

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN**

CARRERA DE LICENCIADO EN DERECHO.

TESIS QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:

ALUMNO

VÍCTOR MANUEL ALCANTAR MARTÍNEZ

TÍTULO

**PROPUESTA DE UN INCIDENTE DE RESTITUCIÓN DEL DERECHO
EN EL DELITO DE DESPOJO EN EL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**



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.

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES DEL DELITO DE DESPOJO

- 1.1. Derecho Romano.
- 1.2. Derecho Español.
- 1.3. En México.

CAPÍTULO SEGUNDO ESTUDIO DEL DELITO DE DESPOJO

- 2.1. Concepto.
- 2.2. Naturaleza Jurídica.
- 2.3. Clasificación.
- 2.4. Estudio Dogmático.
- 2.5. Tipos de Despojo.

CAPÍTULO TERCERO LOS INCIDENTES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

- 3.1. Concepto incidente.
- 3.2. Incidentes diversos
 - 3.2.1. Substanciación de competencias.
 - 3.2.2. Suspensión del Procedimiento.
 - 3.2.3. Incidentes criminales en el juicio civil.
 - 3.2.4. Acumulación de procesos.
 - 3.2.5. Incidente para resolver sobre la reparación del daño exigible a terceras personas.
- 3.3. incidentes no especificados.
- 3.4. Incidentes de libertad. v_
 - 3.4.1. De la libertad por desvanecimiento de datos.
 - 3.4.2. Libertad provisional bajo protesta.
 - 3.4.3. Libertad provisional bajo caución.

CAPÍTULO CUARTO
LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA VÍCTIMA O EL
OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL

- 4.1. Concepto de víctima.
- 4.2. Concepto de ofendido.
- 4.3. Garantías del ofendido
 - 4.3.1. Recibir asesoría jurídica.
 - 4.3.2. Coadyuvar con el Ministerio Público.
 - 4.3.3. Recibir atención médica.
 - 4.3.4. Reparación del daño.
 - 4.3.5. Cuando sean menores.
 - 4.3.6. Seguridad y auxilio.

CAPITULO QUINTO
LA RESTITUCIÓN DE UN DERECHO EN EL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES

- 5.1. La Restitución del derecho al ofendido, contemplada en el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales.
- 5.2. La restitución del inmueble en el procedimiento penal.
- 5.3. La restitución de un derecho en otros códigos del país.
 - 5.3.1. Estado de México.
 - 5.3.2. ESTADO DE MORELOS
 - 5.3.3. ESTADO DE HIDALGO
- 5.4. Propuesta De Reforma

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Resulta importante destacar que el despojo de inmuebles es uno de los ilícitos que con mayor índice de impunidad se cometen en nuestra ciudad; muchas veces por la escasez de vivienda barata que hay actualmente, y en muchas otras, debido al apoyo que han recibido del propio gobierno, una gran cantidad de grupos dedicados a la comisión de este ilícito, mal llamados “organizaciones sociales”; pero poco conocimiento se tiene de su comisión, en virtud del poco interés mostrado por las autoridades y legisladores para la resolución de los mismos y finalmente hasta de los medios de comunicación, que en forma por demás sensacionalista, sólo informan de aquello que puede generar ventas en publicaciones escritas, o tiempo aire en los electrónicos; por lo que regularmente no son tomados en cuenta o pasan desapercibidos cuando se publican encuestas relativas a la frecuencia en la comisión de delitos, pues reitero, tienen poco impacto mediático. también se presenta dicha impunidad debido a que los propietarios y/o poseedores de inmuebles víctimas de este delito, tienen que pasar por una serie de grandes molestias para ser atendidos con diligencia e imparcialidad; concluyendo muchas veces dicha atención, en ser obligados a malbaratar sus inmuebles, dada la poca probabilidad de que se les haga justicia.

Para tratar de resolver estos problemas de despojo, nuestras leyes nos dan dos alternativas, una por la vía civil y la otra por la vía penal. Dentro de la primera se pretende principalmente la recuperación del bien materia del despojo, sin ninguna sanción para quien ha cometido el ilícito. En la segunda también se pretende la recuperación del bien, pero además se busca la aplicación de una sanción corporal y/o económica, a quien incurrió en la comisión de la conducta tipificada como delito.

Precisamente, dentro del ámbito penal existen obstáculos que impiden la pronta restitución del derecho pretendido, ya que el ejercicio de la acción penal no depende de una acción ejercitada por el ofendido, sino depende del criterio del agente del ministerio público; quien en la actualidad se encuentra subordinado a

las autoridades a que antes hice referencia, que en muchos casos, no sólo no persiguen el delito que nos ocupa, sino que lo solapan; debiendo esperar el ofendido a que concluya un procedimiento que puede alargarse por años, con la esperanza de que, al final, le pueda ser restituido el bien objeto del delito.

No obstante que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece, en su artículo 28, la posibilidad de que el ofendido sea provisionalmente restituido en sus derechos, durante el procedimiento; esto se hace nugatorio debido a los diferentes criterios judiciales en cuanto a su aplicación.

En este orden de ideas, la intención de este trabajo de investigación es mostrar la necesidad, no de reformar el artículo 28 del Código Procesal ya citado, que en algunos casos si es aplicado; sino de que se establezca un incidente específico para restituir en sus derechos posesorios al ofendido en el delito de despojo, tanto durante la averiguación previa, como durante la instrucción en el proceso penal.

Ahora bien, para justificar tal objetivo, en la estructura de este trabajo nos remontaremos inicialmente a las fuentes históricas con la finalidad de conocer el origen del delito de despojo; asimismo analizaremos los elementos que lo en la actualidad.

Posteriormente conoceremos en qué consiste la reparación del daño, en virtud de que es una de las penas que se impone al penalmente responsable, y que es la que más le interesa al ofendido.

Subsecuentemente, sabremos quién puede ser víctima u ofendido del citado delito en el campo de derecho, así como las garantías que en su favor tienen dentro del contenido de la parte b del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De igual manera se realizará un breve estudio sobre la forma en que se aplica el contenido del artículo 28 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en el cual se regula la restitución provisional, así como, las dificultades que en la práctica se presentan para el cumplimiento y ejecución de las disposiciones que emite el juez penal con respecto a la devolución del inmueble; para concluir, finalmente, en la propuesta para el establecimiento de un incidente con las características antes referidas.

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE DESPOJO.

1. DERECHO ROMANO.

El derecho romano tuvo una formación milenaria, que abarcó desde el año 753 antes de Cristo, fecha en la que se fundó Roma, hasta el año 533 de nuestra era, y concluye con los últimos textos que realizó el emperador Justiniano. Estos mil trescientos años se puede dividir en tres grandes estructuras político sociales, que fueron la Monarquía, que terminó en el año 510 antes de Cristo, la República, que duró cinco siglos, es decir, hasta el año 31 de nuestra era, y por último el Imperio que concluye en e año 553 después de Cristo.

El carácter público del delito y la pena fue la principal característica del Derecho Penal Romano primitivo, la pena significaba la reacción pública centra el delito, mientras que éste era considerado como la violación de las leyes públicas.

La venganza de sangre y la composición sólo eran aplicables a ciertos delitos, como por ejemplo al ladrón nocturno.

Los delitos que eran castigados con pena pública eran el praduellia (la guerra mala, contra la propia patria), el incendio, el falso testimonio, la difamación, el cohecho del juez, la hechicería y las reuniones nocturnas. Con la importancia y número de este tipo de delitos evoluciona el Derecho Penal, en parte por la gravedad de dichas penas impuestas a estos delitos (generalmente predominaban las de muerte), y por otra parte, gracias a la organización del procedimiento penal.

Posteriormente a la caída de la Monarquía, prevalece en la historia jurídica de la primera parte de la república, la Ley de las XII Tablas, en donde se contienen las normas de Derecho Penal, en las Tableas de la XII. En ellas se establece una previa noción de los delitos privados, se afirma el principio de la ley del talión, además de a venganza privada, y como una manera de evitar a ésta la

composición. Es importante mencionar que la Ley de las XII Tablas fue una legislación muy primitiva y ruda, pero también hay que hacer referencia que estuvo inspirada en la igualdad social, no tomando en cuenta la distinción de la clase social a la que perteneciera ante el Derecho penal.

Después se distinguió entre delicta pública y delicta privada, según pudieran ser los delitos perseguidos en interés del estado y por sus funcionarios o en interés del ofendido y por éstos, diferenciándose, además entre la disciplina doméstica, la común y la militar. En un grado superior de la evaluación pasaran a vivir en la órbita de a pena pública los delitos. En la época clásica las instituciones justinianeas, los Digestas, los códigos y las Novelas desarrollaron abundante material penal no inferior en sabiduría jurídica plasmada en realismo positivo, a la justicia civil (Ferril), por más que Carrara haya llamado a los romanos “gigantes en derecho civil, pigmeos en derecho penal”. lo más importante está contenido en los dos Terrible libri del Digesto (530 a J.C.), o sean los libros 47 y 48, codificaciones penales sustantivas y adjetivas”.¹

A partir del año 200 antes de Cristo, en que Roma es la dominadora de todo el mediterráneo, se puede notar una total dominación de las penas, ya no siendo la de muerte la principal, como en la Ley de las XII tabas, siendo evitada este pena por el exilia voluntario y la provocatio, y ya en el último periodo de la república queda prácticamente abolida la pena de muerte.

Posteriormente las penas incluyendo las mas graves, se sujetaron a la provocatio, que para las penas delicadas se dirigían a los comicios y las multas a los comicios tributarios.

Tiempo después la práctica punitiva tomó un carácter político muy claro. “Hacia el año 605 de Roma (149 a De J.C.), entraba en la vida jurídica una innovación, insignificante al principio pero grávida de consecuencias. Por quejas

¹ Carrancá Y Trujillo Raúl, y Carrancá Y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte general, Porrúa, México 1991, p. 97.

de las provincias, contra sus gobernantes, sobre restitución de la expoliada a los súbditos, había conocido hasta entonces la justicia senatorial de los recuperadores. Más, en relación con la Lex Calpurnia de repetundis, una comisión permanente del senado, bajo la presidencia de su Pretor, estableció la primera quaestio perpetua, para juzgar el crimen repetundarum, es decir, las exacciones ilegales cometidas por los magistrados del gobierno de las provincias”.²

Hacia los años 82 y 80 antes de Cristo, penetra la reforma al Derecho penal Romano, a través de la ley Sila, esta ley existe aumenta en las leyes en las leyes de Cornelia el número de las cuestiones a los delitos comunes, poco después se crea un orden iudicium publicum unitario, el cual cae a finales del siglo II de la Era Cristiana, dejando intacta el Derecho Penal material, subsistiendo especialmente la oposición entre los crimina publica y las delicta privata.

En la época del Imperio aparece el nuevo grupo de las crimina extraordinaria, que tan importante fue para el desarrollo del derecho penal.

“Dentro de las crimina extraordinaria podemos distinguir tres grupos”:

Primera: las causas más graves, que salen de los delitos privados, y para los que se señalan penas, como el delito de las saccularii (ladrones de bolsillo), efractores (autores de robo), de la Rapiña, salieron: Los ladrones (con tendencia al bandolerismo, o robo con homicidio).

“Segunda: Nuevos Conceptos delictivos. Así: la receptación (crimen receptatarum).

“Tercera: Delitos privados con elección de acciones. Finalmente, aparece la facultad del ofendido, incluso sin taxativa precepto legal, para elegir en la mayor

² Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ed. Abelada, Buenos Aires, 1975, p 281.

parte de los delitos privados, (y no solo en el *furtum* y en la *injuria*), entre *actio ex delicta civil*, y *acuratio extra ordinem penal*.”³

Durante la época del Imperio las penas se encrujecen en severidad, pero después en la última etapa republicana la pena de muerte queda de hecho abolida.

El Derecho Penal Romano de la época clásica está formada por las leyes, (legales), las (*senatusconsulta*), por *edictum* y por las *responsa prudentium*. Desgraciadamente gran parte de este material ha sido destruido. Sólo hemos conocido la obra de Justiniano en las *Institutas* y en la recopilación denominada *Digesto* o *Pandectas*, en los libros XLVII y XLVIII se encuentra lo referente al Derecho penal y Procesal, conocidos como *Libri terribiles*.

“Es indudable que los jurisconsultos no trataron lo concerniente al derecho penal con la misma superioridad de lógica no con la autoridad científica que encontramos en sus escritos sobre derecho privado. Sin embargo, la legislación romana ejerció en Europa, sobre la materia penal lo mismo que sobre los demás, una influencia cuyas huellas encontramos en el derecho canónico y aún en las leyes bárbaras feudales, para que se hace más perceptible cuando el poder monárquico comienza a preponderar sobre el feudalismo. El procedimiento y las jurisdicciones penales se fundaron en Europa con un carácter nueva y distinta, de manera que hubiera de separarse del derecho romano, pero en cuanto a la penalidad, los textos romanos, llamados a menudo ley escrita, fueron considerados como derecho común en todo lo que no estaba determinado en otro sentido por estatutos especiales o por la costumbre.”⁴

“El Derecho Romano fue la ley vigente y obligatoria en el Imperio de Occidente hasta su derrumbamiento por la invasión de los bárbaros (fines del siglo

³ Ibidem, pp. 282-283.

⁴ Macedo, Miguel, S. *Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano*. Ed. Cultura, México, 1931, p. 16.

V), y aún después quedó como ley personal de la población sometida, en tanto que los invasores se regían por sus propios usos para las relaciones entre ellos.”⁵

Como podemos ver el Derecho Romano distinguía los delitos públicos (crimina) de los delitos privados (delicta).

Los delitos públicos son aquellos que ponían en riesgo a la comunidad, eran perseguidos por oficio o por petición de algún ciudadano y eran castigados con pena pública.

Los delitos privados, eran aquellos que provocaban un daño a un particular, y eran perseguidos a petición del interesado, la pena en este tipo de delitos fue evolucionando desde una multa privada, hasta la aplicación de una pena establecida en la ley.

De los delitos privados mencionaremos dos de los incluidos en el jus civilis: se atribuye a Paulo el concepto de que el hurto es el apoderamiento fraudulento de una cosa, para realizar lucro, ya sea de la misma cosa, ya también de su uso o posesión.

Para Paulo el robo (furtum) era el apoderamiento fraudulento de alguna cosa, para lucrar con ella, ya sea de la posesión o de su uso, abusivo de ellas o una toma de posesión ilegal.”⁶

La pena que se daba por este delito podía ser en dos modalidades, ya sea que la víctima obtuviera una multa privada su favor, equivalente al valor del objeto robado, o al tratar de recuperar íntegramente el objeto o de lograr la indemnización respectiva.

⁵ Ibidem, p. 16.

⁶ Ventura Silva Sabino, Derecho romano, p. 391. 12ª ed. Porrúa. México, 1995.

El otro delito contemplado era el daño en propiedad ajena (Damnum Injuria Datum), que fue señalada claramente por la lex Aquilia y reglamentada en diversas modalidades: la actio pastu pecaris (daño causado por el ganado de una persona en el terreno ajeno), la actio pauperie (cuando el daño lo provocaba un animal) y por último el actio aedibus incensis (el daño de incendio en propiedad ajena).

El Derecho Romano distinguió el acto doloso del culposo y del hecho de acción y de omisión.

El culpable de este delito tenía que resarcir el daño causado y en caso de que e negara a hacerlo tenía que pagar lo doble.

El último delito era la injuria (lesiones). Que consistía en un acto hecho que provocara una lesión, a la persona humana, ya sea directa o indirectamente, es decir si se hacia a la persona o a sus familiares respectivamente.

Su indemnización era fijada por el pretor, tomando en consideración la gravedad de las lesiones y el estado de las personas.

Es Ulpiano quien se refiere a la calidad del delito que se imputa a la honorabilidad, a las grandes facultades, o a la inocencia de la persona, o a la dignidad del acusado.”⁷

Como hemos podido ver, salvo algún antecedente de la legislación Romana, el delito de despojo no se encuentra especificado claramente y sólo se protegía la posesión de la tierra por medio de los interdictos posesorios. En otras palabras, no encontramos tipificado el delito de despojo en las leyes romanas.

⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl, y Coautor Carrancá y Rivas Raúl, Op Cit. P. 98.

2. DERECHO ESPAÑOL.

A partir del derecho romano y del canónico, hubo una tercera fuente importante para el derecho europeo, que fue el de los bárbaros.

El derecho bárbaro comprendió del siglo V al X, pero particularmente en España termina en el siglo VII, debido que a principios del siglo VIII se dio la invasión árabe que provocó la destrucción de la monarquía visigoda, y que cuando sucedió la reconquista, se quedó estático el movimiento legislativo, hasta que posteriormente se organizaron nuevos estados cristianos, iniciándose de esta manera la época feudal.

Las principales leyes bárbaras, dejando de lado las de los visigodos fueron:

La de Caniani, Barbararum lege antiquee, que contaba cinco volúmenes y fue elaborado en Venecia abarcado de 1781 a 1792.

La de Walter, Hábeas Juris Germanici, elaborada en Berlín, constando de cinco volúmenes, abarcando de 1781 a 1792.

La de Pardessus, la Lei salique, on Recueil contenant les anciennes redactions de cette lei et le texte cannu ssus le nam de LEX EMMENDATA, avec des notes el des dissertations, elaborodao en París en 1843.

En las leyes mencionadas existen disposiciones del mismo carácter general. En donde se establece la guerra de familia rigurosa o atenuada por la intervención, de la >Iglesia o de los príncipes, la composición, y se puede observar la partición del pueblo en los juicios estipulada en determinadas leyes, sin embargo no aparece de una manera muy clara, en relación al numero de conjuradores y en el género de las pruebas dependían de la nación que se tratara,

pero en casi todas existía esas dos instituciones, y la intervención de la iglesia se veía de diversas formas.

De todas estas leyes bárbaras, las leyes visigodas fueron las que influyeron determinadamente en el derecho español.

La organización en la monarquía visigoda tuvo por característica el poder casi limitado del rey, pero el clero de alguna forma compartió el poder legislativo con formas de gobierno.

Esta no fue de una forma continua, sino con grandes alternativas, producto de airadas luchas políticas, ya que los reyes reclamaban para sí la completa autoridad. En los tiempos primeros, los visigodos se regían por sus propias costumbres, que se convirtieron posteriormente en leyes escritas.

La influencia del clero se notaba en todo. A menudo la administración de justicia era confiada a los sacerdotes y, los vemos dentro de las leyes, como el Fuero Juzgo, en donde se habla del Juez y del sacerdote como una misma persona: "Si judexprovido, o el obispo que iutgo tuerto, et el juicio de mas sea desfecho, II-I-22."⁸

La gran influencia del clero se observa particularmente en los concilios, asambleas de tipo eclesiástico que originalmente tuvo por objeto los aspectos relacionados al clero y al dogma, dichos concilios se comenzaron a realizarse en España poco tiempo después de la conversión al cristianismo. Los concilios más importantes eran los diez y siete de Toledo, que tuvieron la calidad de nacionales, ya que se reunieron en ellos la mayoría de los obispos del reino, el primero de ellos se llevó a cabo hacia el año 400.

⁸ Macedo, Miguel, S. Op Cit, p. 40.

Las leyes visigodas, así las expedidas por los reyes, cuando las emanadas de los concilios, fueron indudablemente coleccionadas en diferentes pacas, y aun se dice que entre 466 y 488 se promulgó por Eurico un código que se llamo de Tolsa por haberse hecho su publicación en esta ciudad, lo que no aparece comprobado, la única compilación que ha llegado a nosotros es la última que se hizo, la conocida con el nombre de Fuero Juzgo.”⁹

a) EL FUERO JUZGO.

El Fuero Juzgo fue también llamado Codees Visgothorum, Lit er Iudicum (Libre de los Jueces) o Forum Iudicum (Fuero Juzgo).

Este código es una compilación sistemática y bien ordenada de casi todas las leyes visigodas. En algunas de ellas se menciona al rey que las expidió, pero en algunas otras se omite el nombre del expeditor, algunas mencionan haber sido arrancadas del Derecho Romano.

El Fuero Juzgo, fue elaborado en la época del Chindasvista (642-649), y fue arreglado en la forma que hoy conocemos bajo el reinado de Egica y Witzia, quienes fueron los últimos reyes visigodos y cuyas leyes aparecen en él, y fueron redactadas a finales del siglo VII, por una comisión determinada por el concilio de Toledo, bajo el encargo del soberano Egica.

