castigo le venía a la mente del comisor de la violación a la prohibición rigurosa, ya que el sólo hecho de saber y entender que había violentado la esfera de normas social y religiosamente impuesta le traía aparejado una gran cesación de inseguridad tanto materia como espiritual.

### **1.1.2 La justicia privada y la justicia pública.**

Por justicia propiamente se entiende el criterio que rige las relaciones entre los individuos y la sociedad, sea considerando el punto de vista de los derechos de la sociedad (justicia legal o general), así como el punto de vista del derecho de los individuos (justicia distributiva). Esta justicia se opone a la justicia particular, o privada que rige las relaciones de intercambio de bienes

entre los particulares. (Del latín *justitia*, que a su vez proviene de *jus*, que significa lo "justo").

Por lo que el derecho es la ciencia que tiene como objeto discernir lo justo de lo injusto. Le interesan por tanto, no la justicia como virtud moral o de la voluntad (esto es asunto de la ética y de las ciencias de la educación), sino los criterios conforme a los cuales es posible realizar ese discernimiento. Por eso resulta más claro del contenido y objeto de esta disciplina el nombre de jurisprudencia que el de derecho.

La discusión acerca de si la "justicia" es o no el fin propio del derecho, en el fondo, se reduce a la discusión acerca de si es posible contar con criterios objetivos independientes de la voluntad del legislador o del juez, para conocer lo que es justo e injusto en situaciones concretas, o dicho de otro modo, lo que es "suyo" de cada una de las partes relacionadas en determinada situación.

Al paso de los años, las sociedades fueron perfeccionando su organización social, y consecuentemente las reglas de conducta se mejoraron, puesto que estos pueblos dejaron de ser clanes, para convertirse en sociedades más complicadas, las cuales se dieron cuenta que no le podían dejar todo a la magia o a la religión, tratándose de penas o castigos que se debían imponer a los sujetos activos de los hechos prohibidos. Sin embargo, la transición al perfeccionamiento de estas normas de conducta llevó mucho más de cien años y en su desarrollo es menester reconocer que se pasa por dos figuras fundamentales para la comprensión del desarrollo de ese contrato que existe entre la sociedad y el Estado, y éstas son; la justicia privada y la justicia pública.

La justicia privada implicaba la realización del contenido de una máxima fundamental hoy conocida como la ley del talión, máxima de cuyo contenido se puede apreciar como objeto de la misma el ojo por ojo, cuestiones que en aquellas sociedades implicaban el acontecimiento de que una persona al verse molestada en su esfera de derechos, podía coaccionar al otro sujetos o sujetos, que lo molestaban a efecto de exigirles el pago o retribución de acuerdo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dieran, por su propia mano, hecho que por si mismo traía aparejado una serie de contiendas o luchas entre estos sujetos en cuestión, y más aun acontecimientos que hoy en día podríamos denominar como injustos, semánticamente hablando.

Como ejemplo de lo anterior, se encuentra una de las primeras culturas que tuvo mucho auge en su tiempo, ello, aproximadamente dos mil trescientos años antes de cristo, y que es el Babilonia; donde el conjunto de normas sociales se estableció en un ordenamiento conocido como el Código de Hammurabi, el cual basó su importancia en "el derecho de familia, y por ello como otras consideraciones históricas se supone que es una compilación de las sabias y antiquísimas reglas de los Sumerios."<sup>3</sup>

Respecto a la justicia Pública, se refiere principalmente a la designación del propia Estado para determinar las penas y las causas que a ellas se limitan, ello derivado de que una vez de que el pueblo cede esa potestad a la figura del Estado, este ultimo tiene la obligación de establecer lineamientos a la conducta de los hombres que integran el grupo social que rige; consecuentemente la justicia pública implica, lo que varios autores suelen

---

<sup>3</sup> Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, p.103.

llamar como el Juicio de Reproche que se le hace al agente activo de la conducta prohibida.

En efecto, la venganza pública es el segundo paso que se suscita después de la venganza privada, la cual no tenía mucha vida a partir del hecho de los excesos en el cumplimiento de la ley del talión, es entonces, cuando aparece la etapa llamada "venganza pública, o concepción política; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, para la supuesta salvaguarda de ésta imponiendo penas"<sup>4</sup>

### **1.1.3 La idea de la filosófica reparación del daño.**

Posteriormente al desarrollo de las culturas clásicas, como son la citada Babilonia, China, Israel, Mesopotámica, el pueblo Fenicio, entre otras, en una isla cercana a la península itálica llamada Grecia, la filosofía de varios pensadores se hizo presente hacia los años de mil ochocientos antes de cristo aproximadamente, dentro lo cuales, destaca el pensamiento de dos de éstos, el primero de los cuales conocido como Protágoras de Abdera, quien propone fuertes críticas con su teoría del relativismo a la labor del Estado, cuando éste último realiza los actos necesarios para el juicio de reproche que se le practique al integrante de la sociedad que no ha cumplido con una norma social y públicamente establecida.

Con la teoría del relativismo Protágoras sostiene que nada es absoluto por lo que cada persona en lo particular tiene una apreciación distinta de las cosas, es decir, todo es relativo y derivado de ello considera que existe para cada hombre un momento en su vida muy especial cuya fecha no está

<sup>4</sup> Fernando Castellanos Tena, , Op Cit p. 34

determinada para darse cuenta de la cuestión más importante que le conviene y es la de darse cuenta que existe. En efecto, para este pensador griego el sujeto activo de los delitos se encuadra perfectamente en la teoría del relativismo, porque una persona que sabe que existe no arremete a su semejante, sino que aprende de él; en este sentido el comisor de la norma prohibida no sabe que existe u odia su existencia, en tal virtud para Protágoras de Adbera, la reparación del daño causado, en esencia no tiene eficacia, porque filosóficamente de nada sirve que el estado mediante un juicio de reproche obligue al infractor a reparar el daño causado si éste en realidad al no saber que existe tampoco sabrá de su reparación.

Para ejemplificar lo anterior, es conveniente citar el pensamiento del filósofo en comento, "el hombre, es la medida de todas las cosas, lo que parece malo para uno, puede no ser malo para otro".

El segundo de los pensadores, es Sócrates, quien versa acerca de que la virtud fundamental del hombre es el conocimiento y lo denomina areté tenor respecto del cual, establece claramente que el primer fin y último que un verdadero hombre debe buscar, no es la hacienda, sino la sabiduría, a través del análisis de los conocimientos que al andar en su particular camino pueda observar; de ello se desprende que el hombre que llega a hacer un delincuente en realidad es un sujeto ignorante puesto que un hombre conocedor o sabio no considera entre sus fines el hecho de lastimar la esfera de derecho de sus semejantes; así pues, cuando el Estado obligue al sujeto activo de la conducta prohibida a reparar el daño causado implicará el hecho de emitir una serie de condenas por el tribunal que deba conocer a un conjunto de sujetos ignorantes. Una y otra vez en sus muchas conversaciones intentó demostrar que la virtud era el conocimiento que un

hombre debía esforzarse por adquirir sabiduría y conocimientos si quería ser bueno.<sup>5</sup>

#### 1.1.4 La época oscura.

Prácticamente después de la decadencia del alto y del bajo imperio romano, se inicia un periodo conocido por los historiadores como en la edad media, época en la cual se presenta un retroceso en el avance de las ideas tanto científicas como sociales, que hasta la fecha se venían presentando; los historiadores versan en el entendido que este retroceso, en su medida puede ser homologado a la ideología de los pueblos bárbaros, puesto que máximas como el de no hagas o calla y agáchate, circundaban; fue una época en la que el imperio de la iglesia y los señores feudales se acentó por completo, y la figura del temor fundado regresó para prohibir muchas conductas con la amenaza de que Dios no perdonaría en el caso de la comisión.

Sin embargo, lo interesante es que con este retorno homologado del temor sagrado la figura de la reparación de los gravámenes causados se traducía como una purga, ya que si la norma de conducta era prohibitiva lo era por voluntad de Dios, entonces el sujeto activo del acto criminal repararía su daño al atribuirsele la calidad de pecador, y en consecuencia obligado estaría a una estancia indeterminada de una buena parte de la eternidad en uno de los círculos del purgatorio, o bien de acuerdo a la gravedad de sus actos en el mismo infierno.

Sin embargo, como la figura del Estado estuvo presente en ese imperio de la iglesia y el feudo, los juicios ante los tribunales debían llevarse acabo y

---

<sup>5</sup>Luis Rodríguez Manzanera, *Criminología*, p.148.

ante tal situación, en materia de la reparación de los daños causados en este caso en particular por cuanto hace al delito de homicidio, las penas que se ejecutaban una vez encontrando culpable al sujeto activo del acto prohibido eran muy variadas.

Así es, "en la edad media, se uso igualmente la pena de muerte para el homicidio, la cual se ejecutaba, de muy variadas maneras: colgamiento en los países boscosos, estepas y países litorales; en Grecia y Roma se adopta la crucifixión, usada en Cartago, siendo el ahogamiento una variante del colgamiento; la decapitación fue otra forma de ejecutar la pena de muerte"<sup>6</sup>

## 1.2 Cuestión histórica de la privación de la vida.

Para poder entender la noción histórica del homicidio se debe partir de su definición proveniente del latín homicidium, homicidio, asesinato, la Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis, como la normación rogada propuesta por Sila (en el año ochenta y uno antes de Cristo.), en donde se castigaba igualmente al homicidio consumado que la tentativa, extendiendo su represividad a las cuadrillas de bandoleros, con finalidades homicidas y el denominado delito de encantamiento.

Puede decirse que, en términos generales, el homicidio consiste en la privación de la vida a un ser humano, sin distinción de condiciones de ningún género. El bien jurídico es la vida humana (sin duda el primero de los valores penalmente tutelados), de él dimanar el resto de los valores, ya que sin él carecerían de sentido y de virtualidad práctica. Pero el fin de la tutela rebasa con mucho, el estricto ámbito individual, la vida del hombre es protegida por

<sup>6</sup>Francisco Pavón Vasconcelos, Delitos contra la vida y la integridad Corporal, p.8.

el Estado no solamente en función de la particularidad concreta de cada cual, sino en consideración al interés de la colectividad.

De esta manera, la vida humana se erige en bien de carácter eminentemente público, social, dado que el elemento poblacional es esencia, fuerza y dinamicidad de la actividad del Estado, en cuanto forma suprema de organización de la sociedad.

### **1.2.1 Del homicidio en la Escuela Clásica.**

Hacia el año de mil ochocientos, en la Europa conocida, la materia del derecho penal despierta demasiadas inquietudes entre los pensadores de esa época, puesto que se consideró que el conjunto de barbaries que para ese momento se habían suscitado implicaron la imperiosa necesidad del establecimiento de un orden penal acorde a las circunstancias, por lo que fue necesario el razonamiento de la verdadera esencia del derecho penal

La criminalidad implica un gran grupo de sujetos que la integran, pero para la escuela clásica, unos cuantos como el caso del homicida, representaban mayor interés, ya que la vida es el bien más ponderado del hombre, si éste se extingue por causas ajenas a la voluntad de la que la detenta, ya nada tiene razón de ser, en tal virtud habiendo homicidas en un gran número en aquella sociedad los pensadores clásicos consideraron que no se encontraban ni ellos, ni los compañeros de la generación habitando en un estado de libertad.

A través de éstos y otros postulados la escuela clásica consideró que era necesario el combate y la disminución de la criminalidad por conducto de

un derecho penal más sólido que realmente castigara al sujeto activo de los delitos, tal es el caso del propio homicida, a efecto de convertirse no solo en un orden impositivo de conductas y punitivo sino por mucho una garantía de libertad, ya que su principal función es la de asegurar la seguridad jurídica del conjunto de los gobernados.

Así es, la escuela clásica determinó combatir a los homicidas y a todos los demás delincuentes, por medio de un derecho penal más justo que en realidad y como se ha manifestado fuera para el integrante del pueblo o grupo social una garantía de libertad, para lo cual, la humanización de las ideas y de los propios ordenamientos legales como en este caso el penal y el reconocimiento de las garantías individuales y la limitación al poder absoluto del Estado, serían los instrumentos idóneos para conseguir tal fin.

Atento a lo anterior, se puede observar que la escuela clásica no solo se determinó, en el sentido de castigar a los homicidas y a los demás comisores de conductas indebidas, sino que se postuló en el sentido de erradicar por completo esa conducta criminosa, a través de la instauración de una política criminal, es decir, evitar lo evitable o prever lo previsible.

La escuela clásica, reconoce entonces, la existencia de los delitos como el germen que no permite que se viva en esa garantía de libertad, ni que se respeten las garantías individuales ni mucho menos, para restarle poder al Estado, el homicida no solo grava una esfera jurídica, en lo particular sino que, para esta escuela, este delincuente atenta contra la colectividad y por ello se considera que la acción de delinquir consiste "en la infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos,

resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".<sup>7</sup>

### **1.2.2 La naturaleza del homicidio por Lombroso.**

Es el caso que la escuela clásica se representa por pensadores que también participan en la escuela positivista, derivado de su marcada participación de entre los cuales se encuentra César Lombroso, quien es recordado dentro de la dogmática jurídica penal como el sustentador de la antropología criminal que se integró como una dirección del derecho penal, para explicar la naturaleza, origen y desarrollo del delito y del sujeto activo del mismo.

Justamente, Lombroso considera que es correcto el análisis del delito como una entidad jurídica, pero establece bajo varias fórmulas que el estudio del derecho penal no solo debe de tener por objeto lo anterior, sino que debe ser más amplio y en consecuencia, el delito o acción criminal, debe ser estudiado también como una acción humana como un fenómeno humano natural y social, teniendo en cuenta la biología del delincuente.

Derivado de lo anterior, es por lo que se dice que es el principal representante de la dirección antropológica, ya que considera que es trascendente en el desarrollo del acto criminal la biología del sujeto activo, por lo cual, cuando se está en presencia de un homicida se está en presencia de un sujeto *siu generis*, en virtud de que éste cuenta con marcadas características físico-biológicas que lo representan y que lo diferencian del común de la sociedad.

---

<sup>7</sup> Fernando Castellanos Tena, *Op cit*, p. 58, 59

Lombroso, explica que el homicida, a parte de que cuenta con características físicas como las citadas con anterioridad, que existe una regresión al instinto primitivo del hombre cuando se comete en este caso el acto de privar de la vida a otro, lo cual implica que todo comisor de la privación de la vida, cuenta con un instinto salvaje que se desarrolla, en el momento mismo de llevar a cabo el delito del homicidio. "Su enfoque del criminal es marcadamente antropológico y causal, explica la conducta criminal por atavismo como regresión a la condición del hombre salvaje".<sup>8</sup>

Este pensador considera que existe una identidad entre el delincuente homicida y el salvaje, lo cual implica, una deformación no solo científica sino también sociopolítica que se explica en parte pero no se justifica porque es sabido que el conjunto de delincuentes que Lombroso estudió eran ello precisamente, incluso reclusos privados de su libertad.

Lo anterior implica que no es correcto se pretenda generalizar su teoría ya que debió estudiar a diferentes sujetos de otros estratos de la sociedad; sin embargo, su tesis resulta interesante puesto que para él, el homicida presenta características anatómicas que reproducen las del hombre primitivo, motivos por los cuales versa acerca de que el delito del homicidio es un fenómeno humano y natural aunado al hecho de la cuestión social, ya que, importa también el lugar y las circunstancias en las que se desarrolle ese criminal; todo en su conjunto dará como resultado al agente activo del delito consistente en privar de la vida a otro.

---

<sup>8</sup> Manuel López Rey y Arrojo; Compendio de Criminología y Política Criminal, p.22.

### 1.2.3 La naturaleza del homicidio por Ferri.

Hacia el año del 1800 y como se ha venido redactando otro de los pensadores que tiene gran auge en esa época es Enrico Ferri, quien entre algunas de sus obras más representativas expone su pensamiento en la sociología y criminalista, *Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*,<sup>9</sup> así como la más conocida sociología criminal; obras de cuyo contenido se puede apreciar que para este pensador, el más acertado por muchos historiadores, la comisión de los delitos se motiva principalmente por la influencia de los factores de la sociedad.

Justamente, Ferri establece que para un estudio más amplio del sujeto activo del delito se deben tomar en cuenta consideraciones tales como: la ética, la moral, las buenas costumbres, el nivel económico, el nivel cultural, la religión, la idiosincrasia, la ideología y en su conjunto todas aquellas vértices que deben ser tomadas en cuenta dentro de la gráfica bien llamada *estratificación social*.

Incluso en su ley de la Saturación Criminal, establece la figura existente de un ambiente social, dado que implica condiciones individuales y físicas ya atribuidas, tomando en consideración las características citadas en el párrafo que antecede. De ello, es como realiza una serie de clasificaciones de los delincuentes de la época que para resumir sin grandes abundamientos se encuentran entre los delincuentes denominados locos, natos, habituales, de ocasión y por pasión.

---

<sup>9</sup>Enrico Ferri *Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, compendio de obras citadas UNAM, 2000.

Por ejemplo, en el delincuente nato, la raza y el temperamento combinados con la degeneración son los factores determinantes en este caso para un homicida clasificado de tal manera; entre el pasional y el loco, se dan afinidades y destrezas que pueden llegar a habilidades literarias, lo que pone de manifiesto que para éste caso en concreto, el agente activo que comete el hecho criminal consistente en el privar del bien jurídicamente tutelado denominado vida, será para esta clasificación ilustre o bien dotado de sus conocimientos.

Sin embargo, y además de las condiciones narradas, Enrico Ferri, establece que deben considerarse los factores biológicos y físicos, del sujeto criminal en estudio.

El homicida es entonces, para Ferri, un sujeto que por sus elementos individuales, biológicos y físicos combinados con la determinada esfera social en la que se desarrolla, estará dispuesto al grado de atentar contra la vida de sus semejantes, ya que, de acuerdo a lo narrado es posible en el mundo fáctico que el individuo comisor de la privación de la vida, sea alto, fuerte, con condiciones de salud regulares en su haber y con una historia social exageradamente marcada para por cuanto hace a la criminalidad como fenómeno social.

#### **1.2.4. Del homicidio en la Escuela Positivista.**

Como ha quedado anotado, para la Escuela Clásica, el delito es un ente jurídico, a lo que con el desarrollo de la siguiente escuela, Escuela Positivista, y con la tendencia de mejorar las anteriores doctrinas dadas se crea la figura de la metafísica naturalista positivista; por medio de la cual, se

considera al delito basado en una visión filosófica naturalista en su totalidad, pero con la salvedad de la observación en el sentido de que el cuerpo de normas que calificaba el hecho humano criminal como en este caso el homicidio, no debe aislar la acción del individuo de la totalidad natural y social.

“ Los positivistas en su inicio, dijeron que es correcto ser objetivos y ver el delito como un ente que vive perse, pero no es correcto aislarlo, por que relacionarlo permitirá ver sus causas y darle más elementos de vida a la ley para juzgar al infractor de la misma”.<sup>10</sup>

Así es, es correcto para los positivistas que por ejemplo en el caso concreto del homicidio, éste sea considerado metafísicamente como una figura con propia existencia puesto que resulta ser una válida teoría en el intento de comprensión de los orígenes y causas que le dan vida, pero no es correcto limitarse a verlo única y exclusivamente de esa manera, sino por el contrario, para la comprensión de la figura delictiva que se alude y de todas en su conjunto vale a un más considerar que la figura criminosa no es un ente aislado, sino que está relacionado por lógica con cuestiones tanto naturales como sociales.

La Escuela Positivista tiene una visión más amplia del mundo de la criminalidad y consecuentemente del criminal y del crimen, ya que es un error pensar que el homicida es el objeto, instrumento o vehículo del delito de homicidio, en virtud de que lo que caracteriza y reconoce al individuo como sujeto activo de los delitos, es su libre albedrío.

---

<sup>10</sup>Alessandro Baratta, , Criminología Crítica y Crítica de Derecho Penal. p. 31

Desde el punto del vista clásico , resulta indemostrable del hecho de la naturaleza del acto criminoso, en este caso, de aquél consistente en la privación de la vida, puesto que la tesis que toma la dirección para el estudio del delincuente de su actuar y de su repercusión en la sociedad, debe tomar en cuenta todas aquellas causas relacionadas, ya sea biológicas, psicológicas y sociales, aunado al hecho del libre albedrío o la razón con la que actúa el agente activo u homicida, con ello, una visión más amplia del sujeto de derecho podrá contenerse y consecuentemente los fines de una política criminal comenzaran a dar resultado.

#### **1.2.5 La Escuela de Carnevale y Alimena.**

Entre el Clasicismo y el Positivismo, surge una posición intermedia que trata de conciliar unitariamente los postulados contenidos en ambas escuelas, a efecto de proporcionar una teoría más completa para la comprensión de la delincuencia, del delito y del delincuente. Como creadores de esta escuela se encuentran Manuel Carnevale y Bernardino Alimena, los que tuvieron a bien llamarle Escuela Mixta o Ecléctica, tomando en cuenta lo expuesto con anterioridad.

Del Positivismo esta tercera escuela retoma la idea de negar el libre albedrío y ver al delito como un fenómeno natural y social, en tanto que de los clásicos, acepta el hecho de considerar la responsabilidad moral del individuo que cometa o incurra en conductas prohibidas por el Estado.

Debe entenderse que para esta escuela el homicida, es un producto, una consecuencia de la sociedad que realmente no tiene voz, ello derivado de la negación al libre albedrío, afirmación de cuyo contenido podría

argumentarse que la delincuencia es una especie de enfermedad, y el delincuente un sujeto enfermo, motivos por lo cuales es por lo que se establece que el hecho criminoso sea un fenómeno natural o social.

El homicida no cuenta con un libre albedrío, pero sí con una responsabilidad que por ser moral, tiene una consecuencia social; así entonces, ya para la tercera escuela, un homicidio sería, atendiendo a su responsabilidad un sujeto imputable en cuanto a la culpa del hecho cometido, en este caso la privación de la vida de un semejante.

"Esta escuela realmente es una posición ecléctica entre las dos escuelas anteriores, tomando conceptos fundamentales de los clásicos<sup>11</sup> y también de los positivistas, estimando el delito como un fenómeno individual y social orientándose al estudio científico del delincuente y de la criminalidad".

Con todo que la tercera escuela en términos generales acepta el hecho de la naturalidad en el delito de homicidio, al encontrarse con el postulado de la negación al libre albedrío que retoma de la Escuela Clásica, pues sustenta una falta de decisión o elección del individuo que lleva a cabo la conducta socialmente prohibida; por otro lado, retomando los postulados de la Escuela Positivista, acepta la característica de social para este delito y todos los demás al retomar la característica de responsabilidad moral, que como se ha manifestado, trae como consecuencia la figura de la imputabilidad por cuanto hace a la culpa.

---

<sup>11</sup> Arturo González, Quintanilla, Derecho Penal Mexicano, Parte General, p. 42.

Homicida es entonces un sinónimo de elemento y acontecimiento natural dotado de una socialmente responsabilidad moral.

### 1.3 La reparación del daño, siglo XIX.

La reparación del daño no solo es concebida como aquella consecuencia de un acto o una acción realizada por un sujeto activo o delincuente, sino también como el resultado del actuar de un homicida mediante una pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo antes y resarcir los perjuicios derivados de su delito.

De la evaluación anterior se desprende que la de la reparación del daño en la pena criminal pública desdibuja la distinción entre las sanciones de derecho privado y la pena, en cuanto las primeras, en sentido amplio importan la realización forzada del mandato jurídico en la eventualidad de que no se realice voluntariamente, y la segunda representa una disminución de bienes jurídicos a modo de un plus que hiera al delincuente en su persona.

No es sino el resarcimiento del daño que proviene de una ilicitud de derecho privado, guarda proporción con el daño objetivo y no está sujeto a variaciones por la medida del elemento subjetivo, sin embargo, está sujeta a variaciones en su quantum según el aspecto subjetivo del acto punible y su culpabilidad, Por imponer la ley en interés de toda la colectividad, no puede renunciarla el Estado, y no es transferible ni transmisible.

En tanto que la reparación del daño no solo es la equiparación dispuesta por la ley que responde, sin embargo, a la misma relación en que

ambas se hallan y a la solidaridad en que obran contra los actos ilícitos, dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad. De allí la regulación privilegiada de la reparación del daño, para asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima. Agréguese a ello el poder disuasivo, en el sentido de la prevención general de este constreñimiento más enérgico sobre el reo para obtener la inmediata reparación del daño.

La reparación del daño, conforme se expresó con antelación, comprende el restablecimiento del statu quo ante y el resarcimiento de los perjuicios. Por lo primero entiende la ley la restitución de la cuota obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; por lo segundo, la indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados.

A esta idea se ha llegado con el desarrollo de los postulados de las escuelas que se han citado en temas anteriores, pero es de hacerse notar que la claridad de la misma tuvo una evolución a saber.

