

879309

29  
28



**UNIVERSIDAD LASALLISTA  
BENAVENTE**

---

---

ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO  
CLAVE 8793-09

**ANALISIS JURIDICO DE LA REPARACION  
DEL DAÑO EN EL CODIGO PENAL DEL  
ESTADO DE OAXACA**

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

**CLAUDIA VELIA JUAREZ PERALTA**

ASESOR  
**LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ**

FALLA DE ORIGEN

CELAYA, GTO. ENERO 1995



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I.- EVOLUCION DEL DERECHO PENAL.....	7
1.1. Objeto del Estudio de la Evolución Legislativa.....	7
1.2. Evolución Legislativa Penal.....	8
1.3. El Derecho Penal en los Pueblos de la Antigüedad.....	9
a).- China.....	9
b).- Hebreos.....	10
c).- Roma.....	13
1.4. El Derecho Penal en la Edad Media y Moderno.....	17
a).- Los Germanos.....	17
b).- El Derecho Penal Canónico.....	19
c).- El Derecho Penal Arabe.....	20
d).- Los Prácticos y los Glosadores.....	21
e).- La Carolina.....	22
1.5. El Derecho Penal Mexicano.....	24
a).- El Pueblo Maya.....	24
b).- Los Aztecas.....	26
1.6. El Derecho Penal en México Colonial.....	28
1.7. El Derecho Penal en el México Independiente.....	30
CAPITULO II.- EL OBJETO DE LA LEGISLACION PENAL.....	35
2.1. Objetivo de la Legislación Penal.....	35
2.2. La Seguridad Jurídica.....	38
2.3. La defensa Social.....	41
2.4. La Tutela de los Bienes Jurídicos o de Valores Eticos...42	

CAPITULO III.- LA PENA.....	46
3.1. La Pena y su Fundamentación Doctrinal.....	46
3.2. Fundamento y Fin de la Pena.....	49
a).- Teoría Absoluta.....	49
b).- Teoría Relativa.....	50
c).- Teoría de la Retribución Moral.....	50
d).- Teoría Relativa.....	51
e).- Teoría de la Prevención Especial.....	51
f).- Teoría Correccionalista.....	51
g).- Teoría Mixta.....	52
h).- Teoría de Binding.....	52
3.3. La Esencia de la Pena.....	53
3.4. La Prevención General.....	53
a).- La Intimidación.....	55
b).- El Respeto a la Personalidad.....	56
3.5. La Prevención Especial.....	57
a).- Seguridad.....	58
b).- Corrección.....	59
c).- Formas Particulares de Prevención Especial de la Pena.....	60
1) La Limitación de la Pena.....	60
2) La Condena Condicional.....	61
3) Libertad Preparatoria.....	61
4) Conmutación y Sustitución de la Pena.....	63
3.6. Las Contradicciones de los Fines de la Pena.....	64
3.7. La Justificación de la Pena.....	66

CAPITULO IV.- PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO	
MEXICANO.....	69
4.1. Prisión.....	71
4.2. Relegación.....	72
4.3. Confinamiento.....	73
4.4. Prohibición de ir a Determinado Lugar o de Residir en él.....	74
4.5. Sanción Pecuniaria.....	74
4.6. Decomiso de los Instrumentos del Delito y Destrucción de las Cosas Peligrosas o Nocivas.....	75
4.7. Suspensión, Privación e Inhabilitación de Derechos, Destitución o suspensión de funciones o Empleos e Inhabilitación para su Ejercicio o Desempeño.....	77
4.8. Publicación Especial de Sentencia.....	77
4.9. Suspensión o Extinción de Sociedades.....	78
4.10. Amonestación.....	79
4.11. Apercibimiento y Caución de no Ofender.....	80
4.12. Sujeción a la Vigilancia de la Policía.....	81
4.13. Otras Medidas de Seguridad.....	82
CAPITULO V.- LA REPARACION DEL DAÑO.....	86
5.1. Concepto de la Reparación del Daño y Antecedentes.....	86
5.2. Teoría de la Reparación del Daño como Pena Pública.....	90
5.3. Medios Propuestos para hacer Efectiva la Reparación del Daño.....	91
5.4. Naturaleza Jurídica de la Reparación del Daño.....	94
5.5. ¿Quién es el Obligado a la Reparación del Daño?.....	100

5.6. ¿Quién es el Beneficiario en la Reparación del Daño..100

CONCLUSIONES.....107

BIBLIOGRAFIA.....110

## INTRODUCCION.

En un porcentaje considerable hemos sido víctimas o quizá testigos de personas que desafortunadamente fueron víctimas de algún daño, ya sea material, moral y hasta a veces personal esto es tratándose de personas que han sido privadas de la vida, y aparte del dolor humano por el que pasan todavía tienen que afrontar otras consecuencias que con ello provoca el autor del delito.