La traducción a nuestro idioma, se realizo durante el siglo XIII. En el año 1241 el ilustre rey Fernando III, el Santo, otorgó al Fuero Juzgo el carácter de particular de la Ciudad de Córdoba, posterior a la conquista de los moros, y por tal motivo ordenó que se hiciera una traducción del original que estaba en latín al castellano. Desgraciadamente entre los diversos códigos que actualmente se conservan, se puede apreciar grandes variantes, por lo que es fácil suponer que no todas fueron tomadas del texto latino. Es importante también señalar que de las

⁹ Ibidem, p. 43.

traducciones que nos han llegado ninguna puede ser considerada como fiel y exacta, si se le compara con el texto latino original.

En las leyes escrita de España se le dio una especial preferencia al Fuero Juzgo, incluso anteponiéndose a los Partidos, quienes fueron impresas mucho antes que aquel, cuya primera edición se hizo hacia en año 1660, por Alonso de Villadiego, que sobre el texto castellanos, elaboró sus comentarios en latín.

En el Fueron Juzgo, dentro de la ley II, título I, libro octavo se castigaba al que por medio de la fuerza echara a otro de lo suyo (despojar).

También fue contemplado dentro del Fuero real, en la ley IV, título IV del libro IV en donde se establecía que si algún hombre tomaba por medio de la fuerza alguna cosa que fuese de otro en paz p por juramento, éste perdía el derecho a la cosa, si la tuviese y no la tuviese entregare otro tanto de lo suyo.

Dentro de la partida VII, ley XII, título X se distinguió claramente al delito del despojo, teniendo como elemento esencial de este delito a la fuerza que se empleaba para despojar a otro de lo suyo.

El Fuero Juzgo fue una legislación bien ordenada de las leyes visigodas y tuvieron su fuerte en el derecho Romano.

Dicha compilación fue considerada como la principal de las leyes de España, incluso sobre las Partidas, quien ocupó el lugar de ley supletoria.

El fuero Juzgo se dividió en doce libros, que a su vez se subes se subdividían en títulos, en los libros VI, VII y VIII está lo relativo a la materia pena estableciéndose propiamente el robo de muebles e inmuebles.

3. EN MÉXICO.

A) ÉPOCA PRECORTESIANA.

“Se ha dicho que, en lo penal, la historia de México comienza con a conquista, pues todo lo anterior, está por descubrirse todavía. O los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece imposible, o si la tenían nada les quedo después de la conquista, fue borrada y suplantada por la legislación colonial, tan rica.”¹⁰

B) EL DERECHO AZTECA.

El Derecho Azteca fue un derecho muy primitivo y se caracterizó por ser muy cruel, siendo la pena de muerte lo que más se aplicaba.

Cuando se cometía un delito, se basaban en la contravención de la costumbre establecida, es decir el desobedecimiento de un mandato rea.

A diferencia del Derecho Civil azteca que por lo general era oral el derecho penal era escrito, ya que lo podemos encontrar en los códigos, allí podemos encontrar a los delitos y las penas, las principales penas eran: la muerte, la de derribar la casa del culpable, la de cortar los labios o las orejas al responsable del delitos, la esclavitud, el destierro, cortar o quemar el cabello y destituir de un empleo.

Los aztecas distinguieron claramente los delitos dolosos de los culposos, además contemplaban las situaciones atenuantes y agravantes de las penas, ejemplo atenuantes la embriaguez completa, y una excusa absolutoria robar

¹⁰ Carrancá Y Trujillo Raúl, y Carrancá Y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte general, Porrúa, México 1991, p. 110.

siendo menor de diez años y una excluyente por estado de necesidad: robar espigas de maíz por hambre.”¹¹

La pena de muerte era aplicada de diferentes maneras como por ejemplo el despeñamiento, a garrotazos, el ahogamiento, a pedradas, sacándole el corazón del pecho, quemándolo vivo, el despedazamiento, degollando, empalamiento, sacándole las entrañas por la vía anal, ahorcado, etc.

Dentro del Derecho Penal Azteca encontramos algunos delitos de carácter patrimonial como el robo, que era castigado dependiendo del objeto robado, de su valor y del lugar donde era cometido el robo, el daño en propiedad ajena como ejemplo destrucción de un campo con maíz antes de que estuviera listo para su cosecha, el asalto, que era castigado con la pena de muerte y por último un delito que es muy semejante al delito de despojo que era de abuso de confianza, así el que se apropiaba indebidamente de algún predio ajeno que se le hubiese confiado o lo venía a una tercera persona era castigado con la esclavitud.

C) ORGANIZACIÓN AZTECA.

El Derecho penal Azteca, de gran importancia resulta el estudio de los aztecas. Aunque su legislación no ejerció influencia en lo posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. El pueblo azteca no solo fue el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que además impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservan su independencia a la llegada de los españoles.”¹² Vaillant expresa, que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social, la religión, y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa, el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía

¹¹ Op Cit, p. 106.

¹² La civilización Azteca, pp. 153 y SS. Fondo de Cultura Económica, 1944.

depender de sí, con ello ambas jerarquías se completaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

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

D) ÉPOCA COLONIAL.

“La colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano. La Ley 2, Título I, libro II, de las Leyes de Indias dispuso que todo lo que no estuviese decidido ni declarado... por las leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarde las leyes de nuestro rey de Castilla conforme a los de Toro así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar. Por tanto fue derecho vigente durante la colonia el principal y el supletorio el primero constituido por el derecho indiano, pues es sabido por todos que varias autoridades coloniales, Virreyes, Audiencias, Cabildos, gozaban de cierto margen de autonomía que les permitía dictar disposiciones de carácter obligatorio; y segundo constituido por el derecho de Castilla.”¹³

De las diferentes legislaciones aplicadas a las colonias, la principal fue la de las leyes de las Reynas de las Indias, de 1680.

La recopilación de las Leyes de las Reynas de las Indias, constituyó la ley principal de la Colonia, complementada por los Autos Acordados.

¹³ Macedo, Miguel S. Op Cit. pp. 139-140.

La Recopilación se dividió en nueve libros, subdivididos en títulos formados de leyes numeradas y precedidas de sendos sumarios, con indicaciones, por lo general, del rey que dictó las disposiciones, su lugar y su fecha, aunque por excepción algunas leyes carecen de todas o algunas de estas indicaciones.”¹⁴

Dentro del Título XXXIV de dicha recopilación se estableció plenamente la figura del despojo de la siguiente forma:

Manifestaba pena al que por la fuerza o con violencia tomare alguna cosa que fuese de otro, aunque tuviere razón para eso.

Que ninguno sea despojado de su bien o posesión, sin ser escuchado y apoyado con Derecho.

Pena para todo aquel que tome cosa alguna de los bienes que hubiesen sido del difunto, en contra de la voluntad de sus herederos.

Se sigue la restitución del delito de despojo, de los bienes cometidos contra personas al servicio del Rey.

Pena para los que por medio del engaño, tomen por fuerza los bienes de otro. Como se puede ver ya en esta legislación tenían un concepto muy claro de lo que era el despojo, y vemos que era elemento esencial el tomar por la fuerza el bien de otro, y que además ya se contempla el engaño.

Dentro del Fuero Juzgo también encontramos especificado el delito de despojo, dentro de la Ley 4, en el título IV, en el libro IV, en donde dice: pena para el que por medio de la fuerza tomare bienes que posea otro.

¹⁴ Ibidem, p. 114.

En México independiente, nuestra legislación penal, se inicia propiamente, con el bando de 7 de abril de 1824 y culmina con nuestro Código Penal vigente.

La base del derecho penal mexicano contemporáneo se encuentra en la Constitución de 1857 con apego a la escuela Clásica.

Con las Leyes de reforma se inicia a partir de la Revolución de Ayutla 1857, que a partir de entonces fueron promulgadas en Veracruz, parte de las cuales estaban destinadas a castigar al clero por su intervención en la política, y es entonces cuando surge la segunda generación de liberales preparados para enfrentar a las estructuras feudalistas.

La demostración de los bienes decretadas por Comonfort había sido únicamente una medida económica que tenía indirectamente a la reforma de la clase clerical, poniendo en circulación y haciendo productivos los bienes de manos muertas. Esta ley no había privado al clero de sus propiedades, pero, una vez que esta clase seguía mostrándose rebelde, fomentando la guerra, Juárez ya siendo presidente de México y apoyado por el artículo 27 de la Constitución de 1857, que no difería mucho de la de 1824 en lo referente a la regulación del régimen de propiedad de la tierra. Despojó al clero de sus bienes declarándolos propiedad de la Nación, que se determinó mas tarde como la nacionalización de los bienes eclesiásticos decretada por la ley del 12 de julio de 1859.

Es necesario resaltar el artículo 27 de la Constitución de 1857 en la que se establece la desamortización de los bienes eclesiásticos.

Como lo establece el artículo 27; “La propiedad de las personas no pueden ser ocupadas sin su consentimiento, si no por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinara la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominado u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.”

En la Constitución de 1917, el cambio, tan brusco que provocó esta ley y novedoso del sistema rompieron con la realidad social. Como consecuencia el sistema inquisitivo siguió observándose y el Ministerio Público continuó en su mejor rutina de organismo auxiliar de los órganos Jurisdiccionales. Al suceder el movimiento revolucionario que puso fin a la dictadura del general Porfirio Díaz entre otros efectos en el orden legal al promulgarse la Constitución Política Federal de 1917, se unificaron las facultades del Ministerio Público, haciendo de éste una institución, un organismo integral para perseguir el delito y con dependencia absoluta del Poder Judicial.

Se reglamentó la institución del Ministerio público en la exposición de motivos presentada por Don Venustiano Carranza en la apertura del Congreso Constituyente, del 1º de diciembre de 1916 y con relación al artículo 21, nos describen que estas fueron las causas en que se fundó el Constituyente de Querétaro por adaptación al reglamento.

La constitución de 1917 señaló en el mencionado artículo 21: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad Judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

Las relaciones del Ministerio Publico sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional y en los términos que establezca la ley...”

De acuerdo con el Constitucional y tomando en cuenta el espíritu que dio ánimo el constituyente de 1917 para instituirlo, el Ministerio Público representa a la sociedad por el delito y para cumplir su cometido ahonda sus raíces en la sociedad misma de la función específica que el Constituyente de 1917 le señaló.

Consecuentes con la norma constitucional, las leyes que le organizan los demás textos legales y las jurisprudencias, otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, sin embargo prácticamente la esfera de acción del Ministerio Público se extiende más allá de los delitos del derecho Penal.

En el mismo Derecho penal principalmente debe preservar a la sociedad el delito, en ejercicio de sus atribuciones como representante de la misma, ejercitar las acciones penales. Sus funciones específicas son: a) Función investigadora, b) Función persecutoria y c) En la ejecución de sentencias.

CAPÍTULO SEGUNDO ESTUDIO DEL DELITO DE DESPOJO

2.1. Concepto.

Jurídicamente ya se ha podido apreciar lo que es el delito de despojo, sin embargo, considero que es válida la necesidad de explicar más profundamente el tipo penal de despojo analizando la definición legal del Código Penal vigente en el Distrito Federal lo define, sino como en la doctrina y jurisprudencia se conoce.

Por otro lado, y antes de iniciar el análisis, quiero dejar claro que existen un sin número de concepto en relación al despojo, que requieren ser explicados para la mejor comprensión de nuestro tema y sobre los cuales versará el presente título.

2.2. Naturaleza Jurídica.

El delito de despojo se encuentra tipificado y sancionado en los artículos 237 y 238, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

“Artículo 237. Se impondrán de tres meses a cinco años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa:

- I. Al que de propia autoridad, por medio de violencia física o moral, el engaño o furtivamente, ocupe un inmueble ajeno, haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca;
- II. Al que de propia autoridad y haciendo uso de cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior furtivamente, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o

ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante; o

- III. Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas.

El delito se sancionará aún cuando el derecho a la posesión de la cosa usurpada, sea dudosa o esté en disputa.”

La penalidad aplicable al delito de despojo se agrava en diversos casos de conforme al artículo siguiente:

“Artículo 238.- Cuando el despojo se realice por grupo o grupos, que en conjunto sean mayores de cinco personas, además de la pena señalada en el artículo anterior, se impondrá a los autores intelectuales y a quienes dirijan la invasión, de uno a seis años de prisión.

Cuando el delito se cometa en contra de persona mayor de sesenta años de edad o con discapacidad, las penas previstas en el artículo anterior, se incrementarán en una tercera parte.

A quienes cometan en forma reiterada despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal, se les impondrán de dos a nueve años de prisión y de cien a mil días multa”.

Ahora bien de los artículos antes mencionados se desprende que los elementos subjetivos del delito de despojo son:

- a) Ocupación de un inmueble o uso del mismo, o de un derecho real ajeno;
- b) De propia autoridad, y
- c) Que aquélla se haga ejerciendo violencia, en forma furtiva, empleando engaño o amenaza, por tanto, si el quejoso para disponer del bien

inmueble procedió a ocuparlo y realizar una construcción, esa sola circunstancia no debe determinar que existió furtividad en su conducta, aún y cuando entró en posesión del inmueble de propia autoridad, porque tal elemento no consiste en el desconocimiento del acto de la posesión por parte del propietario del inmueble, sino en el aprovechamiento de condiciones que propician el acto de la ocupación de un inmueble, tales como la ausencia de testigos, la ausencia o descuido del legítimo poseedor, la utilización de la obscuridad para ejecutar el hecho.

El despojo, más que una figura delictiva que proteja la propiedad, tutela la posesión de un inmueble.

El delito puede reconocer exclusivamente como objetos materiales en que recae la acción, las cosas inmuebles o los derechos reales. Esto quiere decir que el delito únicamente se tutela en el despojo la posesión de los inmuebles corporales, es decir, el suelo y las construcciones adheridas a él y la posesión de los derechos reales susceptibles de uso material, tales como las servidumbres.

“Las acciones delictivas consisten en la ocupación del inmueble ajeno, o su uso, o el uso de un derecho real que no pertenezca al agente. Con rigor técnico puede pensarse que la ocupación es “el medio de adquirir una cosa con ánimo de hacerse dueño de ella”, pero la finalidad de adueñamiento o apropiación del inmueble no es imprescindible en el delito de despojo, puesto que la ley admite como figura criminosa la de su simple uso. En cuanto a los derechos reales, como para la integración del tipo se exige su uso, resulta que sólo aquellos derechos reales inmobiliarios que recaen en cosas corporales pueden ser objeto de la infracción, como en el caso de uso de servidumbres ajenas. En esencia, las acciones delictivas de despojo consisten siempre en una toma de posesión del

inmueble o del derecho real, con ánimo de apropiación, de venganza o de, en cualquier forma, beneficiarse con su tenencia material.”¹⁵

Los modos de ejecución de las acciones delictivas se encuentran enumerados en forma disyuntiva por la ley son: 1. La violencia física o moral a las personas; 2. Furtividad; y 3. Engaños. A pesar de que el Código menciona además las amenazas, no se hace necesario destacarlas especialmente en la enumeración, porque siempre constituyen violencias morales por la intimidación que producen.

Por furtividad en la ocupación se entiende la maniobra oculta, clandestina, del agente que se traduce en la toma de posesión del inmueble sin conocimiento de sus custodios o de sus anteriores poseedores materiales. La ocupación engañosa sería aquella lograda mediante el empleo de falacias o mentiras que induzcan a error y que den por resultado la entrega pacífica del inmueble.

Ante la proliferación de liderzuelos que en forma maliciosa han empleado las conocidas maniobras de posesionarse en forma furtiva y contumaz de inmuebles ya sean urbanos o rústicos, fabricando de la noche a la mañana, barracas de cartón y madera, empelando a grupos pseudo menesterosos a quien inducen para despojar a los legítimos propietarios.

2.3. Clasificación doctrinaria del delito de despojo.

Por su gravedad.

El despojo de bienes inmuebles es un delito, ya que en términos generales no se considera como grave, máxime si se trata de la posesión de un inmueble propiedad privada, al ejecutarse éste, se viola el contrato social hecho por el

¹⁵ González de la Vega, Francisco. “Derecho Penal Mexicano”, Edit. Porrúa, México, 1998, p. 297

hombre para poder vivir en la sociedad y en paz, el despojo será perseguido por la autoridad, que en este caso será el ministerio público, además de que intervendrá la autoridad judicial para imponer la sanción correspondiente.

Por la conducta del agente.

Es un delito de acción, ya que para que éste se realice, se requiere movimientos corporales y materiales para lograr su fin, encaminados a la apropiación de un inmueble y aguas sin derecho.

Por el resultado.

La ejecución del ilícito en estudio acarrea un resultado, el cual será un deterioro en el patrimonio de las personas, por consiguiente la infracción penal en estudio es material.

Por el daño.

Es un delito de daño debido a que, el efectuarse se produce una disminución en el patrimonio de la víctima, derecho de posesión que muchas veces deriva en daños económicos.

Por su duración.

El delito de despojo de bienes inmuebles es instantáneo, por que en el mismo instante de agotarse la conducta se produce el delito.

Por el elemento interno.

Se requiere de la plena y absoluta intención del agente para cometer el hecho delictivo, por el cual estamos ante la presencia de un delito doloso.

Por su estructura.

El ilícito en estudio es simple, ya que al ejecutarse causa una sola lesión jurídica, es decir, atenta directamente contra el patrimonio de las personas.

Por el número de actos.

El despojo de bienes inmuebles, es unisubsistente, ya que por su realización es suficiente con la ejecución de un sólo acto para que se lleve a la consumación cabo el ilícito.

Por el número de sujetos.

El delito de despojo de bienes inmuebles puede ser: unisubjetivo, en el caso del tipo penal el tipo penal de éste ilícito se llega a consumir con la participación de una sola persona; y plurisubjetivo, el tipo penal de éste ilícito también se llega a consumir por varios sujetos, exigiendo la participación de más de una persona en el acto delictivo, en cuyo caso la ley agrava.

Por su forma de persecución.

El ilícito en estudio se persigue de: querrela, porque requiere que la víctima denuncie el hecho delictuoso, oficio, en los supuestos mencionados en los dos últimos párrafos del artículo 395, fracción II y 238 del Código Penal para el Distrito Federal que entrará en vigor a partir del 12 de Noviembre del año 2002.

Por su materia.

Puede ser éste ilícito de ámbito Federal como local o común: Federal, ya que éste ilícito se encuentra en un ordenamiento de carácter federal, como lo es el Código Penal Federal, local o común, será de esta clase cuando el despojo de

bienes inmuebles se ejecute dentro de la jurisdicción local, aplicándose la ley penal correspondiente a éste ámbito.

Por su composición.

Es un delito anormal, ya que en el tipo penal además e contener circunstancias objetivas, también contiene subjetivas, como al establecer “furtivamente”.

Por su ordenación metodológico.

Es un tipo fundamental, por tener plena independencia y encontrarse en formado por una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

Por su autonomía o independencia.

El delito de despojo bienes inmuebles, es autónomo ya que tienen vida propia, es decir, no necesita de la realización de algún otro ilícito.

Por su formulación.

Es un tipo casuístico, por indicar los medios de ejecución del ilícito y con la presentación de uno de estos se configura el delito.

ELEMENTOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

Conducta y ausencia de conducta.

CONDUCTA. La conducta es evidentemente de acción, ya que para la consumación del ilícito es necesario realizar movimientos corporales y materiales, por lo que respecta al sujeto y al objeto estos serán:

- a) Sujeto activo, puede ser cualquier persona para los supuestos establecidos en los tipos penales correspondientes a este ilícito, con excepción donde se exige que el sujeto activo sea dueño del bien inmueble.
- b) Sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico protegido y puede ser cualquier persona física o moral, incluso resultar afectada la nación.
- c) Objeto material. Es la cosa inmueble que se despoja.
- d) Objeto Jurídico, Es el bien jurídico protegido, en este caso es el patrimonio de las personas (físicas o morales).

AUSENCIA DE CONDUCTA. A pesar de que la mayoría de los autores consideran que no puede presentarse, por estimar que es indispensable emplear alguno de los medios comisivos, es pertinente señalar que pueden presentarse las siguientes:

- a) Fuerza física superior e irresistible. Puede presentarse cuando el agente no tiene la voluntad de efectuar el despojo, sin embargo, por una fuerza física superior e irresistible es obligado a efectuarlo. No hay voluntad, únicamente actuar físico.
- b) Hipnotismo. Es cuando una persona es colocada en estado de letargo por tercero, sometiendo su voluntad a la del último, por lo que actúa con intención al efectuar el despojo.