### **1.3.1 La medida de la sanción para la Escuela Clásica.**

Desde el inicio de la Organización de las Sociedades, el derecho siempre ha existido y consecuentemente un titular que lo detente, pero es el caso que esta afirmación por más clara que resulte, hoy en día no lo era con anterioridad.

La barbarie puede constituir el primer antecedente del reclamo de los derechos, basado en la imposición de la fuerza, tal como sucedía entre los

pueblos más antiguos, como son los Unos, los Godos y los Visigodos, quienes cabalgando de demarcación territorial en demarcación territorial hacían reclamo de sus derechos que supuestamente les competían, ello a través de la conquista, el robo, la violación y la muerte.

Con el paso del tiempo, esta situación fue cambiando dolorosamente, puesto que con la imposición de primeras figuras autoritarias se llegó a figuras tales como el despotismo personal y caprichoso, que un supuesto patriarca hacía valer en representación de los agremiados del grupo social que se tratara. A través de esta figura había que estarse a la decisión del supuesto jefe de acuerdo a su estado de ánimo para decidir en asuntos concretos sobre una supuesta conquista que ante él le era reclamada; así por ejemplo, el que argumentaba su derecho respecto de un patrimonio robado podía conseguir su devolución lisa y llanamente, pero podía exponerse con ese hecho a ser castigado incluso él mismo, sin olvidar el castigo que se le diera al infractor de la conducta prohibida, el cual, como referencia histórica entre otras de las sanciones que podían imputársele, se encontraba el hecho de cortarle las manos.

Para abundar más acerca del desarrollo de la protección de los derechos, cuenta la historia que en una parte de la antigüedad ante un rey despótico, personal y caprichosamente hablando acudieron dos mujeres en reclamo de la supuesta patria potestad de un menor niño, y ante tal situación aquel rey molesto, iracundo y lleno de soberbia decidió en argumento de llevar a cabo su supuesta justicia el tomar una sierra y partir al niño en dos para repartir cada una de las mitades de aquel cuerpo a las mujeres que argumentaban ser titulares de esa patria potestad.

El reclamo de la titularidad de los derechos no sólo encuentra su antecedente en la figura anterior, sino que puede argumentarse que la misma anarquía lo constituye por sí.

Las situaciones anteriores han sido motivo de comentario para establecer que una vez que llega el desarrollo de la Escuela Clásica, ésta busca la protección de los derechos de una forma más humanitaria, para con ello darse cese a la barbarie.

En el nuevo orden, un ordenamiento legal contiene las conductas prohibidas y la forma para supuestamente resarcir los daños, incluyendo la aplicación de sanciones que se consideren óptimas al caso de que se trate.

En el siglo XIX, el orden extremo de la sociedad es un fin preponderante, la Escuela Clásica postula por la protección de los derechos y en tal virtud la medida de la sanción se encuentra en la importancia del derecho que se protege.

"Ferri, ha calificado a la Escuela Clásica de maravillosa anatomía jurídica del delito preocupándole la construcción orgánica y lógica de todo un sistema de normas represivas."<sup>12</sup>

### **1.3.2 Del criterio para medir la responsabilidad penal en el siglo XIX.**

Uno de los postulados que repercute hasta nuestros días desde el siglo XIX, es el hecho de que, la pena debe ser estrictamente proporcional al delito, lo

---

<sup>12</sup> Raúl Carranca y Trujillo; Raúl Carranca y Rivas Derecho Penal Mexicano, Parte General, p.157.

cual implica que del contenido y desarrollo del juicio de reproche se estime la aplicación de la pena adecuada.

Genéricamente constituye el hecho de no versar sobre la existencia de penas generales sino de consideraciones para la medida de la pena que deba ser impuesta al infractor de la conducta criminosa; "nullum crimen nulla poena sine lege;" los clásicos aspiran a determinar las circunstancias modificativas de los delitos, la meticulosidad en la noción de las figuras delictivas y su pretensión de prevenir los supuestos de la delincuencia"<sup>13</sup>

Como se ha manifestado en el punto inmediato anterior, en la época del Siglo XIX la protección al orden de la sociedad era el fin principal ya que a través de su cuidado se lograría la imposición del mismo, el cual a la fecha no existía, ello es de comentarse en virtud de que cuando se manifiesta que la pena debe ser retributiva en relación proporcional al delito, lo que debe cuidar el juzgador penal es el fin principal que resulta ser el orden de la sociedad.

En efecto, cuando el representante de un tribunal haya analizado una causa, no debe esmerar la pena que pretenda imponer al camino de la venganza, pues con ello se estaría en un retroceso histórico de cuyo contenido nunca podría versarse sobre la aplicación de la justicia.

Durante el Siglo XIX, se consideraba que la imposición de la pena no debe actuar encaminada a anular el delito cometido, pues ello resulta imposible en la mayoría de los casos, principalmente en el delito de homicidio, pues la transformación que sufre el mundo externo con la comisión de éste delito no encuentra tal anulación.

---

<sup>13</sup> Rafael Márquez Piñero, , Derecho Penal, Parte General, p. 75.

Justamente, el criterio para medir la responsabilidad penal en la época de mil ochocientos y que trasciende hasta la fecha es el daño causado a la sociedad, por lo que la sanción resulta ser eminentemente preventiva al afectar al conjunto de la sociedad y no solo al inculpado.

### **1.3.3. Rafael Garofálo, precursor de la figura de la reparación del daño.**

Hacia el año de 1885, quien en su época fue Magistrado Rafael Garofálo, desarrolló una teoría del delito natural bajo los argumentos de que la figura de la reparación, aunque ahora es eminentemente pecuniaria, no siempre lo fue como tal, y es que es el caso que el saneamiento que se practicó en las diversas épocas del andar histórico, reparar consistía no exactamente en reparar radicaba en pagar una cantidad de dinero, pues este instrumento tiene lugar en épocas eminentemente de comercio cuando los salteadores de diligencias se hacían presentes.

Efectivamente, mientras que no se desarrolló una forma de comunicación fehaciente entre los pueblos, acontecía una feria que a la venta ponía demasiados objetos así como inversiones y transacciones, y para acudir a ella, resultaba necesario trasladarse con los objetos con los que se quisiera participar, pero aun más con el oro o los minerales, o bien el instrumento de cambio que existía en la época.

Ante tal situación el delito del asalto a las diligencias fue el principal que fundó el temor de no participar en aquellas organizaciones comerciales por parte de los vendedores y compradores, fue entonces cuando propiamente el instrumento cambiario del dinero e incluso de los títulos de crédito hoy día vigentes se hizo presente, hecho que pone de manifiesto el de que durante

su desarrollo la sociedades al encontrarse ante la necesidad de reparar un daño causado con motivo de un acto criminoso no lo hicieron siempre con el carácter de pecuniario. Luego entonces y al respecto la tesis elaborada acerca del delito natural en el año de 1885 por Rafael Garófalo, precisamente tiene su contenido en la existencia de delitos naturales que en toda época se han castigado, toda vez que el daño provocado por éstos, incluso hoy en día, afectó sentimientos altruista de piedad y probidad.

Ante tal conjetura, este Magistrado alude sobre la existencia de los llamados delitos artificiales, que son los creados por la ley, según las necesidades de la época.

Para la reparación de éstos, los delitos artificiales es de donde el Maestro Garófalo argumenta el nacimiento e instauración de una perfecta reparación del daño causado a través de un monto económico<sup>14</sup>; lo anterior por supuesto se ha coaligado con el paso del tiempo, no solo a los que este personaje llamó los delitos artificiales sino a los que éste llamó delitos naturales, "a lado de la eliminación mediante una represión efectiva, subrayó, respecto a los delitos artificiales el uso de la reparación del daño caudado lo que es un acierto"

#### **1.3.4 La naturaleza de la reparación del daño para la Escuela Ecléctica.**

Es sabido que durante todo el desarrollo del Siglo XIX el cual hemos venido comentando, se buscó a través de todos y cada uno de los postulados de cada una de las escuelas, la instauración de un nuevo orden social para

---

<sup>14</sup> Márquez Piñero, Op Cit, p. 77

conseguir una sociedad menos violenta que persiguiera la paz armónica de todos sus habitantes.

Así es, lo anterior se suponía que debía ser conseguido a través de aquella figura que los juristas denominaron la contratación social, la cual implica un pacto entre el pueblo y la figura del Estado, a efecto de que el primero sea gobernado, por su propia voluntad por un estado de derecho que imponga el gobernante elegido.

Los autores coinciden en el hecho de que salvaguardar el estado de derecho implica una defensa social que lo rectifica, lo hace válido y perfecto, es por ello, que la naturaleza de la reparación del daño para la Escuela Ecléctica, expuesta en puntos anteriores y detentada principalmente por Carnevale y Alimena, radica en ello mismo, la defensa social, el cuidado del orden de la sociedad.

De las anteriores afirmaciones puede argumentarse que si la reparación del daño causado con motivo de la comisión de un delito, en este caso en particular, trae como necesario fin, la defensa de la sociedad, " el derecho criminal debe entenderse como el conjunto de leyes e instituciones que tiendan no a castigar una culpa, sino a la defensa activa y dinámica de la sociedad."<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup>Alessandro Baratta, , Op. Cit, p. 41

**CAPÍTULO II**  
**CUESTIONES CIENTÍFICO FÁCTICAS**

Teóricamente existen dos formas de comprensión del fenómeno cultural denominado delito: I) la unitaria o total y II) la estratificada o analítica.

Se impone la elección de la teoría estratificada o analítica del delito, tomando en cuenta que la finalidad principal de una explicación ordenada y sistemática del mismo consiste, en una aplicación segura y uniforme del derecho penal, en resguardo de derechos fundamentales de la persona como son los referidos a su vida, libertad, honor y propiedad.

Al contrario, el enfoque unitario o total, en lugar de consistir en un análisis científico del delito representa una aproximación irracional e intuitiva a este fenómeno, cuyos resultados, particularmente en la aplicación del derecho penal a los casos concretos, al ser tan disímiles y variados, vulneran el valor seguridad e igualdad en desmedro de una sana política criminal en un Estado Democrático de Derecho.

## **2.1 Teoría acerca del delito.**

En la aplicación del derecho penal, las consecuencias de seguir una u otra posición doctrinal son importantes, particularmente en lo relativo: I) a la tipicidad de la conducta, como su definición y alcance, la relevancia del nexo causal, determinación de la tentativa, participación criminal y concurso de delitos, tipos activos y omisivos, tipos dolosos y culposos, relevancia de los elementos subjetivos del tipo penal, capacidad psicológica de reconocimiento de los elementos del tipo y de actuación conforme al mismo, y causas de

exclusión de la tipicidad; II) a la antijuridicidad de la conducta, como la determinación de las causas de exclusión de la antijuridicidad, el reconocimiento de los elementos que constituyen una causal de justificación, la finalidad de obrar conforme a los mismos y la capacidad psicológica necesaria para esto; y III) a la culpabilidad de la conducta, como su definición y alcance, la determinación de las causas de exclusión de la culpabilidad, el reconocimiento de los elementos que constituyen una causal de inculpabilidad, la finalidad de obrar conforme a los mismos y la capacidad psicológica necesaria para esto.

En esta controversia doctrinal, prácticamente la mayor parte de los países que se basan en el sistema jurídico de Derecho Continental, en donde han adoptado el esquema teórico finalista de comprensión y explicación del delito, dejando de lado la interpretación causal por sus múltiples contradicciones e insuficiencias.

A continuación se expondrá de manera resumida los aspectos más importantes de la teoría del delito, según el marco legal de nuestro Código Penal, desde una perspectiva de la teoría final de la acción, por considerarla la más adecuada para el cumplimiento de los fines de la dogmática penal.

De las múltiples definiciones de delito, la más corriente es aquella que lo considera como una conducta, típica, antijurídica y culpable, dejando para la teoría de la pena la característica de su punibilidad.

### 2.1.1 La conducta antisocial, el origen.

La conducta es el pilar fundamental y la base óptica del delito; dato natural del que podemos predicar en determinadas circunstancias y condiciones su tipicidad (adecuación a un tipo penal), antijuridicidad (contrariedad con el ordenamiento jurídico) y culpabilidad (juicio de reproche por la posibilidad de actuar conforme a derecho); características normativas o valorativas que afirmadas con relación a una conducta determinada permiten calificar a la misma como "delito".

Desde un punto de vista realista, la conducta consiste en un hacer voluntario final, concepto del que queda excluida la omisión (el no hacer) que sólo tendrá relevancia jurídico penal a partir del análisis de la característica denominada "tipicidad". En pluralidad de conceptos hablar de hacer voluntario y final es un pleonasma puesto que todo hacer por el sólo hecho de ser voluntario ya es final y, a la inversa, la finalidad forma parte inseparable de la voluntariedad de la conducta. No existe un hacer voluntario que no tenga una determinada y concreta finalidad.

Todos los tipos penales de la parte especial de nuestro Código Penal están necesariamente referidos a un autor ( "el qué...", "quiénes....", los "que...", etc.) y, por lo tanto, a una conducta determinada que se encuentra literalmente mencionada mediante un verbo típico (matar, lesionar, etc). Por lo tanto, el aspecto relevante en el análisis práctico de la solución de casos o problemas consistirá en la falta o ausencia de conducta en todos aquellos supuestos en los que el ente, materia de nuestro examen, no presente todos los elementos objetivos y subjetivos que son necesarios para afirmar la existencia de una conducta. Excluida la conducta no tiene sentido entrar al

análisis de los restantes caracteres del delito puesto que nos habremos quedado sin la base o sustrato estructural de la dogmática jurídico penal.

El sustento legal para excluir la responsabilidad penal en los casos de ausencia de conducta se encuentra en el Nuevo Código Penal que regula la autoría, teniendo en cuenta que sin conducta no hay autor y que el calificativo de autor precisamente corresponde a quien intervino en el mundo exterior mediante su conducta, y en el correspondiente tipo de la parte especial que resulte de aplicación para el caso en análisis, por cuanto todo tipo presupone un autor y todo autor presupone una conducta.

En cuanto a la ausencia de conducta porque no están dados los elementos o aspectos objetivos de la misma (exterioridad), en cuanto fenómeno manifestado en el mundo exterior que produce determinadas consecuencias o efectos, el ejemplo característico se encuentra en todos aquellos supuestos en los que se pretende responsabilizar penalmente a una persona por fenómenos psicológicos que permanecen en la interioridad de su conciencia, como es el caso de sus ideas, deseos y pensamientos. Para que exista conducta, estas ideas, deseos y pensamientos, necesariamente tienen que manifestarse en el mundo exterior y no quedarse reclusos en la interioridad del sujeto al que pertenecen. Situación diferente es aquélla en la que existe la manifestación externa de la finalidad pero no corresponde a todos los elementos exigidos por el tipo penal, en cuyo caso sólo estará ausente la tipicidad de la correspondiente conducta.

En cuanto a la ausencia de conducta porque no están dados los elementos o aspectos subjetivos de la misma (finalidad), en cuanto a la programación de fines y medios para alcanzarlos, los ejemplos

característicos se encuentran en la fuerza física irresistible o vis absoluta (persona que es empujada por otra contra otra persona, quedando como resultado la muerte de otra, para el tipo penal de homicidio), ya sea que provenga del hecho de un tercero o de una fuerza de la naturaleza; los movimientos realizados durante el sueño fisiológico o un estado de inconciencia por efecto de narcóticos (madre que se duerme al lado de su hijo recién nacido y lo asfixia); movimientos realizados en estado de sonambulismo o de hipnosis (sonámbulo o hipnotizado que da muerte a una persona), aun cuando en estos últimos casos se discute si se trata de una situación de ausencia de conducta o de inimputabilidad (que excluiría la culpabilidad de la conducta), o quizá también un delito imprudencial de homicidio por falta del deber de cuidado por parte de la madre, por no prever la posibilidad de hacer daño al bebé que duerme a su lado, no tomando las cautelas o precauciones que el caso reclamaba.

### **2.1.2 Definición de delito.**

En derecho penal, el delito es la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal.

Este concepto del delito como ente jurídico, se deriva de los extremos exigidos por la ley para tener una acción u omisión por criminalmente punible, difiere por supuesto, del concepto de delito que puedan eventualmente utilizar las ciencias de la conducta o la sociología. Así, es al hablarse de lucha contra el delito, en que se alude manifiestamente al fenómeno social de la delincuencia o criminalidad.

Nada tiene que ver tampoco este concepto jurídico con el de delito natural, elaborado por los positivistas, "Garófalo en un intento de fijar el contenido material del delito en todas las sociedades y en todos los tiempos".<sup>16</sup> Los juristas han seguido tratando, sin embargo, de precisar las características sustanciales que una determinada legislación ha tenido en cuenta para incluir una acción u omisión en el elenco de los hechos punibles, esfuerzo que difícilmente puede arrojar resultados claros, debido a que esa selección proviene de un juicio valorativo basado, ahora en la naturaleza y entidad del bien jurídico protegido, en el carácter irreparable de la lesión inferida a él, ora en las características especialmente odiosas de la forma de conducta incriminada, y, las más veces en la concurrencia de más de uno de los factores señalados o de todos ellos.

De la definición formal ofrecida surgen tanto el núcleo de la infracción como sus caracteres:

a) El mero pensamiento no es susceptible de castigo (*cogitationis poenam nemo patitur*). Para que haya delito es necesario, en primer término, que la voluntad humana se manifieste externamente en una acción o en la omisión de una acción. Es frecuente abrazar la acción y la omisión bajo el común concepto de conducta, base y centro del delito, sin la cual éste es inconcebible. Aunque esa conducta no puede, en sí misma, ser escindida, aparece en cuanto conducta delictiva, es decir, en cuanto delito, dotada de ciertos caracteres que para los efectos del análisis se estudian por separado. Estos caracteres son la tipicidad, la ilicitud o antijuridicidad y la culpabilidad. Antes de hacer referencia a cada uno de ellos, es importante tener presente

---

<sup>16</sup> Márquez Píñero, *Op Cit*, p. 95

que falta la conducta en la hipótesis de fuerza irresistible y en aquellas en que el acto no es voluntario o se ha ejecutado en estado de supresión de la conciencia por diversas causas.

b) La acción u omisión deben ser típicas, ello es, conformarse a una descripción de la conducta delictiva hecha previamente por la ley (tipicidad). Esta descripción es el tipo, medio de que el derecho se vale, en la parte especial de los códigos penales o en leyes penales independientes, para individualizar las conductas punibles. Los tipos son predominantemente descriptivos, y sus descripciones comprenden contenidos, objetivos, subjetivos, normativos y culturales.

La tipicidad de la acción u omisión no se da cuando en el hecho acaecido falta alguno de los elementos objetivos del tipo o todos ellos, cuando por error de tipo desaparece el dolo sin dejar un remanente culposo y cuando está ausente alguno de los demás elementos subjetivos requeridos por el tipo, en su caso.

c) Las acciones u omisiones típicas deben en seguida, para constituir delito, ser antijurídicas, esto es, hallarse en contradicción con el derecho. Tal ocurre cuando no existen en el ordenamiento jurídico, tomando en conjunto preceptos que autoricen o permitan la conducta de que se trata, autorizaciones o permisos que reciben el nombre de causas de justificación. Entre éstas cuéntense la defensa legítima, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho.

d) Las acciones y omisiones típicas y antijurídicas deben, finalmente, para constituir delito, ser culpable, es decir, deben poder reprocharse

personalmente a quien las ha efectuado. Para que ese reproche tenga lugar debe el sujeto a quien se dirige ser imputable, haberse hallado en la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su acto y haber obrado en circunstancias que hayan hecho exigible una conducta conforme a derecho.

La culpabilidad se excluye, por tanto, por inimputabilidad del sujeto o por haber obrado éste en virtud de error de prohibición, o en condiciones de no poder exigírsele otra conducta adecuada a derecho.

De lo dicho aparece, pues, que la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho y que ésta, a su vez, implica la tipicidad del mismo. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son así, caracteres ineludibles de todo delito.

### **2.1.3 El bien jurídico protegido.**

Visto como el 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.<sup>17</sup>

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.

---

<sup>17</sup> Diccionario Jurídico 2002, Desarrollo Jurídico Copyright 2000.

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, mas 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 teo como causa de justificación o causa de justificación y causas de inculpabilidad, las cuales son como forma de irresponsabilidad penal. El estado de necesidad, 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 da 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 el legislador no hace diferencia.

#### **2.1.4 Teorías del ilícito.**

Dentro del enfoque estratificado o analítico del delito, maneja dos corrientes doctrinarias. Durante mucho tiempo, disputaron la primacía en la explicación científica del mismo: por un lado el causalismo y por la otra el finalismo. La explicación causal del delito parte de un concepto ideal o idealizado de conducta; en el comienzo de su análisis y concibe a la acción como un movimiento voluntario físico o mecánico que produce un resultado captado por el tipo penal, desplazando el análisis y valoración de su finalidad, principalmente, al momento de ocuparse del elemento del delito denominado culpabilidad. La explicación final del delito parte de un concepto real de conducta, concebida como un hacer voluntario final, en cuyo análisis no pueden ni deben ser escindidos, en ningún momento, los aspectos referidos a su manifestación exterior de los componentes relativos a la programación de sus fines. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al valor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis en el valor de la acción.

#### **2.1.4.1. Causalista.**

Como se ha venido explicando dentro las teorías que intentan explicar la naturaleza de los ilícitos, se encuentra la bien llamada teoría de la causa, la cual basa su enfoque en el hecho de estudiar los motivos principales que dan pauta a que un sujeto se encamine a la comisión de un crimen, en este caso por ejemplo del homicidio.

Las teorías que tratan de analizar el desarrollo de la criminalidad y del crimen, para tener una noción más amplia del delincuente, argumentan el hecho de estudiar varios factores; como pueden ser la demarcación territorial donde habita el sujeto activo, el nivel de estudios, la religión, la moral, e incluso el clima, de lo cual cabe decir que para la teoría casualista, radicalmente importa el estudio de la conducta de ese sujeto activo que infringe la norma prohibitiva.

En efecto, la conducta es la causa generadora de los delito, toda vez que entre estas dos figuras se produce un nexo que los juristas penales llaman nexo causal, por lo tanto, el análisis de la conducta que desarrolla el infractor es el punto de partida que debe ser analizado para lograr obtener una visión amplia del porqué se cometió el acto criminoso, ello en virtud de que para la teoría casualista, resulta absolutamente necesario que el investigador social y en su caso el representante del órgano jurisdiccional conozca la raíz que ha originado que un sujeto bajo estos argumentos prive de la vida a otro, puesto que ese camino le permitirá determinar todas y cada una de las condiciones objetivas y subjetivas que motivan la mal formación al mundo fáctico.

En el sistema causalista, la acción consiste en una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producida de modo voluntario por un movimiento corporal. Los tres elementos de la acción son:

1.- Manifestación de voluntad, bastando con que el sujeto quiera su propio obrar. El contenido de la voluntad, es decir, lo que ha querido, carece de significación y sólo tiene importancia dentro de la problemática de la culpabilidad. Asimismo, la manifestación de voluntad ha de ser consciente, espontánea y exteriorizada, ya que no constituyen acción, por ejemplo, los hechos realizados en sueños o por movimientos meramente reflejos, y menos aún, aquellos que se realizan cuando el sujeto se halla constreñido por una fuerza irresistible.

2.- El resultado, que puede consistir o bien en una modificación o cambio del mundo exterior como consecuencia de la manifestación de voluntad, o bien en el mantenimiento de ese mismo mundo exterior a causa de la no realización de una acción esperada y exigible.

3.- Una relación de causalidad, consistente en una precisa relación entre los dos elementos anteriores, manifestación de voluntad y resultado.

Para los casualistas la acción es una conducta humana voluntaria, prescindiendo de qué se ha querido con tal comportamiento, cuya consideración pertenece al ámbito de la culpabilidad.

No se puede aceptar las Teorías Causalistas dice Castellanos Tena<sup>18</sup>, porque la acción es actividad final humana; el sujeto piensa y medita la realización de la acción delictiva, escogiendo los medios para su cometimiento, es decir, el sujeto tiene el propósito de que el resultado se produzca. El Derecho Penal no puede formar un concepto de acción separado del contenido de la voluntad; Los Causalistas solo agregan el momento voluntad sin contenido, lo que no es suficiente para el Derecho Penal. No basta que se haya querido realizar una acción, para haber una conducta o comportamiento humano, en determinada dirección al mundo exterior, debe anticiparse el resultado, porque al Derecho Penal no le interesa lo que deba producirse como fenómeno natural, por no ser de importancia para la acción.

#### **2.1.4.2. Finalista.**

En cambio, según la concepción finalista, la acción siempre tiende a una finalidad, no se concibe un acto voluntario que no se dirija a un fin, lo cual no es ignorado por la teoría casualista, pero su importancia se estudia en el ámbito de la culpabilidad. Con ello discrepa el finalismo que tiene en cuenta los resultados ya en sede de tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.