Tipicidad y Atipicidad.

TIPICIDAD. La tipicidad en el delito de despojo de bienes inmuebles se presentará cuando concurren todos los elementos y se encuadren en el tipo penal, éste último es la descripción legislativa del hecho delictivo.

ATIPICIDAD. Existirá cuando falte alguno de los elementos típicos:

- a) Ausencia de calidad exigida por la ley en cuanto al sujeto activo. Se dará cuando en la realización del ilícito, falte el sujeto activo exigido, o sea el

dueño del bien inmueble a estipular: “ocupe un inmueble de su propiedad”, o, al señalar: “en forma reiterada”.

- b) Falta de objeto material. Cuando el objeto material no sea un bien inmueble, como lo establece el tipo penal.
- c) Falta de objeto jurídico. Se presentará cuando en la realidad del ilícito, no se cause un daño en el patrimonio de la víctima.
- d) Falta de referencia espaciales. Es cuando falta la referencia espacial establecida, como al señalar, “ocupe inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante, o al establecer, a quien se dedique en forma reiterada a promover el despojo de inmuebles urbanos en el Distrito Federal.

Antijuricidad y causas de justificación.

ANTI JURICIDAD. Radica en la violación a la norma que tutela este tipo de comportamiento, la expresión de propia autoridad indica la antijuricidad.

Así mismo, el empleo de cualquiera de los medios de comisión indica la antijuricidad de hecho, todo despojo es antijuricidad, ya que lo contempla y lo sanciona la ley penal.

CAUSA DE JUSTIFICACIÓN. Es posible que en algunos casos puedan presentarse los siguientes:

- a) Estado de necesidad. Se puede presentar en el delito de despojo de bienes inmuebles al sacrificar el bien jurídico tutelado por la norma que en este caso es el patrimonio, por otro de mayor como podría ser la vida.
- b) Ejercicio de un derecho, se puede presentar cuando alguien se introduce en su propio terreno, ocupado por otra persona indebidamente.
- c) Obediencia jerárquicamente, también se puede dar cuando alguien manda a un inferior jerárquicamente a despojar del inmueble a alguna persona. Las

nuevas disposiciones, efectuadas con las reforma del 10 de enero de 1994 al Código Penal Federal, han eliminado a la obediencia jerárquica como causa de justificación.

Culpabilidad e inculpabilidad.

CULPABILIDAD. Únicamente se dará la forma dolosa, por que su ejecución requiere la plena intención del agente.

INCULPABILIDAD. Pueden presentarse los casos siguientes:

- a) Error esencial de hecho invencible. Ya sea error de tipo o de licitud (eximentes putativos), cuando el agente por error esencial e invencible, no sabe que esta realizando alguno de los elementos del tipo o por error de licitud, cuando el sujeto cree actuar bajo alguna causa de licitud, respectivamente.
- b) No exigibilidad de otra conducta. Esta se presenta cuando según el artículo 15 fracción IX, “atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta lícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”.

Imputabilidad e inimputabilidad.

IMPUTABILIDAD. Es importante la presencia, en el delito de despojo de bienes inmuebles de la imputabilidad, comprendida como la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal. De no presentarse será imposible imputar al sujeto la comisión del ilícito.

INIMPUTABILIDAD. La única causa de inimputabilidad que puede presentarse es la de Minoría de edad, es cuando el sujeto activo del delito es un menor de edad, sin embargo se debe considerar que los menores de edad si

pueden ser imputables, únicamente que están sujetos a un régimen jurídico especial.

Punibilidad y excusas absolutorias.

PUNIBILIDAD. No es otra cosa más que la penalidad.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS. En el delito de despojo de bienes inmuebles no se presentan.

Condiciones Objetivas de punibilidad y su ausencia.

No se presentan condiciones objetivas de punibilidad en el delito de despojo de bienes inmuebles. Por consiguiente, hay ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

2.5. Tipos de Despojo

DE INMUEBLES.

Lo que pudiera ser la definición completa de inmueble, ya mencionada en el punto referente al análisis del artículo 750 del Código Civil para el Distrito Federal, es tan sólo una de las trece fracciones de los bienes, el cual me voy a permitir transcribir para que no haya lugar a duda de cuáles son los bienes que jurídicamente son considerados como inmuebles.

Artículo 750. Son bienes inmuebles:

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él.

- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares.
- III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido.
- IV. Las estatuas, relieves, pinturas u objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.
- V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente.
- VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente, a la industria o explotación de la misma.
- VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en la tierra donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca.
- VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario.
- IX. Los manantiales, estanques y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquiera especie que sirve para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella.
- X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de fincas, mientras estén destinadas a ese objeto.
- XI. Los diques y construcciones que, aún cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

- XII. Los derechos reales sobre inmuebles.
- XIII. Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.”

DE AGUAS.

Por lo que hace a este tipo de despojo, existe realmente poco de lo que se pudiera hablar, incluso, el Código Penal del Distrito Federal, en su artículo 395 fracción III, dice a la letra. Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas, lo mismo dice la fracción III del nuevo código que no cambió.

Se puede observar que, el Código en cuestión, sólo menciona de esta manera el tipo de despojo que me encuentro analizando en este inciso, y digo de esta manera, por que no da explicación mayor de lo que es el despojo de aguas, sin embargo, procederé a vaciar literalmente lo que algunas tesis relacionadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos señala como despojo de aguas.

DESPOJO DE AGUAS. Los elementos constitutivos del delito de despojo de aguas con: a) ocupación o uso de aguas; b) sin derecho alguno y c) que aquella se haga mediante violencia, en forma furtiva, empleando engaño, amenaza, o haciendo fuerza en las cosas: la pericial que esencialmente precisa que el desvío hecho por el acusado no perjudicaba el riego del ofendido en sus tierras, es intrascendente en cuanto al tipo delictivo en si mismo, que consiste en el aprovechamiento ilícito de aguas, cuyo disfrute corresponde a quienes autorice el estado, llenando los requisitos que las leyes correspondientes señalan y a fin de garantizar una armónica y equitativa explotación de las tierras y aguas nacionales cuya propiedad corresponde originalmente a la Nación Mexicana. Sexta época, segunda parte, Vol. XLII. Pág. 13 A: D. 3710/60.

Como se puede apreciar, en estricto sentido el despojo de aguas no es más que un desvío de éstas, realizado por aquel que no tiene derecho alguno, a través de las distintas maneras de hacerlo, pero a mayor abundamiento, me extenderé en éstas y otras cuestiones tanto doctrinales como jurisprudenciales.

Por la naturaleza de este delito, cabe hacer mención de la furtividad que se da en éste, porque aunque debe entenderse como la ocultación de la conducta frente a quien legítimamente puede oponerse a ella, no se trata de una ocultación erga omnes¹⁶, indispensable, ya que la procurada ocultación de la conducta frente a cualquier posible testigo, constituye furtividad, sin embargo, en el caso del despojo de aguas, basta que la procurada ocultación lo sea a quien legítimamente pueda oponerse a ella.

Por otra parte, pero dentro de los medios constitutivos del delito de despojo de aguas, se tiene la siguiente tesis.

DESPOJO DE AGUAS, INTEGRACIÓN DEL DELITO DE. Como la figura de despojo de aguas puede integrarse en forma alternativa, si hubo furtividad, resulta innecesario ocuparse de si hubo o no violencia como medio para el uso de aguas, ya que basta acreditar uno solo de los medios a que la ley hace referencia. Primera sala, Séptima época, segunda parte. Vol. 69. Pág. 18. A. D. 4502/73.

Es claro que no se requiere un perjuicio para que se tipifique el delito referido, pues como establece la Corte, la prueba pericial que precisa que el desvío por el acusado no perjudica al riego del ofendido en sus tierras, es intrascendente en cuanto al tipo delictivo en si mismo, que consiste en el aprovechamiento ilícito de aguas.

¹⁶ Ramón García Pelayo y Gross. Pequeño Larousse Ilustrado. México 1978. Ediciones Larousse, Pág. 415.

POSESIÓN:

Toda vez que a mi criterio quedado claro lo referente al delito de despojo en cuanto a su definición, así como los tipos de despojo que existen, me corresponde hablar claro del concepto de posesión, uno de los elementos relacionados con el injusto de despojo, y a mi manera de ver, el de mayor trascendencia junto con el de la propiedad.

Efectivamente, sí es de los de mayor trascendencia, pues la posesión es bien jurídico tutelado por el delito que nos ocupa. A este respecto, tenemos que:

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

Algunos juristas, como Nawiasky, indican que en lugar de bien jurídico se puede hablar de fin jurídico o interés jurídicamente protegido, pues en el concepto subjetivista del derecho positivo cabe perfectamente¹⁷.

¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I 6ª edición, México 1993, Porrúa y UNAM, Pág. 338.

CAPÍTULO TERCERO

LOS INCIDENTES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1. Concepto de incidente.

Javier Piña y Palacios, señala que los significados y definiciones dadas a incidentes e incidencias, claramente se percibe que el elemento que los distingue, es algo que sobreviene, es algo que aparece. De ahí que se diga en términos generales, que "incidente es toda cuestión que surge de otra considerada como principal, que evita ésta, la suspende o interrumpe y que cae en o centro de esta otra o que sobrevienen con ocasión de ellas. Al mismo tiempo nos sugiere algo que está relacionado con lo principal, algo que incide o corta con lo principal."¹⁸

El Doctor Sergio García Ramírez, sobre los incidentes vierte el siguiente comentario: "La palabra incidente tiene una doble descendencia por una parte corta, interrumpir, suspender y por otra parte se señalan el verbo *cedere* y la preposición *in*, que implica caer en sobrevivir".¹⁹

En nuestro derecho penal vigente existen diferentes incidentes de liberto o diversos, de los primeros destacan el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, el incidente de libertad provisional bajo caución y el incidente de libertad provisional bajo protesta; en cuanto a los diversos figuran: substanciación de las competencias, impedimentos, excusas y recusaciones, suspensión del procedimiento, acumulación de autos, separación de autos, reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado e incidentes no especificados.

Rivera Silva expone que existen varias definiciones a su juicio carecen de una fuerte consistencia, ya que ningún autor nos aclara que es incidente y lo diferencia de otras actuaciones.

¹⁸ Piña y Palacios, Javier. "Derecho Penal", Edit. Porrúa, México, 1999, p. 78

¹⁹ García Ramírez, Sergio. "Derecho Procesal Penal", Edit. Porrúa, México, 1999, p. 280

Para ello, nos da algunas ideas que nos permitirán distinguir claramente un incidente de otras diligencias.

- I. La cuestión planteada en el incidente tiene relación con el negocio principal, pero esta relación es de carácter accesorio.
- II. La secuela del incidente no tiene acomodo necesario en algunas de las etapas del procedimiento. En otras palabras, hemos fijado que el procedimiento se informa con una serie de actos que se van solicitando unos a otros; el incidente no es un eslabón de esta serie de actos que integran el trámite normal, es un pequeño procedimiento metido en el procedimiento grande.
- III. El incidente en cuanto algo especial tiene un procedimiento distinto al del juicio principal.

Con los puntos anteriormente expuestos de una manera ilustrativa nos da una definición del incidente penal. "Es una cuestión promovida en un procedimiento, que en relación el tema principal reviste un carácter accesorio y que, encontrándose fuera de las etapas normales, exige una tramitación especial."²⁰

Como se puede observar el incidente es una cuestión especial que se da dentro del proceso y que por su importancia suspende éste hasta su resolución.

Entre algunos procesalistas existen desacuerdos en sus ideas, ya que algunos se refieren al incidente como una cuestión un punto controvertido, para otros es un suceso.

El incidente es un punto discutible que sucede en el proceso en forma secundaria, ejercitado por las partes, o por el juez o resuelto por la ley, se tramita

²⁰ Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal", Edit. Porrúa, México, 1997, p. 357

de manera especial ya que suspende o modifica en forma temporal o definitiva el proceso.

La palabra incidente puede aplicarse a todas las excepciones, a todas las contestaciones, a todos los acontecimientos accesorios que se originan en un negocio e interrumpen o alteran o suspenden su curso ordinario. Son incidentes de un juicio el nombramiento de un nuevo procurador, la recusación de un juez u otro funcionario de la administración de justicia, la acumulación de autos, la oposición a la prueba perdida, la reclamación de nulidad de una o varias actuaciones, la reposición de una providencia o auto, la petición del término extraordinario de prueba, la declinatoria de jurisdicción, la alegación y prueba de tachas, etc., porque todas éstas se derivan y traen su origen del negocio principal; pero no todas las que hemos citados y otras que caben dentro de la definición, están comprendidas en las prescripciones de este título, encaminado a trazar el procedimiento que ha de seguirse en todas las cuestiones que la ley tiene como incidentales de la principal.

Algunas veces las partes o los órganos jurisdiccionales se apartan de las normas procesales aplicables al juicio que se ventila; surge entonces la posibilidad de que se planteen cuestiones adjetivas cuya resolución servirá para llevar el proceso a su fin normal, mediante incidentes en sentido propio. Otros problemas relacionados con un proceso surgen durante su preparación o desarrollo y se recurre al trámite incidental.

Por otra parte, como el proceso no termina con la sentencia sino que la actividad jurisdiccional se extiende hasta satisfacer jurídicamente a la parte que obtuvo sentencia favorable, los incidentes son posibles aun en ejecución de sentencia con la idea de hacer posible la aplicación correcta de las normas procesales. En ambos supuestos, algunos autores niegan que se trate de verdaderos incidentes.

Los incidentes se tramitan no sólo en los juicios ordinarios sino en los especiales, ejecutivos, universales y aun en los procesos atípicos y de jurisdicción voluntaria.

3.2. Incidentes diversos.

3.2.1. Substanciación de competencias.

Se inician de acuerdo a su tramitación, por la vía de nuestra legislación positiva, puede realizarse de manera especial genérica. Dentro de la genérica se tramitan tanto los incidentes de obvia realización como otros incidentes que tiene fijado un trámite común.

En general, los llamados incidentes, previstos en los Código de Procedimientos Penales, requieren de una tramitación adicional; es decir, de un procedimiento indicado en la ley, por simple que sea; por eso, algunos autores al ocuparse del tema también le llaman procedimiento incidental.

Al surgir el incidente, se necesita precisar: a) la causa que alteró la estructura del proceso; b) hacer valer esa causa; c) plantear la cuestión que provoca; d) probar los hechos que alteraron; e) oír a las partes; y, f) resolver la cuestión planteada.

No siempre sucede así; dependerá del tipo de incidente que se trate, porque algunos, dada su naturaleza; si bien, requieren de un planteamiento y un trámite, éste es tan simple que no requiere de todo lo antes señalado; tal es el caso, de la libertad bajo caución, algunos casos de excusa, etc.

La tramitación, está sujeta al tipo de incidente de que se trate, porque, aunque algunos impiden la marcha del proceso, otros no; en consecuencia, cuando no impiden la continuación del proceso, si se llega a sentencia y el

incidente no se ha resuelto, será necesario determinar la suerte del incidente, ya que si fuera favorable la determinación resultaría inútil entrar a la cuestión de fondo del proceso.

El trámite se inicia con la demanda incidental, cuya copia sirve para correr traslado a la contraparte y continúa con la contestación de ésta; el ofrecimiento de pruebas; su recepción y desahogo en una audiencia en que se oyen alegatos y se dicta resolución. Los plazos se reducen al mínimo: tres días para contestar; ocho días para la celebración de la audiencia en la que debe dictarse sentencia. La resolución que se dicta es una sentencia interlocutoria.

La formulación de un incidente puede paralizar el juicio en lo principal o no paralizarlo.

En el primer caso se trata de incidentes de previo y especial pronunciamiento que obligan a suspender el juicio en lo sustancial, mientras. Se tramitan y resuelven por sentencia que no afecta el fondo del negocio.

En los incidentes que no tienen ese carácter se verifica el trámite, pero la resolución se deja para la sentencia definitiva que debe estudiar y resolver los problemas incidentalmente planteados.

Si se trata de incidentes en ejecución de sentencia, la interlocutoria debe pronunciarse al final del trámite.

Algunos incidentes se tramitan en el cuaderno principal y otros se siguen "por cuerda separada" o sea en un expediente especial, verbigracia incidentes sobre competencia.

La característica de la especialización de los tribunales o división del trabajo entre los mismos consiste en que cada uno de ellos posee un ámbito competencial

específico. El cuestionamiento de este ámbito corresponde a lo que estamos llamando cuestiones de competencia.

"Las cuestiones de competencia -apunta Alcalá Zamora- son contenidas que surgen, en el ámbito de la competencia relativa, cuando dos o más tribunales de un mismo orden jurisdiccional pretenden conocer de un determinado litigio o causa; o por el contrario, abstenerse de entender en el mismo".²¹

El resolver la cuestión la cuestión de competencia nos puede llevar al desarrollo de un verdadero proceso, donde las partes en contienda son los tribunales en conflicto (los dos que niegan ser competentes, o los dos que afirman serlo), y donde la solución a su conflicto provendrá de un tercero extraño a la contienda, el cual es conocido como tribunal de competencia.

Inhibitoria.

La inhibitoria es la técnica o procedimiento que ha de seguirse (luego de planteada la cuestión de competencia) ante el tribunal que el promovente pretende que sea este tribunal el que se declare competente y continúe conociendo de un asunto previamente planteado ante otro tribunal. En este sentido, la inhibitoria no es la cuestión, sino el procedimiento que ha de seguirse para resolverla.

Declinatoria.

La declinatoria es la otra técnica por seguir, y como contrapartida a la inhibitoria se inicia ante el tribunal que el promovente afirma no es el competente; puede llegar a desembocar en un conflicto negativo de competencias. Bajo este procedimiento, el promovente inicial pretende que el tribunal que ya está conociendo se declare incompetente y envíe el asunto a otro tribunal. Cabe advertir que dicho procedimiento también se puede iniciar ex officio.

²¹ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria. "Prontuario de Derecho Procesal Penal", Edit. Porrúa, México 1998, p. 57

b) Impedimentos, excusas y recusaciones.

Además de la competencia del órgano para conocer de un asunto, es necesaria la existencia del competencia del sujeto que encarna al órgano, y a la que más certeramente se le ha denominado capacidad subjetiva o simplemente capacidad.

En la excusa, la cuestión es planteada por el impedido, quien se autoexcluye en el conocimiento, en tanto que la recusación la cuestión es planteada por persona diversa de la del impedido. La primera se reduce a una completa autodescalificación.

Estas vías no son susceptiblemente de tramitarse simultáneamente, sino que sólo podrá iniciarse la recusación, si en el caso concreto el juzgador (que se dice está impedido) omitió plantear la cuestión a través de la excusa.

Excusa.

La excusa no es la razón o motivo que se hace valer, sino el acto de autodescalificación, fundada en el impedimento. Así, no se confunda el impedimento con el acto de decisión que hace valer tal impedimento, como por desgracia ocurre con algunos escritores.

Cabe advertir que la excusa puede ser planteada por el juzgador y también por los secretarios, oficiales, peritos, traductores, etc., cuando el impedimento no permita a éstos auxiliar en el proceso. En este último caso, la excusa no llega hasta el sustituir al órgano, como si ocurre cuando quien se excusa es el juzgador.

La excusa es el acto mediante el cual, luego de autoplanteadada por el impedido la ausencia de capacidad subjetiva en concreto, se provoca la sustitución de tal persona, e inclusive puede llegarse a sustituir al propio órgano a

que pertenece, especialmente cuando se trata del tribunal monocrático o unipersonal.

Recusación.

El término recusación proviene de recuso, recusare, que significa objetar, en nuestro caso se trata de objetar a una persona a la que se le cuestiona su capacidad subjetiva en concreto.

La recusación consiste en el acto de parte a través del cual se cuestiona la capacidad subjetiva en concreto del juzgador (o de algún otro auxiliar), exigiéndose su exclusión y sustitución. Vale decir, es el acto en que se afirma que una persona (normalmente el juzgador) está impedido para conocer.

Por lo que hace a la recusación dirigida contra el juzgador, puede solucionarse en vía autocompositiva, y en defecto de ésta por heterocomposición, observando las siguientes fases procedimentales del procedimiento recusacional:

- a) Fase autocompositiva. En el momento, el recusante cuestiona directamente al juzgador recusado, quien de aceptar el impedimento, soluciona la cuestión.
- b) Fase hetercompositiva. En la hetercomposición, recusante y recusado concurren ante un juzgador que dé solución al cuestionamiento de la capacidad, que pasa por diversas subfases o momentos.

d) Acumulación de autos.

La acumulación de procesos o autos: "es la reunión de los expedientes, que se tramitan con motivo de diversas infracciones penales, cometidas por una

persona o por varias; o de aquellos, que se siguen ante diversos jueces, para que sea uno sólo quien instruya el proceso y lo continúe por todos sus trámites."²²

Durante el proceso, el juez, atendiendo a las prescripciones de las leyes vigentes, necesita conocer de todos aquellos delitos conexos, atribuidos a una persona determinada y por los cuales le han instruido los procesos respectivos, para que, reunidos, y ante un solo juez, sea factible la realización de los fines específicos del proceso penal.

Si al ejecutarse el delito, intervienen varios sujetos, existe coparticipación. Esto puede dar margen a problema diversos si separadamente se les ha procesado; piénsese, por ejemplo: no podría llegarse a un cabal conocimiento de la conducta o hecho, si cada uno de los intervinientes fueren procesados por distintos jueces; por otra parte, de ser esto factible, tal vez los resultados de los procesos instruidos en esa forma fueran distintos.

e) Separación de autos.

Es un acto procesal, por medio del cual, el juez instructor de dos o más procesos acumulados, se inhibe de seguir conociendo de uno o más de estos, por alguna causa prevista en la Ley, para que el juez, a quien originalmente correspondió la competencia, siga la instrucción del caso en todos sus trámites legales.

La separación de procesos o autos, procede cuando se dan las circunstancias siguientes:

"I. Que la separación se pida por parte legítima, antes de que esté concluida la instrucción;

²² Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Edit. Porrúa, México, 1997, p. 714

II. que la acumulación se haya decretado en razón de que los procesos se sigan contra una sola persona por delitos diversos inconexos, y

III. Que el juez o tribunal estime que, de seguir acumulando los procesos, la instrucción se demoraría o dificultaría gravemente, con perjuicio del interés social, o del procesado". (artículo 505 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

El juez que instruya los procesos acumulados, debe ordenar la separación cuando concurren alguna de las causas mencionadas.

Este incidente se substanciará por separado y en la misma forma que el de acumulación.

El auto que resuelva el incidente, si es procedente, decretará la separación, y será competente para conocer del proceso el juez que conforme a la ley lo habría sido, si la acumulación se hubiera dado.

3.2.2. Suspensión del Procedimiento.

La suspensión del procedimiento, se tramita por incidente. La solicita el Ministerio Público y el juez la decreta de plano sin substanciación alguna.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señalan como causas que suspender el procedimiento, las siguientes:

"I. Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia; el delito es de aquéllos respecto de los cuales, conforme a los artículos 263 y 264, no se puede proceder sin que sean llenados determinados requisitos y éstos no se hubieren llenado, y

II. Cuando, después de incoado el procedimiento, se descubriere que el delito es de aquéllos respecto de los cuales, conforme a los artículos 263 y 264 no se puede proceder sin que sean llenados determinados requisitos y éstos no se hubieran llenado, y

III. En el caso de la última parte del artículo 68 del Código Penal y los demás en que la ley orden expresamente la suspensión del procedimiento".

La suspensión fundada en los supuestos de las fracciones I y II, no impide que, a requerimiento del Ministerio Público o del ofendido o de sus representantes, adopte el juzgador medidas precautorias patrimoniales en los términos del artículo 35.

3.2.3. Incidentes criminales en el juicio civil.

Hay diferentes clases de conductas antijurídicas y así encontramos, fundamentalmente, junto al hecho antijurídico civil del derecho privado, el antijurídico de derecho público, cuya especie más señalada es el ilícito penal. En la actualidad, el hecho antijurídico civil está claramente diferenciado del penal y es el de carácter de la norma violada el que precisa su distinción: el derecho civil vigila el interés de los particulares y los protege de la acción de los demás, creando normas cuya inobservancia es un hecho ilícito civil; el derecho penal clasifica y reprime ciertos hechos, particularmente graves y disolventes de la convivencia humana, creando normas cuya transgresión es un antijurídico penal que, conforme al código penal se conoce como delito.

“Sus consecuencias son, ciertamente, muy diversas: la sanción o consecuencia del ilícito penal tiende al castigo del transgresor, el correctivo es punirlo. Dicha sanción está en manos del Estado, pues la acción penal la ejerce el Ministerio Público, representante de la sociedad. En cambio, el antijurídico civil

tiene por consecuencia sólo la reparación del daño, el restablecimiento del equilibrio económico perturbado, y la sanción puede ser intentada por la víctima.”²³

Algunos hechos son ilícitos penales como: el disparo de arma de fuego, el robo. Otros, los son únicamente civiles, como el incumplimiento de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad, la gestión de negocios arriesgada. Por último, hay hechos ilícitos que implican violación de intereses penales y civiles a la vez y que, por ende, producen sanciones de ambas clases: por ejemplo, el daño en propiedad ajena, que por un parte tiene como consecuencia la represión pública mediante el castigo del delincuente y por otra, la sanción particular de reparación del daño, la llamada responsabilidad civil, la que, cuando proviene de un ilícito penal también se halla en poder del Estado, quien reprime el autor del hecho castigándolo e imponiéndole además la indemnización del daño causado al particular, esto es, la responsabilidad civil, concebida asimismo como pena pública.

Por ello, la reparación del daño proviene de un ilícito penal, se tramita como un incidente de responsabilidad civil en el proceso penal instaurado contra el autor del delito. Cuando un solo hecho es a la vez delito civil y penal, la víctima tiene la facultad de ejercer su acción civil ante el tribunal represivo, que entonces conoce simultáneamente de ambas acciones. Se constituye en parte civil.

Se puede decir, la responsabilidad penal se traduce en un castigo y la responsabilidad civil comprende una reparación económica. Al derecho penal le interesa la pena para reprimir la conducta antisocial. Al derecho civil, borrar la ruptura del equilibrio patrimonial, resanar el desajuste resultante de la conducta antijurídica.

²³ Sánchez Bejarano, Manuel. “Obligaciones Civiles”, Edit. Harla, México, 1993, p 227.

3.2.4. Acumulación de procesos.

El término acumular proviene de ad, a (*accumulo accumulare*, que significa amontonar, cargar. La acumulación de procesos parte del supuesto de que existen dos o más procesos que se tramitan por separado. En este caso se cuestiona esa separación, y se pretende que deben ir acumulados, de aquí el nombre con el que se conoce a este incidente.

Ante la dispersión de las pretensiones, la acumulación procura lograr una unidad de dirección del proceso, una unidad procedimental, una economía procesal, una unidad de criterio al resolver, un ahorro de actividad jurisdiccional. Se trata también de evitar la repetición de actuaciones, así como los juzgamientos contradictorios.

La acumulación a que nos referimos frecuentemente ha sido confundida con otro tipo o especies de acumulación, respecto a los cuales sólo existe sinonimia.

Así, entre los penalistas es común confundir la acumulación de procesos con la acumulación de delitos o de sanciones.

Tampoco se trata de mera acumulación de expedientes, o “autos”, pues la simple reunión a un expediente, de otro (administrativo o incidental, documentado “por cuerda separada”, por ejemplo), no hace referencia a la idea de acumulación a que nos estamos refiriendo.

“Cabe aquí recordar que la doctrina considera una diferencia entre la llamada acumulación de pretensiones (malamente llamada acumulación de acciones) y la acumulación de autos (también denominada acumulación de expedientes o legajos). En tanto la primera está referida al contenido, la segunda

alude a la apariencia, a lo formal. A pesar de que casi siempre concurren, tal concurrencia no es la regla.”²⁴

Nos interesa en primer término la acumulación o escisión de pretensiones (acumulación de acciones, como antiguamente se le llamó a la primera), ya que al final de autos sólo es circunstancial, y no obstante, llevarse a cabo dos o más expedientes (por ejemplo, los de apelación o algunos “por cuerda separada”). Así, resulta factible que a pesar de la acumulación de pretensiones en un proceso, algunos de los procedimientos que integran el proceso tengan su propio expediente.

Existe otro tipo de acumulación, como es la de sujetos o de partes, y donde cabe el litisconsorcio activo o pasivo. Tampoco nos estamos refiriendo a este tipo de acumulación.

La acumulación que es supuesto del incidente en estudio, implica la diversidad de pretensiones. Son precisamente las pretensiones las que se trata de acumular.

En general, el supuesto o cuestión que plantea la necesidad de acumular es la conexidad. El término conexidad proviene de *connexus*, *connexa*, *connexum*, *connetare*, que significa atar, unir, combinar, enlazar.

De acuerdo con un criterio sistemático, existe conexidad, como supuesto para acumular pretensiones, en los siguientes casos:

- a) Por identidad de las personas. Vale decir, que se trata del mismo sujeto penalmente enjuiciado (*eadem personae*), aun cuando no exista identidad en la causa, ni en la pretensión.
- b) Por identidad en la causa pretendida, a lo que el Código llama delitos conexos, malamente regulados y aun repetidos en los artículos.

²⁴ Silva Silva, Jorge Alberto. “Derecho Procesal Penal”, Edit. Oxford, México, 2002, p. 670

Ahora bien, el artículo 484 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala lo siguiente:

“La acumulación, tendrá lugar:

- I. En los procesos que se instruyan en averiguación de los delitos conexos, aunque sean varios los responsables.
- II. En los que se sigan contra los coparticipes de un mismo delito;
- III. En los que se sigan en averiguación de un mismo delito, aunque contra diversas personas;
- IV. En los que se sigan contra una misma persona, aun cuando se trate de delitos diversos o inconexos.

3.2.5. Incidente para resolver sobre la reparación del daño exigible a terceras personas.

La reparación del daño: es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.

Es un derecho subjetivo, porque, es la voluntad individual el factor esencial para hacer efectiva la reparación, misma que contrasta con la pretensión punitiva estatal, de naturaleza pública, y por ende, obligatoria.

No es sólo el ofendido el titular del derecho subjetivo, sino también, las víctimas.

El resarcimiento del daño, es la restitución de la cosa sustraída por el autor del delito, la indemnización del daño material o la reparación del daño moral; objetivos esto que, con base en el concepto emitido, se traducen en la obligación de reparar el daño causado.

De acuerdo al artículo del Código Penal para el Distrito Federal, señala: La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometer el delito;
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia del delito sin necesidad de recurrir a prueba parcial;
- III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;
- IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y
- V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

3.3. Incidentes no especificados.

Todas las controversias accesorias que surjan durante la tramitación de un juicio penal y que no sean de las especificadas con anterioridad en este capítulo, se resolverán como incidentes no especificados, cuya tramitación se detalla en los artículos 541 a 545 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Los incidentes de nulidad se tramitarán como incidentes no especificados. Mediante ellos podrá reclamarse y declararse la nulidad de notificaciones, establecidas por los artículos 91 del Código de Procedimientos Penales para el

Distrito Federa. La nulidad de actuaciones, por falta de formalidades, no esta autorizadas por ninguno de los códigos en comento.

3.4. Incidentes de libertad.

3.4.1. De la libertad por desvanecimiento de datos.

Considerada en la legislación mexicana, como un incidente: es una resolución judicial, a través de la cual el juez instructor basado en prueba indubitable, considera que se ha desvirtuado los elementos fundamentales en que se sustentó el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y ordena la libertad del procesado.

Esta libertad procede cuando: en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal, y cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable.

En el primer caso del párrafo anterior, la resolución que conceda la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso; y en el segundo caso, la resolución de la libertad, tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso. Y no debe entenderse en el sentido de que se recaben pruebas que favorezcan más o menos al inculpado, sino que aquellas que sirvieron para decretar la formal prisión se encuentren anuladas por otras posteriores. Si las nuevas pruebas obtenidas no destruyen de modo directo de las que sirvieron al juez para decretar la formal prisión se encuentren anuladas por otras posteriores. Si las nuevas pruebas obtenidas no destruyen de modo directo de las que sirvieron al juez para

decretar la formal prisión, aun cuando favorezcan al inculpado, deben ser materia de examen en la sentencia definitiva y no pueden servir para considerar que se han desvanecido los fundamentos de hecho de la prisión motivada.

La libertad por desvanecimiento de datos tiene en común con la libertad provisional bajo caución, la excarcelación de la persona sujeta al procedimiento penal (prisión preventiva o sujeción a proceso), su provisionalidad, sólo cuando la libertad por desvanecimiento de datos es de las mencionadas en la primera parte del primer párrafo, y con diferencias, que la primera no está consagrada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que su reglamentación corresponde a leyes secundarias, tal es el caso de los códigos procesales, y además que cuando la libertad por desvanecimiento de datos se da en el supuesto de cuando se hayan desvanecidos, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal.

De acuerdo con el artículo 547 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal la libertad por desvanecimiento de datos procede:

“En consecuencia la libertad por desvanecimiento de datos, procede en los siguientes casos:

- V. Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito; y
- VI. Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable.”

3.4.2. Libertad provisional bajo protesta.

Es un derecho, otorgado (por leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, mediante una garantía de carácter moral obtenga su libertad provisional.

Este tipo de libertad, cuyo uso es muy restringido en el derecho penal mexicano, tiene lugar sin exigir al beneficiario alguna garantía pecuniaria, se funda en la palabra de honor que otorga la persona que se encuentra sujeta al procedimiento penal, en la protesta que hace ante la autoridad judicial a quién corresponda su concesión y que se puede otorgar simple o sujeta a condiciones o requisitos.

La libertad bajo protesta fue la primera forma procesal de ampliar la garantía de Libertad Provisional bajo Caución, es un derecho concedido a los procesados por los Códigos Federal de Procedimientos Penales y el de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que permite obtener su libertad provisional mediante una garantía de carácter moral, o como antes se mencionó, fundada en la palabra de honor. Este derecho constituye una ampliación de la garantía constitucional, por cuanto no está condicionada al otorgamiento de caución económica alguna.

Con el significado de la palabra protesta, que nos señala el autor Guillermo Cabanellas, que es el siguiente: “ ... es una declaración cautelosa y espontánea recibe su nombre de que el que la hace realmente protesta por no tener libertad para obrar, o tener que proceder como no desearía.”²⁵

Para conceder la Libertad Provisional bajo protesta se requieren cumplir los siguientes requisitos:

²⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. op. cit. p. 326

“Artículo 552. Libertad protestatoria es la que se concede al procesado siempre que se llenen los requisitos siguientes:

- I. Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso;
- II. Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos;
- III. Que a juicio del juez, no haya temor de que se sustraiga a la acción de la justicia;
- IV. Que proteste presentarse ante el Tribunal o Juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene;
- V. Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional; y}
- VI. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años.

Sobre este tipo de libertad el jurista Colín Sánchez, vierte el siguiente concepto: “La libertad bajo protesta, también llamada protestatoria es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, mediante una garantía de carácter moral obtenga su libertad provisional.”²⁶

Esta libertad, es una manifestación de la libertad provisional, es contemplada en y para los casos de conductas delictivas, que no ameriten pena mayor de dos años de prisión. Procede, bajo la presunción, que se forme el juez de la mínima temibilidad del involucrado o involucrados. Se supone que el presumible autor del ilícito penal, transluce una actitud responsable, consciente y honesta, propia de una persona que por circunstancias azarosas, se vio comprometida en estas circunstancias delictuosas de mínima envergadura.

²⁶ Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. p. 687

La ley considera que si aquel individuo que potencialmente cometió un delito que no sea considerado como grave según nuestra legislación penal, se le conceda la libertad caucional, con mayor razón debe concedérsele libertad provisional, al autor sediciente de un delito con penalidad menor de dos años, y no por medio de la caución, sino en base a su simple, pero trascendente para estos efectos, palabra de honor. De estas consideraciones, la ley, para brindar el beneficio de la libertad bajo protesta, establece los siguientes requisitos que debe cumplir el inculpado:

- a) Que tenga domicilio fijo y conocido, en el lugar en que se siga el proceso.
- b) Que su residencia en dicho lugar sea de un año, cuando menos.
- c) Que a juicio del juez, no haya temor de que se fugue.
- d) Que proteste presentarse ante el Tribunal o juez que conozca de su causa, cuando sea requerido para ello.
- e) Que sea la primera vez que delinque el inculpado.
- f) Que se trate de delitos, cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión.

Atendiendo a estos requisitos, y asociándolos con los que se exigen para el otorgamiento y concesión de la fianza, se comprenderá por qué Carnelutti habla de que la libertad provisional se conceda bajo ciertas condiciones.

Este concepto de libertad provisional, estaría trunco si no consignáramos las razones esenciales, que motivaron el establecimiento de esta figura jurídica.

La prisión preventiva tiene por objeto, evitar que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, pero si esto se puede lograr sin necesidad de privar de su libertad al presunto responsable dada la importancia que ésta le conceden al inculpado y la misma sociedad, mediante la libertad provisional, debe procurarse así, y este es el raciocinio que alimenta a esta figura jurídica.

Resta añadir a la expedición de este concepto de libertad provisional, que ésta tiene por regla general su centro de crítica, en la modalidad de la libertad caucional. En cambio, su eje de alabanza y comentario favorable, se condensa en la modalidad de la libertad bajo protesta.

Cabe anotar que la libertad provisional en el Código de Procedimientos Penales no se manifiesta como un trámite incidental, a pesar de que el encabezado de la sección que le contiene en el Código lo indique aparentemente así. Y la libertad provisional no se manifiesta incidentalmente, porque el mismo ordenamiento adjetivo le manda al juez, que cuando proceda la fianza, reunidos los requisitos legales, debe decretarse inmediatamente en la misma pieza de autos. Al decir el ordenamiento adjetivo que debe decretarla inmediatamente que proceda, no se está refiriendo de ninguna manera a un incidente. El incidente supone, que la tramitación se realiza por separado del juicio, además de que se cite a la contraparte (que en el proceso penal, es el Ministerio Público) para la ventilación de la procedencia o improcedencia del incidente, cosa que desde luego no es inmediata.

Además, el juez no se opondrá a la improcedencia o procedencia de la libertad provisional (en su modalidad de libertad caucional, de acuerdo a la ejemplificación que estamos haciendo) en base a una audiencia entre él y las partes, sino en base al dictamen y examen que practica de los documentos que obran el expediente, examen que únicamente él efectúa.

En ambos códigos procesales se establece la posibilidad de procedencia de la libertad mencionada (libertad bajo protesta), cuando:

Habiéndose pronunciado sentencias condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación. Y además en el Código Adjetivo del Distrito Federal, procederá también, cuando se

hubiese prolongado la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

Con las reformas a los códigos procesales del día 10 de enero de 1994, en vigor el 1 de febrero del mismo año, se extendió el uso de la libertad protestatoria, ampliando las posibilidades de obtenerla, siendo así más favorable e indiscutiblemente benéfica para las clases indigentes del país, las cuales por carecer de patrimonio propio, no pueden otorgar garantía pecuniaria que se les fija por los jueces para obtener la libertad caucional, librando así a muchas personas de las malas influencia junto con sus pésimos efectos corruptores que ejercen las prisiones, que en lugar de servirles de prevención a los presuntos responsables de un delito, los desmoraliza y pervierte perniciosamente. Con las reformas mencionadas anteriormente se elimina (no en su totalidad), para los primodelincuentes, la promiscuidad y el contagio morboso del sistema penitenciario en México.

En resumen de lo anterior se desprende que la libertad provisional bajo caución y la Libertad Provisional Bajo Protesta, tienen como característica semejante, que son medidas cautelares para lograr la excarcelación, es decir, la libertad provisional; y como notas diferenciales, que la mencionada en primer término, está consagrada como garantía constitucional, se requiere caución y es amplia su concesión; y la señalada en segundo término, es una garantía procesal, no se requiere caución y es más restringida su concesión.

3.4.3. Libertad provisional bajo caución.

La libertad bajo caución, es el derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados en la ley, pueda obtener el goce de su libertad.

En las leyes mexicanas, se considera esta cuestión como un incidente, y, sin duda, podría aceptarlo como tal, en razón de que afecta a uno de los sujetos principales de la relación jurídica procesal; empero, dado el carácter de garantía, instituido en nuestra ley fundamental, para que toda persona, bajo ciertos requisitos, pueda continuar disfrutando de la libertad inmediatamente que lo solicite, sería absurdo tramitarla como incidente, tanto solo porque la ley secundaria así lo considera.

Con el término libertad provisional o libertad bajo caución se conoce a esta libertad que por su propia naturaleza se otorga por cierto tiempo esto es que se concede a una persona que se encuentre en calidad de detenido mientras se está tramitando su proceso no sin antes satisfacer los requisitos que establece la ley.