Naturalmente, "el sujeto realiza una valoración de la acción, pero es una valoración positiva, bien porque la considere justa, beneficiosa o de otro modo positiva para él. Pero junto a esa valoración positiva existe otra

<sup>18</sup> Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General). P. 112

valoración negativa de la acción, que es la realizada por la comunidad y que constituye la llamada Antijuricidad".<sup>19</sup>

Para el finalismo, la diferencia entre la acción culposa y la dolosa estriba en que, mientras en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso acción, en la acción culposa es únicamente momento de referencia.

En este caso, la acción del sujeto no está dirigida al fin y lo que eleva a este suceder por encima de un simple proceso causal es la circunstancia de ser evitable finalmente, siendo la acción culposa, por ello, genuina acción.

Así pues, según la teoría finalista, "las acciones dolosas se separan radicalmente de las culposas, pasando a ser el dolo un elemento de la acción sustraído al ámbito de la culpabilidad, y como la acción constituye la base del tipo de lo injusto, el dolo deviene un elemento subjetivo del tipo legal"<sup>20</sup>.

Lo que la acción importa al Derecho Penal es que produzca consecuencias socialmente relevantes. Por tanto, el concepto de acción debe ser configurado, según esta teoría, de tal modo que pueda ser valorado por patrones sociales, bastando con que el producir sea voluntario. Así entendida, acción será realización de consecuencias relevantes para el mundo social y voluntariamente realizadas por un hombre.

Para la Teoría Finalista (Hans Welzel), "La acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia,

<sup>19</sup> Cerezo Mir, J.: Curso de Derecho Penal español. Parte general. p.78

<sup>20</sup> Jakobs, G.: La imputación objetiva en Derecho Penal. p. 69

ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos".

Los Finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supradetermina el acto causal externo. Es decir, el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo.

También se ha criticado a la Teoría Finalista con respecto a los delitos imprudentes, ya que pueden darse hechos finales no dolosos, "una acción de muerte la comete tanto el que dispara apuntando con voluntad de matar, como el que al limpiar su escopeta la descarga sobre otro, olvidan la referencia del actuar con el resultado. En el primer caso, el sujeto actúa finalmente en relación al homicidio (comete una acción de muerte); en el último, la finalidad está limitada a la conducta de limpiar la escopeta (se lleva a cabo una acción de limpieza, final irrelevante para el tipo, que por un descuido, causa el resultado típico)."

#### **2.1.4.3. Funcionalista.**

Esta teoría es propiamente filosófica, ya que los penalistas han llegado a conclusiones no exactamente encaminadas a la causa del crimen o bien a propósito del sujeto activo del delito; la Teoría Funcionalista versa su estudio como un conjunto de pasos que deben ser seguidos para llegar a un

determinado fin, pero con la observación de que cada paso sea debidamente cumplido.

Esta teoría argumenta que la conducta del sujeto activo y su desarrollo es un mecanismo o bien como se ha manifestado, un conjunto de pasos encaminados a encontrar un determinado fin u objeto; la funcionalidad puede situarse en diversos puntos para observar esos pasos que se sigan hasta llegar al extremo criminal, lo cual, y para este caso implica decir que el origen de esos pasos se encuentra propiamente en la mente del sujeto infractor de la norma, cuestión que incluso los doctos del derecho revisten como lo que se conoce como *itercriminis*.

La sociedad constituye un sistema y cada hombre que dentro de ella se encuentra se desarrolló en lo individual, por ello y ante esa tesitura el sistema funcionalista comprende igualmente que la actividad delictiva y en particular cada suceso criminoso debe ser observada como un sistema y para el funcionalismo no sólo el conocimiento de los pasos que se presentan dentro del sistema son importantes, sino aun más, esta teoría contiene la marcada argumentación de que es menester conocer el movimiento de esos pasos a efecto de hacer determinaciones en el recorrido del sistema criminal.

El funcionalismo versa que la finalidad del conjunto de lineamientos, es el de establecer parámetros, casos clásicos, una línea de estudio y en esencia un camino a seguir en el estudio de los acontecimientos que con su realización perjudican y gravan a la sociedad que como sistema, propiamente es; tan es así que la legislación penal vigente establece que en tratándose de delitos que atenten contra la vida y la integridad corporal, muy en caso particular del homicidio por emoción violenta, éste será castigado, no

conforme a la generalidad sino de una manera adecuada para el supuesto mencionado.

De lo anterior se desprende que efectivamente el estudioso de la conducta y su desarrollo que realmente es lo que importa al sistema funcionalista, en este caso en concreto se ha encontrado ya un parámetro que debe ser observado con el carácter de obligatorio y que es representado por la violencia con la que se genera este homicidio.

Así las cosas, el sistema funcionalista necesita estudiar cada paso dado en la comisión de los ilícitos para obtener una determinación más concreta por lo que hace a su naturaleza.

De la orientación teleológico funcionalista del Derecho penal fundamentada en la prevención general positiva se extraen importantes consecuencias para toda la Teoría General del delito. Consecuencias que a partir de la norma primaria considerada como norma de conducta (Verhaltensnorm) y de "la subsiguiente introducción de la evitabilidad en el concepto de la acción supone la revisión de conceptos tradicionales e incluso de toda la estructura del concepto de delito, pero conservando todavía los elementos tradicionales de aquél, a saber, tipicidad, antijuridicidad (o tipo de injusto) y culpabilidad".<sup>21</sup>

Y cuando se intenta romper con dicha estructura no acaba de configurarse algo realmente distinto, sino más bien un aglomerado en el que elementos propios de la culpabilidad vuelven a formar parte del concepto de

---

<sup>21</sup> Roxin, C.; Jakobs, G.; Schünemann, B.; Frisch, W.; Köhler, M.: Sobre el estado de la teoría del delito. p. 156

acción que tiende a engullir la tipicidad y la antijuridicidad -para volver a un concepto de delito sintético como la acción culpable.

#### **2.1.4.4. Lógico Matemático**

Los matemáticos aseveran que lo que caracteriza a las matemáticas no es tanto su objeto sino su forma de razonar; que se hace matemática cada vez que se parte de un sistema finito de premisas, formuladas con exactitud, de las que se infieren conclusiones lógicamente inobjetables. En consecuencia, una teoría de la estructura lógica de las normas jurídicas es factible con el método de la lógica matemática que se ocupa de la investigación de las estructuras. Son múltiples las cuestiones sobre la estructura lógica de las normas, lo que ocurre es que es una temática que no ha preocupado mucho a los juristas penales, cuando mucho se ha ocupado de la estructura formal de las codificaciones de tipo continental europeo. Por ejemplo, nadie se ha preocupado acerca de la cantidad de proposiciones jurídicas que se derivan formalmente del Código Penal sustantivo del estado de Zacatecas, o acerca de la cantidad de casos jurídicos abstractos que pueden ser juzgados de acuerdo con tal codificación, o de si existen procedimientos sistemáticos para la solución de casos jurídicos abstractos según la citada codificación.

Consecuentemente, las investigaciones lógicas son necesarias y pueden prestar grandes servicios a la ciencia jurídica.

El modelo Lógico, dentro del derecho penal contemporáneo se ha expuesto a una forma para conocer y adentrarse en la ciencia jurídico penal, denominada "modelo lógico matemático del derecho penal", en nuestro país, sus mejores exponentes han sido los doctores Olga Islas de González

Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, contando con los estudios de los modelos lógicos matemáticos de Lian Karp S. Y Eduardo G. Terán.

Para explicar su teoría los doctores Islas y Ramírez utilizan dos latices, las cuales se pueden definir como las representaciones gráficas ordenadas de un conjunto de proposiciones lógicas. La primera se proyecta sobre la segunda, teniendo ésta última la función del latiz interpretativo. Para tratar de explicar su teoría, además de las latices, se refieren a las aportaciones a la teoría del tipo obtenidas del modelo lógico matemático del derecho penal, misma que sintetizan en ocho, siendo las siguientes:

1. - La ubicación del tipo frente a la teoría del delito. En este punto, el tipo ocupa un lugar preferente y fundamental.
- 2.- La segunda aportación se refiere a la agrupación de los elementos en dos subconjuntos; en el primero, se encuentra los presupuestos del delito y en el segundo, los elementos típicos constitutivos del ilícito.
- 3.- En una tercera aportación, se incorpora al tipo como uno de los elementos, la norma de cultura reconocida por el legislador, este criterio tiene sus antecedentes en el pensamiento de Carlos Binding y Max Enerst Mayer.
- 4.- Como una cuarta aportación es la ubicación de la imputabilidad en el renglón o ámbito del sujeto activo, en este punto se considera que el sujeto tiene una capacidad genérica para el delito, la cual adquiere relevancia en cuanto se le relaciona con el caso concreto sometido a la consideración jurídico penal.
- 5.- En esta aportación se considera como elemento típico a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; tales elementos son para el elemento matemático, una noción fundamental.

6.- En la sexta aportación, se incluye en el tipo, como uno de sus elementos a la Antijuridicidad, la cual se concibe dentro de un juicio valorativo, donde se da la violación de la norma de cultura reconocida por el legislador.

7.- Se incluye como aportación el vocablo "kernel", mismo que significa "núcleo": se utiliza la palabra "kernel", a juicio de los expositores Islas y Ramírez, por ser mas afortunado que la denominación "núcleo", pero esta última, para algunos tratadistas, es el puro verbo, para otros el algo más además del verbo, así la palabra "kernel", se utiliza en un sentido de conducta típica, entendida tal como la describe el tipo, es decir la sola conducta.

8.- En la octava aportación se presentan los llamados elementos normativos y subjetivos, cuyos conceptos históricos no satisfacen el modelo lógico matemático. Tal criterio se sustenta, en relación a los elementos normativos, el mismo no es solo valoración jurídica o cultural, o bien, Antijuridicidad incluida en el tipo, y por ello, se elimina la expresión "elementos objetivos del delito", aspecto parecido sucede con los llamados elementos subjetivos, ello se debe al criterio de que el ilícito únicamente hay dolo y no tales elementos.

Para concluir con sus defensas de sus aportaciones y en particular de las ventajas del modelo lógico matemático del derecho penal, los doctores Olga Islas y Elpidio Ramírez dicen que las aportaciones expuestas por ellos son de tal significación que constituyen nuevas y auténticas directrices, hacia todos los renglones del derecho penal.

Basta con la ubicación del tipo al frente, con lo que se da la plena vigencia al "nullum crimen sine lege", para declarar la bondad del método. Pero la segunda aportación consiste en la división de los elementos típicos en dos subconjuntos: presupuestos y elementos del delito, es algo ya

definitivo. La lesión, o puesta en peligro del bien jurídico, plenamente identificada y con el rango de elemento autónomo del delito, no solo llena el vacío que existía en la teoría del delito, sino que le confiere a ésta la explicación y sentido de que carecía, justificando, en último término al mismo derecho penal.

Este nuevo elemento puede servir, además de criterio, y el mejor, para distinguir entre el delito consumado y delito en grado de tentativa. Se requiere, para la validez del criterio, que la consumación implique necesariamente una lesión y la tentativa una puesta en peligro; o sea, estar frente a un delito consumado cuando, y solamente cuando, el bien jurídico sea lesionado, y estaremos frente a un delito en grado de tentativa cuando, y solamente cuando, el bien jurídico sea puesto en peligro.

## **2.2 El resultado de la comisión de la conducta prohibida.**

### **2.2.1 El daño a la esfera jurídica.**

El daño proviene del latín, *damnum*, daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien.<sup>22</sup>

Un principio general de derecho de secular origen, establece que todo aquél que cause un daño a otro tiene obligación de repararlo; en la antigua Roma en el año de 287 a.C., en los comicios de la plebe y a propuesta del tribuno Aquilio se dictó una ley que tenía por objeto regular la reparación del daño causado a otro. Su objeto era limitado: se refería a los hechos de matar

<sup>22</sup> Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H, Autores Varios, Editorial Porrúa, Novena Edición México 1996, p. 811.

o herir a un esclavo o animal, o destruir o deteriorar una cosa. Se la conoce como Lex Aquilia y consta de tres capítulos. Este cuerpo legal consagra el principio de que matar injustamente es matar sin derecho; por tanto, quien mata para escapar a un peligro que de otra forma no pudiese eludir, está exento de responsabilidad.

Este concepto es el germen de la legítima defensa. La ley establece asimismo la eximente de caso fortuito: quien mata por casualidad, no merece castigo; en cuanto a la culpa, la asimila al dolo. El daño por deterioro, robo, incendio, etc., lo considera sólo con relación a los esclavos, animales que pasen en rebaños y objetos materiales, y determina su indemnización. Desde su antecedente remoto en el derecho romano, a través del Código de Napoleón, la obligación de indemnizar el daño fue acogida por las legislaciones de los países del área latina y también por México.

Por lo que, todo hecho ilícito del hombre que cause a otro un daño, impone la obligación de repararlo. Si el daño se ha producido con dolo, estará tipificado como delito e integrará el ordenamiento jurídico-penal. En este caso, además de la sanción penal que recaiga sobre él, el agente se hará responsable civilmente de los perjuicios causados. Existen casos en que se ha actuado sin intención de dañar y el hecho no está calificado como delito por la legislación; pero se ha producido un daño en perjuicio de otro, que da lugar a indemnización. La doctrina atribuye el nombre de "cuasidelito" a estos supuestos.

La responsabilidad civil emergente de delito está prevista por el Código Penal y consiste en la reparación del daño. Dicha reparación tiene el carácter de pena cuando se efectúa por el propio delincuente; pero si la reparación la

realiza un tercero (p.e. un heredero, en caso de que se origine de un homicidio), su carácter es el de responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, el Código Civil regula la producida directamente por el culpable por las personas que éste tiene a su cuidado y por las cosas que están bajo su dominio.

La responsabilidad objetiva de indemnizar los daños y perjuicios causados se basa en la existencia de mecanismos o sustancias peligrosos o dañinos por su propia naturaleza (ciertas máquinas, sustancias químicas, explosivos, etc.), que pueden provocar la muerte, sin que haya mediado ilicitud por parte del poseedor jurídico de esos objetos. La teoría de la responsabilidad objetiva ha tenido gran desarrollo en lo que va de este siglo, especialmente por su aplicación al derecho del trabajo.

El codificador de 1928 adoptó la teoría que plasmó en el artículo 1913 del Código Civil ampliando su contenido, ya que se aplica a todo individuo que haga uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas o por la actividad que generen. El responsable debe indemnizar, aunque no haya obrado ilícitamente.

¿Qué debe indemnizarse? Las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en el sentido de que la indemnización debe comprender el "daño emergente" y el "lucro cesante". Se denomina daño emergente a la pérdida efectivamente sufrida, evaluable con toda certeza, se llama "lucro cesante" a la ganancia que se dejó de obtener a causa del evento dañoso y que hubiese sido percibida, dentro de un cálculo razonable de probabilidades ( por ejemplo, quien comete homicidio, debe pagar los

gastos de reparación del daño causado por tal ilícito, ejemplo como gastos funerarios, médicos, etc. -daño emergente- y la pérdida de ganancia que al momento del hecho por ese fallecimiento hayan dejado de percibir los beneficiarios -lucro cesante-).

En el Derecho penal., se entiende por daño el detrimento causado dolosamente en cosa ajena o en cosa propia, en este caso, siempre que se configure perjuicio a un tercero.

Sin embargo, el Código penal establece la sinonimia entre daño, destrucción o deterioro. En cuanto al elemento material, es indiferente el medio elegido para infligir el daño ("por cualquier medio") es un delito material. Admite tentativa en su iter criminis, en cuanto al régimen de su penalidad, esta figura es asimilada a la del delito de robo.

### **2.2.2 De la culpabilidad en el homicidio.**

Como se ha venido manifestando, dentro del mundo del derecho penal, tienen relevancia las figuras consistentes en la criminalidad, el crimen y el criminal, puesto que de estas tres figuras se desprende una mejor comprensión del acto criminal, ya que, ante la comisión de un hecho ilícito observando dichas esferas se está en mejor posibilidad de llegar al fondo de los motivos y causas que orillen a un integrante de la sociedad a la realización de conductas prohibidas.

El crimen es el acto de un sujeto que pone en tela de discusión la defensa de la sociedad derivado de la reciprocidad que existe y que se ha argumentado, entre la colectividad y la figura del Estado .

Sin embargo, dentro del estudio dogmático que la ciencia jurídico penal le practica en el desarrollo de las investigaciones judiciales a los hechos ilícitos, es necesario encontrar de entre los elementos de dicha investigación la figura de la culpabilidad, que para este supuesto no tiene que ver exactamente con el tema del dolo o la culpa en sí, sino que se trata de un elemento indispensable que debe ser determinado de forma auténtica.

En efecto, hablar de culpabilidad es hablar de la propia responsabilidad o que el sujeto activo o los sujetos activos que adquieren después de haber realizado aquella conducta debidamente tipificada y prohibitiva por el ordenamiento legal vigente, por supuesto, tomando en cuenta cuestiones de tiempo y lugar.

Así las cosas, un sujeto activo es culpable de la comisión del acto criminal, cuando del contenido de la investigación que para tal caso se suscite, se desprenda todo elemento circunstancial que así lo señale con la observación dogmática de que a efecto de que un integrante de la sociedad sea considerado como el responsable de una conducta prohibida, precisamente debe reunir el requisito de la culpabilidad.

Justamente, en el caso del homicidio el sujeto agresor será considerado culpable de dicho ilícito cuando, el investigador social observe toda circunstancia que así lo habilite, en virtud de ser responsable por haber privado de la vida a otro sujeto con idénticas calidades jurídicas y humanas, esto sustancialmente ocurre cuando se haya dictado sentencia condenatoria, quedando firme ésta y no exista ya recurso o medio legal alguno que la revoque o la modifique.

En efecto, se ha mencionado que para que se cumpla la consideración de culpable para un infractor a la ley, en este caso del delito de homicidio, es necesario el cumplimiento de toda aquella circunstancia de modo, tiempo y lugar que así lo permita, incluso y no sin restarle valor, la característica de la imputabilidad, puesto que un sujeto considerado como incapaz o inimputable tampoco es susceptible de ser considerado culpable, lo cual será objeto de la propia investigación que para ese efecto se realice puesto que, " se ha observado en todo homicida una historia de frustraciones a sus necesidades, acumulación de tensiones como consecuencia de la agresividad reprimida y controles sociales que fallan en determinadas circunstancias."<sup>23</sup>

### **2.2.3 Sanción, consecuencia directa.**

Para que un resultado sea imputable es preciso que, además de la relación de causalidad exista una "relación de riesgo", es decir, que como consecuencia del riesgo creado por la conducta se produzca el resultado. Si no existe esa relación de riesgo, no se puede imputar el resultado, aunque en algún caso pueda existir responsabilidad por frustración o tentativa. El juicio sobre la realización del riesgo en el resultado ha de realizarse ex post y no podrá imputarse la conducta.

Este criterio intenta explicar porqué no se imputan los resultados producidos por cursos causales anómalos o desviaciones del curso causal. Pero, en los delitos imprudentes, tiene además una manifestación específica cuando el resultado producido es consecuencia de otro riesgo distinto al riesgo creado por la infracción de la norma de cuidado y que ésta trata de

---

<sup>23</sup> Olga Islas de González Mariscal, Análisis de los Delitos contra la vida, p.21.

proteger (Incremento de riesgo en relación con el fin de la norma de cuidado lesionada).

Se trata de supuestos en los que se lesiona el deber objetivo de cuidado -falta la diligencia debida- y se produce un resultado, pero éste no es fruto del riesgo contra el que la norma de cuidado intenta proteger.

Se analizan bajo este epígrafe aquellos supuestos en los que el resultado se hubiera producido igualmente aunque quien actuó infringiendo la norma de cuidado, hubiera actuado conforme a derecho. Para solucionar estos casos, gran parte de la doctrina siguiendo a ROXIN acude a la denominada teoría del incremento del riesgo (Risikoerhöhungslehre). Para este autor el comportamiento imprudente tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido, incrementando la probabilidad de producción del resultado. Para averiguarlo, se llevará a cabo una comparación entre el riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto. Para ello se tendrán en cuenta no solo los factores reconocibles ex ante, sino los conocidos una vez producido el resultado.

Según la teoría del incremento del riesgo, formulada por ROXIN, la conducta imprudente ha debido incrementar el riesgo de producción del resultado. Para averiguar si se ha producido tal incremento del riesgo, habrá que realizar una comparación entre el riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto. Si de tal análisis resultara que el riesgo no se ha incrementado respecto a la conducta alternativa hipotética adecuada a derecho, el resultado no será imputable. De esta forma, si se comprueba que si el empresario en el caso de los pelos de cabra o el

anestesista del caso de la cocaína hubieran actuado correctamente también se hubieran producido los resultados lesivos, éstos no les serían imputables.

Alguna doctrina considera, sin embargo, que no deben tenerse en cuenta posibles conductas alternativas hipotéticas conforme a derecho, sino que habría que equiparar estos supuestos a aquellos en los que el resultado producido es consecuencia de otro riesgo distinto al creado por la infracción de la norma de cuidado y que ésta trata de proteger (incremento de riesgo en relación con el fin de la norma de cuidado lesionada).

De este breve resumen se deduce que también los criterios de este segundo nivel de imputación funcionan cuando no existe un elemento subjetivo tal como el dolo, es decir, que el autor no persigue con su acción el resultado típico y funcionan en la imprudencia precisamente porque ya sabemos que no existe dolo. Es decir, que el conocimiento inicial del carácter no doloso ya lo conocemos antes de realizar el juicio objetivo. Argumento que viene a ratificar aquellos de que la imputación objetiva no es tan objetiva, pues los criterios a aplicar dependerá de la modalidad de la conducta en atención al elemento subjetivo.

Bajo este epígrafe se trata un extenso número de casos en los que no existe imputación con base en diferentes consideraciones normativas que sirven a la interpretación del tipo en cuestión. Pero quizá su ubicación sistemática como tercer criterio o nivel de imputación no sea muy correcta, pues en realidad se trata de introducir criterios de política-criminal en la interpretación de los tipos, lo cual ha de realizarse, supuesto por supuesto, en la parte especial, sin que puedan darse criterios genéricos aplicables a todos los tipos penales.

#### **2.2.4 Requisito para reparar antijuridicidad.**

Ha quedado claro que para todo sujeto gobernado por determinado régimen le es atribuible una esfera jurídica que lo hace poseedor de títulos jurídicos de los que se pueden desprender acciones varias, tal es el caso del respeto y tutela de ese bien jurídico que importa sobre manera con respecto a los demás que le son atribuibles, es decir la vida misma, ya que al ostentarse con la calidad de gobernado la tutela de ese bien jurídico, frente a los demás sujetos integrantes de la población le corresponde al Estado, el cual fijará lineamientos legislativos para dicha protección.

Así también se ha expuesto debidamente que el daño es la consecuencia de una agresión provocada a la esfera jurídica del sujeto, que en tales condiciones es denominado sujeto pasivo y que lógicamente le causa un gravamen o un perjuicio a la titularidad de esos derechos que se encuentran circundando en la esfera mencionada.

Por lo anterior es preciso señalar que nuestra legislación prevé la figura de la reparación del daño genéricamente hablando y ello es en virtud de que una vez fallida la tutela que debe ejercer el Estado, le corresponde consecuentemente el intento y en su caso el resarcimiento del menoscabo provocado a los derechos que debía cuidar, en este caso de la vida.

Amén de lo anterior, es menester que para que exista la procedencia de la figura de la reparación, al gravamen provocado a un derecho protegido, se desprenda por ilación dentro de la investigación que se realice la figura de la Antijuridicidad.

La Antijuricidad versa acerca de la figura jurídica, a través de la cual, el representante de la sociedad y en su caso el órgano jurisdiccional comprendan que la conducta realizada se encontraba antes y después de su realización prohibida por la ley

La anterior afirmación se entiende de tal manera que para que un acto humano sea considerado como antijurídico, debe encontrarse prohibido en tal sentido, ya que pueden existir motivos que legitimen la conducta realizada y que consecuentemente excluyan la responsabilidad del agresor restándole la característica de antijurídico al hecho investigado

"Hans Kelsen ataca la concepción tradicional de la palabra antijuridicidad (contraria o violatoria del derecho) indicando que ésta proviene de una concepción estrecha del derecho que solo toma en cuenta a las normas secundarias (en el sistema kelseniano, norma secundaria es aquella que contiene la conducta debida que evita la sanción) y no a la norma primaria (aquellas que contienen la orden de aplicación de la sanción a cargo de un órgano que la aplica)."<sup>24</sup> Indica, además, que contrariamente a lo que se piensa, no es el ilícito lo que provoca que un acto tenga sanción, sino que es la sanción lo que provoca que un acto sea ilícito.