La palabra caución en el diccionario jurídico elemental nos da el siguiente concepto: "... es sinónimo de fianza, que cabe constituir obligando bienes o prestando juramento".²⁷

Para el connotado jurista Guillermo Colín Sánchez, al respecto de la libertad bajo caución vierte el siguiente concepto:

"La libertad bajo caución: es el derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados en la ley, pueda obtener el goce de su libertad."²⁸

Dicha libertad se promueve a través de un incidente, ya sea por medio del propio inculpado, o por su defensor, este pedimento se hará verbal o por escrito, desde el momento en que el órgano jurisdiccional interviene.

²⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental", Edit. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 66.

²⁸ Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Edit. Porrúa, México, 1998, p. 668

En el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales señala lo siguiente:

“Artículo 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.
- II. Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;
- III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establezca en razón del proceso; y
- IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.”

Las garantías a que se refieren las fracciones I y II del artículo 399 sólo podrán ser reducidas en los términos expuestos en el primer párrafo del presente artículo, cuando se verifique la circunstancia señalada en la fracción II de este artículo. En este caso, si se llegare a acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia o bien, que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para este efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida.

Sólo el juez faculta la libertad bajo caución:

Para ello el inculpado debe cumplir los siguientes requisitos:

En relación al ilícito cometido, no sea de los considerados graves por la legislación penal, ya que la Constitución en el artículo 20 fracción I, señala "... el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio."

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumple en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de la ley se derivan a su cargo en razón del proceso.

Las obligaciones que debe acatar el beneficiario en base a nuestro código adjetivo penal, son las siguientes: se presentará ante el Juez que conozca a su asunto, cuantas veces sea citado o requerido, deberá avisar al mismo tribunal sus cambios de domicilio que tuviere, no deberá de ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, el que no lo podrá conceder por más de un mes.

Se hará saber además los motivos por los cuales se le revocará la libertad, si desobedeciere sin justificación las órdenes del juez que conozca su asunto; si cometiere un nuevo delito que amerite pena corporal, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por la sentencia ejecutoria si por algún motivo amenazan al ofendido o algún testigo de los que hayan declarado o vaya a declarar en el proceso o si tratare por algún medio de cohechar o sobornar a alguno. De estos últimos, a algún servidor público del tribunal o el agente del Ministerio Público que intervenga en el caso; cuando renuncie el inculpado, cuando en el curso del proceso aparezca que por el delito cometido, el inculpado, cuando le corresponde una pena que no permite concederle la libertad; si en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; si

un tercero ha garantizado la libertad del inculpado ya sea por depósito en efectivo, o de fianza o hipoteca y si este tercero solicita que se le releve de la obligación y presente el inculpado, o si se demuestra la insolvencia del fiador.

CAPÍTULO CUARTO LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA VÍCTIMA O EL OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL

4.1. Concepto de víctima.

El vocablo víctima proviene del latín *victima*, "...y con ello se designa a la persona o animal sacrificado o que se destina al sacrificio".²⁹

En este sentido, se hace referencia al concepto original de sacrificio, del hebreo *korbán*, aunque esta palabra tiene ahora un significado más amplio, en cuanto representa al individuo que se sacrifica a sí mismo, o que es inmolado en cualquier forma.

Sobre la autenticidad de su origen latino los estudiosos no están muy acordes, ya que ponen en duda esa procedencia y aluden a la posibilidad de que los etruscos la hubiesen tomado en préstamo de alguna lengua indo-europea y la hubiesen transmitido al latín.

"Como la víctima era sacrificada al retorno de la victoria, basan su significado en la palabra *vincire*, que significa atar. Otros, en cambio, la atribuyen a *viger*, que significa ser vigoroso, pues la víctima era un animal robusto y grande en comparación con la hostia, que era un animal pequeño".³⁰

Sin embargo, la similitud de origen etimológico es clara, pues si en latín es *víctima*, pasa idéntico al español, para convertirse en *vítima* en portugués. En italiano es *Vittima*, en francés *victime* y en inglés *victim*.

²⁹ En este concepto coinciden tanto el Diccionario de la Real Academia como el Diccionario Sopena, Petit Larousse, Oxford English Dictionary, Vocabolario della Lingua Italiana, The Random House Dictionary, Diccionario Brasileiro de Lingua Portuguesa, etc.

³⁰ RAMÍREZ GONZÁLEZ, Rodrigo. *La Victimología*, Editorial Temis, Bogotá de Santa Fe, Colombia, 1983, p. 4.

Independientemente de la discusión etimológica, es indudable que el concepto de víctima ha evolucionado desde aquel que podía vengarse libremente hasta el que tenía como límite el talión, para llegar a conceptos como sujeto pasivo del delito y, más actualmente, víctima precipitante o participante.

Actualmente, en los diversos diccionarios de diferentes lenguas consultados, encontramos múltiples significados, entre los que destacan:

- El ya mencionado, de animal destinado al sacrificio (de carácter religioso).
- Por extensión, también el ser humano destinado al sacrificio.
- La persona que se sacrifica voluntariamente.
- El que sufre por la culpa de otro.
- El que sufre por sus propias faltas.
- La persona que se ofrece o expone a un grave riesgo en obsequio de otra.
- El que padece daño por causa fortuita.
- El que sufre por acciones destructivas o dañosas.
- Persona que es engañada o defraudada.
- Sujeto pasivo de un ilícito penal.
- Persona sacrificada a los intereses o pasiones de otro.
- Quien se siente o quiere parecer perseguido o abandonado

Como puede observarse, son múltiples las acepciones del vocablo víctima; en términos generales podríamos aceptar que víctima "...es el sujeto que padece un daño por culpa ajena o por causa fortuita".³¹

Este sentido es el que ha sido tomado en principio por una buena parte de los victimólogos, algunos de los cuales lo amplían aún más, así por ejemplo, para el autor Benjamín Mendelson, la víctima "...es la personalidad del individuo o de la

³¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología, estudio de la víctima*, 5ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 56 y 57.

colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento determinado por factores de origen muy diverso –físico, psíquico, económico, político o social-, así como el ambiente natural o técnico”.³²

Para otros, el sentido es más restringido; Stanciu nos señala que la víctima “...es un ser que sufre de una manera injusta, los dos rasgos característicos de la víctima son por lo tanto el sufrimiento y la injusticia, aclarando que lo injusto no es necesariamente lo ilegal”.³³

Desde el punto de vista puramente jurídico, “una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos”.³⁴

Así, víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción.

La Organización de la Naciones Unidas se preocupó por el problema del concepto de víctimas, y tanto en el VI Congreso (efectuado en Caracas, Venezuela en 1980), como en las reuniones preparatorias del VII Congreso (Milán, 1985), se planteó que el término víctima puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que:

- a) Constituya una violación a la legislación nacional.
- b) Constituya un delito bajo el Derecho Internacional que se una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente.

³² MENDELSON, Benjamin. La Victimología y las necesidades de la sociedad contemporánea, Editorial Sista, México, 1989, p. 14.

³³ STANCIU, V., *Etat victimal et civilizatín, Etudes Internationales de Psychosociologie Criminelle*, números 26-28, París, Francia, 1975, p. 29.

³⁴ Bedú, Hugo, Are there really crimes Without victims?, en *Victimology*, Lexington Books, USA. 1975. p. 66. París, Franca, 1975. p. 31.

- c) Que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.

La víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas.

Asimismo, se puede ser víctima de:

1. Un criminal,
2. Sí mismo, por deficiencias o inclinación instintiva, impulso psíquico o decisión consciente.
3. Del comportamiento antisocial, individual o colectivo.
4. De la tecnología.
5. De la energía no controlada.

Cabe destacar que el autor argentino, Elías Neuman comenta que "...se es delincuente cuando por un hacer u omitir se infringe la ley penal. Esa es la única oportunidad, por así decirlo, de figuración que alcanza. En cambio, se puede llegar a la situación de víctima, en amplio sentido, por la actividad de ese delincuente cualquiera que sea la interrelación crimino-genética; pero también por minusvalías de tipo físico o psíquico o por propia decisión, sin implicaciones exógenas; devenir víctimas de la dureza de la ley procesal y penal, del poder abusivo que se ejerce desde el gobierno, por opresión colectiva o individual, por razones de raza, credo religioso o ideas políticas, sumergido social por razones de índole económico y estructural de la sociedad, por razones atinentes a la tecnología... y a todo esto habría que sumarle factores sociales y predisponentes de carácter endógeno y exógeno"³⁵.

³⁵ NEUMAN, Elías. *Las víctimas del sistema penal*, Editora Córdoba, Argentina, 1994, p. 44.

Por su parte, el autor Guillermo Colín Sánchez señala que el término víctima es un calificativo que puede analizarse conceptualmente bajo dos perspectivas:

“a) Directa, es la persona física o moral que resiente el detrimento jurídico, en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal, y

b) Indirecta, aquella que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica, y la víctima directa es afectada por el hecho ilícito”.³⁶

A su vez, Elías Neuman señala que la víctima “...es la que sufre el perjuicio... es el ser humano que padece daño en los bienes jurídicamente protegidos: vida, salud, propiedad, honor, honestidad, etc., por el hecho de otro e, incluso, por accidentes debidos a factores humanos, mecánicos o naturales, como ocurre en los accidentes de trabajo”.³⁷

Asimismo, los autores José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León-Dell consideran que la víctima son aquellas personas “...que sufren daño en sus derechos fundamentales y en la consecución de la justicia, debido a la inoperancia del sistema penal”.³⁸

4.2. Concepto de ofendido.

En general la doctrina ha considerado como ofendido por el delito al que resulta agraviado o perjudicado por él, esto es, a quien sufre en su propia persona la lesión jurídica, ya en su integridad física o en sus bienes tanto materiales como morales. Desde un punto de vista general resulta ofendido todo aquel que es receptor de una ofensa en sus bienes jurídicos, cualquiera que sea la naturaleza

³⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 257 y 258.

³⁷ NEUMAN, Elías. *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, p. 25.

³⁸ REYES CALDERÓN, José Adolfo y LEÓN-DELL, Rosario. *Victimología*, Cárdenas Editor, México, 1998, p. 223.

de éstos, pues lo mismo es ofendido quien recibe una lesión o un daño a su integridad física, como quien la recibe en su honor al ser objeto de una injuria o de un ultraje, o sufre un perjuicio económico.

“Aunque ordinariamente ofendido y víctima se reúnen en una sola persona no siempre el ofendido por un delito lo es la víctima. En el homicidio, por ejemplo, la víctima del delito es quien sufre el resultado de la acción homicida, en tanto que los ofendidos resultan ser los familiares del occiso, porque ellos resienten el perjuicio moral y en algunos casos económicos que implique la muerte de la víctima”.³⁹

El concepto de ofendido tienen relevancia desde el momento mismo de la comisión del delito, pues como tal puede dar noticia del mismo a las autoridades encargadas de su investigación, y particularmente en los casos en que la persecución del delito y su punibilidad se encuentra subordinadas a la presentación o formulación de la querrela por parte del ofendido. Como el ofendido es quien, en muchas ocasiones, está mejor informado de cómo y bajo cuáles circunstancias se cometió el delito, es quien está en posibilidades de proporcionar al órgano investigador los datos que puedan resultar valiosos para el conocimiento de la verdad y fundamentar en su caso el ejercicio de la acción penal.

Ya dentro del proceso, el ofendido puede coadyuvar con el Ministerio Público, suministrándole mayores datos para el éxito de la acusación y, tratándose de la reparación del daño, aportar por su conducto o en forma directa al juzgador, los elementos probatorios para acreditar su procedencia y monto.

En algunos actos procesales la intervención del ofendido es importante; tratándose de la acumulación de procesos, el artículo 487 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal determina que la podrán promover el Ministerio Público, el ofendido o sus representantes y el procesado o sus

³⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 729.

defensores. El ofendido tiene derecho, igualmente, de apelar cuando coadyuve en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta, según lo prescribe el artículo 417 del propio ordenamiento procesal e incluso el artículo 5º de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otorga en el inciso b) de su fracción III, el carácter de parte en el juicio de amparo al ofendido o a las personas que conforme a la ley tendrán derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en los juicios de amparo promovidos contra actos jurídicos del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o responsabilidad, estando por demás tener presente que como agraviado puede igualmente promover amparo contra aquella parte de la sentencia penal que desconozca su derecho a obtener la reparación del daño.

Ahora bien, desde una perspectiva gramatical tenemos que el vocablo ofendido proviene “...del latín *offenderre*, 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”.⁴⁰

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 deriva, fundamentalmente, del sistema que se adopte en materia de acusación. En México, de modo claro a partir de la Constitución 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” (artículo 21 Constitucional). Dado que tal facultad constituye un monopolio, y que la reparación del daño se concibe como pena pública, el ofendido tiene en nuestro proceso

⁴⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia Jurídica Mexicana, M-P, Tomo V*, 2ª edición, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 325.

penal un papel limitado. Sin reconocerse 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.

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 que la facultad de denunciar se reconoce a todo individuo que tienen 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 denunciante, aportando la *notitia 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 (artículo 9 fracción XI Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Dentro de la instrucción, el ofendido cuenta con una mayor cantidad de atribuciones. De modo particular, 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, tienen derecho a que se le notifique por parte del juzgador sobre la resolución 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 provistos por el Código Penal, el ofendido adquiere el carácter de actor, en el sentido pleno de la expresión, dentro del incidente de reparación (artículo 532 y siguientes del Código de Procedimientos Penales).

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, su existir, por tanto, subsidiariedad (artículo 35 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). 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 (artículo 28 del Código de Procedimientos Penales).

De mayor relieve resultan las facultades atribuidas al ofendido dentro de la audiencia. Tanto dentro del procedimiento ordinarios, como en el sumario e, incluso, en el seguido ante el jurado popular, la ley reconoce a favor del ofendido el derecho de comparecer la audiencia en que se tendrá por vista la causa,

contando con la facultad de formular en ella los alegatos que estime pertinentes (artículos 70, 360 y 379 Código de Procedimientos Penales). Debe tenerse presente que, no obstante que su facultad de intervención, se reconoce en términos análogos a la del defensor y del Ministerio Público, es sólo este último quien puede hacer valer la pretensión punitiva, si se trata de un delito perseguible sólo a instancia de parte agraviada (querrela), el ofendido puede otorgar su perdón en dicha audiencia, siempre y cuando lo haga antes de que el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias.

Nuestra legislación reconoce a favor del ofendido dos facultades más: una primera consistente en la posibilidad de solicitar la revocación de la libertad provisional del reo cuando éste le amenaza (artículo 568 fracción III Código de Procedimientos Penales), y una última, relativa a la posibilidad de solicitar que se tenga por extinguido anticipadamente la pena impuesta al sentenciado, siempre y cuando se trate de delitos perseguibles a instancia de parte agraviada (querrela).

Con motivo de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial del 3 de septiembre de 1993, se adicionó un párrafo final al artículo 20 de la Constitución, en el que reconocen al ofendido los siguientes derechos: a) a recibir asesoría jurídica; b) a que se le satisfaga la reparación del daño; c) a coadyuvar con el Ministerio Público, y d) a que se le preste atención médica cuando lo requiera.

4.3. Garantías del ofendido.

Para conocer éstas garantías, creemos oportuno primeramente citar textualmente el párrafo B del artículo 20 constitucional, a saber:

“Artículo 20.

B. De la víctima o del ofendido

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

II. Coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.

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

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

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

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley, y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Este artículo fue reformado según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, y fe de erratas al decreto citado, publicado en el mismo diario el 6 de dicho mes y año.

El que fuera último párrafo del artículo 20, concerniente al sujeto pasivo de la conducta ilícita, fue sustituido por un nuevo apartado B que se refiere a las garantías de la víctima o el ofendido en todo proceso penal. Desde luego, es

plausible la tendencia a rescatar al ofendido de la marginación o el olvido en que había caído. Desde las reformas procesales de 1983 se inició una profunda reconsideración del ofendido, con el propósito de mejorar su situación jurídica y, desde luego, afianzar su participación en el procedimiento, principalmente para obtener la satisfacción de los daños y perjuicios que le causó el delito.

Ahora bien, no parece razonable aludir en bloque a una garantía de la víctima o del ofendido. Se trata de conceptos diferentes, que no debe ser confundidos. En el procedimiento comparece el ofendido –o bien, sus derechohabientes–, que es el titular del bien jurídico protegido por la legislación penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el delito perpetrado. El concepto de víctima, más criminológico que jurídico, se proyecta sobre otros muchos personajes en torno al hecho punible, que resiente las consecuencias de éste y no necesariamente intervienen en el procedimiento.

Por último, vale la pena tomar en cuenta que algunas de las garantías recogidas en el apartado B –singularmente las relacionadas con atención médica y psicológica– se pueden actualizar fuera del procedimiento penal.

“La fracción I del apartado B establece diversos derechos procesales del ofendido, que se asemejan a otras tantas garantías del inculpado. Destaca la posibilidad de que aquél reciba asesoría jurídica. Algunos ordenamientos secundarios, receptores del anterior mandamiento constitucional, entendieron que esta asesoría debe quedar a cargo de un órgano de servicio instituido por el estado. No se trataría, pues, de la tradicional orientación por parte del Ministerio Público, sino de una auténtica defensa de los intereses y derechos del ofendido, contrapartida de la defensa a la que accede el inculpado. Podría organizarse este sistema bajo principios de competencia profesional, gratuidad, oportunidad y plenitud. Obviamente, el servicio debe hallarse en manos de quienes

verdaderamente puedan brindar asesoría jurídica, es decir, de abogados conocedores del procedimiento penal”.⁴¹

La fracción II se refiere a la coadyuvación del ofendido con el Ministerio Público, que se despliega en diversas actuaciones. Considero que la ley secundaria debe ampliar los términos en los que actualmente se desarrolla la coadyuvancia, para que ésta sea realmente la obligación del Ministerio Público de fundar y motivar su negativa, de ser el caso, el desahogo de diligencias propuestas por el ofendido.

La reparación del daño es el tema de la fracción IV y constituye, por cierto, un asunto mayor del procedimiento penal. Erróneamente se restringe esta reparación sólo al daño causado y no a los perjuicios correspondientes, no obstante que la fracción I del apartado A del artículo 20 ha reconocido ya, como lo hizo la reforma de 1984, el concepto de perjuicios causados. Es plausible que se obligue al Ministerio Público a solicitar la reparación del daño, y al juzgador a resolver el punto cuando emita sentencia de condena a propósito del delito y la responsabilidad del inculpado.

También es acertado que se ordene la fijación de procedimientos ágiles – debió decirse expeditos o sencillos– para ejecutar las condenas a la reparación del daño. Mejor hubiera sido, desde luego, reconocer la posibilidad de que el ofendido intervenga como actor principal para el resarcimiento, haciendo de lado la objetable idea de que la reparación del daño es pena pública y su exigencia concierne, por ello, al Ministerio Público. En ese nuevo rumbo han avanzado las leyes penales y procesales de Morelos y Tabasco. En mi concepto, esta posibilidad subsiste en el marco de la fracción IV que ahora se analiza, en cuanto se trata de ampliar derechos o garantías del individuo, en este caso el inculpado.

⁴¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordada*, Tomo I, Artículos 1-29, 18ª edición, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 381.

Hay otras dos garantías importantes en este mismo apartado. Una de ellas, recogida en la fracción III, otorga al ofendido o a la víctima el derecho a recibir, desde que se comete el delito, atención médica y psicológica de urgencia. En rigor, se trata de una aplicación específica del derecho universal a la protección de la salud.

Finalmente, la fracción VI confiere a la víctima o al ofendido la facultad de solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio. La redacción es poco afortunada. El mandamiento debió dirigirse al legislador secundario, ordenando la emisión de normas que prevean esa seguridad y ese auxilio, que luego podrá exigir el titular del correspondiente derecho subjetivo.

4.3.1. Recibir asesoría jurídica.

La asesoría jurídica “...es el patrocinio que proporcionan los abogados, tanto los privados como los que prestan sus servicios en el sector público, a las personas que requieren de sus conocimientos técnicos para resolver problemas jurídicos y procesales”.⁴²

En el ordenamiento jurídico mexicano no es obligatoria como en otras legislaciones, inclusive latinoamericanas, la asistencia de los abogados para auxiliar a las personas que participan en actividades que requieren conocimientos de carácter técnico jurídico, ya que pueden realizarlas personalmente o por apoderado que carezca de título profesional. Sólo en dos hipótesis se requiere la designación imperativa de abogado: en el proceso penal, cuando el inculpado no designa defensor voluntariamente; y en las controversias de carácter civil en el Distrito Federal, primero en materia familiar en las reformas de 1973, que se extendió a los litigios restantes en la reforma publicada en enero de 1986, cuando una de las partes está asesorada y la otra carece de asistencia técnica. Pero inclusive en el primer caso, el acusado puede designar como defensor a una

⁴² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo I, A-B, 2ª edición, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 390.

persona de su confianza que no forzosamente debe ser abogado, de acuerdo con el citado precepto constitucional.

Esta situación es artificial y deriva de una tradición excesivamente liberal, y por ello no opera en la práctica, en la cual se advierte la necesidad creciente de acudir al asesoramiento para realizar actividades jurídicas, que se han vuelto cada vez más complejas desde el punto de vista técnico, pero esta asistencia profesional no se encuentra reglamentada adecuadamente, tomando en consideración, entre otras causas, que no existen colegios de abogados que puedan proporcionar y vigilar eficazmente dicho asesoramiento, ya que los existentes son bastante débiles por la carencia de la colegiación obligatoria, debido a una interpretación discutible del artículo 9 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre la libertad de asociación, y por otra parte es anárquica la fijación de honorarios profesionales, si se toma en cuenta que los aranceles oficiales utilizados para el reembolso de costas procesales, son notoriamente artificiales y anacrónicos, como lo demuestra el vigente en el Distrito Federal.

En términos generales podemos sostener que el asesoramiento jurídico puede dividirse en dos grandes sectores: la asistencia profesional para aquellas actividades en las cuales no se plantean controversias, o que pretenden evitarlas, y que podemos calificar de preventivo, y la defensa de carácter procesal, que implica la participación en un proceso judicial.

Por último, también amerita mención la reforma que adicionó un último párrafo al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993), para establecerlos derechos de la víctima u ofendido en todo proceso penal, entre los que se encuentra el de recibir asesoría. Este último párrafo fue convertido en el apartado B del artículo 20 de la Ley Fundamental, se reforma publica en el Diario Oficial de la Federación del 21 de septiembre de 2000.

4.3.2. Coadyuvar con el Ministerio Público.

El ofendido tiene, en términos generales, durante el procedimiento, facultades para ser portador de la *notitia criminis* y presentar querellas; aportar ante el agente del Ministerio Público los elementos de prueba que estén a su alcance; deducir derechos contra terceros, en lo concerniente a la reparación del daño; y, también, interponer los recursos señalados por la ley, únicamente en lo relativo a la reparación del daño.

El artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, se dice a la letra: “En todo procedimiento penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a: II. Coadyuvar con el Ministerio Público... En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño. En todo caso, el juez de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en éste lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en este artículo”; para que, si lo estima pertinente, en ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales.

Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no se infiere, categóricamente, que el ofendido por el delito no sea “parte”, simplemente se lee: En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público.

Del contenido de ambos preceptos, se desprende: el ofendido, desde que se inicia el procedimiento penal, está realizando con su intervención actos cuyo propósito es colaborar con el agente del Ministerio Público para la consignación de

los hechos; en consecuencia, tácitamente queda constituido como un coadyuvante.

Coadyuvar, es ayudar a algo, colaborar para el logro de un fin determinado, así lo hace el ofendido ante el representante social para el logro de la condena del procesado y la obtención de la reparación de daño.

Como se advierte, se faculta al ofendido para aportar pruebas directamente ante el juez y no sólo por mediación del agente del Ministerio Público, como ocurre atento a lo dispuesto en la legislación federal.

La coadyuvancia, se inicia desde el momento en que se hace saber la *notitia criminis*, o ante el subórgano de la acusación, satisfaciéndose con ello los requisitos de procedibilidad, y facilitando, además, la tipificación de el o los delitos por ejemplo: en los casos de lesiones habrá de darse fe de las mismas, al igual que en la violación, estupro, etc.

Independientemente de esto, el más indicado para aportar datos y así integrar la averiguación, lo es la persona que resintió directamente el daño o el agravio, ya sea, a través de sus imputaciones directas que lleve al cabo o de otros elementos y circunstancias que en su momento contribuyan a satisfacer los requisitos para el ejercicio de la acción penal.

Por lo expuesto, queda claro que, en la primera fase del procedimiento penal, la participación del ofendido es indispensable; desarrolla una actividad amplísima, independientemente, de que el agente del Ministerio Público dirija y determine a su arbitrio el grado de participación que deba permitírsele.

No cabe duda que la posición del ofendido en el procedimiento penal contrasta en relación con la del probable autor del delito: primero, ha sido desplazado dentro del proceso, al grado de afirmarse que es un “don nadie”; sin

embargo, para el segundo están implementadas un conjunto de garantías tan amplias que ante eso pareciera darse la impresión de estar mayormente protegido, y bajo esas bases habría necesidad de concluir: lo preferible es ser delincuente.

El autor Franco Sodi, llama la atención y señala: “de acuerdo con el contenido del artículo 9º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el ofendido es alguien en el proceso, y resulta ilegal negarle informes y esconderle expedientes, pues si puede poner a disposición del agente del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño, es lógico que debe enterarse del estado de los autos para conocer la prueba rendida y saber cuál es la prueba que necesita y tiene derecho de ofrecer”.⁴³

El ilustre maestro está en lo justo en ese llamado de atención; no obstante, en la práctica no sólo sigue ocurriendo lo que él señala, sino situaciones peores: durante el proceso, no es admisible que directamente presente pruebas, es el agente del Ministerio Público el único indicado para ello, ni mucho menos inconformarse con las resoluciones judiciales; por ende, si el agente del Ministerio Público determina no ejercitar la acción penal, así será; si no considera que las pruebas que desea el ofendido sean presentadas, no se aportan y, si el ofendido desea que se interponga un recurso y el agente del Ministerio Público se niega a ello, también así será.

Por otra parte, y como si lo anterior fuera poca cosa, durante el proceso sólo se permite una caritativa injerencia del ofendido a partir del momento en que el juez admite que sea coadyuvante del agente del Ministerio Público, lo que ocurrirá, en su caso, después de que haya dictado el auto de formal prisión y únicamente para intervenir en lo que concierne a la reparación del daño.

⁴³ Citado por COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 261 y 262.

Esta práctica es censurable: el agente del Ministerio Público, desde el inicio de la averiguación previo admite, tácitamente la coadyuvancia; por ende, no existe justificación para que, en su caso, no le sea reconocida por el juez desde el momento de la consignación de los hechos, sino hasta que sea pronunciado el auto de formal prisión.

Esta forma de proceder, resta oportunidades al ofendido para aportar pruebas que pueden ser determinantes, durante el término de setenta y dos horas, para comprobar, el cuerpo del delito y la responsabilidad probable; además, y a mayor abundamiento, la coadyuvancia del ofendido, solicitada que sea, debe ser admitida por el juez, de manera inmediata, porque no es justificable que se dé hasta el momento procesal ya indicado.

4.3.3. 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.

Los artículos 37 y 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal 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, conforme la regulan los artículos 1910 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal. El Código Penal, todo lo más, declara que en tal caso la reparación se tramitará como incidente en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales. 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, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales aludido, 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.

En sentido lato la expresión refiérese al deber que la ley pone a cargo del delincuente, de resarcir al ofendido del menoscabo patrimonial sufrido por el delito, e indemnizarlo en su caso respecto a las ganancias lícitas que por esa razón haya dejado de percibir.

El artículo 42 del Código Penal declara que la reparación del daño comprende: I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito; II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial; III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesario para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima; VI. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Según se advierte, la ley penal conforma el concepto de la cosa objeto del delito, o de su valor si ello no fuere posible, así como con la indemnización del daño moral o material y de los perjuicios causados al ofendido con el hecho delictuoso.

La restitución es la devolución de la cosa a quien tenga derechos sobre ella y opera tratándose de delitos que recaen sobre bienes plenamente determinados y no fungibles. De no poderse restituir la cosa por haberse consumido o por otra causa, el delincuente queda obligado al pago del precio de la misma. La indemnización del daño material comprende el valor pecuniario del daño originado

por el delito y se determina a través de los medios probatorios autorizados por la ley, aunque ordinariamente se acude al dictamen de peritos, correspondiendo a los tribunales precisar el monto de tal condena. El texto vigente del artículo 42 obliga al delincuente además, a cubrir al ofendido el resarcimiento de los perjuicios causados, los cuales consisten precisamente en los frutos y ganancias lícitas que pudo obtener de no haber sufrido daño con motivo del hecho punible.

En realidad, la determinación del monto de la indemnización del daño material no resulta problema de la cosa y sus frutos, o bien los gastos económicos originados a la víctima por el delito. En cambio, no sucede lo mismo respecto del monto de la indemnización por el daño moral, por no tener éste, en esencia, las mismas características, lo que hace hasta cierto punto difícil su cuantificación, la cual queda a criterio del juzgador en atención al hecho delictivo, a la gravedad del daño originado en la víctima o en el ofendido y a las pruebas aportadas a tal efecto dentro del procedimiento penal. El artículo 43 del Código Penal pone en manos de los jueces la responsabilidad de fijar el monto de la reparación del daño, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso, y conforme al texto vigente, se eliminó tomar, como factor cuantitativo, la capacidad económica del obligado a pagarla, lo que sí ocurría en el contexto original de tal disposición en este punto derogado.

La reparación del daño, conforme se expreso, comprende el restablecimiento del statu quo ante y el resarcimiento de los perjuicios. Por lo primero entiende la ley la restitución de la cosa 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. Ambas obligaciones se amalgaman tratándose de los delitos de los servidores públicos, en que la reparación abarca dice la ley, la restitución de la cosa o de su valor, y además hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

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.

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 por entero la responsabilidad pecuniaria, y se cubre en su caso, a prorrata entre los ofendidos. En el *concursum delinquentium* la deuda se tiene por mancomunada y solidaria.

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.

4.3.4. Cuando sean menores.

El problema del maltrato y la victimización de menores no es nuevo, imposible detenernos en ejemplos históricos y que demuestran cómo los menores han sufrido en el tiempo y en el espacio, y han sido agredidos en todas las formas posibles.

Desde la propiedad absoluta del hijo, con derecho a venderlo o sacrificarlo, hasta la patria potestad y el derecho de corregir la humanidad se ha ensañado con sus vástagos, en muchos repitiendo una conducta aprendida, que se convierte en un siniestro atavismo.

El reciente énfasis en los derechos del niño, el Año Internacional del Niño (1979), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Ginebra 1928, 1948 y 1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), y ahora la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), han llamado la atención de una cantidad de personas sobre los problemas de victimización de menores.

La minoría de edad pone al individuo en una situación de inferioridad, su menor fortaleza física, la natural falta de experiencia, su dependencia económica, la subordinación social, la inmadurez psicológica, lo ponen en desventaja y lo hacen fácilmente victimizable.

En algunos casos, ni siquiera en el seno familiar el menor está seguro, y es víctima de sus propios progenitores. Cuando la prevención falla, y un menor ha sido victimizado, debe protegerse de la manera más amplia. El ejemplo del Estado al publicar su Ley sobre Auxilio a la Víctimas del Delito (20 de agosto de 1969), debe seguirse y ampliarse, poniendo especial atención a los menores de edad. El problema no es exclusivamente de reparación del daño, sino de apoyo y terapia cuando ésta sea necesaria”.⁴⁴

Es de comprenderse que el problema más grave está en todas esas víctimas menores inocentes que forman la niñez desamparada y desvalida que son víctimas por haber nacido en un país en vías de desarrollo, de una familia miserable y en una sociedad fría y egoísta; por esto son plausibles todos los esfuerzos de instituciones oficiales como el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia o de grupos de asistencia privada, instituciones y grupos que deben unificarse en un solo organismo para su mejor funcionamiento.

Finalmente, recordemos el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que protege al niño víctima: “Los Estados Partes adoptarán todas las

⁴⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminalidad de Menores*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 201.

medidas apropiadas para promover la recuperación físico y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esta recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad de niño”.

4.3.5. Seguridad y auxilio.

“La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de *secura*) que, en su sentido más general, significa estar libre de cuidados”.⁴⁵

En sentido amplio, la palabra seguridad indica la situación de estar alguien a salvo frente a un peligro. Una persona dentro de casa puede sentirse segura respecto de las inclemencias del tiempo; un combatiente puede estar seguro en una trinchera respecto del peligro del ataque del enemigo. Esto muestra que el concepto de seguridad varía según sea el tipo de peligro con el cual se relaciona.

En la vida social, el hombre necesita, por una parte, tener la seguridad de que los demás respetarán sus bienes y, por otra parte, saber cómo ha de comportarse respecto de los demás. Esta seguridad referente a las relaciones con los semejantes es la que puede denominarse seguridad jurídica.

El asegurar la existencia de ciertos comportamientos en la vida social es necesario para la subsistencia de la misma vida social. Para que exista paz hace falta que los miembros de la sociedad respeten los bienes y las vidas ajenas, y por eso es necesario que la sociedad asegure, conminando con la coacción pública que dichos comportamientos habrán de llevarse a cabo.

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo 9, 22ª edición, Editorial Espasa, Madrid, España, 2002, p. 1385.

Así entonces, resulta válido señalar que la seguridad "...es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad protección y reparación".⁴⁶ Dicho en otras palabras, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente.

La seguridad puede entenderse desde dos puntos de vista, uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale, a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados, pero esta convicción en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto, la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas, etc. Desde el punto de vista objetivo, la seguridad equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública.

La seguridad es uno de los fines principales del Derecho. Para los autores emparentados con el idealismo kantiano, incluido Kelsen, que niegan la existencia de una ética material de bienes y fines, la seguridad viene a ser la característica esencial de lo jurídico. Donde existe una conducta cuyo cumplimiento ha sido asegurado por una sanción que impone al Estado, dicen, existe un deber jurídico, independientemente de cuál sea su contenido. Esta figuración lleva a examinar la cuestión de las relaciones que existen entre la seguridad y la justicia.

Es evidente que para que exista seguridad es necesaria la presencia de un orden que regule las conductas de los individuos en las sociedades y que ese orden se cumpla, que sea eficaz. Ahora bien, puede existir una ordenación de conductas, impuestas por los órganos establecidos, que se cumpla y contener, sin embargo, disposiciones contrarias evidentemente a la justicia, como la de que los gobernantes pueden en cualquier momento privar de sus propiedades a los individuos, o de que pueden castigarlos por delitos no tipificados previamente

⁴⁶ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Editorial Jus, 1977, p. 382.

¿Cabe afirmar que tal ordenación produce seguridad? Lo que interesa a la sociedad asegurar es el cumplimiento de conductas que son valiosas para la vida social, o sea de conductas que implican la realización, parcial pero efectiva, del criterio de dar a cada quien lo suyo. Esto hace ver que el criterio racional de la justicia (o jurisprudencia) es necesario para que haya seguridad jurídica efectiva: gracias a ese criterio se disciernen, de manera objetiva, las conductas cuyo cumplimiento es necesario asegurar; si falta o falla ese criterio de justicia, se corre el riesgo de asegurar el cumplimiento de conducta cuya realización más bien infunde temor que paz. La seguridad jurídica implica, por consiguiente, no sólo que el orden social sea eficaz sino también que sea justo.

CAPÍTULO QUINTO LA RESTITUCIÓN DE UN DERECHO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL

5.1. La restitución del derecho al ofendido, contemplada en el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Como es bien sabido al promover un proceso lo hacemos con la intención de lograr dos objetivos: castigar al autor de los actos delictivos y recuperar el bien que nos fue quitado con motivo del ilícito, en caso de que no sea posible recobrarlo, ya sea porque fue destruido, modificado o perdido, entonces el delincuente pagara su valor. En nuestra legislación penal, estos supuestos los contempla como parte de la reparación del daño que se impone al procesado en la sentencia.

En el delito de despojo la finalidad principal que se persigue, a parte de sancionar al criminal, es obtener el inmueble que fue objeto el despojo, llevándose a cabo hasta la sentencia, etapa en la que se tiene por comprobado el cuerpo y la responsabilidad del procesado y en consecuencia se le dicte una pena, en el que se incluye la restitución de un inmueble.

Pero no necesariamente el ofendido tendría que esperar la existencia de una sentencia firme para ordenar la devolución del bien inmueble, pues en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, contempla la restitución provisional del predio, el cual viene siendo una reparación del daño adelantada, cuya subsistencia depende de o que se resuelve en la sentencia definitiva.

El Código Procesal de la materia en su artículo 28, regula la devolución del bien durante el juicio señalado:

“Todo tribunal o juez, **cuando están comprobados los elementos de tipo penal**, dictarán oportunamente las providencias necesarias **para**

restituir al ofendido sus derechos que estén plenamente justificados".

De conformidad con el numeral citado se desprende claramente que para solicitar la multicitada restitución del inmueble se tienen que reunir dos requisitos *sine qua non*:

- Acreditar los elementos del tipo penal; y
- Justificar sus derechos.

El primer supuesto consiste en comprobar que la conducta del presunto responsable se adecue a los hipótesis descritas en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, esto es, tomar la posesión (ocupar o usar) de un predio al que no tiene derecho, de propia autoridad, ya sea ejerciendo violencia, furtivamente o empleando amenaza o engaño con el fin de apropiárselo, usar o transmitir onerosamente o gratuita a un tercero.

Por lo que se refiere a justificar sus derechos significa que el sujeto pasivo debe de comprobar la razón por la cual tenía la posesión de la finca, ya sea porque el propietario (poseedor originario o poseedor derivado) por causa de un contrato. Lo anterior se hace porque a veces sucede que éste se encuentra en posesión del bien de manera ilícita y por consiguiente no le asistiría el derecho restitutorio. Por lo tanto, este punto es necesario no solamente para reunir los supuestos ya mencionados, sino para que el órgano jurisdiccional conozca la relación que existía entre el ofendido y el predio.

En la práctica el cumplimiento del Código Punitiva de la entidad no se lleva a cabo; toda vez que el *a quo* de la causa penal argumenta que el momento procesal oportuno para efectuarse la restitución del inmueble es hasta la emisión de la sentencia que haya causado ejecutoria, en virtud de que en esta etapa se

tiene por comprobado el cuerpo de delito, ocasionando de esta manera que el derecho restitutorio que se le confiere al agraviado sea nulo.

La causa principal por la cual los juzgadores no conceden la restitución es por la falta de precisar en el Código penal en cita, el momento en el que se tiene por comprobado el cuerpo de delito para proceder a solicitar la multicitada restitución. Así quedando al arbitrio del juez y sobre todo la interpretación que le dé al artículo en análisis, para otorgarla; si tomamos en cuenta que en la mayoría de las ocasiones la niegan, alegando que la etapa en que se confirman los elementos del cuerpo del delito es hasta la sentencia y no en el auto de formal prisión como se señala en algunas jurisprudencias, entonces tenemos que esto ha provocado que cada juzgado tenga criterios diferentes, de ahí que haya algunos que si lo confieran y otros no, lo cual creo que no es correcto que cada uno de los tribunales tengan opiniones diferentes, porque lo que establece la ley en su contenido en el caso de la devolución del bien tiene una sola esencia, un solo objetivo: restituir al ofendido en sus derechos durante el juicio, o sea, de forma provisional, mientras se dicta el fallo final del proceso y se resuelva de manera definitiva, ya sea confirmándola o regresando el inmueble al sentenciado.

Si bien es cierto, que para dictarse el auto de formal prisión se necesita que se tenga por reunido el cuerpo del delito, punto indispensable para pedir la restitución en comento. Además de justificar el derecho, también lo es que no es la primera actuación judicial en donde se comprueba el cuerpo del delito, pues de acuerdo a la tesis jurisprudencial que al rubro dice: "DEBEN RESTITUIRSELE SUS DERECHOS O BIEN OBJETO DEL DELITO, UNA VEZ QUE QUEDEN COMPROBADOS LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y QUE SE ENCUENTREN PLENAMENTE ACREDITADOS TALES DERECHOS DURANTE EL PROCESO Y NO NECESARIAMENTE HASTA QUE SE PRONUNCIE SENTENCIA".⁴⁷ Tal criterio jurisprudencial establece que la restitución procederá

⁴⁷ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, A.R. 492/96.- 27 de agosto de 1996.- Unanimidad de votos.- Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo IV. Noviembre de 1996. Tesis 1, 4º p. 472.

una vez que se encuentren comprobados los elementos del tipo penal, ahora conocido como cuerpo del delito, circunstancia que se da desde que se libra la orden de aprehensión, siempre y cuando el ofendido acredite la legitimidad de bien.