## **2.3. El sujeto pasivo.**

### **2.3.1 Noción de la víctima.**

Para la ciencia jurídica penal, tiene especial relevancia la relación que guarda entre el sujeto agresor o activo de la conducta prohibida por la ley y el

<sup>24</sup> Jakobs, G.: La imputación objetiva en Derecho Penal, p. 88

sujeto ofendido por el acto dicho perjudicado en su esfera de derechos denominado víctima, ambos unidos a través de un nexo causal

También ubicado en materia Penal como Ofendido, (Del latín *offendere*, participio pasado del verbo "ofender".) Ofendido es quien ha recibido en su persona, bienes o, en general, en su status jurídico, una ofensa, daño, ultraje, menoscabo, maltrato o injuria.<sup>25</sup>

Dentro del proceso penal reciben el nombre de ofendido la víctima del hecho delictivo, así como quienes, a causa de la muerte o de la incapacidad ocurrida a la víctima a resultas del ilícito penal, le suceden legalmente en sus derechos o les corresponde su representación legal.

Las funciones que al ofendido se asignan dentro del enjuiciamiento penal derivan, fundamentalmente, del sistema que se adopte en materia de acusación. En México, de modo claro a partir de la C de 1917, la facultad de acusar -ejercicio de la acción penal- se ha reservado al Ministerio Público en su carácter de órgano estatal encargado de la "persecución de los delitos". Dado que tal facultad constituye un "monopolio", y que la reparación del daño se concibe como "pena pública", el ofendido tiene en nuestro proceso penal un papel asaz limitado. No reconociéndose hoy día la posibilidad de que el particular ofendido por un hecho delictivo ejercite ante los tribunales competentes la pretensión punitiva, la ley le asigna funciones procesales de carácter secundario. Suele justificarse lo reducido de su papel aduciéndose que el otorgarle mayores facultades que las que hoy se le asignan contribuiría a introducir en el proceso el afán de venganza.

---

<sup>25</sup> Diccionario Jurídico 2002, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, J2K - 1865.

A pesar de lo limitado de su función y de lo mal encuadrada que se encuentra la figura dentro de nuestra legislación procesal penal, el ofendido es un interviniente en el proceso a quien le corresponde ejercitar diferentes facultades en las varias etapas en que se descompone el enjuiciamiento penal.

Por lo que hace a la fase de averiguación, el ofendido se encuentra facultado por la ley para denunciar los delitos de que se estima víctima. Debe tenerse presente, sin embargo, que esta facultad se le reconoce no en razón de haber sufrido en su persona o en su patrimonio los efectos del hecho ilícito, sino en tanto que la facultad de denunciar se reconoce a todo individuo que tiene conocimiento de tales hechos. En la práctica debe reconocerse que son precisamente los ofendidos quienes más frecuentemente intervienen ante las autoridades con el carácter de denunciantes, aportando la noticia criminis sobre la que habrá de realizarse la averiguación previa.

Además de poder presentar denuncias, nuestra legislación procesal penal confiere al ofendido el "monopolio de la querrela", cuando se exige el cumplimiento de tal requisito de procedibilidad como una condición sine qua non para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, tal y como sucede respecto a los delitos de estupro, rapto, difamación, etc. Dentro de la propia averiguación previa el ofendido, sea que intervenga como denunciante, como querellante o como simple ofendido puede poner a disposición del Ministerio Público los datos que contribuyan a establecer la culpabilidad -rectius: presunta responsabilidad- del indiciado, así como aquellos que permitan al órgano de la acusación reclamar la reparación del daño -moral y material- resultante de la conducta atribuida al presunto responsable.

Dentro de la instrucción el ofendido cuenta con una mayor cantidad de atribuciones. De modo particular, en tratándose de la reparación del daño, la ley procesal lo considera como coadyuvante del Ministerio Público en cuanto a la responsabilidad civil directa; como tal, tiene derecho a que se le notifique por parte del juzgador sobre las resoluciones que en materia de responsabilidad se dicten y puede poner a disposición del juzgador cualesquiera elementos relevantes para la determinación de la responsabilidad y de su monto. Si la reparación del daño derivado del hecho ilícito se hace valer en contra de persona distinta del indiciado en razón de estarse en alguno de los supuestos previstos por el Código Penal, el ofendido adquiere el carácter de actor, en el sentido pleno de la expresión, dentro del incidente de reparación.

Al ofendido corresponde, igualmente, el solicitar ante el juzgador el embargo precautorio de bienes del presunto responsable a fin de asegurar la reparación del daño. Tal facultad se confiere al ofendido y al propio Ministerio Público en forma indistinta, no existiendo, por tanto subsidiariedad. Con independencia de que en el proceso se reclame responsabilidad civil, el ofendido puede solicitar al juzgador que se le restituya en el goce de sus derechos, cuando los mismos han sido menoscabados por el hecho delictivo.

### **2.3.2 Noción de la reparación para la víctima.**

La última categoría política penalmente relevante es la de la responsabilidad y reparación para la víctima, mediante la cual se trata de saber si el sujeto activo merece una pena por el injusto que ha realizado.

En el sistema jurídico existen dos piezas fundamentales para ejercer la reparación del daño para la víctima:

En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que para la concepción Causalista el tipo objetivo agotaba el contenido del tipo, para la concepción Causalista valorativa comprendía los elementos subjetivos del tipo y para el finalismo comprende el dolo, para la concepción funcionalista hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por valoraciones jurídicas.

En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad. A la culpabilidad se añade la condición ineludible de la necesidad preventiva, general o especial, de la sanción penal.

En el Derecho positivo, incluido el de nuestro Código penal, no formulan un concepto de acción (ni de omisión), se limitan a declarar qué acciones u omisiones son constitutivas de infracción penal con reparación del daño para la víctima.

### **2.3.3 Breve crítica de la reparación como tercera vía en Derecho Penal.**

Si bien es cierto, la reparación del daño es causa de un delito en específico del homicidio, nos enfrentamos a ciertos problemas como es la capacidad económica del sujeto activo, tipo de sanción penal, entre otras multas, etc, pues cabe aclarar que en el Código de Procedimientos Penales, se establece

que una vez que el homicida cumpla con una sentencia privativa de libertad, se está cubriendo ya con la reparación del daño.

Sin embargo, es de nuestro estudio el manifestar que la víctima no puede ser resarcida en su esfera jurídica como lo establece nuestra Carta Magna, pues la víctima directa ya no existe, sin embargo las víctimas indirectamente son los familiares del occiso, por ejemplo, un padre de familia es acaecido por un delincuente, causándole la muerte, éste sin embargo, el infractor de la ley sujeto a un proceso penal es sentenciado a "x" años dentro de un centro preventivo y de readaptación social en donde cumplirá con su sentencia, sin embargo con ese hecho no se está cumpliendo con una reparación del daño causado tanto a la esposa como a los menores hijos, pues éstos han quedado en total estado de indefensión al no tener la solvencia económica y moral de un padre para solventar sus necesidades básicas.

De igual forma cabe destacar que los procedimientos civiles llevados ante los tribunales locales de esta ciudad, llegan a ser desgastantes y sobre pesados para los familiares del occiso, pues exigen demasiados requisitos y pruebas para acreditar que el solicitante tiene el derecho de exigir la reparación del daño por parte del sujeto activo.

La naturaleza de la reparación del daño, como se ha venido observando es eminentemente pecuniaria, lo que en la práctica penal ha traído numerosos conflictos pues su determinación resulta ser exageradamente difícil, puesto que ciertos bienes jurídicamente protegidos por las leyes, tal es el caso de la vida, no tienen una tabla de valuación

predeterminada en las compilaciones legislativas que para tal caso están fijadas.

El derecho actual permite que cada Estado de la República tenga su propia legislación, y si en ninguna se prevé esa determinación necesaria en materia económica, lo cierto es entonces que no existe un determinado valor en ninguna legislación para el pago de la vida, en ese sentido, la reparación del daño en tratándose de la comisión del delito consistente en la privación de la vida, no se allega de elementos adecuados para la determinación que se requiere.

#### **2.3.4 Recuperación de la víctima.**

En temas anteriores se ha manifestado que la víctima es esa segunda parte de la relación criminal unida por un nexo causal a un infractor, que con el desarrollo de su conducta lo lastima en el ejercicio de sus derechos.

En el caso del homicidio la víctima como sujeto pasivo pierde la vida, y ese es precisamente el verbo que representa importancia para el elemento de la tipificación, por ello resulta lógico hacer crítica por cuanto hace a la recuperación de agente ofendido, pues tratándose del tipo penal en estudio no se presentará en el mundo fáctico la recuperación mencionada.

En efecto, una vez totalmente menoscabado el bien jurídico protegido de la vida, la existencia del detentador de aquel derecho perdido fenecerá con su titular, por lo que bajo estos supuestos y toda vez que el delito de homicidio es grave para la legislación penal actual, quien realmente se ve

afectado con su comisión no solo es la familia de la víctima sino la sociedad en su conjunto.

Entonces, es procedente plantearse la interrogante de cuál es la recuperación que como víctimas del delito de homicidio, pueden presentar derivado de la orden de una autoridad judicial en su representación, cuando estas son la familia como núcleo de la sociedad, y esta última como tal.

**CAPÍTULO III**  
**LA PRIVACIÓN DE LA VIDA Y SU PUNCIÓN**

### 3.1 Los elementos del delito.

#### 3.1.1 Conducta.

Para entender la conducta del homicidio, o como aquel autor Eduardo López Betancourt lo denomina "privación de la vida", es menester aclarar su significado proveniente del latín homicidium, homicidio, asesinato, y en donde la Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis,<sup>26</sup> la prevé como una normación rogada, propuesta por Sila (en el año 81 antes de Cristo), y se castigaban igualmente al homicidio consumado que la tentativa, extendiendo su represividad a las cuadrillas de bandoleros, con finalidades homicidas y el denominado delito de encantamiento.

Puede decirse que, en términos generales, el homicidio consiste en la privación de la vida a un ser humano, sin distinción de condiciones de ningún género.

El bien jurídico es la vida humana (sin duda el primero de los valores penalmente tutelados), de él dimanar el resto de los valores, ya que sin él carecerían de sentido y de virtualidad práctica.

Pero cabe mencionar que el fin de la tutela rebasa por mucho, el estricto ámbito individual, la vida del hombre es protegida por el Estado no

---

<sup>26</sup> Eduardo López Betancourt, Teoría del delito, p.49

solamente en función de la particularidad concreta de cada cual, sino en consideración al interés de la colectividad.

De esta manera la vida humana se erige en bien de carácter eminentemente público, social, dado que el elemento poblacional es en esencia, fuerza y dinamicidad de la actividad del Estado en cuanto forma suprema de organización de la sociedad.

El concepto legal de homicidio es en el Nuevo Código Penal el artículo 123 que a la letra dice: "Al que prive de la vida a otro...". La abstracción descriptiva del legislador es concisa y concreta, la materialidad de la acción homicida reside en "privar de la vida a otro", y ese otro siempre será un ser humano.

### **3.1.2 Tipicidad.**

La tipicidad consiste en la adecuación de la conducta a un tipo penal y en específico al Homicidio; como se dijo anteriormente nuestro Código Penal Vigente manifiesta que el Homicidio es "aquél que priva de la vida a otro"; Sin embargo, para los efectos de la imposición de una pena, no interesan las conductas antijurídicas y culpables que no sean típicas porque no están contempladas en el catálogo de delitos del Código Penal. Del universo de hechos ilícitos, el legislador penal, mediante la técnica del tipo legal, selecciona todos aquellos hechos que por la gravedad o la forma de afectación del bien jurídico protegido como es el caso "la vida", y que considera merecedores de pena a aquél que lo cometa, por lo que establece una pena de ocho a veinte años de prisión.

Por lo anterior, el Derecho Penal, a diferencia de otras ramas del derecho, es considerado como un sistema cerrado o discontinuo de ilicitudes en el que no cabe la extensión de la responsabilidad penal por medio de la analogía o de otra técnica de interpretación similar que no se ajuste a los contenidos expresamente establecidos en los correspondientes tipos penales.

El tipo penal es el dispositivo legal que describe la conducta conminada con pena. Según la finalidad de la conducta existen tipos penales dolosos y culposos; según la forma de individualizar las conductas prohibidas existen tipos penales activos y omisivos; categorías típicas que se combinan dando lugar a tipos penales activos, dolosos y culposos, y tipos penales omisivos, dolosos y culposos. Por otra parte, los tipos penales contienen diferentes elementos entre los que cabe destacar los descriptivos, normativos y subjetivos que se caracterizan por su mayor o menor precisión, mayor o menor complejidad para identificar la conducta punible.

Básicamente, los tipos activos se caracterizan por describir a la conducta prohibida merecedora de pena (Ejemplo en el Código Penal en el artículo 136 "de las reglas comunes para los delitos de homicidio y lesiones"), en cambio los tipos omisivos describen a la conducta debida, resultando prohibida y merecedora de pena toda conducta distinta de la debida. Un caso especial es el de la omisión impropia, en el que sin estar expresamente descrita la conducta debida, por la especial posición de garante del autor, su conducta equivale a una conducta prohibida de un tipo penal activo.

Los tipos dolosos se caracterizan por describir a la conducta cuya finalidad coincide con la realización de todos los elementos constitutivos del

tipo penal; en este caso, la finalidad en sí misma es el dato determinante de la prohibición; admite diferentes grados según se trate de dolo directo de primer grado (el autor persigue directamente la producción del resultado); dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias (el autor persigue un resultado que conllevará necesariamente la producción de otro); y dolo eventual ( en donde el autor no persigue directamente el resultado pero lo acepta en su voluntad al actuar de manera indiferente frente a la lesión del bien jurídico protegido). Los tipos culposos se caracterizan por describir a la conducta cuya finalidad no coincide con la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal, pero cuya forma de ponerla en práctica o llevarla a cabo, viola un deber de cuidado, determinando la producción del resultado típico; la finalidad en sí misma no es el dato determinante de la prohibición, sino la forma o modo de obtenerla.

Para que una conducta sea típica tienen que estar presentes todos y cada uno de los elementos del correspondiente tipo penal, los objetivos y subjetivos. Es suficiente la ausencia de cualquiera de éstos para que esa conducta resulte atípica y, por lo tanto, no constituya delito.

En cuanto a la ausencia de tipicidad de la conducta porque no están dados los elementos objetivos, constitutivos del tipo penal, se pueden presentar diferentes situaciones, entre las que cabe destacar la falta o ausencia de tipo por inidoneidad del objeto, del sujeto activo o del pasivo (Ejemplo: homicidio de un cadáver, prevaricato cometido por un particular, estupro de un hombre) y la ausencia de resultado típico, en cuyo caso podría quedar un remanente de tipicidad por tentativa, si se trata de un tipo penal doloso. Otro caso importante de atipicidad se presenta en aquellas situaciones en las que no existe un nexo causal adecuado entre la conducta y

el resultado, como son los supuestos de aberración por desvío del curso causal, error en el golpe y en el objeto. En ciertos casos, la conducta resulta atípica de un tipo en particular, pero típica de otro que exige menos elementos (Ejemplo: el homicidio en legítima defensa).

En cuanto a la ausencia de tipicidad de la conducta porque no están dados los elementos subjetivos, los casos más importantes son los de incapacidad psicológica para conocer los elementos objetivos del tipo penal (autismo) y de comportarse de acuerdo a este conocimiento (artículo 14 Constitucional) y los de error de tipo que está reconocido en el art. 16 del Código Penal.

En este contexto es importante distinguir el error de tipo, de el error de prohibición; el error de tipo versa sobre los elementos constitutivos del tipo penal, el de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta; en el error de tipo el autor no sabe lo que hace, en el de prohibición sabe lo que hace pero no lo considera contrario a derecho. (Ejemplo: el cazador que dispara a un hombre creyendo que apunta su arma a un oso, no sabe que se trata de un hombre y, por lo tanto, no tiene la finalidad de matarlo - error de tipo -; en cambio, la víctima de una agresión que dispara su arma contra la persona que considera es la autora del ataque, sabe que se trata de un hombre y quiere dirigir su conducta contra este hombre, pero considera que lo hace legítimamente o de forma no contraria a derecho porque no se da cuenta de que en realidad no es su agresor - error de prohibición).

En resumen y establecido el tipo, cabe detectar los elementos integrantes del mismo: hay un presupuesto lógico y dos elementos constitutivos:

Presupuesto lógico. Al consistir el delito en la privación de la vida de un ser humano, la condición previa e ineludible para su configuración es la existencia de una persona viva. Poco importa a los efectos penales, que la viabilidad de la misma sea precaria o exultante, basta con la actividad vital de la existencia.

1) Primer elemento. Es el hecho de muerte auténtica sustantividad material del delito, la privación de la vida debe ser producto de una actividad idónea para causarla, lo que permite afirmar que puede ser debida al empleo de medios físicos, de omisiones e incluso de violencias meramente morales; lo anterior comporta la necesaria relación o nexo de causalidad entre actividad, en amplio sentido, y el resultado letal.

2) Segundo elemento. La muerte deberá ser producida, intencional o imprudentemente por otra persona. Dicho de otra forma, la privación de la vida ha de ser realizada dolosa o culposamente.

Para la perfección del tipo de homicidio, la conducta del sujeto activo de este delito debe encuadrarse perfectamente en aquella leyenda descrita en el cuerpo de normas previsto para tal efecto, es decir, debe existir identidad entre lo que se prevé en el ordenamiento judicial, en este caso el Código Penal para el Distrito Federal, y la conducta desplegada por este infractor de la ley, o bien, el miembro de la sociedad, que con su comisión prohibida infringe la ley.

### 3.1.3 Antijuricidad.

"La antijuricidad no es un concepto específicamente penal, sino que corresponde a la teoría general del hecho ilícito. Por esta razón, se considera que el Derecho Penal es eminentemente sancionador y secundariamente constitutivo, en este último caso, tratándose del ilícito de la tentativa y de los delitos de peligro."<sup>27</sup>

Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico no se puede admitir la existencia de contradicción entre sus diferentes disposiciones, razón por la cual es suficiente que exista una disposición perteneciente a cualquier rama del Derecho que permita la realización de la conducta típica para que ésta resulte justificada y, por lo mismo, exenta de responsabilidad penal.

En el aspecto finalista y material, la antijuricidad conlleva la afectación del bien jurídico protegido por la conminación penal específica, ya sea en su modalidad de daño o lesión (delitos de resultado) o en la de peligro y perturbación (delitos de peligro y tentativa). El bien jurídico penalmente protegido cumple la función de determinar el sentido y alcance de la prohibición, sin cuya existencia la antijuricidad devendría en un concepto meramente abstracto y formal, caracterizado únicamente por el incumplimiento del deber o por la imposición del deber por el deber mismo (concepto autoritario del Derecho Penal)<sup>28</sup>. El sentido teleológico del bien jurídico cobra su máxima expresión en el Derecho Penal cuando se trata de casos que involucran una colisión de bienes jurídicos protegidos, en los que solamente es posible salvar uno de éstos a costa del sacrificio del otro, en

<sup>27</sup> Cerezo Mir, J.: Curso de Derecho Penal español. Parte general. p.24

<sup>28</sup> Francisco Carrara, Derecho Penal, p. 124.

cuyo caso resulta primordial determinar cuál es el valor jurídico preponderante para establecer si la conducta en cuestión resulta conforme a derecho, o solamente inculpable, o, en el peor de los casos, culpable pero con una culpabilidad disminuida.

### 3.1.4 Imputabilidad.

Proviene del latín *imputare*, poner a cuenta de otro, atribuir, capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.<sup>29</sup>

De significar el término imputabilidad la referencia del acto al sujeto, en el sentido de serle este atribuible, ha pasado a denotar la previa capacidad del sujeto para esa referencia o atribución. Esta capacidad es, pues, una condición o situación en que debe hallarse el agente al momento del acto u omisión, y no una resolución psicológica con su hecho. Tal capacidad lo es de culpabilidad y autoriza el derecho para dirigirle el reproche que ésta consiste, a menos que deba tenerse ella por excluida en virtud de otras causas.

La ley penal suele no definir la imputabilidad ni expresar positivamente los factores que la condicionan, sino meramente indicar, en vez, las causas que la excluyen. De esta indicación no resulta, sin embargo, demasiado difícil extraer dogmáticamente la conclusión de que de manera positiva la imputabilidad consiste, como se ha dicho, en la capacidad de comprender el significado del hecho y de determinarse conforme a esa comprensión.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 79

Debido a que esta comprensión o determinación conciernen al mundo de valoraciones del derecho y no al de la ética, las formulaciones legales y doctrinarias sobre la materia subrayan el carácter ilícito o antijurídico del acto u omisión que el sujeto está en capacidad de comprender y de determinarse a poner en obra. La verdad es la total significación del hecho, tanto en el plano estrictamente fáctico como en el de la contrariedad al derecho, lo que hay que tener en cuenta respecto de la capacidad de comprensión y determinación de que se trata en la conceptualización de la imputabilidad.

La fórmula legal de la inimputabilidad puede configurarse de tres modos: 1) el biológico o psiquiátricos que expresa solo las fuentes de la incapacidad -sordomudez, demencia o locura, etc.- sin aludir a la consecuencial incapacidad de comprender o determinarse; 2) el psicológico, que expresa esta incapacidad sin mencionar sus fuentes, y 3) el psiquiátrico-psicológico jurídico o mixto, en que a la indicación más o menos amplia de las fuentes sigue la de sus efectos en cuanto a privación -como dice Jiménez de Asúa- de la conciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a derecho.

Los conceptos anteriores, desarrollados en términos generales a la luz de la legislación penal mexicana más reciente, autorizan para situar sistemáticamente la imputabilidad en el plano de aquella característica del delito que es la culpabilidad. Las normas del Código Penal hacían difícil, para muchos, mantener tal concepción y tal sistemática. Ello no resultaba de hallarse los menores, que son inimputables al margen de la normatividad penal, ni de la regulación que éste hacía del estado de inconsciencia, donde situaciones de ausencia de acto encontraban ciertamente sitio junto a situaciones de imputabilidad. Surgía sobre toda, de que la sordomudez, a

secas, y el trastorno mental permanente no se contaban entre las circunstancias excluyentes de la responsabilidad.

La ausencia en el caso de la inimputabilidad de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto y determinarse conforme a esa comprensión no sería, por ende, causa de inimputabilidad, sino acaso, mera causa personal de exclusión de la pena, con la consagración de una base asimétrica para el reproche y con consecuencias sistemáticas diversas de las que se han venido exponiendo.

"La concepción de la imputabilidad como capacidad, esto es, como un estado o condición del sujeto y no como una relación psicológica con el hecho singular, no significa, claro está, que pueda hablarse de imputabilidad en otro momento que el de la comisión del hecho<sup>30</sup>. Puede darse el caso, sin embargo, de hechos típicos cometidos en estado de inimputabilidad a que se ha llegado por un acto voluntario del actor, como sería, verbi gratia el caso de quien ejecuta un acto típico en estado de trastorno determinado por la ingestión voluntaria de bebidas embriagantes o de estupefacientes.

La legislación no ampara estos casos con la exclusión de la imputabilidad, lo que no parecería merecer reparos tratándose del delito culposos o imprudente, pues quien sabe que en estado de ebriedad, por ejemplo, desarrolla reacciones agresivas y en tal estado comete homicidio o lesiones, ha infringido al embriagarse un deber de cuidado que personalmente le incumbe y ha podido prever la aparición de un resultado como el acaecido.

---

<sup>30</sup> Quintero Olivares, G.: Manual de Derecho Penal. Parte general. p.80.

No puede decirse lo mismo de quien se embriaga de propósito para cometer un homicidio en estado de embriaguez, pues el acto de embriagarse voluntariamente para matar una vez ebrio no es manera alguna el comienzo de ejecución del delito de homicidio.

Consecuentemente y de lo anterior, se comprende que para el caso de imputársele a un sujeto el acto consistente en la privación de la vida, es derivado del hecho de que no concurren circunstancias excluyentes de responsabilidad en la comisión del hecho ilícito, además de que tampoco se presente la característica de incapacidad en todos los extremos que la legislación define, sino por el contrario que se cuente con el conocimiento previo de la mal formación que puede sufrir el mundo real con la realización de la conducta mencionada, puesto que solo así, la cuestión referente a la imputabilidad será perfecta.

### **3.1.5 Culpabilidad.**

La culpabilidad consiste en el juicio de reproche al autor por su conducta típica y antijurídica sobre la base de que en las circunstancias concretas en las que se manifestó su conducta le era exigible una conducta distinta conforme a derecho.

El principio de culpabilidad tiene dos manifestaciones: una a nivel de tipicidad, según el cual no existe responsabilidad penal si el resultado no le puede ser imputado al autor del hecho por lo menos a título de culpa; otra a nivel de culpabilidad, según el cual no existe responsabilidad penal si el derecho no le puede exigir al autor, considerado como hombre medio o

normal, tomando en cuenta las condiciones y circunstancias de su conducta, un comportamiento diferente, ajustado a derecho.

La culpabilidad como característica del delito es reprochabilidad; i) a quién se reprocha: al autor de una conducta típica y antijurídica, ii) por qué se le reprocha: porque le era exigible un comportamiento adecuado a derecho, iii) sobre qué base se le reprocha: tomando en cuenta elementos objetivos y subjetivos que configuran las circunstancias reales y personales en las que se desarrolló su conducta.