Efectivamente, la orden de aprehensión es una actuación judicial que necesita acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del encausado, como lo confirma el artículo 16 constitucional en su segundo párrafo: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial... existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado”.

Así entonces, tenemos que el ofendido ya no tendría que esperar hasta que se dictara el auto de formal prisión, para requerir la devolución del inmueble, en virtud de que se puede llevar a cabo desde antes, o sea, desde que se gire la orden de aprehensión. Pero al respecto existe un gran problema, la falta de reconocimiento del ofendido como parte procesal desde el auto de radicación hasta antes del auto término constitucional, ocasiona que no tenga ni voz ni voto y por lo tanto no pueda solicitar la devolución de su bien, por lo tanto para tratar de cubrir la laguna que existe en el multicitado artículo 28 sugiero que se tome en cuenta lo señalado en el numeral 399 del Código de Procedimiento Penales para el Estado de México.

5.2. La restitución del inmueble en el procedimiento penal.

Nuestra legislación mexicana nos ofrece diferentes caminos legales para solucionar los conflictos que se presentan en nuestra vida cotidiana, como es en el caso de recuperar la posesión de un inmueble que fue objeto, al respecto sugiero que es conveniente que el ofendido de este delito conozca que otra vía legal tiene para obtener la finca que le fue arrebatada.

Recordemos una de las opciones para lograr el objetivo planteado con anterioridad es la penal, en el cual se denunciaría el ilícito de despojo y conseguir con ello que el delincuente le impongan una pena en donde se incluye la restitución del bien como parte de la reparación del daño que debe de pagar, que en este caso consiste en hacer. Por otro lado, tenemos el procedimiento civil, en donde lo único que se encontraría en litigio es el saber quién tenía la posesión del inmueble para regresárselo, sin tomarse en cuenta la conducta del demandado, toda vez que esta rama del Derecho solo protege la relación jurídica que se da entre las mismas personas, éstas con los bienes y con su estado civil.

De la relación que se da entre las personas con los bienes nace una figura jurídica muy importante la posesión, a través de ésta se puede adquirir o perder cosas muebles o inmuebles, al mismo tiempo es la base para poder ejercer un derecho, por ejemplo: como la prescripción, denunciar el delito de despojo, entre otros. Si la posesión es una forma de obtener bienes, también es motivo de conflicto entre las personas, por lo que pensando en esta situación, los legisladores regularon en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, acciones que el poseedor puede promover para defender su derecho de posesión.

En el caso concreto de que el poseedor le hayan arrebatado la detentación de su inmueble, es decir, que fue despojado de su bien, el código adjetivo de la entidad previno esta situación al establecer en su contenido acciones e interdictos de posesión, que pueden ser promovidos por el despojado. Dentro de las acciones reguladas en el Código Procesal Civil. Existen dos que tienen el objetivo de cuidar la posesión definitiva: la publicana y la reivindicatoria; en cuanto a los interdictos que protegen la posesión provisional se encuentran: el de retener la posesión y recuperar la misma.

Para ello, es necesario mencionar la diferencia que existen entre el interdicto y la acción, con el objeto de no confundirlos y saber qué efectos

producen cada uno de ellos. Los interdictos se invocan cuando se trata de la posesión actual o momentánea, esto es, de la posesión que cada uno tiene o debe tener en el acto o momento del daño o ataque a la posesión, sin ninguna cuestión concerniente a la propiedad, ni a la plena posesión de los interesados, por tal razón las sentencias que se pronuncian en los interdictos tienen el carácter de provisional, sin que puedan ser alteradas y modificadas por el cambio de las circunstancias que motivaron la decisión, como lo establece el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, toda vez que en los interdictos se ventila todo lo que tiene que ver con la posesión provisional, más no con la definitiva.

Por otro lado, en la acción se disputa sobre la posesión permanente o perpetua que uno tiene, pues se discute no el mero hecho de la posesión, sino el derecho a ella. Además, como los interdictos prescriben al año y la acción posesoria no prescribe sino en los términos generales para toda acción, resulta que él ha dejado pasar el término para promover los interdictos, le queda todavía la acción ordinaria para defender su posesión; asimismo, si se resolvió el litigio sobre la detentación provisional y no se está de acuerdo, el legislador permitió que se abriera un nuevo juicio en donde se tratara sobre la posesión definitiva (acciones posesorias), dejando sin efecto lo fallado en el interdicto.

Una vez que conocemos las características de los interdictos y las acciones, procedamos a estudiar, cada una de ellas. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece en el artículo 16 el interdicto de retener la posesión, que a la letra dice:

“Artículo 16. A perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión contra el perturbador, el que mandó tal perturbación o contra el que, a sabiendas y directamente se aproveche de ella, y contra el sucesor del despojante. El objeto de esta acción es poner término a la

perturbación, indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o arresto para el caso de reincidencia.

La procedencia de esta acción requiere: que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta, o a impedir el ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos”.

Como claramente se observa, quien puede promover el interdicto de retener la posesión es el poseedor jurídico que no es nada menos que el poseedor originario y el poseedor derivado, quien puede tener la calidad de usufructuario, arrendatario, depositario o los que tengan la cosa por títulos análogos a éstos, excluyéndose de esta última categoría al simple detentador que no tiene ninguna de las condiciones mencionadas.

Este interdicto se promueve en contra de las siguientes personas:

- El autor material de la perturbación, ya sea que la ejecute por mandato o encargo de otra persona o por beneficio propio.
- El autor intelectual, esto es, quien ordeno la perturbación.
- Quienes reciben provecho alguno a causa de la perturbación, con conocimiento de que ha realizado ésta.
- Y contra el sucesor del despojante, aquí cabe mencionar que dentro de la redacción del artículo, usa de manera incorrecta el término “despojante”, pues como sabemos este interdicto solo procede cuando se trata de actos de perturbación a la posesión, más no de un despojo consumado, en conclusión el empleo de la palabra despojante no esta acorde con el objetivo del interdicto.

En este mismo orden de ideas cuando hablamos de sucesor del despojante ¿nos referimos al sucesor en general?, en donde se incluye tanto al sucesor a título universal como al del título particular, o alguno de los dos. Al respecto varios juristas coinciden en señalar que no se debe tomar en cuenta al sucesor a título particular, porque esta clase de sucesión únicamente existe en relación a bienes determinados de los que sea propietario o poseedor el antecesor, a comparación del heredero a título universal el cual responderá de las obligaciones personales de su ascendencia. De esta manera justifica la ley su autorización para ejercer el interdicto en comento, contra el sucesor del despojante, toda vez que los herederos o donatarios universales están obligados a pagar las indemnizaciones que establece el artículo 16 del Código Procesal de la entidad.

El objeto que tiene este interdicto es poner fin a los actos de perturbación a la posesión realizados por el demandado, para evitar que se lleve a cabo el despojo de un inmueble o de un derecho sobre éste, apercibiéndosele que debe de abstenerse de ejecutar la perturbación, logrando este fin mediante fianza para garantizar el cumplimiento de la abstención, asimismo indemnizará al perturbado por las molestias que le hubiese causado en su posesión. Además, se le advertirá la imposición de multa o arresto para el caso de reincidencia.

Para que proceda el interdicto de retener la posesión, se necesita que la perturbación consista en actos que tiendan de un modo directo a despojar al poseedor, sin que el despojo se consume con la finalidad de apropiárselo o a impedir el ejercicio pacífico de la posesión. Este interdicto debe entablarse en el término de un año comenzando los actos de perturbación; pasado este término prescribe el interdicto y la única forma de defender la posesión es a través de las acciones posesorias. No procede este interdicto cuando el actor obtuvo con respecto al demandado, la posesión por la fuerza, clandestinamente o a ruegos.

Por lo tanto, si el poseedor es interrumpido en su posesión, por acto de perturbación puede ejercer el interdicto de retener la posesión, ¿pero qué pasa si

esta perturbación termina en un despojo? El artículo 17 y 18 del Código Procesal en vigor, señala claramente el interdicto que podrá promover el despojado para recobrar la posesión del inmueble estableciendo:

“Artículo 17.- El que es despojado de la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituido y le compete la acción de recobrar contra el despojador, contra el que ha mandado el despojo, contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo, y contra el sucesor del despojante. Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y, a la vez, conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia”.

“Artículo 18.- La acción de recuperar la posesión se deducirá dentro del año siguiente a los actos o vías de hecho causantes del despojo. No procede en favor de aquel que con relación al demandado, poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego, pero sí contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato”.

El interdicto de recuperar la posesión puede ser intentado no solo por el propietario, si no también por quién tiene la posesión a título derivado, como el usufructuario, arrendatario, depositario o que tenga el bien como consecuencia de un contrato. Por otro lado, las personas que tienen en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que encuentran con respecto al propietario de esa cosa, como son los porteros, administradores, encargados, no podrán promover este interdicto contra el dueño.

Este interdicto procederá contra:

- El que materialmente ha realizado el despojo.

- El que ha ordenado el despojo.
- Quienes reciben provecho alguno a causa del despojo, con el conocimiento de que se llevo a cabo éste.
- El sucesor del despojante, sea a título singular o universal.

La finalidad del interdicto es restituirle en la posesión del bien despojado y condenar al despojante a indemnizarlo de los daños y perjuicios ocasionados con motivo del evento típico. Por otra parte pagara una fianza con el fin de garantizar que en lo futuro reincidirá, por otra parte se le prevendrá con una multa y arresto para el caso de reincidencia.

Para lograr el propósito antes citado es necesario que el interdicto deba de entablarse dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo; y no podrá ejercer este interdicto el actor si con relación al demandado poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruegos el inmueble, pero si el despojante fuese el propietario de la finca que transfirió su uso y goce por medio de un contrato, también podrá el despojado promover el interdicto en análisis en contra del dueño.

Dentro de las acciones posesorias se encuentran la reivindicatoria y la publiciana, las cuales explicaremos a continuación.

En el Código Adjetivo del Distrito Federal, regula la acción reivindicatoria desde el artículo 4º al 8º, señalando:

“Artículo 4. La reivindicatoria compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tienen dominio sobre ella y se la entregue al demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil.

“Artículo 5.- El tenedor de la cosa puede declinar la responsabilidad del juicio designando al poseedor que lo sea a título de dueño”.

“Artículo 6. El poseedor que niegue la posesión la perderá en beneficio del demandante”.

“Artículo 7. Pueden ser demandados en reivindicación, aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer, y el que está obligado a restituir la cosa o su estimación, si la sentencia fuere condenatoria. El demandado que paga la estimación de la cosa puede ejercitar a su vez la reivindicación”.

“Artículo 8. No pueden reivindicarse las cosas que estén fuera del comercio; los géneros no determinados al entablarse la demanda, las cosas unidas o tras por vía de accesión, según lo dispuesto por el Código Civil, ni las cosas muebles perdidas o robadas que en tercero haya adquirido de buena fe en almoneda, o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó. Se presume que no hay buena fe si de la pérdida o robo se dio aviso público y oportunamente”.

La acción reivindicatoria la promueve el dueño contra quien posee el bien para obtener la entrega del mismo con sus frutos y accesiones. Para ello, el actor debe de comprobar tres requisitos:

Logrando el efecto que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, le atribuyó el ejercicio de esta acción: declarar que el actor es el dueño de la cosa y a su vez condenar al demandado a la entrega del bien con sus frutos y accesiones. Por lo que, para saber quién cumplirá con este objetivo se necesita

conocer quienes pueden ser demandados en reivindicación. Conforme al Código pueden serlo:

- Que tiene la propiedad del bien cuya restitución reclama.
- Que ese bien está en poder del demandado.
- Que el bien que se reclama del demandado sea el mismo cuya propiedad alega tener el actor.

Logrando el efecto que el Código de Procedimientos Civiles de la entidad, le atribuyo al ejercicio de esta acción: declarar que el actor es el dueño de la cosa y a su vez condenar al demandado a la entrega del bien con sus frutos y acciones. Por lo que, para saber quién cumplirá con este objetivo se necesita conocer quienes pueden ser demandado en reivindicación. Conforme al Código pueden serlo:

- El simple detentador de la cosa, que puede rehusar la acción dando a conocer el actor quien es el poseedor directo.
- El poseedor que siéndolo, niega serlo para obtener sentencia favorable.
- El que habiendo sido poseedor deja de poseer para evitarlas resultas del juicio.

En cuanto al término que se tiene para ejercer la acción reivindicatoria, la ley no la ha establecido específicamente, pero si tomamos en cuenta que en esta acción se hace valer el derecho de propiedad, tenemos que la acción dura mientras el derecho exista y no haya prescrito a favor de un tercero, como lo manifiesta el maestro Eduardo Pallares. Por último, si la cosa perece antes del juicio la acción no procederá.

La acción publicana.

La acción plenaria de posesión, conocida con el nombre de acción publicana, en atención de haber sido establecida originalmente por el pretor público, es regulada en el artículo 9º del Código Procesal vigente que a la letra señala lo siguiente:

“El adquirente con justo título y de buena fe le compete la acción para que, aun cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y accesiones en los términos del artículo 4, el poseedor de mala fe, o el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas, o el demandado tuviese su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño”.

De acuerdo al texto citado solo puede ejercer esta acción el poseedor que ha sido despojado de la posesión que obtuvo a través de un “justo título y de buena fe”, para tal efecto debemos entender por justo título el documento en el que se otorga lícitamente la posesión de un bien, sea como propietario o poseedor derivado; y por buena fe conforme al artículo 806 del Código Civil para el Distrito Federal, es “el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho”. Por consiguiente esta acción según nuestra legislación procesal actual, no puede intentarse por el actor que haya adquirido la cosa a través de un delito o de un acto ilícito, pues no contaría con un justo título y mucho menos sería de buena fe como lo señala claramente el numeral en comento.

Esta acción se promueve para resolverse sobre la mejor posesión, es decir, saber quién tiene una mejor posesión sobre el bien, si el actor o el demandado, el cual se demostrara en el proceso. Entendiéndose por “mejor

posesión” lo establecido en el artículo 803 del Código Sustantivo del Distrito Federal, la amparada con título y tratándose de inmuebles la posesión que esté registrada; si ambas tienen título será mejor la posesión más antigua, en caso de que las posesiones fuesen dudosas, se pondrá en depósito la cosa hasta que se resuelve a quién pertenece la posesión.

El único objetivo que se persigue al intentar esta acción es restituir la cosa con sus frutos y accesiones al actor, en caso e haber comprobado su mejor posesión.

Asimismo, la acción no procederá contra:

- El dueño de la cosa.
- El que tiene su título registrado si del actor no lo está, tratándose de inmuebles.
- El que tiene título de mejor calidad que el actor.
- El que teniendo de igual calidad ha poseído la cosa por más tiempo que el actor.
- Cuando, tanto la posesión del actor como la del demandado son dudosas, y los dos títulos estén registrados triunfa el de la fecha anterior.

Por lo que se refiere al plazo para que prescriba la acción, la ley no menciona nada al respecto, pero algunos doctrinarios dicen que mientras perduren las condiciones jurídicas que dan origen a la acción, también la acción subsiste y si desaparece cualquiera de éstas, acción muere. Sin embargo, otro señalan que si en el interdicto de recuperar la posesión prescribe en un año a partir de que se verificó el despojo ¿se aplicaría este mismo término a la acción publicana?, a la cual concluyeron que si, pues tomaron en cuenta el contenido del artículo 828 del Código Civil para el Distrito Federal; “la posesión se pierde: por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año”.

La acción publicana, requiere para su ejercicio, la justificación de los siguientes requisitos:

- Que quién promueva sea poseedor, ya sea originario o derivado.
- Acreditar por medio de justo título derecho a poseer por haber adquirido la cosa con buena fe.
- Que se demuestre que el demandado no tiene derecho de retener la cosa, o bien, que su derecho sea inferior al del actor.

La restitución del inmueble en el procedimiento penal.

Como bien sabemos, uno de los objetivos que se pretende lograr al promover un juicio penal es castigar al delincuente por su conducta, pero “sobretudo recuperar el bien perdido por causa del evento típico”. Para ello, la ley estableció sanciones como la prisión, la multa y el pago de la reparación del daño, que se aplican de acuerdo al delito cometido, para cumplir con el fin de la ley penal.

Así también tenemos que al ofendido le interesa de todo lo anterior la devolución del bien, el cual se encuentra contemplado como parte de la reparación del daño; si recordamos en el Código Penal del Distrito Federal, se establece claramente que la reparación del daño se constituye con la restitución de la cosa obtenida en el evento típico o el pago del valor de la misma; la indemnización del daño moral y material que se le haya causado, incluyendo los tratamientos necesarios para la recuperación de la víctima; y el resarcimiento de los perjuicios. De estos elementos, la restitución es uno de los que no se cumplen al ejecutarse la sentencia, en ciertos casos.

Uno de ellos es precisamente el delito de despojo, en donde se presenta el problema de la no restitución del inmueble al ofendido durante el

procedimiento, ni al emitirse la sentencia, porque en el primer supuesto los juzgadores alegan que en el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, no especifica el momento en que se tiene por comprobado el cuerpo del delito y por lo tanto no pueden conceder una devolución provisional por no reunir los requisitos solicitados en el numeral citado; en cuanto a la restitución que se debe de hacer al emitirse la sentencia, el órgano jurisdiccional que conoció de la causa argumenta no poder efectuarlo, toda vez de que se trata de un bien que es materia de ámbito civil. Aspectos en los que estoy de acuerdo por las siguientes razones:

Cuando se inicia un juicio penal de despojo, el sujeto pasivo del delito, busca no solamente el castigo del criminal, sino recuperar el inmueble que le fue arrebatado. Situación que se puede realizar durante el procedimiento, sin necesidad de esperarse hasta la sentencia, para lo cual el Código Procesal vigente, ordena en su artículo 28 que se solicitara y se efectuara la restitución cuando este comprobado el cuerpo del delito y se haya justificado los derechos del ofendido. Hipótesis que no se cumplen, pues el órgano jurisdiccional, al acordar sobre la devolución, argumenta no concederla, porque la confirmación del cuerpo del delito de despojo se da hasta la sentencia, más no antes.

Si recordamos, la reunión del tipo penal de despojo no solamente se da en la resolución final del proceso, sino también desde la emisión del auto de formal prisión, pues para que proceda este auto es indispensable comprobar los elementos integrantes del cuerpo del delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; por lo tanto, tenemos que el juez no tendría ningún pretexto para negar la devolución provisional de la finca, ya que de acuerdo a lo explicado se estaría cumpliendo con las condiciones señaladas por el numeral 28 del Código en cita y así se estaría efectuando una reparación del daño adelantada, cuya subsistencia dependería de lo que se resuelva en la sentencia definitiva.

Sin embargo, no necesariamente el ofendido tendría que esperar hasta el auto de formal prisión, para que se confirmen los elementos del delito de despojo, en virtud de que nuestros tribunales han establecido en su ejecutoria “OFENDIDO, DEBEN RESTITUIRSELE SUS DERECHOS O BIENES OBJETO DEL DELITO UNA VEZ QUE QUEDEN COMPROBADOS LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y QUE SE ENCUENTREN PLENAMENTE ACREDITADOS TALES DERECHOS DURANTE EL PROCESO Y NO NECESARIAMENTE HASTA QUE SE PRONUNCIE SENTENCIA (CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. A.R 492/96. 27 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Seminario Judicial de la Federación. Tomo IV. Noviembre de 1996. Tesis 1, página 6), que desde la orden de aprehensión, se integra el tipo penal del despojo, circunstancia que confirma el artículo 16 constitucional en su párrafo segundo:

“No podrá librarse orden de aprehensión, sino por la autoridad judicial... existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado”.

Pero el criterio imperante en los Tribunales Instructores del Distrito Federal, al señalar que el agraviado por la comisión de un antijurídico carece de personalidad antes de que emita el auto de plazo constitucional, ocasiona que no pueda ser aplicable la solicitud de la restitución desde el orden de aprehensión.

Por otro lado, el Juez no efectúa la devolución provisional del predio, porque según desde su punto de vista, todavía no es considerado al procesado como responsable del despojo y por lo tanto, no puede quitarle el inmueble, además que este hecho le ocasionaría daños y perjuicios, si se toma en cuenta que es la vivienda de su familia o que tiene su fuente de trabajo en ese lugar. Para ello, considero que si la entrega del bien al ofendido, puede lesionar derechos tanto de terceros como del inculpado, propongo que esta devolución se

haga mediante una fianza necesaria para garantizar los daños y perjuicios que pudiesen resultar.