La culpabilidad es un juicio de valor que relieves de manera preponderante la personalidad del autor con relación a las exigencias del derecho. Si bien el autor y su conducta son elementos inescindibles del análisis dogmático penal, en el estrato de la culpabilidad cobran mayor énfasis las condiciones y características personales del autor como son las referidas a su imputabilidad o capacidad penal de culpabilidad, que al constituir en muchos casos un estado del autor, no se circunscriben a la concreta conducta realizada, sino que trascienden este contexto espacial y temporal.

Es nuestro caso, en el Homicidio se encuentra que la valoración exacta del homicida al cometer muerte a un ser humano, ha cobrado ya cierta culpabilidad al haberlo cometido por las circunstancias que se hayan ameritado, sin embargo es importante hacer notar que el que priva de la vida a otro, siempre existe una causa de hecho o de situación debe o conoce los resultados finales, sin que sea para el Estado como protector del bien jurídico tutelado una causa que amerite el perdón.

### 3.1.6 Punibilidad.

Los tipos del delito de homicidio pueden agruparse en tres grandes rúbricas:

1) homicidios simples intencionales, cuya caracterización viene determinada por la ausencia de circunstancias calificativas en el hecho delictuoso;

2) homicidios atenuados, en los que la punición es disminuida en consideración a muy concretas circunstancias (de diversos órdenes) concurrentes en la dinamicidad fáctica y

3) homicidios calificados o agravados, en los que se detecta la presencia de una o varias: circunstancias agravatorias de la responsabilidad penal.

Junto a los anteriores tipos de homicidios intencionales se encuentran los realizados culposamente, es decir, no intencionales o imprudentes que son aquellos en los que el resultado fatal adviene como consecuencia de actuar el sujeto activo del delito con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado.

Especial relevancia adquiere, en el homicidio, "el problema de la relación de causalidad o nexo causal entre la acción (entendida en amplio sentido) y el resultado mortal; esta tesis cuestionante recibe su tratamiento

normativo, excesivamente casuístico, en la opinión de la crítica más autorizada, es semillero de confusión y de discrepancias<sup>31</sup>.

Finalmente, parece conveniente agregar (en contra de una común y errónea creencia, ampliamente difundida) que solamente en los más elevados grados de la evolución moral y jurídica de los pueblos civilizados, es cuando el homicidio adquiere la consideración del delito más grave y repudiable.

La Punibilidad, es entonces la figura jurídica a través de la cual después del desarrollo de una investigación judicial, y un juicio ordinario o sumario penal se impone al indiciado en este caso el homicida, culpable, una sanción que derivado de las circunstancias en concreto, le sea atribuible, la cual, en el caso general y de acuerdo en lo establecido en el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal va desde los ocho años hasta los veinte años de prisión. Los tratadistas señalan que la consecuencia lógica del juicio de reproche es el castigo y éste es el previamente establecido en el ordenamiento que contiene el tipo penal sobre el cual se versa.

### **3.2 Tipos de homicidios.**

#### **3.2.1 Elementos del Delito de Homicidio.**

Como se ha venido manifestando, en la realidad jurídica penal el tipo en su interior representa la acumulación de todos sus factores, lo que pone de manifiesto que una conducta tipificada no es unitaria, sino por el contrario, se

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.68

compone de diversas circunstancias reales que dogmáticamente tanto para la representación social, como para la autoridad judicial se traducen como elementos.

En efecto, los elementos del tipo en el homicidio pueden ser conceptualizados como todos y cada una de las partes integrantes de la descripción penal del delito en ausencia de las cuales no se puede configurar éste, ello en atención a lo manifestado en temas anteriores, puesto que es menester la reunión de todos esos elementos a efecto de que se presente el encuadramiento del tipo penal y consecuentemente el deslinde de la probable responsabilidad.

Así las cosas "los elementos del tipo del delito en estudio son: a) privación de la vida( elemento material u objetivo); b) intención delictuosa, o actuar negligente o sea dolo o culpa (elemento moral o subjetivo)"<sup>32</sup>

### **3.2.2 Simple Doloso.**

El Homicidio Simple Doloso, es aquel delito que consiste en un hacer o no hacer humano, que consecuentemente y derivado de esa realización produce la muerte de una persona, pero la característica de este delito, es la de que no exista en el sujeto activo una reflexión previa respecto a la conducta que va a realizar, ni tampoco se presenten circunstancias que impliquen una superioridad del agresor en relación con el agredido; o de sorpresa tal que imposibilite la defensa o protección del pasivo, o de violación de deberes de

---

<sup>32</sup> Osorio Y Nieto, Cesar Augusto. El Homicidio, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1999, p.5

lealtad cuando se presenten circunstancias de relaciones afines, ello entre otros casos en particular.

En efecto, para el homicidio simple doloso no se encuentran circunstancias que equilibren las fuerzas que contienden, es decir, la del sujeto agresor y la del sujeto pasivo, lo que pone de manifiesto que los elementos subjetivos como es el caso del dolo, la consecuencia, la voluntad, ánimo, intención, de ello deviene la simplicidad de este homicidio, ya que no se presentan en el actuar de agente circunstancias agravantes ni atenuantes.

### **3.2.3 Calificados Atenuados.**

En este supuesto se presentan en el mundo real dos bienes jurídicos tutelados que se enfrentan y que derivado de ello ambos se causan afectaciones en su esfera jurídica.

De lo anterior se encuentra que para el caso, por ejemplo del homicidio cometido en riña éste se considera atenuado, toda vez que el juzgador al momento de valorar las circunstancias que llevaron a ese extremo ilícito, deberá tomar en cuenta que la riña siempre deviene de un motivo real y psicológico, es decir, que la condición subjetiva que origina el conflicto también es tomada en consideración para determinar el grado de atenuado, además de que la riña por si misma atenúa también el acto prohibitivo, en este caso la muerte del pasivo, ya que como se ha mencionado se entiende ante el conflicto de las dos esferas jurídicas una falta de superioridad absoluta de una esfera para con la otra.

### 3.2.4 Calificados Agravados

En ese contexto, la figura de la superioridad absoluta de uno de los sujetos que participan en el conflicto que tiene como consecuencia el cese de las funciones vitales, o bien la muerte del sujeto agredido, es la condición necesaria que desde la investigación judicial y después de la valoración de la instrucción, debe ser tomada en cuenta para llegar a la determinación de que el acto ilícito es grave.

El ordenamiento que contiene la conducta prohibitiva prevé con claridad qué circunstancias son consideradas como agravantes, las cuales en un estudio más amplio, pueden ser específicas materialmente hablando y también subjetivamente.

Para tal supuesto una de estas agravantes es la consistente en la premeditación del acto, el cual resulta ser todo lo contrario del homicidio simple doloso, puesto que aquí se planea el resultado material. Sin embargo, ésta es sólo una de las agravantes puesto que el homicidio también puede presentarse con una ventaja, que tenga el sujeto activo sobre su víctima, tal es el caso del hecho consistente en la muerte de un sujeto ocasionada por el infractor de la ley cuando este último es un experto en artes marciales.

Así también, como agravante se presenta la traición, y ello sucede cuando entre las partes se encuentra una relación que implica el grado de confianza por cualquier circunstancia.

### **3.2.5 En razón del parentesco**

Eminentemente para el legislador en tratándose de este delito, fue necesario plasmar la idea fundamental sociológica jurídica de que la familia es el núcleo de la sociedad y por ello, es el primer órgano que debe estar equilibrado, en virtud de que de no encontrarse así la lógica consecuencia es que los estratos de la escala social tengan cimientos quebrados, hecho derivado del cual la figura de la criminalidad aparece con mayor intensidad puesto que el Estado falla en su intento y obligación de protección desde los pilares fundamentales como lo es la familia.

En tal virtud, grave se toma el homicidio causado en razón de parentesco, puesto que el sujeto activo no solamente está gravando la esfera del gobernado que como víctima sufre el daño, sino que con dicha conducta atenta contra toda la sociedad en su conjunto, en base a las consideraciones anteriores.

### **3.2.6 Causados por contusiones**

De entre la clasificación del delito de homicidio, una de sus modalidades representa especial atención, derivado de la violencia con la que se produce en virtud de que el bien jurídico tutelado de la vida, es destruido conjuntamente con una destrucción total del cuerpo de la víctima.

Así es, el homicidio causado por contusiones es aquél por medio del cual la muerte se presenta por un choque o un aplastamiento contra un cuerpo duro no cortante.

El mecanismo de este suceso criminal también es variable, pero normalmente como se ha dicho se da a través del aplastamiento o presión contra un cuerpo duro como un muro o el techo, y como se había dicho, se produce también a través del choque del cuerpo de la víctima con un objeto a una gran velocidad.

Como es lógico por la gravedad con la que se produce el ilícito en cuestión, su penalidad también es gravada, pero lo importante es el estudio del criminal que logra ese ilícito con plena noción de la realidad.

### **3.2.7 Con motivo de tránsito**

Como el nombre del delito del que se hace mención lo indica es aquél que se produce con motivo de un atropellamiento.

La ley actual considera que al conductor que priva de la vida a un transeúnte, siempre que el primero de éstos sea un particular, tendrá el beneficio de la libertad condicional ya que se considera la existencia de la culpa y no del dolo, o bien, la falta de intención para producir el daño.

Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de un sujeto activo dedicado al transporte público individual de pasajeros, puesto que éste será tratado como un delincuente intencional.

### **3.2.8 Causados por armas blancas.**

Se entiende por arma blanca a todos aquellos instrumentos de medidas y pesos variables, destinados o utilizados para el ataque o la defensa,

constituidos por una empuñadura que pueden ser de diversos materiales, adherido a un segmento de metal, como puede ser con filo o simplemente una punta.

Dentro de la clasificación se pueden encontrar las armas punzo cortantes, que se caracterizan por tener una punta y un filo y actuar en una forma penetrante y cortante, lo que deja que esta arma penetre y en razón de su filo secciona.

Asimismo se encuentran las armas contuso cortante, las cuales tienen filo, pero se caracterizan por su peso, por lo que al ser utilizadas cortan de tajo, tal es el caso de las hachas y los machetes.

Atento a lo anterior el homicidio causado con estas armas se traduce en la práctica como un delito especial, puesto que en la práctica el informe o dictamen médico que rinde peritos especialistas debe traer en su estudio o análisis qué tipo de arma y cómo produjo la muerte del sujeto pasivo.

### **3.2.9 Causadas por armas de Fuego.**

Este homicidio lo provoca el agresor que cuenta con un objeto denominado arma, el cual se comprende como todo aquel instrumento, que es ofensivo o defensivo, pero cuyo mecanismo, que por medio de la producción de gases resultante de la combustión de pólvora, o de sus derivados impulsa un objeto a su exterior denominado proyectil.

Así las cosas, el tipo de lesiones son causadas por la penetración del proyectil disparado violentamente por la explosión de pólvora con efectos de percusión.

### 3.2.10 Causados por quemaduras y explosivos

Notablemente se trata de uno de los homicidios que de ser cometidos dolosamente implican un grave trastorno al conjunto de la sociedad. Se trata de un acontecimiento producido por agentes químicos, físicos y biológicos, siendo las más frecuentes, las muertes causadas por calor, electricidad atmosférica, industrial, y en algunas ocasiones con ácidos.

La quemadura puede definirse como "un conjunto de lesiones determinadas por la acción de agentes físicos, químicos o biológicos que actuando sobre los tejidos dan lugar a procesos reaccionales locales y generales, cuya gravedad guarda relación con su extensión o profundidad"<sup>33</sup>

Como se ha explicado, la quemadura de acuerdo a la profundidad y a la extensión causará la muerte, pero de acuerdo a estos dos factores también pueden ser catalogadas en primer grado, segundo, tercero y cuarto grado.

Ahora bien, por cuanto hace al tema de los explosivos, éstos provocan la muerte derivado de la destrucción de un instrumento que contenga determinado bien energético, como lo es la dinamita o el petróleo y lógicamente, el impacto provocado al sujeto pasivo de este acontecimiento, implicará una destrucción de su cuerpo.

---

<sup>33</sup> Pablo BOHNET, Medicina Legal, p. 363.

### **3.2.11 Causados por asfixia**

La asfixia se define como "la muerte violenta o no, aparente o real resultante de la interrupción transitoria o definitiva de los intercambios respiratorios"<sup>34</sup>

Básicamente de este concepto se pueden desprender la figura de la sofocación, la estrangulación, la ahorcadura y la sumersión, y de todos estos puede apreciarse su similitud en el hecho de que un obstáculo en las vías respiratorias impide su libre desarrollo, y por lo mismo el cese de las funciones orgánicas del sujeto que sea atacado de esta manera

### **3.2.12 Causados por envenenamiento**

El sujeto que pretenda utilizar el veneno para privar de la vida al sujeto pasivo de la relación contractual, puede contar con una gran variedad de éstos, pues existen los gaseosos, los volátiles, minerales, entre otros.

Se trata de una sustancia introducida en él cuerpo o aplicada en él en una cantidad que le ocasiona la muerte o un grave trastorno, y su origen puede ser muy variado, pues puede ser vegetal, animal o vegetal.

La lesión interna provocada por el agente externo, destruida dolorosamente en la mayoría de los casos, la función de los órganos de que se trate en lo particular para ocasionar el fin de la actividad del mismo, provocando la muerte al poseedor de éste.

---

<sup>34</sup> Ibid. p. 465.

### 3.3 De las penas, la consecuencia de la comisión.

La doctrina establece que el derecho es un conjunto de normas que regulan de modo específico la conducta humana. El problema de la definición del derecho es el de establecer el carácter de esa especificidad. Algunos autores consideran que lo característico del derecho es el ser un conjunto de normas que se distinguen por su contenido de otras normas que tienen otros contenidos, éste sería un criterio material sobre el concepto del derecho, e implicar la idea, que pocos estarían dispuestos a suscribir de que hay una materia específica jurídica y que hay actos humanos que no pueden estar sujetos a regulación jurídica alguna. Para otros autores, la gran mayoría de ellos el derecho puede caracterizarse por el modo o manera como regula la conducta humana de modo bilateral o de modo coactivo. La primera tesis no debe discutirse en este lugar; la segunda es pertinente, pues se encuentra relacionada con el concepto de la sanción, se basa en un antiguo concepto empírico sobre el ser humano y sus motivaciones, aunque nunca ha sido exacto el experimento, es posible afirmar que la experiencia ha mostrado al hombre que puede controlarse la conducta de un individuo por medio de la amenaza de que se le infligirá un mal en caso de que realice una conducta no deseada. En muchas ocasiones la simple irritabilidad produce como reacción a una determinada conducta, otra dañina para el sujeto que realizó la primera. Es el principio de retribución reaccionar con un mal contra aquél que ha realizado un mal. Ojo por ojo y diente por diente, como se expresa en la Biblia. La sanción se encuentra dentro de la expresión que se refiere por segunda vez al ojo y al diente, es decir, a la conducta que reacciona contra el mal infligido. Esta experiencia antiquísima es como ha demostrado Kelsen, el fundamento explicativo más originario de la humanidad, que se encuentra en

la base de la religión y de la filosofía natural de los griegos y en general, en las concepciones de todos los pueblos primitivos.

Sin embargo, como en muchas otras materias, fue Protágoras de Abdera el que logró una concepción del castigo y la sanción que hasta la fecha no ha sido superada. Dice: "Nadie castiga al delincuente en atención y por razón de lo que ha hecho -pues lo ocurrido no puede deshacerse-sino en razón del futuro, para que ni el propio autor vuelva a cometer desafueros, ni otro que sea testigo de su castigo... Y quien así piensa castiga para intimidación". La intimidación es la función del castigo John Austin afirma una persona que está bajo un deber o que tiene un deber, está sujeto y un mal o a una molestia (que le será infligida por una autoridad soberana) en el caso de que viole su deber o desobedezca el mandato que lo impone. En razón de esta responsabilidad o perjuicio por el mal eventual o condicional existe la probabilidad de que no desobedezca: probabilidad que es mayor o menor (independientemente de otras consideraciones ajenas) según sea el mal mismo, así como también sea mayor o menor la probabilidad de incurrir en él por desobediencia. Se llama sanción al mal eventual o condicional al que está expuesto el sujeto. Se dice que el derecho; u otro mandato está sancionado con ese mal.

En sentido similar se expresa R. Von Ihering en el fin en el derecho, y todos los autores que afirman que el derecho es un orden que establece sanciones, un orden coactivo de la conducta humana, para utilizar la sintética expresión kelseniana, si esto es así, entonces cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencial, se traduce en una proposición en la cual se enlaza un acto coactivo como consecuencia

Jurídica a un determinado supuesto de hecho o, condición" (Kelsen, Teoría General del Estado).

Más adelante de esto no se ha ido en la ciencia del derecho. En consecuencia, las notas características de la sanción son las siguientes: a) es un contenido de la norma jurídica; b) en la proposición jurídica o regla de derecho que formula la ciencia del derecho la sanción se encuentra en la consecuencia del enunciado hipotético; c) el contenido normativo calificado de sanción generalmente consiste en un acto que importe al sujeto infractor un mal o un daño, la privación de ciertos bienes o valores o la imposición de ciertos perjuicios o dolores d) en el derecho moderno la imposición de las sanciones, así como su ejecución la llevan a cabo los órganos del Estado, en tanto se le conciba como un orden normativo centralizado que establece el monopolio de la coacción física por sus órganos (Weber y Kelsen), y e) las finalidades de las sanciones son de tres clases: o retributivas, o intimidatorias o compensatorias del daño producido por el acto ilícito.

### **3.3.1 Privación de la Libertad.**

Como tal, debe entenderse la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal cuando se le imputa la comisión de un delito grave, y por ello existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo.

Por ello de la importancia de que a partir de los artículos 287 y 293 de la Constitución española de Cádiz de 1812, que estuvo vigente en nuestro país durante breves periodos, las constituciones mexicanas expedidas con

posterioridad a la independencia, establecieron la detención de las personas sólo con motivo de una acusación en su contra por delito que mereciera pena corporal y a través de una orden judicial, salvo los casos de delito flagrante, en los cuales cualquier persona podía realizar la aprehensión pero debiendo entregar inmediatamente al inculpado a la autoridad judicial. Además se consagró la necesidad de justificar la prisión provisional por medio de una resolución judicial motivada, dictada en breve plazo. Con algunos matices se puede citar en este sentido los artículos 150 y 151 de la Constitución de 1824; 2o., fracciones I y II, de la Primera Ley Constitucional de 1836; 9o., fracciones VI y VII de las Bases Orgánicas de 1843; así como los artículos 16, 18 y 19 de la C de 5 de febrero de 1857.

Pero debido a los abusos que se realizaron durante la vigencia de la Constitución anterior, no obstante sus disposiciones protectoras de la libertad personal, la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917 consagró con mayor precisión los requisitos de la restricción provisional de la propia libertad con motivo del proceso penal y por ello la segunda parte del artículo 16 exige que, salvo los casos de flagrante delito o de la ausencia de autoridad judicial en el lugar de la detención, la privación de la libertad procede con motivo del cumplimiento de una orden judicial de aprehensión y siempre que previamente se hubiese formulado denuncia o querrela de un determinado delito que la ley castigue con pena corporal, las que se encuentren apoyadas por declaración bajo protesta o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; en el artículo 18 se dispone que sólo por delito que merezca pena corporal podrá ordenarse la prisión preventiva, la que se cumplirá en un sitio distinto del que se destinare a la extinción de las penas; la parte relativa del «a.» 19 establece que ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión; y

el artículo 20 en sus fracciones I y X, las cuales regulan los requisitos de la libertad caucional, la que sólo procede cuando el delito que se impute al acusado se sancione con pena que tenga un término medio aritmético que no exceda los cinco años de prisión; y se prohíbe la prolongación de la detención o de la prisión preventiva por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación en dinero por causa de responsabilidad civil o algún motivo análogo, o se prolongue por mayor tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

Si se examina brevemente la regulación de la detención preventiva en los ordenamientos modelo, dicha medida puede dividirse en dos etapas: primero la detención y posteriormente la prisión preventiva propiamente dicha. La primera se inicia al ejecutarse la orden de aprehensión y sólo puede durar setenta y dos horas, y la segunda se determina con el auto de formal prisión, pudiendo prolongarse durante todo el proceso, a no ser que se decrete la medida cautelar opuesta en beneficio del inculpado, es decir, la libertad provisional que asume dos modalidades: bajo protesta y caucional.

No se hará referencia a las disposiciones legales relativas a la orden de aprehensión, al auto de formal prisión o a la libertad provisional, ya que son objeto de análisis específicos, por lo que se limitara a señalar los aspectos peculiares de la detención preventiva en el ordenamiento mexicano.

Es menester aclarar que la detención preventiva sólo puede efectuarse por orden judicial cuando se impute al acusado delitos que se sancionen con pena corporal, a no ser que el acusado se resista a comparecer ante el Ministerio Público (MP) o ante el juez de la causa .

Por otra parte, el Código Penal faculta al propio Ministerio Público para decidir sobre la libertad del inculpado durante la averiguación previa, es decir, para determinar si solicita o no una orden de aprehensión, tratándose de delitos de imprudencia motivados por el tránsito de vehículos, siempre que no se abandone a quien hubiese resultado lesionado y si el presunto responsable garantiza suficientemente que no se sustraerá a la acción de la justicia, y en su caso, que cubrirá la reparación del daño.

Es el caso de que el Código Federal penal contiene una regla similar, pero sólo cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión que es el límite de la libertad caucional.

Tampoco puede detenerse al acusado aun cuando se hubiese dictado en su contra una orden de aprehensión, cuando posea inmunidad procesal.

Un aspecto que debe destacarse en cuanto a la prisión preventiva es el lugar en el cual debe realizarse, pues como ya se ha expuesto el artículo 18 de la Constitución dispone que será diverso y separado de aquél que se utiliza para la ejecución de las penas. Ésta ha sido una disposición de difícil aplicación debido a lo anacrónico de una buena parte de las instalaciones penitenciarias, por lo que con frecuencia se han utilizado los mismos edificios, en sectores diversos, o se ha mantenido a los detenidos provisionalmente, en instalaciones notoriamente inadecuadas. Afortunadamente en los últimos años se ha avanzado en esta materia, y un ejemplo significativo está contenido en el Reglamento de Reclusorios del D.F. que entró en vigor en enero de 1979, con el objeto de regular de manera específica las condiciones de la detención preventiva en los citados reclusorios, establecidos con ese propósito.

Existe una vigorosa corriente doctrinal en México, como en muchos otros países, para limitar en lo posible a la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada el arresto domiciliario el arraigo y otras similares, tomando en cuenta que esta institución contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal y que fue consagrado expresamente en el artículo 30 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814 y según el cual: "Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado".

### **3.3.2 Pena de Muerte como una opción.**

Sanción penal aplicable al autor de un hecho delictivo, la que al causarle la muerte, el encarcelamiento, un dolor físico o un sufrimiento moral, afecta la vida, libertad o integridad personales del individuo.

La pena de muerte, así como las penas de mutilación, azotes, apaleo, marca, ruptura de miembros y otras que ocasionan dolor físico, estaban previstas y eran comúnmente aplicadas en los antiguos derechos romano, germánico y canónico. Las Leyes de Indias por ejemplo, señalaban penas diferentes según las castas. No sería sino hasta el siglo XVIII que habría de levantarse un clamor generalizado de protesta contra las penas corporales.

El derecho constitucional mexicano ha adoptado, de siempre, una tendencia humanitaria, al proscribir numerosas penas crueles, infamantes e injustas. Desde la C de Cádiz de 1812 la cual estuvo vigente en nuestro país

solo por breves periodos, se proscribió para siempre el tormento admitido durante siglos como medio normal para obtener la confesión del inculpado, y se prohibieron igualmente las penas trascendentales.

En la actualidad el artículo 22 de la Constitucional contempla igualmente la humanización de las penas bárbaras y crueles. El primer párrafo de este precepto señala: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

Así, con el fin de preservar la integridad y la dignidad personales a que tiene derecho todo ser humano, que se encuentre éste en situación de procesado o trátase de un delincuente ya sentenciado, la disposición citada prohíbe expresamente, un cierto número de penas inhumanas, crueles e infamantes haciendo extensiva esta prohibición a todas aquellas penas que tengan un carácter inusitado y trascendental, es decir, tanto las no previstas por la legislación, como las que afectan a personas distintas al inculpado o al sentenciado.

Ahora bien, en cuanto a la legislación secundaria, dado el carácter más bien facultativo que obligatorio que la Constitución confiere a la posibilidad de imponer la pena de muerte, ésta ha desaparecido prácticamente de la legislación federal del orden común, subsistiendo únicamente en materia militar. Así, esta pena fue suprimida en el Código penal, ya que la misma no figura en las penas y medidas de seguridad aplicables a los delitos.

En el derecho internacional de los derechos humanos también impera la tendencia abolicionista tanto de la pena de muerte como de las penas que causan un dolor físico o un sufrimiento moral a la persona humana. A este respecto, no permite remitir al lector a la voz "integridad personal", particularmente en sus partes relativas al derecho a la vida y al derecho a no ser sometidos a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

### **3.3.3 Servicio Social o a la Comunidad.**

"El tratamiento de libertad de imputables, consiste en la aplicación de las medidas laborables, educativas y curativas, en su caso autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado"<sup>35</sup>

Efectivamente se trata de una alternativa que la ley prevé para el caso de que un sujeto imputable, culpable de la comisión de un ilícito pueda buscar una readaptación en la sociedad prestando una actividad que le beneficie a éste por su propio desarrollo y que beneficie a la comunidad en su conjunto, y toda vez que este tipo de alternativas son difíciles en la materia de homicidio, resulta obvia su comprensión.

### **3.3.4 Suspensión y Privación de Derechos.**

Refiriéndose a la derogación general y temporal de las garantías individuales en casos o situaciones de emergencia, o restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano por incumplimiento de las correlativas obligaciones ciudadanas o por infracción de algún ordenamiento legal.

---

<sup>35</sup> Gustavo MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 633.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, la suspensión de derechos puede revestir dos modalidades distintas, según la mayor o menor extensión del ámbito personal y material de afectación de la medida suspensiva.

Una primera modalidad de carácter general, está representada por la posibilidad de suspender, en casos o situaciones de emergencia y mediante prevenciones generales, todos aquellos derechos humanos que constituyan un obstáculo para encarar, pronta y eficazmente, tales eventualidades.

Cabe advertir, sin embargo, que si bien que la disposición constitucional, expresamente señala que la suspensión podrá operar en todo o sólo en parte del territorio nacional, limita la duración de esta medida y prescribe que la misma habrá de implantarse mediante disposiciones aplicables erga omnes; por el contrario nada dice respecto de cuál o cuáles de los derechos humanos consagrados por la Constitución podrán o no suspenderse.

De ahí que conforme a los términos de la propia Carta Magna, y teniendo presente además el conocido aforismo de que ahí donde la ley no distingue no cabe ninguna distinción, puede afirmarse que los derechos susceptibles de ser suspendidos son todos los que consagra nuestra carta fundamental.

Lo anterior cobra una especial relevancia si se toma en cuenta que dos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos—uno, aplicable en el plano universal, o sea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo sólo: el Pacto), adoptado el 16 de diciembre de 1966

y vigente desde el 23 de marzo de 1976 y otro circunscrito al ámbito regional, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (de aquí en adelante: la Convención Americana), suscrita el 22 de noviembre de 1969 y en vigor a partir del 18 de julio de 1978, ambos ratificados por nuestro país los días 24 y 25 de marzo de 1981, respectivamente, contienen una disposición muy semejante que prohíbe de manera terminante la suspensión de toda una serie de derechos, entre ellos, desde luego, el derecho a la vida.

A este respecto sería pertinente recordar aquí, primero, que el también 29 de nuestra Carta Magna anterior, de 1857, permitía la suspensión de las garantías individuales con excepción de las que garantizan la vida del hombre, y segundo, que el Congreso Constituyente de 1916-1917 abandonó esta excepción aduciendo que la misma "prácticamente, venía a nulificar el efecto de la suspensión", por lo que: "si la suspensión de garantías no comprende también las que protegen la vida, no producirá aquella medida otro resultado que poner en descubierto la impotencia del poder público para garantizar la seguridad social".

Una segunda modalidad, esta vez de carácter particular, queda configurada por la posibilidad de suspender en el ejercicio de sus derechos políticos, es decir, de las prerrogativas reconocidas exclusivamente a los ciudadanos mexicanos, a aquellas personas, individualmente consideradas, que se coloquen en ciertas situaciones de las cuales resulte la inconveniencia o imposibilidad del disfrute o ejercicio de tales derechos.

Así, la propia Constitución autoriza dicha suspensión, primero, por no cumplir con las obligaciones del ciudadano enumeradas en la Carta Magna;

segundo, por encontrarse sujeto a un proceso penal por delito que amerite pena corporal; tercero, durante la extinción de una pena corporal; cuarto, por vagancia o ebriedad consuetudinaria; quinto, por estar prófugo de la justicia, y sexto, por sentencia ejecutoria que imponga como pena tal suspensión.

Por lo que toca a la legislación secundaria, cabe mencionar a título de ejemplo, en el Código Penal establece que la pena de prisión produce la suspensión entre otros, de los derechos políticos, y en aquellas situaciones en las que no establece la imposición de una pena privativa de libertad si las sanciona con la suspensión de los derechos políticos

### **3.3.5 Confinamiento.**

El confinamiento es un tipo de sanción consistente en la obligación de residir en determinado lugar por un tiempo fijo, sin poder salir de él. Se ha utilizado para los delitos políticos y es una especie de destierro.

Es diferente a la institución de la relegación, porque la residencia no debe ser en una colonia penal, sino en una ciudad, villa o lugar poblado. En consecuencia el confinamiento constituye una limitación a la libertad de traslación garantizada por el artículo 11 de la Constitución, pero sin encarcelamiento y bajo la vigilancia de la policía.

### **3.3.6 Decomiso.**

(Del latín de *commissum*, que significa crimen, objeto confiscado. Incautarse el fisco de algún objeto, como castigo al que ha querido hacer contrabando.).

Es la privación de los bienes de una persona, decretada por la autoridad judicial a favor del Estado aplicada como sanción a una infracción. La voz decomiso está íntimamente ligada a la de confiscación, ambas deben ser ordenadas por autoridad judicial diferenciándose en que la primera se refiere a una incautación parcial y sobre los bienes objeto del ilícito, mientras que la segunda puede recaer sobre la totalidad de los bienes y sin que éstos tengan relación alguna con la infracción. El decomiso es una figura típica del derecho penal y posteriormente del derecho aduanero.

La Constitución Política en su artículo 22 en su primero y segundo párrafo dispone: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. No se considerara como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecho por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas".

Este precepto al igual que todos los que otorgan derechos a la persona humana frente al poder público, se encuentra ubicado dentro del c. de las "Garantías individuales".

Se explica que no debe considerarse como confiscación de bien la aplicación parcial o total de los de una persona, que se haga para satisfacer la responsabilidad civil consiguiente a la comisión de un delito. Es indispensable para la existencia de una sociedad que se mantengan las condiciones necesarias para la vida completa de los agregados que la forman; de manera que cuando se altera una de esas condiciones, lo primero

que debe exigirse del culpable es que reponga las cosas a su estado primitivo, que cuando sea posible es decir, debe ser obligado a la restitución, la reparación y la indemnización. Si para conseguir estos fines es necesario privar al culpable de la mayor parte de todos sus bienes, no por eso la justicia debe detenerse en su tarea de restablecer el derecho violado.

### **3.3.7 Amonestación.**

Del latín moneo, admoneo, amonestar, advertir, recordar algo a una persona. El vocablo amonestación se utiliza en el ordenamiento procesal mexicano con varios significados, ya que desde un primer punto de vista, se aplica como corrección disciplinaria, ya sea como simple advertencia (y en este sentido se confunde con el apercibimiento para que se guarde el debido orden y compostura en las actuaciones judiciales), o bien como una reprensión para que no se reitere un comportamiento que se considera indebido dentro del procedimiento; pero también, en una segunda perspectiva, se emplea como una exhortación para que no se repita una conducta delictuosa, y en esta dirección se utiliza al comunicarse al inculpado una sentencia penal condenatoria.

La amonestación se emplea con frecuencia como corrección disciplinaria, es decir como uno de los instrumentos que se confieren al juzgador para mantener el orden en las audiencias y la buena conducta de los sujetos procesales dentro del procedimiento judicial; en los sentidos que hemos mencionado, es decir, como advertencia y como reprensión. Con el primer significado se encuentra regulada por la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y que la considera como sinónimo de apercibimiento.

Teniendo como segunda noción de la amonestación como la exhortación y conminación para que no se reitere una conducta delictuosa, la amonestación está consagrada como una sanción y que define la institución como la advertencia que el juez dirige al acusado (en público o en privado, según lo estime prudente), haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo de que se le impondrá una sanción mayor si reincide.

Desde el punto de vista procesal, la misma institución está regulada por el Código Penal de acuerdo con los cuales, en toda sentencia condenatoria se prevendrá que se amoneste al reo para que no reincida, advirtiéndole de las sanciones a que se expone; pero sin que la falta de esta advertencia impida que se hagan efectivas, en su oportunidad, las sanciones de la reincidencia y de la habitualidad.

Por lo que la doctrina estima que la amonestación en su sentido de requisito de las sentencias condenatorias, debe considerarse como una medida de seguridad de carácter preventivo y de naturaleza accesoria respecto de la sanción principal, aplicándose tanto en el caso de los delitos intencionales como de los culposos.

### **3.3.8 Sanción Pecuniaria.**

#### **1) Multa**

a) Del latín multa. Pena pecuniaria consistente en el pago al Estado de una cantidad de dinero. Mucho se ha debatido en torno a las notorias injusticias a que conduce la aplicación de esta especie de unión pecuniaria, que puede no

representar detrimento sensible alguno para el sujeto dotado de recursos económicos, y si una grave aflicción para quien carece de ellos. Son muchos los modos discurridos para paliar este inconveniente, entre los que cabe mencionar especialmente el día-multa, adoptado por numerosas legislaciones penales contemporáneas. Conforme a este sistema se fija un precio diario, según las entradas que recibe el multado, y se establece la pena en un cierto número de días-multa. Con ello se logra que todos los condenados a la pena de multa sientan el efecto patrimonial de ella con intensidad semejante.

El nuevo código penal, a diferencia del de 1929, no daba acogida a tal sistema, pero no permanecía indiferente al problema que con él se trataba de resolver. En efecto, disponía que en el caso de que el condenado no pudiera pagar la multa impuesta o pudiera pagar solo una parte de ella, el juez debería fijar, a título de sustitución (y no de apremio), los días que correspondieran según las condiciones económicas del reo, no excediendo de cuatro meses. Concedía, por otra parte, facultad a la autoridad a quien correspondiera cobrar la multa de fijar plazos para el pago por terceras partes. Estos plazos fluctuaban entre ciento veinte días y seis meses según la cuantía de la multa impuesta, siempre que el deudor comprobara estar imposibilitado de hacer el pago en menor tiempo.

En la reforma publicada en el Diario Oficial de 13 de enero de 1984 se introdujo el sistema de los días-multa como criterio para fijar el monto de la pena, que en su número no podrá exceder de quinientos. El día-multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, teniendo en cuenta todos sus ingresos. Declaró la ley que el límite inferior del día-multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito

continuado, ha de atenderse al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. En cuanto al permanente, debe considerarse el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación. Subsiste la preocupación por el sentenciado que no puede pagar la multa o que sólo puede cubrir una parte de ella. En efecto, la autoridad judicial puede sustituirla total o parcialmente por prestación de trabajo en favor de la comunidad, y la autoridad a quien corresponda su cobro puede fijar plazos para su pago, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

## **II) Reparación del Daño.**

Pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito.

I) El Código penal consagra como penas pecuniarias la multa y la reparación del daño. Si esta última incumbe a terceros, no se ve alterado su carácter de obligación civil emanada de un acto jurídico, por lo que declara que en tal caso la reparación se tramitará como incidente en los términos que fija la propia ley. Si ella, en cambio, recae sobre el propio delincuente, la ley criminal le otorga el carácter de pena pública, dispone que habrá de exigirse de oficio por el Ministerio Público con el que podrá coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, y la hace ceder en favor del Estado, si el ofendido renuncia a su derecho a percibirla. La hace, en fin, efectiva en su cobro del mismo modo que la multa.

Por lo que se establece que "quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no

ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente".

b) Esta elevación de la reparación del daño a pena criminal pública desdibuja la distinción entre las sanciones de derecho privado y la pena; en cuanto las primeras, en sentido amplio importan la realización forzada del mandato jurídico en la eventualidad de que no se realice voluntariamente, y la segunda representa una disminución de bienes jurídicos a modo de un plus que hiera al delincuente en su persona. El resarcimiento del daño dimana de una ilicitud de derecho privado, guarda proporción con el daño objetivo y no está sujeto a variaciones por la medida del elemento subjetivo. Por concederlo la ley en interés de la persona perjudicada, es renunciable por ésta, y transmisible a otros. No ocurre así con la pena que deriva de un delito, y que proporciona a la gravedad de éste, está sin embargo, sujeta a variaciones en su quantum según el aspecto subjetivo del acto punible y su culpabilidad, por imponer la ley en interés de toda la colectividad, no puede renunciarla el Estado, y no es transferible ni transmisible.

La equiparación dispuesta por la ley responde, sin embargo, a la misma relación en que ambas se hallan y a la solidaridad en que obran contra los actos ilícitos, dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad. De allí la regulación privilegiada de la reparación del daño para asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima. Agréguese a ello el poder disuasivo, en el sentido de la prevención general, de este constreñimiento más enérgico sobre el reo para obtener la inmediata reparación del daño. Todo ello explica que de ésta se ocupe también el

Código Penal al manifestar, "superando cualquier barrera escolástica de topografía jurídica".

c) En lo sustancial, la transformación de la reparación del daño en pena pública sólo ha significado hacerla irredimible por renuncia del ofendido sin modificar en lo demás su condición de sanción de derecho privado, como lo demuestra la circunstancia de que la muerte del delincuente no extingue la acción penal ni la pena misma. Interesa tener presente, sin embargo, que la amnistía no extingue la acción penal ni la pena pública de reparación del daño, y, sobre todo, que mientras en este caso el plazo de prescripción es de un año, la responsabilidad civil por actos ilícitos no constitutivos de delitos penales prescribe en dos años, lo que, si no representa una antinomia flagrante, importa al menos un contrasentido frente a la exaltación de la reparación del daño a la categoría de pena pública.

En resumen, la reparación del daño conforme se expresó comprende el restablecimiento del statu quo ante y el resarcimiento de los perjuicios. Por lo primero entiende la ley la restitución de la cuota obtenida por el delito y si no fuere posible, de pago del precio de la misma; por lo segundo, la indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados.

Es al juez a quien compete fijar el monto de la reparación (si no está de antemano fijada por la ley, como en el caso recientemente aludido), de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso. El Código Penal ordena al Ejecutivo de la Unión la dictación de un reglamento regulador de la forma en que debe garantizarse administrativamente la reparación mediante seguro especial, tratándose de delitos imprudentes.

La reparación del daño es preferente, y debe, junto con la multa, cubrirse antes de cualquiera otra de las obligaciones personales contraídas con posterioridad al delito a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales. Prevalece sobre la multa si no logra hacerse efectiva primero la responsabilidad pecuniaria, y se cubre en su caso, a prorrata entre los ofendidos. En el concursus delinquentium la deuda se tiene por mancomunada y solidaria.

Para ello rigen para la reparación las mismas reglas que para la multa en cuanto a la forma de hacerlas efectivas. Si no resultan suficientes los bienes del reo o el producto de su trabajo en la prisión, subsiste siempre para él la obligación de pagar el remanente. Puede él verse favorecido teniendo en cuenta el monto del daño y su situación económica, por la concesión de plazos para el pago, que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigirse garantía si el juez lo juzga conveniente.

A más de erigir la reparación del daño a pena pública, si incumbe al delincuente, el Código penal impone la obligación civil de repararlo a ciertas personas, por el acto ilícito cometido por otras. Al efecto, a los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad a los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad, y a los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo en que se hallen bajo el cuidado de aquello.

Es digno de nota que en estos tres casos, aunque se hable invariablemente de delitos, éstos se suponen cometidos por menores que no

responderían penalmente de ellos. Es indudable que en estos casos la reparación de daño es obligación civil que recae definitivamente sobre las personas designadas en estos tres números. Incluye él mismo además a los dueños de empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio; a las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan, y finalmente al Estado, subsidiariamente por sus funcionarios y empleados.

Este segundo grupo de casos es diferente del primero, pues tratándose ahora de personas que responderán penalmente por los delitos que han ejecutado sufrirán en definitiva, por tanto la pena de reparar el daño, y de ellas podrán repetir el pago las personas a quienes la ley puede obligar a extinguir la deuda, mas no a la definitiva contribución a ella.

Conviene finalmente hacer notar que la reparación del daño no tiene solo repercusión penal en cuanto se la erige en pena pública sino en cuanto es un requerimiento, concurrente con otros para la procedencia de la libertad preparatoria, y tratándose de los delitos de los servidores públicos, de la condena condicional.

### **III) Excluyente de responsabilidad.**

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad de la conducta o en el caso concreto la excluyente de responsabilidad, existen varias causales reguladas

en el Código Penal, constituyendo la relativa al ejercicio de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, reconocida por el mismo, y la de mayor contacto con las restantes ramas del ordenamiento jurídico que, en los casos ocurrientes, obligará a realizar una minuciosa investigación para descubrir su existencia, sentido y alcance

Otras causales de justificación como la legítima defensa que requiere además de la agresión injusta y actual la necesidad de la defensa y la racionalidad o proporcionalidad del medio empleado para defenderse, o el estado de necesidad justificante cuya diferencia con el exculpante o disculpante se basa en la preponderancia del bien jurídico que se salva a costa del que se lesiona daño a la propiedad para salvar la vida de un menor amenazada por el incendio de la casa en la que se encuentra.

Como principio general, lo importante para afirmar la existencia de las causales de justificación consiste en la coincidencia de sus elementos objetivos y subjetivos (en este contexto se puede hablar de un tipo permisivo). Basta que falte cualquiera de éstos para que la conducta típica resulte antijurídica. Por ejemplo, si en la legítima defensa no se trata de una verdadera agresión sino de la broma pesada de un amigo (ausencia de elemento objetivo), podrá existir legítima defensa putativa (error de prohibición) que tenga efecto a nivel de culpabilidad de la conducta, pero la misma no por ello dejará de ser antijurídica. A la inversa, si existe verdadera agresión del enemigo, pero por las circunstancias de hecho, se ignora esta situación y por esto mi finalidad no fue la de defensa sino más bien la de ataque contra esta misma persona (ausencia de elemento subjetivo), la conducta típica no estará justificada sino más bien resultará antijurídica.

Otro aspecto importante en este punto consiste en la capacidad psicológica necesaria para reconocer los elementos objetivos de la causa de justificación y para comportarse de acuerdo a esta comprensión; caso contrario los sucesos tendrán una mera significación objetiva, a lo sumo, casual o coincidente, pero no responderán a una verdadera voluntad del autor de conducirse conforme a las prescripciones del derecho.

Según la teoría predominante la conducta típica y antijurídica constituye un injusto penal aún cuando no sea culpable; injusto penal que tiene importantes efectos en materia de participación criminal, por la teoría de la accesoriadad limitada, y en cuanto a las indemnizaciones civiles que correspondan por los daños causados.

**CAPÍTULO IV**  
**ANÁLISIS DE LA PUNICIÓN EN LA**  
**LEGISLACIÓN ACTUAL.**

#### **4.1 Legislación local.**

##### **4.4.1 Delito de Homicidio (regulación) Breves críticas y observaciones.**

Es el caso que el nuevo Código penal para el Distrito Federal, ahora contempla lo relativo a los delitos contra la vida y la integridad corporal, del numeral 123 al 148, utilizando en el primero de éstos la regla general que se venía utilizando con anterioridad en el artículo 302 del Viejo Código, en el sentido de que para el caso que nos ocupa el delito de homicidio es cometido por el que priva de la vida a otro, supuesto para el cual, la sanción común será de ocho a veinte años de prisión; sin embargo, la nueva regulación toma su estudio dirigido primeramente a las lesiones mortales como se desprende del artículo 124 del citado Código: " Se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión"<sup>36</sup>

De ello, se desprende el hecho de que el legislador considera que las mortales lesiones para este supuesto deben ser consideradas como origen del homicidio, es decir, al establecer que una lesión es mortal, deja de lado la regulación que ésta tiene en el capítulo de integridad corporal para asumirla directamente a la vida, puesto que no solo se trata de una lesión que deje cicatriz perpetua, sino aun más pone fin a la vida.

---

<sup>36</sup> Raúl Juárez Carro, Agenda Penal Federal y del D.F., p 20 art 124.

La distinción de las lesiones como es el caso anterior en tratándose de lesión mortal, no es el único tema de interés para el legislador, puesto que dentro del capítulo mencionado el que históricamente es conocido como parricidio se encuentra debidamente tipificado, para lo cual se establece como Punibilidad la prisión de 10 a 30 años y la pérdida de los derechos de que se tenga con relación a la víctima, siempre y cuando se tenga conocimiento por parte del agente activo de que la víctima sea ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario; de ello se aprecia el hecho de que la Punibilidad es calificada puesto que, el conocimiento que se invoca en relación al parentesco implica una afectación contra toda la sociedad por tratarse de la familia.

El artículo que se comenta menciona que si concurren ventaja, traición, alevosía, retribución, saña, estado de alteración voluntaria entre otras cosas, se impondrán las penas que se imponen al delito calificado del homicidio.

El numeral 126 dispone " Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las 24 horas siguientes a su nacimiento, se le impondrán de 3 a 10 años de prisión, el Juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta."<sup>37</sup>

De lo anterior se desprende el limitante criterio de los legisladores para determinar en el caso especial solo la Punibilidad para la madre, sin que se considere respecto a esta calificación del delito, al padre quien también podrá en determinado momento actuar como agente para cometer dicho ilícito. En efecto, de la redacción del numeral que antecede a este artículo, se

---

<sup>37</sup> Ibid, p. 20, artículo 126

aprecia claramente que el homicidio cometido con relación del parentesco resulta ser grave, pero el legislador, para el caso de que el producto de la concepción se encuentre nacido dentro de las 24 horas siguientes al alumbramiento, permite a la madre obtener una penalidad por la comisión de delito mínima, dejando al arbitrio del juez las circunstancias en que la madre se encuentra, sin regularlo debidamente.

Justamente de la redacción del artículo en comento se desprende el hecho de que pudiera encuadrarse la conducta redactada en el artículo 125, puesto que se está privando de la vida a un descendiente en línea recta, y por lo tanto, debiera penarse esa conducta de 10 a 30 años de prisión; así pues, la redacción del artículo 126 en su parte final resulta ser subjetiva, lo cual en la práctica penal y tomando en cuenta los límites de la figura del encuadramiento, la conducta descrita en este numeral no es idónea, pues el legislador debe ser por demás objetivo en la redacción de las acciones que se consideran punibles para el caso de los delitos que atentan en contra de la vida como bien jurídico tutelado.

Asimismo, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el siguiente numeral 127 regula la figura de la petición expresa para el caso de la privación de la vida, supuesto por el cual se impondrá un prisión atenuada que irá de los 2 a los 5 años; en efecto, establece el numeral en comento, que al que prive de la vida a otro mediante la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca, se impondrá la pena mencionada con anterioridad.

Del contenido antes descrito, se puede apreciar que aunque el legislador no lo mencione, la característica de atenuado en cuanto a la pena,

en la comisión del homicidio cometido por petición expresa deriva de las figuras de participación delictuosa, puesto que de lo contrario debería estarse a la pena del homicidio simple que va de 8 a 20 años de prisión. Sin embargo, el hecho de no especificarlo claramente el legislador en la redacción del numeral que se comenta, pone de manifiesto nuevamente la subjetividad errónea para y por cuanto hace a la práctica.

Por su lado, el artículo 128 establece que: "A quien cometa homicidio calificado se le impondrá de 20 a 50 años de prisión"<sup>38</sup>

Del contenido anterior, cabe hacer notar que a pesar de que en la anterior regulación contenida de los artículos 302 en adelante sí se especificaba cuál era el delito calificado, y cómo se desprende de lo transcrito anteriormente en la nueva legislación no acontece; sin embargo las reglas de la práctica, deben de llevar a lo establecido en el artículo 138 ya antes mencionado, el cual menciona las cuestiones relativas al homicidio calificado.

Por último, el capítulo de los delitos contra la vida, regula el homicidio cometido en riña en el artículo 129, manifestando que se impondrán de 4 a 12 años de prisión si se tratare del provocador, y de 3 a 7 años prisión si se tratase del provocado. A ello cabe decir sin mayores preámbulos que para la nueva legislación la riña sigue siendo una atenuante.

---

<sup>38</sup> Ibid p. 20, art 128.

#### **4.1.2 Alcance de la reparación del daño, (regulación) Breves críticas y observaciones.**

La reparación del daño, se encuentra contenida en el capítulo sexto, relativo a la sanción pecuniaria del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el sentido de que la sanción pecuniaria que como pena se puede imponer a un indiciado, después de terminada la instrucción y conclusiones, varía en tres supuestos, de entre los cuales se encuentra la figura que interesa, es decir la reparación del daño.