Como el artículo 28 del Código Adjetivo de la entidad, es muy ambiguo, como lo dicen las autoridades, opino que se tome en cuenta el artículo 399 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, para reformar el numeral en comento, en virtud de que en éste se establece claramente que a partir del auto de formal prisión o de sujeción a proceso se puede solicitar la restitución, asimismo señala que si aparece justificada en la averiguación previa que el ofendido estaba en posesión del bien se le entregara y si esto provoca daños a terceros o al procesado se podrá hacer la devolución mediante fianza, otorgándose de acuerdo a lo exigido por el Código Penal del Estado de México, así tenemos que el artículo 399 en comento establece:

“Artículo 399.- Dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, en su caso, el órgano jurisdiccional, a solicitud del ofendido, dictará las providencias necesarias para restituirlo en el goce de sus derechos, siempre que estén plena y legalmente justificados.

Si se trata de restituir al ofendido en el goce de la cosa que constituya el objeto materia del delito, se le entregará si aparece justificado en la averiguación previa que estaba en posesión de ella hasta el momento mismo en que aquél se cometió.

Si la entrega del bien pudiere lesionar derechos de terceros o del inculpado, la devolución se efectuará mediante fianza bastante para garantizar los daños y perjuicios que pudieran resultar. La fianza que se otorgue deberá llenar los requisitos exigidos por el Código Civil”.

Otro problema que se presenta en este procedimiento, es la falta de cumplimiento de la reparación del daño, es decir, una vez que el juzgador emitió la sentencia y condenó al procesado a restituir la cosa en concepto de reparación del daño, no se ejecuta, porque pone como excusa que no es la autoridad

competente para cumplir con la devolución del inmueble, toda vez que se trata de un bien del ámbito civil. De esta manera se incumple el objetivo que protege el tipo penal de despojo: LA POSESIÓN.

Cabe destacar que el bien tutelado del despojo es precisamente la Posesión y no el derecho de propiedad tal y como lo señala la tesis jurisprudencial “DESPOJO, NATURALEZA DEL.- (Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo X, Septiembre de 1992, página 266), y si examinamos que la posesión es un estado de hecho que permite a una persona detentar (poseer materialmente) una cosa, de una manera exclusiva, para ejercitar sobre ella actos materiales de uso y goce si fuese dueño”⁴⁸, estimamos que para realizar el fin que custodia el despojo, es necesario que al momento de sancionar al procesado a la restitución, no solamente se ordene, sino también se realice, pues si restituir es volver las cosas al estado que guardaban antes de que se cometiera el ilícito y poseer es tener materialmente el bien para efectuar actos materiales con el fin de obtener los beneficios que le brinde, entonces tenemos que conforme a lo expuesto que el órgano jurisdiccional, está obligado a entregar materialmente el inmueble al ofendido, con el cual estaría cumpliendo con la reparación del daño que se le debe cubrir al agraviado y con el objetivo que protege el despojo, ya que si las sentencias dictadas en los juicios de esta naturaleza tuvieran efectos declarativos, se obligaría a la parte que obtuvo resolución favorable, a promover un nuevo juicio para lograr la restitución.

En la posesión de su bien, lo cual sería contrario al artículo 17 constitucional en su segundo párrafo que consigna:

“Artículo 17. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de

⁴⁸ MOTO SALAZAR, Efraín y MOTO, José Miguel. *Elementos de Derecho*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 208.

manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Además, sería absurdo que a pesar de existir una sentencia en la que se resolvió que una persona no tiene derecho para poseer un inmueble, lo siguiera detentando en perjuicio del legítimo poseedor, quien en consecuencia no resultaría beneficiado de hecho con tal resolución.

Siguiendo este mismo orden de ideas, existe otra excusa por parte del Juez para no llevar a cabo la multicitada restitución, consistente en alegar que no es una autoridad competente para efectuarla, porque se trata de una cosa que es materia del ámbito civil, si bien es cierto que compete a la autoridad judicial del ramo civil el decidir y cuantificar sobre el valor de los títulos de propiedad exhibidos por las partes en el juicio correspondiente, también lo es que cuando haya la posible existencia de un ilícito, el órgano jurisdiccional en materia penal es a quien le corresponde el estudio del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado y con base a esto, tiene la facultad de establecer las disposiciones necesarias para “indemnizar” a la víctima del ilícito, de las cuales se encuentra ordenar y ejecutar la restitución definitiva, como acertadamente lo explica el maestro Florian al afirmar que la jurisdicción penal comprende tres elementos, a saber:

- El poder de declarar la aplicación de la ley penal en los casos concretos, lo que se realiza mediante el juicio;
- La potestad de imprimir fuerza ejecutiva a la declaración con que se aplica la Ley Penal en el caso concreto; y
- La facultad de dictar las disposiciones adecuadas para a ejecución de la sentencia, y en general, para la efectiva aplicación de la ley penal.

Con lo anterior que el juez que conoció del asunto, tiene la obligación, no solo de aplicar la ley penal a la conducta criminosa del delincuente, sino también

de entregar todas las cosas (que en este es un inmueble) en donde recayó la materialidad delictiva, el cual no significaría una transmisión de la propiedad a favor del ofendido, porque como el bien jurídicamente tutelado del despojo es la posesión, precisamente es la que se está devolviendo a su detentador original y con ello vuelve las cosas al estado que tenían antes de la comisión del hecho delictuoso. Entonces, no habría la necesidad de irse a otra instancia para recuperar el bien, sin que esto implique una sustitución de la autoridad civil, pues una vez que el penal ha resuelto el punto substancial, como saber quién tenía la posesión del predio, de nada sirve buscar la actuación del juez civil, como se corrobora con la tesis emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito que al rubro dice:

“DESPOJO, RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN DEL BIEN MATERIAL DEL, COMO REPARACIÓN DEL DAÑO. Sostienen los quejosos que mediante la aplicación de una norma de carácter penal el juzgador pretende privarlos de su propiedad al condenados a restituir al oferente, lo cual equivale a una adjudicación judicial decretada al sustituirse indebidamente a una autoridad civil, única competente para dilucidar la propiedad de ese predio. No les asiste razón, toda vez que la Sala de Apelación con base en los artículos 29 y 30 del Código Penal, condenó a los acusados a la restitución de la posesión del predio referido, por concepto de reparación del daño, que fue bien que obtuvieron en la comisión del delito de despojo, sin que se trate desde luego de una adjudicación judicial, debido a que esa restitución no implica transmisión de la propiedad, a favor del ofendido, ya que el bien jurídicamente tutelado por tal ilícito es la POSESIÓN, misma que le fue arrebatada por los inculpados”.

Por lo tanto, es necesario que el *A quo* que llevó la causa penal no solo se concrete a ordenar la entrega, sino también se dicte las medidas necesarias para ejecutar la multicitada restitución, es decir, se establezca la forma o manera y el

término para realizarla, ya que la finalidad principal del procedimiento de despojo es recuperar la posesión del predio, el cual se puede lograr a través del cumplimiento de la reparación del daño consistente en la restitución, sin que esto implique violación de alguna garantía, de acuerdo a lo establecido en la siguiente tesis:

“DESPOJO.- LA SENTENCIA QUE CONDENA A RESTITUIR EL INMUEBLE OBJETO DE ESE ILÍCITO NO ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).- No existe ninguna violación de garantías ni es incongruente la sentencia que estima que el sentenciado por ser penalmente responsable del delito de despojo, con motivo de la pena impuesta consistente en la reparación del daño establecida en los artículos 31 fracción I y 32 del Código Penal del Estado de México esté obligado a restituir el predio que indebidamente ha ocupado, pues con tal medida únicamente se vuelve al estado de cosas que privaba antes de la comisión del hecho delictuoso imputado y esa decisión constituye una pena pública no arbitraria”.

5.3. La restitución de un derecho en otros códigos del país.

5.3.1. Estado de México.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México contiene en sus artículos 399 al 406 la regulación expresa respecto a las medidas provisionales para la restitución al ofendido en el goce de sus derechos de la siguiente manera:

- Dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, a solicitud del ofendido, dictará las providencias necesarias para restituirlo en el goce de sus derechos, siempre que estén en plena y legalmente justificados.

- Si se trata de restituir al ofendido en el goce de la cosa que constituya el objeto material del delito, se le entregará si aparece justificado en la averiguación previa que estaba en posesión de ella hasta el momento mismo en que aquél se cometió.
- Si la entrega del bien pudiere lesionar derechos a terceros o del inculpado, la devolución se efectuará mediante fianza bastante para garantizar los daños y perjuicios que pudieran resultar.
- De la solicitud del ofendido se dará vista por tres días al Ministerio Público, al inculpado y, en su caso, al tercero que pudiere resultar perjudicado. Si no hubiere oposición, el órgano jurisdiccional ordenará sin más trámite la restitución o entrega, y si la hubiere resolverá lo que estime procedente.
- No se devolverán aquellas cosas cuya retención, a juicio del órgano jurisdiccional, fueren necesarias para el éxito de la instrucción, pero se mantendrán en este estado únicamente por el tiempo indispensable para conseguirlo.
- Tratándose de delito flagrante o confesado por el inculpado, podrá el Ministerio Público durante las diligencias de la averiguación previa, o el juez en la instrucción, restituir al ofendido en el goce de sus derechos, sin necesidad de que se promueva el incidente correspondiente.
- Tanto el Ministerio Público como el juez dictarán de oficio o a solicitud de parte y antes de la tramitación del incidente, las medidas necesarias para conservar los derechos del ofendido.

5.3.2. Estado de Morelos.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Morelos contiene en sus artículos 258 al 263 la regulación expresa respecto a la reparación de daños y perjuicios de la siguiente manera:

- Desde la averiguación previa, el ofendido podrá actuar en procuración de sus intereses, por sí o asistido de asesor, que tendrá los mismos derechos que un defensor.
- Asimismo, en el curso de la averiguación, el ofendido podrá proporcionar al Ministerio Público la información que tenga y que contribuya a la comprobación del cuerpo del delito, la probable responsabilidad, los daños y perjuicios causados por el delito y la cuantía de éstos.
- El ofendido podrá solicitar la adopción de medidas conducentes a restituirlo en el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus bienes afectados por el delito, así como de las de carácter precautorio que resulten pertinentes ofreciendo en su caso, las cauciones que garanticen el pago de los daños que pudieran causarse a terceros o al inculpado.
- Dictado el auto de procesamiento, el juez citará a aquél para que el Ministerio Público en su representación, en la inteligencia de que si aquél manifiesta que se abstendrá de actuar y no solicita la intervención del Ministerio Público éste actuará de oficio.

5.3.3. Estado de Hidalgo.

El Código de Procedimientos Penales de Hidalgo contiene en sus artículos 138 y 139 la regulación expresa respecto a la reparación de daños y perjuicios de la siguiente manera:

- El ofendido o sus legítimos representantes, podrán solicitar al Ministerio Público durante la averiguación previa, o al juzgador en el proceso, que dicte las providencias necesarias para asegurar sus derechos.
- La restitución en el goce de los derechos del ofendido, podrá ser solicitada por éste o por representante, cuando se encuentre

comprobado el cuerpo del delito y esté legalmente justificada la medida por no estar en disputa el derecho a la propiedad o posesión.

- Si la autoridad lo considera necesaria, se otorgará caución bastante para garantizar el pago de daños y perjuicios que pudieran ocasionarse al inculpado o a terceros.
- Si se trata de cosas, únicamente podrán retenerse esté o no comprobado el cuerpo del delito, cuando a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuere necesaria para la debida integración de la averiguación.
- Cuando la consignación haya sido con detenido, la restitución al ofendido en el goce de sus derechos sólo podrá decretarse hasta después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda.

5.4. Propuesta de reforma.

Dada la gran diversidad de criterios judiciales, respecto de la interpretación y aplicación del artículo 28 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; se hace necesaria una reforma en el citado código, pero no del numeral en comento, porque finalmente puede aplicarse con mayor facilidad para otros delitos; sino una reforma que establezca en el mismo y de manera específica un INCIDENTE DE RESTITUCIÓN DEL DERECHO DEL OFENDIDO EN EL DELITO DE DESPOJO; ya que la impartición de justicia pronta y expedita, no es derecho exclusivo del indiciado, sino que también es de gran importancia a favor del ofendido y/o víctima de este injusto penal; pues lo largo y costoso en todos sentidos, del proceso penal (muchas veces “alargado” dolosamente por el activo, que generalmente se encuentra disfrutando de una libertad provisional bajo caución, en virtud de que el delito de despojo no se considera grave), constituye un verdadero atentado al patrimonio y dignidad de quien sufre las consecuencias de este ilícito; que no sólo ha sido privado injustamente de su posesión, sino

burlado en su persona por el indiciado, que sigue disfrutando durante todo el proceso, y en forma por demás injusta, de una posesión ilícitamente obtenida.

Del estudio de los diversos procedimientos establecidos en la legislación penal de diferentes entidades federativas, para restituir al ofendido en sus derechos; considero que el incidente propuesto debiera sujetarse a la siguiente tramitación:

- a) Una vez dictado el auto de formal prisión, a solicitud del ofendido y/o del Ministerio Público, el órgano jurisdiccional dictará las providencias necesarias para restituirlo en sus derechos, si estos se encuentran plena y legalmente justificados. Es decir, que desde la averiguación previa se encuentre comprobado que dicho ofendido se encontraba en posesión del objeto materia del delito hasta el momento de su comisión.

Si a juicio del órgano jurisdiccional, la restitución pudiera lesionar derechos del inculpado o de un tercero, la devolución deberá ordenarse, siempre y cuando el ofendido garantice, en cualquier de las formas legales, los posibles daños y perjuicios.

- b) La solicitud del ofendido deberá tramitarse en vía incidental, y con la misma se dará vista al inculpado y al tercero que pudiera resultar perjudicado, si lo hay. Si no hubiere oposición legalmente sustentada, sin más trámite se ordenará la restitución. Si la hubiere, se dictará la resolución que se estime procedente.
- c) Las anteriores providencias, tendrán el carácter de provisionales, por lo que al dictarse la sentencia definitiva, éstas deberán ser confirmadas, modificadas o revocadas.

- d) Si hubiera flagrancia en la comisión de este delito, si el inculpado lo confesare o se tratara de delito continuado, el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional, podrán ordenar la restitución que nos ocupa sin la necesidad de la promoción incidental.

- e) En los mismos términos se podrá ordenar la restitución por el Ministerio Público y/o el órgano jurisdiccional, cuando el delito se haya cometido con pluralidad de sujetos activos, y por alguna causa se pudiera prolongar en el tiempo el ejercicio de la acción penal en contra de todos y cada uno de los inculpados, o cuando éstos se encuentren indeterminados en cuanto a su nombre, pero sí en el disfrute ilícito de la posesión del bien materia del delito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De los antecedentes históricos en la comisión del delito de despojo, se deduce cierto paralelismo en cuanto a su concepto, en el sentido de que totalmente se trata de una conducta del activo, singular o en pandilla, consistente en arrebatar a otro la posesión material de un bien, generalmente inmueble; con el objeto de usurpar una posesión a la que no tiene derecho, y recientemente, con la finalidad de apropiarse ilícitamente del mismo bien, mediante el ejercicio fraudulento de acciones de carácter civil, como puede ser: la usucapión o prescripción positiva, conceptos que indistintamente se utilizan según la entidad federativa de que se trate.

SEGUNDA.- El fin último de las Leyes Penales de nuestro país, con relación al delito de despojo, lo constituye la posesión, originario o derivada, como bien jurídico tutelado, no el de propiedad. Es decir, que no establece ésta como requisito de procedibilidad; y finalmente, restituir al poseedor en el derecho que le fue materialmente arrebatado por el activo, reiterando que éste último puede ser identificado en forma individual o una pluralidad de individuos denominada “padilla”.

TERCERA.- Para determinar la responsabilidad del activo en la comisión del delito que nos ocupa, éste debió utilizar como medio para la ejecución del delito, alguna forma de violencia, física o moral; furtividad o engaño, pero sobre todo, sin derecho alguno y sobre un bien ajeno o propio.

CUARTA.- Se trata de uno de los delitos que se comete con mayor grado de impunidad, sobre todo, cuando por cuestiones políticas se hace selectiva la procuración de justicia; dejando el paso del tiempo a favor de activos o simpatizantes de partidos políticos en el poder; ocasionando que la autoridad procuradora, no sólo sea omisa en su función, sino que llegue al extremo de proteger a quienes se dedican a invadir o dirigir invasiones de predios en pandilla.

QUINTA.- Considero que además de la impunidad antes referida el despojo es también uno de los delitos que mayor humillación e impotencia genera en los ofendidos; pues si corren con la buena suerte de que el agente del Ministerio Público ejercite acción penal y ponga a disposición del órgano jurisdiccional al o los probables responsables en la comisión del citado delito, y dicho órgano lo sujeta a proceso penal; para ser restituido en su derecho, el ofendido tendrá que esperar a que concluya un amañado y largo procedimiento en el que el reo resulte penalmente responsable y condenado a la reparación del daño; entendida en este caso como la devolución de la posesión del bien materia del delito, y luego, esperar a que se agoten los recursos legales y el juicio de garantías, para que la sentencia definitiva sea ejecutable; iniciándose a partir de ese momento “otro procedimiento” con el objeto de que materialmente sea puesto en la posesión del hipotético inmueble; pues si el reo no cumple voluntariamente con la devolución del bien, el órgano jurisdiccional procederá a la ejecución forzosa de la sentencia, mediante requerimiento e interminables medidas de apremio, que generan la frustración del ofendido que ha sido afectado en su patrimonio y su dignidad, provocándolo, muchas veces, para tratar de hacerse justicia por propia mano.

SEXTA.- Por lo anterior, y dada la gran diversidad de criterios judiciales para la interpretación y aplicación del artículo 28 del Código de Procedimientos Penales; se hace necesario el establecimiento de un INCIDENTE ESPECÍFICO PARA RESTITUIR PROVISIONALMENTE EN SU DERECHO AL OFENDIDO EN EL DELITO DE DESPOJO; tanto durante el proceso penal como la averiguación previa; es decir, que desde esta última etapa mencionada se pudiera realizar la restitución aludida cuando haya flagrancia, confesión del inculpado o continuidad en el delito, es decir, cuando el indiciado o un tercero, siga en la posesión ilícita.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, Tomo I, 3ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1989.
2. ARILLA BAS, Fernando, El Procedimiento Penal en México, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2003.
3. BARRITA LÓPEZ, Fernando, A. Averiguación Previa, 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
4. CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Delito, Edit. Oxford, México, 2001.
5. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 18ª ed., Edit. Porrúa, México, 1995
6. CARRARA, Francesco. Derecho Penal, Edit. Oxford, México, 2001.
7. CASTRO JUVENTINO, V. El Ministerio Público en México, 2ª. ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1995.
8. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.
9. DÍAZ-ARANDA, Enrique. Dolo Causalismo-Finalismo y la Reforma Penal en México, cuarta edición, editorial porrúa, México, 2002.
10. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, 3ª, ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.
11. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los Delitos, 32ª ed., Edit. Porrúa, México, 2001.
12. HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. El Proceso Penal Federal Comentado, 5ª ed. Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.
13. HERRERA Y LASSO, Eduardo, Garantías Constitucionales en Derecho Penal, Instituto de Ciencias Penales, México, 1994.
14. ISLAS, Olga y Ramírez, Elpidio, El Sistema Penal en la Constitución, Edit. Porrúa, S.A., México 1990.

15. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII Edit. Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1987.
16. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal, 2ª ed., Edit. Oxford, México, 2001.
17. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Tomo IV, Edit. Porrúa, S.A. México, 1993.
18. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular, Tomo II, 3ª ed., ed., Edit. Porrúa, S.A. 2001.
19. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito, 8ª ed., Edit. Porrúa, México, 2002.
20. MADRAZO, CARLOS, A. La Reforma Penal, 2ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1989.
21. MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 2002.
22. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, 2ª ed., Edit. Trillas, México, 2002.
23. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 19ª ed., Edit. México, 2002.
24. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 2002
25. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito, 4ª ed., Edit. México, 1999.
26. TÉLLEZ VALDES, Julio. Derecho Informático, Edit. Mc Graw Hill, México, 2002.

OTRAS FUENTES

Diccionario Jurídico Mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México 2002.

Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Edit. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Driskill, Argentina Buenos Aires, 2001.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2004.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 2004.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL,
2004.

JURISPRUDENCIA EN CD. EDITADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN, 2002.