Para el caso que nos ocupa el numeral cuarenta y dos de la legislación es sustantiva, dispone en su contenido el alcance de la reparación del daño, estableciendo en varias fracciones lo que a la letra dice: "fracción I. El reestablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban las cosas antes de cometerse el delito"<sup>39</sup>

Claramente se advierte que en tratándose de homicidio no puede haber un reestablecimiento de las cosas en el estado que tenían antes de la comisión del ilícito, puesto que, el bien jurídico protegido de la vida, con la comisión de la conducta prohibida, fue destruido totalmente, en tal virtud no es posible que a través de la reparación del daño como lo prevé esta fracción del artículo que se comenta, se restablezca la vida del sujeto pasivo; así las cosas, en cuanto al alcance de la reparación, pues es en este caso la imposible reparación, por lo que la fracción debiera ser complementada para casos como el que nos ocupa con reglas específicas que determinen que una

---

<sup>39</sup> Ibid, p. 20, art 42.

vez perdida la vida, la reparación del daño será para la familia del ofendido, lo cual en la especie no acontece.

La fracción III, dispone que la reparación del daño moral sufrido por la víctima es uno de los alcances de esta figura, incluyendo a las personas con derecho a la reparación, y el pago de los tratamientos necesarios como consecuencia del delito para lograr la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima, fracción de cuyo contenido se puede apreciar que también incluye un tratamiento para el sobreviviente del acto criminal más no para la víctima del homicidio, de lo cual puede argumentarse nuevamente la imposibilidad en el cumplimiento del alcance de la figura que nos ocupa, en tal caso y como lo menciona la fracción, los familiares de la víctima son los únicos acreedores de la reparación del daño moral que se sufra, con motivo de la comisión del homicidio.

La fracción IV establece otro de los alcances de la reparación, es el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, sin embargo y para el caso que se está estudiando, el perjuicio principal es la destrucción de la vida o bien el cese de las funciones orgánicas del sujeto pasivo, en tal virtud el órgano jurisdiccional encuentra una subjetividad para cumplir con el resarcimiento de ese perjuicio ocasionado, ya que amén de reparar un daño moral a los familiares simplemente no existe resarcimiento del daño ocasionado, motivo por el cual se puede argumentar que para el caso del homicidio, la legislación sustantiva carece de contenido por cuanto hace al alcance de la reparación del daño.

El siguiente numeral que es el artículo 43 del ordenamiento que se utiliza, versa acerca que la reparación será fijada por los jueces, según el

daño que sea preciso reparar de acuerdo a las pruebas obtenidas durante el proceso; sin embargo cabe comentar que durante la instrucción el ministerio público normalmente oferta probanzas que sean suficientes para comprobar la responsabilidad del sujeto activo, que hasta ese momento se estima como probable responsabilidad, además de que se ciñe también una actitud probatoria, de los elementos del tipo penal.

Así es, en la especie las pruebas que reúna el juez de lo penal en el caso del homicidio no son suficientes para la fijación de la reparación del daño, por que en la práctica las probanzas son desahogadas para reunir los requisitos mencionados en el párrafo anterior.

La práctica procesal debiera incluir una posibilidad para el representante de la sociedad adscrito al juzgado, a fin de incidentarse desde el inicio de la instrucción y hasta antes de la convocatoria para conclusiones y con ello obtener resolución interlocutoria que verse sobre la calidad de la vida del sujeto pasivo y de la pérdida que tuvo la sociedad en su conjunto con el acaecimiento de la víctima del homicidio.

Si, en efecto, debiera allegarse al Juez, mayores elementos acerca del nivel de vida y estrato social al que pertenecía el principal ofendido de la relación contractual penal, para tener una tabla de factores que determinen si este sujeto tenía un nivel académico, el sexo, la edad, ocupación, trato familiar, trato social, religión, nivel de ingresos, dependientes económicos, nivel de altruismo, entre otras cosas, para de esa forma poder estar en aptitud procesal de fijar la reparación del daño, puesto que así el Juez contaría con las probanzas desahogadas en el proceso y además con esta interlocutoria que le ofrezca elementos suficientes para una condena

completa y para cumplir con lo dispuesto con el numeral 43 que se comenta, además de que ello resulta necesario en atención de que el artículo 44 claramente establece que la obligación de pagar la reparación del daño es preferente a cualquier otra obligación, y del propio contenido de este artículo se aprecia que es el ministerio público, el que debe solicitarlo, es decir, el representante de la sociedad resulta ser como lo hemos venido manifestando el obligado a proporcionar datos suficientes para que el Juez penal esté en la aptitud de cumplir con lo dispuesto por el artículo 43, para y por cuanto hace a la fijación de la reparación del daño.

Como se puede apreciar, el problema fundamental de la reparación del daño en el caso del homicidio radica en el entendido de que es muy difícil tener elementos suficientes para determinar el valor de la vida de un sujeto, pues si el ministerio público no aporta suficientes elementos que pongan totalmente claro qué clase de vida fue destruida, la reparación a la que se llegue puede resultar irrisoria.

Amén de lo anterior, el siguiente artículo también resulta interesante para ser comentado, puesto que dispone que claramente la víctima del delito, o bien el ofendido es el que tiene derecho a la reparación del daño causado, pero en este caso no acontece de esa manera; sin embargo, en la fracción II se establece que los dependientes económicos, herederos o derechohabientes tendrán el derecho a recibir la reparación del daño de acuerdo a las reglas del derecho sucesorio.

Esto representa otro problema, sin olvidar el que comentamos de que el juez penal está realmente imposibilitado para fijar una adecuada reparación de la vida de un sujeto, víctima del homicidio; puesto que no es clara la

legislación, es decir, en la práctica acontece que los familiares muestran sus actas al juez, y con ello es suficiente, pero si los herederos no están de acuerdo, es probable que disputen el caudal hereditario de la víctima en un juicio seguido ante un juez de lo familiar, y con la sentencia de partición se les distribuya la reparación fijada.

Además, el numeral no menciona si el juez requiere que se le lleve una copia certificada de la junta de herederos. Justamente resulta problemático el hecho de acción de la vida de un sujeto, porque el juez no es perito de la valuación de la vida, y si no cuenta con elementos suficientes para una adecuada fijación de la reparación del daño, resulta peor, pero ello se complica porque el derecho sucesorio no es competencia del juez penal.

Amén de lo anterior, no se deja de lado la principal problemática que conlleva la figura de la reparación del daño en el homicidio, que es que el daño no es reparable realmente porque la vida se extinguió con la comisión del delito de homicidio, entonces no existe un real resarcimiento al ofendido.

Cuando se está ante una figura con la que se estudia, se da pauta a frases como la de que la pena de muerte al sujeto activo de la relación contractual penal es la única forma de resarcir correctamente al ofendido del homicidio, es decir, ojo por ojo y diente por diente, como lo manifiesta la Ley del Talión que se practicaba en la época de la justicia privada.

Ahora bien, atento a lo dispuesto por el siguiente numeral que es el artículo 46 de la legislación en comento, cuando el autor de la cuestión criminosa no puede ser condenado directamente por presentarse alguna

circunstancia que lo impida, ordena que se obligue a sus solidarios a pagar la reparación del daño.

No es el caso transcribir las fracciones puesto que son muy claras, pero si cabe comentar que el ordenamiento legal no es claro en el sentido de la fijación de la reparación del daño, puesto que si el sujeto activo de la conducta de homicidio es auxiliado para el pago de la reparación del daño, también ello debiera ser un elemento para la fijación de la reparación del daño.

Si en efecto, tal cual como acontece con la fijación que un juez familiar hace sobre los alimentos, ya que cuando condena al deudor, lo hace en razón de sus posibilidades, así debiera ser para la fijación de la reparación del daño pero con toda claridad, por ejemplo si se trata del Gobierno del Distrito Federal como lo dispone este artículo en su fracción IV, el monto de la reparación debe ser de acuerdo a las posibilidades del deudor.

De todos es sabido que la Ley Federal del Trabajo es supletoria para los casos como el que nos ocupa, ello de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 47 del Código en uso, pero ello no le resta la crítica aplicable en el sentido de que las reglas del trabajador no son materia de los delitos.

Así es, la supletoriedad debe ser suprimida, un juez penal debe contar con sus propias sumas y montos; ello porque, el cese de la vida no se provoca con motivo del trabajo, no se provoca con motivo de un ilícito, que no es lo mismo, es agravado, es decir, la valuación de la vida cuando se pierde con motivo de la relación personal subordinada, es materia de la Ley Federal del Trabajo, pero la pérdida de la vida con motivo de la realización de un

delito como lo es el caso del homicidio, es una cuestión por mucho gravísima, y por lo tanto no puede tener una connotación laboral, puesto que no estamos hablando de trabajadores y patrones.

Ahora bien, por cuanto hace a los plazos y la forma en que debe pagarse la reparación del daño, el ordenamiento legal no contempla el hecho de que si el sujeto sentenciado no está en aptitud de pagar su deuda económica, el juez lo pueda condenar para el caso de que de no hacerlo sea recludo más tiempo del de su condena original por el delito en estudio.

Es decir, que si el sentenciado no puede pagar ello se queda así cuando no debiera serlo, pues si lo consideramos en forma lógica el sentenciado no se muestra muy interesado en cubrir este tipo de adeudo, en tal virtud, el ordenamiento legal debe decir claramente que para el caso de que el homicida no pueda pagar el monto de la reparación a que fue condenado, y no teniendo bienes que garanticen su pago, sea subrogada esa obligación con otros años de prisión.

## **4.2 Legislación federal**

### **4.2.1 Delito de Homicidio (regulación) Breves críticas y observaciones.**

La materia federal no varía mucho de la local para el caso del Distrito federal, puesto que como se establece en el numeral 302 del Código Federal de la materia que nos interesa, comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro. Así es, la vida tiene el mismo valor, y el homicidio se desarrolla cometiendo la misma actividad, en lo local como en lo federal.

En la materia federal, el ordenamiento sustantivo también versa sobre el hecho de la existencia de una lesión mortal, y establece claramente que ésta se presenta cuando la muerte de un sujeto se debe precisamente a esas alteraciones causadas en los órganos, cuya consecuencia es el cese de sus funciones, para ello, y como lo dispone la fracción III del numeral 303, la determinación del origen de la muerte para cuando ello resulte necesario, es a través de una cuestión pericial, o bien, por conducto de un estudio que un miembro de la Dirección de Servicios periciales haga encaminado a llegar a una conclusión o dictamen de cuyo contenido se desprenda que la muerte del sujeto pasivo fue ocasionada por tal o cual circunstancia con absoluto detalle.

Cuando lo anterior acontezca, la lesión se considerará como mortal a pesar de que se compruebe de que la muerte se habría evitado con auxilios oportunos, o bien que esta lesión no habría sido mortal en otros sujetos, o que fue a causa de la constitución física de la víctima, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 304 del Código Penal Federal.

Ahora bien, el artículo 305 establece que no se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibió, cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiera agravado por causas posteriores.

Para tales casos, y en tratándose de la comisión de cualquier tipo de homicidio simple intencional, se impondrán de 12 a 24 años de prisión, lo que significa que se trata de un delito que no permite libertad caucional, puesto que el resultado del término medio aritmético es el de 18 años.

También nuestro Código Penal Federal minimiza la pena aplicable al delito de homicidio por motivo de riña, y sin más preámbulo, como comentario a ello, es de que el legislador considera que cuando un par de bienes jurídicos tutelados se encuentran en disputa, ambos están en posibilidad de su propia defensa, por ello la intención de matar no es real, sólo la de defensa con motivo de las agresiones que se ocasionen.

Una vez más cabe mencionar que el contenido de las disposiciones normativas de la materia federal no cambia mucho para y por cuanto hace a la materia local tratándose del Distrito Federal.

#### **4.2.2 Alcance de la reparación del daño (regulación).**

"Artículo 29.- La sanción pecuniaria, comprende la multa y la reparación del daño"<sup>40</sup>.

Atento a lo establecido en el artículo transcrito, se puede apreciar que la sanción pecuniaria que se le puede imponer al criminal implica para el caso en concreto la reparación del daño, a lo que y como igualmente se comprende en la legislación local, ésta amerita la fijación de cantidades económicas para tratar de resarcir el daño cometido.

Como lo establece el ordenamiento Penal Federal, la reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible el pago del precio de la misma, de lo que se puede argumentar que cuando estamos en presencia del homicidio, la restitución que se menciona no es posible llevarla a la práctica por claros motivos, por lo que nos queda el

---

<sup>40</sup> Código Penal Federal, p. 12

pago del precio de la misma, supuesto en el cual y como se criticó en la materia local, el precio de la vida no puede ser determinado ni aun cuando se habla de una supletoriedad de la Ley Federal del Trabajo, puesto que los precios que menciona esta última son radicalmente basados para los casos de las relaciones personales subordinadas, ya sea a través de contratos privados, colectivos, contratos ley, o en su caso verbales, y para el caso de la materia criminal el cese de las funciones orgánicas proviene de una conducta prohibida por la ley, por lo tanto, no es correcto la supletoriedad de la ley mencionada en atención a las consideraciones expuestas.

Amén de lo anterior la reparación del daño también comprende, la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de tratamientos curativos que sean necesarios para la reparación de la víctima, lo cual en la especie no acontece, por lo que en tratándose de homicidio solo podrá atenderse a la indemnización moral, pero no de la víctima sino como lo establece el artículo 30 bis del ordenamiento penal en cita, "el derecho a reparación del daño en caso de fallecimiento del ofendido lo tiene el cónyuge supérstite, el concubinario o la concubina, los hijos o los dependientes del sujeto pasivo".

Justamente, la indemnización moral, en este caso, es para los sujetos citados el párrafo anterior, puesto que son éstos los que sufren ese daño directamente, pero en el caso del ordenamiento penal local se habla de aquellos que tengan derecho a heredar de acuerdo a las reglas del derecho sucesorio, lo cual fue estrictamente criticado en su oportunidad, ya que, si bien es cierto, el Juez penal conoce de ilícitos, cierto es también que la materia sucesiva es conocida por Jueces familiares, por lo que en la materia local se presenta el problema de si es necesario llevarle el resultado de la

junta de herederos o alguna otra resolución sucesoria para estar en aptitud de entregar la indemnización a los sujetos que menciona el ordenamiento penal.

Si en la materia local eso es un problema, al no regularse esa cuestión en el artículo 30 bis mencionado, todavía aun representa problemas, puesto que pareciera que solo llevándole algún tipo de comprobante al juez penal que acredite la relación o dependencia con el ofendido del homicidio éste estaría en aptitud de entregarle la indemnización en este caso moral.

Lo anterior presenta un problema en la práctica porque estamos ante la figura de invasión de competencia.

Sin embargo, la reparación del daño también comprende el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, lo cual también es criticable en materia de homicidio, puesto que el verdadero perjuicio ocasionado es la pérdida de la vida, supuesto del cual se desprende la afirmación de que al haber muerto el sujeto pasivo, no puede existir un real resarcimiento, además de que el artículo 31 del ordenamiento Penal Federal establece que la reparación será fijada de acuerdo al daño que sea preciso reparar, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, por lo cual hasta este momento, la ley en cita, parece que versa para todo supuesto criminal menos el de la privación de la vida.

Ahora bien, los obligados a la reparación del daño en materia federal varían puesto que de acuerdo al Código, un primer obligado sería el ascendiente por lo delitos cometidos por sus descendientes cuando estén sujetos a la patria potestad, pero realmente no se contempla el grado de

capacidad que pudiera tener el ascendiente, en el supuesto de que sea un obrero que gane el salario mínimo; es decir, la obligación de la reparación del daño en este caso es clara, derivado del ejercicio de la patria potestad, pero no lo es clara por cuanto hace a la capacidad económica mencionada, o bien para el caso de que el padre del criminal no tenga trabajo o sea incapaz o concurra cualquier otra circunstancia que no le permita obtener un ingreso suficiente para cubrir la reparación, ¿qué deberá hacer el Juez penal?; ¿se formulará incidentalmente dentro de la causa penal el cumplimiento por parte del padre, o se iniciará averiguación previa para ejercitar acción penal en su contra por ese incumplimiento?.

El ordenamiento legal que nos interesa menciona también que otro obligado al pago de la reparación es el tutor y custodio por los delitos de los incapacitados que se hayan bajo su autoridad, texto de cuyo caso cabe comentar que jurídicamente estos sujetos son considerados en la materia penal como inimputables o bien no son sujetos de ser considerados culpables, puesto que carecen de la capacidad de goce y de ejercicio que todo gobernado debe reunir para poder ser responsable de sus actos.

Efectivamente, un sujeto incapaz no es responsable de sus actos y por lo tanto es inimputable, y al no poder ser culpabilizado de sus actos no es posible que se prevea la hipótesis de que de cometer actos criminosos tenga que responder por la reparación su tutor o custodio, es decir, desde el punto de vista jurídico, la persona obligada a la reparación en ese supuesto simplemente no es clara, y tan es así, que el siguiente sujeto obligado a la reparación de acuerdo a la ley lo es el Director del Internado o taller, que recibe en el local de su trabajo a niños menores de 16 años, ya que jurídicamente este sujeto sí es responsable de pagar la reparación del daño

causado por sus aprendices, lo cual también acontece con los patronos por los hechos criminosos por sus obreros.

Por último, el Estado también se haya obligado a responder por la responsabilidad del daño de aquellos delitos cometidos por los servidores públicos, lo cual en la práctica es accesible pero no aceptable, ya que la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece que los propios servidores públicos responderán en su totalidad por los actos realizados por ellos mismos, llevándose a cabo un procedimiento penal por responsabilidad de servidores públicos, que determinará la sanción material ante cualquier circunstancia que se prevea, por dicho ordenamiento.

#### **4.3 Legislación civil (daño moral)**

El derecho romano, durante sus últimas etapas, admitió la necesidad de resarcir los daños morales, inspirado en un principio de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre de respeto a la integridad moral de los demás; consagró este derecho el principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros inherentes al individuo mismo que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales.

En México, la finalidad del legislador al reformar los artículos 1916 y adicionar el 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, y posteriormente modificar los párrafos primero y segundo del artículo 1916, consistió en hacer responsable civilmente a todo aquel que, incluso a quien ejerce su derecho de expresión a

través de un medio de información masivo, afecte a sus semejantes, atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público, que son precisamente los límites que claramente previenen los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Así, de acuerdo al texto positivo, por daño moral debe entenderse la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere: a) que exista afectación en la persona, de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del Código Civil; b) que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y, c) que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se estableció por primera vez el concepto de daño moral en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal como la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho, actividad, conducta o comportamiento ilícitos. Los tratadistas conciben el daño moral como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor notable en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, entre otros.

Sobre esa base, para que sea procedente la acción de daño moral, es menester que el actor demuestre los siguientes elementos: a) la existencia de

un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora; b) que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes que a título ejemplificativo tutela el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal; y, c) que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

En el dictamen de la Cámara Revisora del decreto de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, que reforma, entre otros, el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se establece en lo que interesa: "...La iniciativa se fundamenta en la doctrina civilista contemporánea de los derechos de la personalidad, la cual tiende a garantizar a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral.". Los bienes que tutela esa figura son, de manera sólo enunciativa: a) afectos; b) creencias; c) sentimientos; d) vida privada; e) configuración y aspectos físicos; f) decoro; g) honor; h) reputación; e, i) la consideración que de uno tienen los demás.

Estos derechos no pueden ser tasables o valorables perfecta ni aproximadamente en dinero, por referirse a la persona en su individualidad o intimidad. Por esa razón, la legislación mexicana adopta la teoría de la comprobación objetiva del daño y no la subjetiva; es decir, basta la demostración de: 1) la relación jurídica que vincula al sujeto activo con el agente pasivo o agraviado, y 2) la existencia de un hecho u omisión ilícitos que lesione uno o varios de los bienes que tutela la figura, enunciados con anterioridad. Entonces, no se requiere la justificación de la existencia efectiva ni la extensión o gravedad del daño, lo cual conduciría a una prueba imposible, y esa demostración y tasación se dejan al prudente arbitrio del juzgador.

No es dable afirmar que el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal tenga el alcance de otorgar un derecho a una persona moral por haber sufrido un daño extrapatrimonial, dado que ese precepto legal únicamente se refiere a personas físicas, no así a personas morales. Ello es así, dado que el daño moral debe ser considerado como una alteración profunda que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por hecho ilícito, aunado a que la finalidad del legislador, al reformar los artículos 1916 y adicionar el 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, y posteriormente modificar los párrafos primero y segundo del artículo 1916, consistió en hacer responsable civilmente a todo aquél que afecte a sus semejantes, atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público, que son precisamente los límites que claramente previenen los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere, a saber:

Que exista afectación en la persona de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del Código Civil; que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos, de ahí que el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a personas físicas, no así a personas morales, en virtud de que es evidente que los valores que de la persona se pretende proteger son los intrínsecamente determinantes del ser humano, quien posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela, mediante la

concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del derecho civil se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor, prestigio o reputación. Sin que sea óbice a lo anterior, el que se pretenda aducir que se afectó la reputación de una persona moral, pues no debe soslayarse que ésta se refiere a una afectación patrimonial que redundará en un daño o perjuicio meramente patrimonial, pero de ninguna forma una afectación de ese tipo se traduce en el menoscabo de sus sentimientos, decoro, honor o cualesquiera de aquellos valores subjetivos que son, como se dijo, intrínsecos del ser humano.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1916, párrafo segundo, del Código Civil para el Distrito Federal, para que se actualice la obligación de reparar el daño moral no basta la demostración de que una persona resintió una afectación en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, sino que también es necesario que esa afectación haya sido provocada por una conducta ilícita del responsable. Sobre tales premisas, la simple presentación de una demanda, sea de la naturaleza que fuere, no puede ser constitutiva del acto ilícito que precisa la reclamación de mérito, en tanto el artículo 17 constitucional garantiza en favor de los gobernados, entre otros derechos fundamentales, el del acceso efectivo a la justicia que se concreta en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y en promover la actividad jurisdiccional una vez satisfechos los respectivos requisitos procesales, que permiten, además, obtener una decisión autorizada sobre las pretensiones deducidas; de ahí que quien hace uso de ese derecho de acceso a la justicia

de manera razonable, no actúa ilícitamente, a no ser que sustente la demanda relativa en hechos o circunstancias falsos, calumniosos, injuriosos o de naturaleza semejante, que por sí mismos entrañen la conducta ilícita generadora de la afectación moral que determina la procedencia de la reclamación de la indemnización correspondiente.

Las figuras jurídicas de la denuncia y la querrela tienen una doble proyección, puesto que, por una parte, se sustentan en un aspecto meramente adjetivo, es decir, están comprendidas como actos jurídicos que provocan la actividad del Ministerio Público y que la Constitución General de la República eleva a derecho fundamental de los gobernados, por lo que su simple presentación no puede considerarse que implique un acto ilícito que actualice la procedencia de la reclamación de una indemnización por daño moral, según el requisito exigido sobre el particular en el artículo 1916, párrafo segundo, del Código Civil para el Distrito Federal; y, por otra, contienen un aspecto sustantivo como condición objetiva de punibilidad, por lo que de sustentarse en hechos falsos, pueden afectar a la persona inculpada en su honor, afectos, creencias, decoro, reputación, entre otros y, por tanto, constituir un acto ilícito básico para establecer el daño moral. Por consiguiente, para acreditar la ilicitud del contenido de la denuncia o querrela en su aspecto sustantivo, es necesario demostrar que se formuló contra una persona determinada, a sabiendas de que es inocente o que la infracción no ha sido cometida, siempre que se pruebe que fueron falsos los hechos en que se apoyó, pues en esa hipótesis no basta que se acredite la inocencia del afectado a través de una sentencia absolutoria, sino que es fundamental que se ponga de manifiesto la falsedad de los hechos delictuosos que se formularon.

En términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil Federal, el daño moral consiste en la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hay daño moral, cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la "integridad física o psíquica" de las personas, siendo independiente el daño moral, del daño material que se cause; luego, si un centro hospitalario le presta a una persona una inadecuada atención médica y por esa circunstancia le irroga a ésta una afectación que la incapacita permanentemente es indudable que, aparte del daño material, le ocasiona una afectación psíquica que evidentemente, se traduce en un daño moral que altera sus sentimientos y afectos, debiéndola resarcir en términos de la ley por ese motivo, independientemente de la indemnización correspondiente al daño material.

Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño será fijada por los Jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, también lo es que tratándose del delito de homicidio, al resultar claro que tal reparación no puede consistir en la devolución de la cosa obtenida con motivo del delito o en el pago de su precio, ni tampoco en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su comisión, toda vez que, por una parte, es imposible restituir la vida de una persona y, por otra, ésta tampoco puede ser valuada económicamente por no encontrarse en el comercio, lo que, a su vez, trae como consecuencia que no sea viable que los beneficiarios o derechohabientes puedan exigir el lucro cesante por una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial derivada de la muerte de la víctima, la

aludida reparación debe circunscribirse al pago de una indemnización por los daños materiales o morales causados a que se refiere el artículo 42 del propio código, siendo que es de reconocido derecho que los primeros sí pueden ser objeto de prueba, al revestir un contenido económico patrimonial y, por tanto, objetivo, mientras que los segundos, al no compartir esa misma naturaleza, deben sujetarse a reglas especiales de valoración.

Ahora bien, si en este aspecto el artículo 47 del mencionado código punitivo establece de manera especial, que tratándose de delitos que afecten la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevén una indemnización equivalente a dos meses de salario mínimo por gastos funerarios (daño material) y una cantidad adicional, equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo, con la cual se pretende compensar el daño moral, es inconcuso que de manera imperativa obliga al juzgador en este tipo de delitos a condenar a la reparación del daño, simplemente con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio, por lo que, en principio, no es necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral, pues en este supuesto encontraría plena aplicación el principio general contenido en el primer párrafo del artículo 43 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el primer párrafo del artículo 48 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 47, sólo establece una base mínima a la cual deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización.

No es cierto que para que a un sujeto pueda imputársele la causación de un daño moral, resulte necesario que sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo, habida cuenta de que los artículos 1916 y 1916 bis en ningún momento exigen como requisito de la acción respectiva la mencionada imputabilidad, sino que sólo prevén la causación de un daño, que éste sea consecuencia de un hecho u omisión ilícitos, y que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consistente en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1º de enero de 1983, del artículo 1916 del Código Civil se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 Bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

#### **4.4 Regulación internacional.**

Desde la caída del muro de Berlín, los estados latinoamericanos se encuentran insertos dentro de un progresivo proceso de mundialización del derecho; derivado de las transformaciones económicas, políticas y tecnológicas que hace del antiguamente derecho interno, basado en las nociones de soberanía nacional que se encuentre sometido a presiones y embates de notable envergadura, que limitan sus ámbitos de actuación, comprometiendo incluso las razones de su existencia.

Este nuevo orden mundial se caracteriza por la extensión de dos valores occidentales que se han convertido en universales: por un lado, la economía libre de mercado y, por otro lado, la democracia y los derechos humanos. En este escenario, nuestro sistema jurídico nacional se inserta directamente dentro de los postulados del fortalecimiento del Estado Democrático y de la protección de la persona humana, así como de proveer la seguridad jurídica que demanda una economía social de mercado.

Si bien la comprensión y aplicación de estos nuevos requerimientos básicos del orden internacional en nuestra realidad jurídica no resulte pacífica, en la medida que promuevan el bienestar general y la defensa de los derechos humanos, resulta ineludible asumirlas simultáneamente como finalidades y límites de las políticas públicas, entre ellas las relativas al Poder Judicial y su labor jurisdiccional. No es el momento de discutir cómo la globalización se apodera jurídicamente de la capacidad de decisión sobre el quehacer nacional, sino de analizar la posición que ocupan los tratados y las sentencias internacionales en el sistema jurídico interno. En función de la cual, los jueces deben realizar una tarea operación de integración de las

normas y fallos internacionales al ordenamiento jurídico nacional. Para lo cual es necesario abordar cuál es la posición de los tratados en el sistema de fuentes del derecho.

#### **4.4.1 Relaciones en el Derecho Interno y el Derecho Internacional.**

Dada la propia naturaleza del derecho interno y del impacto global e intercambios culturales, comerciales y sociales, se da la necesidad de cumplir con el nuevo orden internacional en coordinación con la *lex fori* de cada penal, de ello que se den uno de los principios más importantes del derecho internacional penal *ius loci delicti*, el cual parte de que el derecho que se aplicará es el derecho de donde se cometió el delito, esto independientemente de la nacionalidad del sujeto imputable a la norma, para ello de que el Derecho internacional Penal tenga la necesidad de crear nuevos ordenamientos internacionales en materia de cumplimiento de sentencias o en su caso de extradición, situación que debe plasmarse tanto en el derecho interno como en el derecho internacional para que éste sea cumplimentado de manera eficaz por parte de los estados partes de aquellas Convenciones Internacionales en materia penal.

#### **4.4.2 El Homicidio en la Corte Penal Internacional (casos).**

La Corte Penal internacional, es un tema que cumple en nuestro tiempo un papel importante y trascendente para la historia del derecho penal en el ámbito internacional, conocido ya como "Nuevo Orden Internacional". Siendo éste un esfuerzo jurídico y político, pero sobre todo moral, deseable en las relaciones internacionales.

Si en éstas ya se ha reconocido la responsabilidad de los Estados , a la que atiende a la Justicia en materia de derechos humanos, en ella debe camppear también la nueva responsabilidad de los individuos, bien discutido en el tribunal de Núremberg: "los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del Derecho internacional"<sup>41</sup>

La Corte Penal internacional nace del Estatuto de roma de 1998, y a pesar de que el sistema judicial no cuenta con la aceptación de este orden penal internacional, se observa que dicho organismo internacional rompe con el esquema de soberanía para acabar con la criminalidad observada en el interior en un país.

#### **4.4.2.1 La Reparación del Daño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

La Corte es el órgano judicial del sistema interamericano y está integrada por siete magistrados que tiene dos competencias fundamentales de carácter jurisdiccional y administrativa Internacional.

La Facultad Jurisdiccional de la Corte examina los casos de violaciones de los Estados que son llevadas por la Comisión o por los propios Estados, pero nunca por los particulares directamente. Admitida que sea la demanda, la Corte abre el proceso a dos etapas: escrita y oral; así la etapa escrita se inicia cuando la Corte recibe la demanda, solicita a la parte demandante que elabore una memoria y al Estado acusado una contra-memoria, en la cual

---

<sup>41</sup> Sergio García Ramírez, La Corte Penal Internacional, p. 9

éste pueda hacer su descargo o incluso plantear objeciones preliminares que resuelve la Corte. Luego, se da inicio a la etapa oral, en la cual dada sus facultades tutelares, la Corte puede decretar medidas de instrucción y medidas cautelares, llamar a testigos y pedir que se actúen pruebas, que conduzcan a descubrir la verdad sustantiva y no la verdad formal.

Cuando el Estado demandado está de acuerdo con la responsabilidad establecida por la Corte, puede terminar el proceso antes del juzgamiento; en este supuesto, la Corte puede o no archivar el caso -sobreser- y pasar a supervisar el cumplimiento del acuerdo entre las partes. Cuando la Corte encuentra responsabilidad del Estado dicta sentencia con eficacia vinculatoria para las cortes nacionales del Estado demandado. Si existiera alguna duda, acerca del alcance de la sentencia final, la Corte podría aclarar su decisión, a petición de parte. Es del caso mencionar, que por el *stare decisis* las decisiones de la Cortes son vinculantes para sentencias futuras.

Así la Facultad Consultiva de la Corte también tiene competencia para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta opinión puede ser una respuesta en abstracto sobre el sentido o naturaleza de un artículo de la Convención o, puede estar referida a un caso concreto que se solicite; sin embargo, como bien ha opinado la Corte, no es factible de ser requerida para emitir una opinión consultiva, sobre un futuro caso que va a ventilar como corte jurisdiccional, porque entonces estaría adelantado su opinión sobre el posible fallo.

En la interpretación de la Convención Americana, la Corte ha venido realizando una lectura *indubio pro libertatis*. Basando sus opiniones, no sólo

en la Convención, sino también en el derecho y la doctrina penal, constitucional e internacional que tiende a proteger los derechos fundamentales; en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasbourg también ha tenido influencia gravitante en la Corte de San José.

#### **4.4.3 Casos Judiciales**

Es indiscutible que la protección de los derechos humanos constituye un nudo muy sensible que integra y unifica a la región, en tanto que el impacto de las decisiones del sistema interamericano sobre un Estado de la comunidad americana constituye uno de los instrumentos valorativos pero también instrumentales de las relaciones internacionales entre los Estados Unidos y los demás países americanos, una vez iniciado el retorno a la democracia en América Latina, a partir de la década de los ochenta. En ese escenario internacional, es que la Corte Interamericana ha dado muestras de haber empezado un desarrollo jurisprudencial -teórico y práctico-, que a continuación se comenta en el somero análisis de algunos leading-cases relativos al Perú.<sup>42</sup>

##### **4.4.3.1. Caso Castillo Páez (Peru)**

En Octubre de 1990, Ernesto Castillo, estudiante de sociología de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue detenido por la policía al sur de Lima, en circunstancias en que se encontraba caminando rumbo a su casa, luego de que detonaran dos bombas por las inmediaciones de la zona. Los testigos

---

<sup>42</sup> Ibid. p. 98

declaran que fue introducido por la fuerza en la maleta de un auto policial, luego de lo cual nadie más volvió a saber de Castillo.

Los familiares presentaron un habeas corpus e iniciaron un proceso penal contra los policías presuntamente responsables. Planteado el habeas corpus la policía negó su detención. Más aún, cuando la jueza del habeas corpus fue a indagar a la estación policial, observó cierto nerviosismo en los policías cuando exigió que le presentarán los libros de registro de los detenidos; pero cuando se los presentaron habían arrancado la última página y cerrado el registro de los detenidos, con una evidente tachadura y alteración de las fechas. La juez del habeas corpus, a mérito de esta burda maniobra policial y de las declaraciones de los testigos, que confirmaron la demanda de los familiares, declara fundado el habeas corpus, ordenando se libere inmediatamente a Eduardo Castillo.

El Tribunal Superior confirmó la resolución de la jueza. En ese sentido, la Ley de Habeas Corpus y Amparo establece que confirmada que sea la resolución con la cual se ratifica la protección del derecho reclamado, el proceso judicial queda terminado. Sin embargo, debido a las maniobras del poder político, el proceso fue llevado ilegalmente ante la Corte Suprema, vía cesación, para que se pronuncie por vicios de forma. La Corte Suprema asumió jurisdicción sobre la forma y el fondo del proceso y declaró nulas las sentencias que ordenaban la libertad de Castillo, en la medida que no se había probado que la detención del estudiante hubiese sido hecha por la policía y que la jueza del habeas corpus había tomado las declaraciones de dos testigos sin identificar sus nombres y señas, violando el Código Procesal Penal.

Frente a esta sentencia, la Comisión Interamericana recibió la demanda de los familiares de las víctimas y, solicitó información del gobierno peruano. El gobierno respondió indicando que se encontraba en curso un habeas corpus y un proceso penal por negligencia y abuso de autoridad, aún no concluido. Dado el precedente internacional del caso Velásquez Rodríguez, la Comisión planteó una demanda ante la Corte contra el gobierno peruano, por violación de los derechos a la vida, integridad física y libertad y seguridad personal. Por otra parte, trascendió que el gobierno intentó transar con los familiares de la víctima ofreciendo diez mil dólares de reparación; pero, tal ofrecimiento no fue aceptado en la medida del irreparable daño moral causado.

En tal sentido, el gobierno peruano planteó varias excepciones preliminares, entre ellas una aduciendo que la jurisdicción nacional no se había agotado; por cuanto, el habeas corpus denegado en la justicia ordinaria no había sido recurrido ante el Tribunal de Garantías Constitucionales; sin embargo, ello resultaba imposible debido a que desde el 5 de abril de 1992, el TGC estuvo clausurado por el gobierno y sólo se reconstruyó el 28 de junio de 1996. Sin perjuicio de esta denegación de justicia, el gobierno peruano planteó otra excepción, solicitando la inadmisibilidad de la demanda. Estos pedidos fueron desechadas por la Corte, considerando la jurisprudencia del caso Velásquez Rodríguez. En ese entendido, en Noviembre de 1997, la Corte sentenció responsabilizando al Estado peruano por la desaparición de Ernesto Castillo y ordenando que se indemnice a los familiares de las víctimas por el daño causado por aquellas muertes causadas.

#### 4.4.3.2. Caso María Loayza. (Lima)

María Loayza una profesora universitaria en Lima fue detenida el 25 de febrero de 1993 y posteriormente procesada por una corte militar acusada de actividades terroristas en primer grado -delito de traición a la patria y homicidio-, a favor del grupo terrorista Sendero Luminoso; pero, la justicia militar en última instancia no encontró prueba alguna de dicha imputación delictiva, motivo por lo cual fue absuelta. Sin embargo, la corte militar en vez de liberarla la mantuvo prisionera y en esa condición fue puesta a disposición de la justicia penal común, para que la investiguen y procesen eventualmente por terrorismo en segundo grado -delito de terrorismo- y homicidio en primer grado- por las víctimas de aquel atentado<sup>43</sup>.

A los tres meses de su detención, estando procesada ante la justicia militar la víctima planteó una petición por violación de su libertad personal e integridad personal ante la Comisión Interamericana, quien requirió información al gobierno peruano y envió a sus representantes al Penal de Mujeres de Lima, para que hagan una visita a la detenida y a los autoridades encargadas de su situación. Luego de lo cual, la Comisión envió comunicaciones rogatorias al gobierno del Perú, para que liberen a la víctima y el 26 de septiembre de 1994 formuló una recomendación al gobierno peruano (Informe N° 20/94) solicitando la libertad de Loayza basado en la violación de su libertad personal, derecho a la integridad personal y de las garantías judiciales del debido proceso. El gobierno peruano rechazó la recomendación de la Comisión en mérito a que Loayza se encontraba procesada y no se había agotado la jurisdicción interna; más aún, señaló que desde el 8 de octubre de 1993, la detenida estaba siendo procesada -esta

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 55

vez- por la justicia penal ordinaria y no se había agotado la jurisdicción interna.

Dos años después, el 6 de octubre de 1995, la Corte Suprema en última instancia falló denegando su libertad por encontrarla responsable del delito de terrorismo. La Comisión entonces presentó una demanda ante la Corte el 12 de enero de 1995. La Corte admitió la demanda que comunicó al gobierno peruano, quien planteó una excepción preliminar por falta de agotamiento de vías previas en la jurisdicción interna. El 31 de enero de 1996, la Corte denegó las excepciones preliminares planteadas por el gobierno peruano dada la sentencia de la Corte Suprema con lo cual quedó agotada la jurisdicción interna. Es así que la Comisión pasó a presentar testigos y peritos, siendo objetados algunos de ellos por el gobierno peruano, la Corte desestimó este rechazo reservándose el derecho de valorar sus declaraciones. En acuerdo con el Estado, el 11 de octubre de 1996, la Corte designó a Eduardo Ferrero Costa como experto para dirigir el interrogatorio a la víctima y a los testigos que se encontraban en las cárceles del Perú quien remitió su informe respectivo el 13 de diciembre de 1996.

La Corte realizó la Audiencia Pública el 5 de febrero de 1997 para dar curso al proceso, escuchar a las partes y resolver el asunto. La Corte Interamericana valoró las pruebas ofrecidas por las partes y declaró que se había demostrado que se violó el derecho a la libertad, integridad personal y protección judicial «non bis in idem», sin embargo, el extremo de la demanda en la cual se demanda la violación de la víctima durante su detención y tortura, la Corte considera que «después de analizar el expediente y dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado», como si se tratase de un proceso administrativo y no de una demanda que en

cualquier proceso judicial se resuelve con un examen forense especial. Sin perjuicio de este extremo, la Corte ordenó en su fallo poner en libertad a María Loayza dentro de un plazo razonable. Sentencia que fue acatada por el Estado peruano a través de un habeas corpus de la víctima obteniendo su libertad en noviembre de 1997. caso en el que la propia Corte acepto que no existió ni responsabilidad por no haberse acreditado los supuestos hechos de terrorismo y homicidio, caso en el que observamos que dadas las circunstancias y las atenuantes esto no podría en determinado caso obligar al estado a reparar el daño a terceros por aquellos actos realizados, si estos no están bien cumplimentados.

#### **4.4.4 Convenciones Internacionales.**

Para enumerar las convenciones más importantes para este capítulo, es menester aclarar que en materia de derecho penal internacional México ha suscrito diversas convenciones en materia de extradición de reos, con diferentes países como con Estados Unidos de Norte América, España, Alemania, Brasil, Argentina, Chile, Venezuela, Canadá, entre otros, esto para y a favor de nuestros propios connacionales o en su caso para que dichos procedimientos se lleven a cabo en nuestro país para cumplimentar los ordenamientos legales mexicanos, y así ejecutar en nuestro país por delitos que en caso de homicidio se hayan dado en el carácter de continuados.

Entre las principales Convenciones Internacionales se enumeran:

a) Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del poder, de Nueva York, 29 de diciembre de 1986 convención que establece los principales conceptos sobre la víctima

cuales con sus derechos y garantías así como del resarcimiento por parte de los delincuentes así como de los responsables de la conducta criminal los cuales resarcirán equitativamente cuando así proceda y como es en nuestro caso a los familiares, o las personas a su cargo, ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes, o el pago por los daños o pérdidas sufridos el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios o la restitución de derechos.

Asimismo los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes, de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

Respecto a la indemnización se maneja que cuando no sea suficiente por parte del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) las víctimas de los delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) a la familia en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Compilación de Silverio Tapia Hernández, Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos Inciso a) Víctimas punto 8, 9, 10, 11, 12 y 13, México 1999.

## **CONCLUSIONES**

En nuestra sociedad actual conocemos una figura Jurídica denominada "Reparación del Daño" pero en muchos casos se ignora que esta figura desde mucho tiempo atrás ha existido, claro en condiciones y formas diferentes como la conocían en la antigua sociedad Griega que en la etapa filosófica del mundo se considera que el infractor de la norma prohibida, no sabe que existe o simplemente odia su existencia, en tal virtud para Protágoras de Abdera, la reparación del daño causado, en esencia, no tiene eficiencia porque filosóficamente de nada sirve que el estado mediante un juicio de reproche obligue al infractor a reparar el daño causado, si éste, en realidad al no saber que existe tampoco sabrá de su reparación, o bien no lo entenderá, como dice Sócrates, por ser un hombre sin virtud, o ignorante.

En la actualidad existe en nuestra localidad un instrumento normativo denominado "Nuevo Código Penal para el Distrito Federal" y este Código regula de una manera muy general la reparación del daño estableciendo como el restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito y habla del daño moral que sufren los familiares de la víctima que son las personas con derecho a reclamar la reparación del daño por lo tanto serán las indicadas a comparecer ante los tribunales civiles para demandar la cuatificación de la reparación del daño en general.

El Código Penal nos dice que "La reparación será fijada por los jueces, según el daño o perjuicio que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso" y sigue señalando que esta función de fijar la reparación del daño, debe ser realizada por los tribunales de lo Civil

en base a los elementos y pruebas que le hagan llegar los familiares de la víctima que vienen siendo la parte ofendida y no como se realiza actualmente que se apoya en una ley anacrónica como Ley Federal del trabajo para calcular el monto de la reparación del daño en el delito de homicidio.

Es importante señalar que la reparación del daño en el delito de homicidio, no es posible que se cumpla la disposición de "El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban las cosas antes de cometerse del delito". Claramente se advierte que tratándose del homicidio no puede haber un restablecimiento de las cosas en el estado que tenían antes de la comisión del ilícito, en este caso es imposible la reparación ya que es difícil tener elementos suficientes para determinar el valor de la vida de un ser humano. A nivel Federal, la materia federal no varía tanto de la local en lo referente a la reparación del daño, como lo vemos en su Artículo 29, "La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño...", como lo establece este ordenamiento penal federal, la reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible el pago del precio de la misma, lo que podemos mencionar que cuando estamos en presencia del homicidio, la restitución que se menciona no es posible llevarla a la práctica tal como se señaló en el ordenamiento local, el precio de la vida no puede ser determinado ni aún cuando se habla de una supletoriedad de la Ley Federal del Trabajo.

El Estado también se haya obligado a responder por la responsabilidad del daño de aquellos delitos cometidos por los Servidores Públicos.

En relación al Derecho Internacional Penal, si bien es cierto es una materia joven, la cual empieza a tomar fuera jurídica, en nuestro sistema

judicial, la importancia de formar parte en la Corte Penal Internacional, no solo beneficiará al sistema y al acatamiento de las normatividades internas que en materia de derecho penal se puedan dar y apoyándonos en el sistema internacional.

El Derecho Penal Mexicano establece una serie de normatividades aplicables a la reparación del daño, sin embargo, en el Derecho Penal no existe un procedimiento adecuado para que éste se pueda llevar a cabo, por lo tanto es importante que dentro de esta normatividad se determinen métodos similares a los utilizados en el Derecho Civil, ya que esta rama del derecho tiene una mejor fundamentación en el procedimiento para lograr la reparación del daño moral y material.

Al continuar concluyendo este trabajo es de señalarse que la Reparación del Daño en el delito de Homicidio debe ser de una manera justa sin distinciones de ningún tipo, ya que el bien jurídico tutelado en este delito de homicidio es la vida, y por lo tanto, es con base en este bien absoluto que debe darse la reparación del daño y la vida en todo ser humano es único, absoluto, universal y por igual.

De todos es sabido que la Ley Federal del Trabajo es supletoria para fijar el monto de la indemnización y que esta Ley Laboral en su Artículo 502, habla que será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario. Esta supletoriedad debe ser suprimida, un juez penal debe contar con sus propias bases y lineamientos ya que el homicidio no se provoca con motivo del trabajo, se da con motivo de una conducta ilícita que no es lo mismo, y por lo tanto, no puede tener una connotación laboral, puesto que no estamos hablando de trabajadores y patrones.

Finalmente concluimos que la Legislación Penal relacionada con la reparación del daño, aunque ha tenido un mediano desarrollo requiere ser revisada en cuestiones relacionadas con la reparación del daño en el delito de homicidio, ya que actualmente no logra sus objetivos.

## BIBLIOGRAFIA

**LEGISLACIÓN CONSULTADA**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada pag. 384

Agenda Penal Federal y del D.F., Raúl Juárez Carro editorial, S.A. de C.V.  
México 2004. pag. 524

Código Penal, para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común, y para toda la Republica Mexicana en Materia del Fuero Federal, Editorial Harla, 2004. pág. 313

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Sista, México 2004. pág. 314

Código de Procedimientos Penales Federal, Editorial Sista, México 2004. pág. 424

Código Penal y de Procedimientos Penales, Comentado para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, Editorial Porrúa, México 2000. pág. 220

Compila IV de la Suprema Corte de Justicia de la Nación "IUS 8 y 9"  
Código Penal Federal, Editorial Sista, S.A de C.V., México 2004.

## LEGISLACIONES

BARATTA, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica de Derecho Penal. 2ª edición Siglo XXI Editores, S.A. de C.V. Segunda Edición, México 1981. p. 258

CARRANCA Y TRUJILLO Raúl; CARRANCA Y RIVAS Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, Décimo octava edición, México 1995. p. 982

CARRARA, Francisco, Derecho Penal, Biblioteca Clásica del Derecho Penal, Harla, Vol. 1, México, 1998. p. 230

CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Cuadragésima edición, Porrúa S.A. México, 1999. p.363

CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1995. p.361

CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte general. Tomo II. Tecnos, Madrid, 2000. p.320

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte general. Tirant lo blanch, Valencia, 1996. p.174

Compilación de TAPIA HERNÁNDEZ Silverio, Declaraciones Internacionales De Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999. p.266

Diccionario de las Ciencias de la Educación. Varios Autores, Editorial Santillana, Séptima Edición, México 1990. p.285

Diccionario Jurídico 2002, Desarrollo Jurídico Copyright 2000. p.310

Diccionario Jurídico Mexicano Tomo D-H, Autores Varios, Editorial Porrúa, Novena Edición México 1996. p.120

FERRI Enrico Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal, compendio de obras citadas UNAM, 2000. p.568

GARCIA RAMIREZ, Sergio, La Corte Penal Internacional, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998, México. p.304

GIL GIL, A.: Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva. Revista de Derecho Penal, 2002. p.132

GONZALEZ QUINTANILLA Arturo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, México, 1991. p.V

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL Olga, Análisis de los Delitos contra la vida, Editorial Trillas, cuarta edición. México 1998. p.400

JAKOBS, G.: La imputación objetiva en Derecho Penal. Civitas, Madrid, 1996.  
p. 75

JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal. Parte general. vol II. Bosch,  
Barcelona, 1981. p. 289

LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, Teoría del delito, séptima edición, Porrúa,  
S.A. México, 1999. p. 430

LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel; Compendio de Criminología y Política  
criminal, Editorial Tecnos, España 1985. p.239

LUZÓN CUESTA, J.M<sup>a</sup>.: Compendio de Derecho Penal. Parte general.  
Dykinson, Madrid, 1997. p.147

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General, editorial Trillas,  
México 1986. p. 320

MAURACH, R.; GÖSSEL, K.H.; Zipf, H.: Derecho Penal. Parte general.  
Astrea, Buenos Aires, 1995. p. 2V

MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte general. Bosch, Barcelona, 1998. p.321

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte general.  
Tirant lo blanch, Valencia, 1996. p. 679

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. El Homicidio, Editorial Porrúa, Cuarta  
Edición, México, 1999. p.333