Afortunadamente en el transcurso de este siglo se distingue ya claramente entre la pena y medida de seguridad y la reparación e indemnización, ya que en el abandono en el que había estado la víctima del delito, ha hecho necesario que doctrinalmente no se dedicase la atención al delincuente sino que también se le compartiera con su víctima inmediata.

Es por eso que considero de suma importancia el análisis jurídico de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delincuente ya que la atención que se le dará al autor del delito no solo contribuirá para el bien de la justicia sino que también es de conveniencia pública porque ayuda a la reparación de los delitos; y el ofendido al verse respaldado lo alienta a denunciar los delitos y coadyuvar a la persecución de los

delincuentes y como lo afirma Bentham "EL MAL NO REPARADO ES UN VERDADERO TRIUNFO PARA EL QUE LO CAUSO".

Es por ello de vital importancia dejar bases sólidas sobre la reparación del daño y que con esto de alguna manera se frene la impunidad de que han gozado algunos criminales, ya que no teniendo bienes conocidos no se podrá hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído y los perjudicados viéndose en tal situación optaban por no hacer acusación alguna y hasta una simple queja por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que le hicieran perder su tiempo inutilmente.

## CAPITULO I

### EVOLUCION DEL DERECHO PENAL

#### 1.1. OBJETO DEL ESTUDIO DE LA EVOLUCION LEGISLATIVA

La Ley Penal no ha tenido el contenido y la forma que hoy conocemos, ya que ha tenido horizontes de proyección diferentes, los que han dado distintos límites a su dominio y que fueron sustituidos por ideologías apoyadas por otras estructuras sociales y otras formas de control social.

Todas las instituciones pasadas del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, tienen como finalidad, el de mantener el orden común o dicho de otra forma mantener el control social.

En la historia del Derecho Penal, se le puede reconocer una lucha de la que va surgiendo la concepción del hombre como persona, esto es, como un ser dotado de autonomía moral. Este concepto no surgió de manera espontánea, ni tampoco de manera progresiva ininterrumpidamente, sino que va surgiendo por un conjunto de hechos, sucesivos de marchas y contra marchas, cuyo desarrollo continúa hasta nuestros días.

El despliegue que nos muestra la panorámica histórica de la Ley Penal es uno de los aspectos más sangrientos de la historia que, muy probablemente, haya costado a la humanidad más vidas que

todas las guerras, y que es susceptible de herir lo más profundo de nuestra sensibilidad más que la misma guerra, si bien esta, por lo general, no corresponde a la tremenda frialdad y premeditación que caracteriza a las crueldades y equivocaciones en la historia de la Legislación Penal.

## 1.2. EVOLUCION LEGISLATIVA PENAL.

"Los primeros inicios de las penalidades podemos señalar como periodo primitivo, la venganza privada, más tarde la venganza paso a ser cargo del estado aplicando la pena y las tendencias humanitarias de aplicación de la pena la cual comienza a partir del siglo XVIII. Sin embargo, los asesinatos policíacos con protección oficial, el proceso MINDZENCY, los Tribunales Especiales, la reclusión mancomunal de descendientes, el Derecho Penal Nazi, el Escuadrón de la muerte y otros más nos sirven como ejemplo para demostrar que en la realidad el Derecho Penal no es tan lineal ni evolutivo, sino que se encuentra en lucha permanente y constante, así que la venganza privada, la venganza pública, y las tendencias humanitarias las encontramos en todas las épocas".

Es necesario hacer la aclaración de que no hay que confundir la historia de la legislación penal, con las ideas penales, puesto que la historia de las ideas penales no siempre coinciden

con la legislación penal, ya que por regla general esta recoge de los ideólogos lo que conviene a la estructura del poder en que se incerta.

Hay legislaciones que ha dejado de aplicarse, en tanto que hay ideas, por antiguas que sean que aun conservan su vigencia y que es necesario reconocer.

### 1.3. EL DERECHO PENAL EN LAS ANTIGUAS CULTURAS

Haré una remembranza breve de culturas que se hallan lejanas entre si y también lejanas de la nuestra, pero son históricas.

#### a).- CHINA:

En china, la historia más remota se confunde con la leyenda. En los principios históricos comprobados se conocieron las llamadas cinco penas: Homicidio; El cual era penado con la muerte, el hurto; y las lesiones; con la amputación de uno o varios pies, el estrupo; con la castración, la estafa; con la amputación de la nariz y los delitos menores; con la marca en la frente y especialmente la extensión del castigo a la familia del autor.

Al paso del tiempo el sistema penal fue haciendose cada vez

más humano, suprimiendo en el siglo VII, la extensión de la pena a los parientes, reduciendo a cinco las penas: Muerte, deportación, destierro, bastón y azotes.

En el siglo X se dispuso que ninguna provincia se ejecutaría la pena de muerte sin el cumplimiento que debería darle el emperador.

"En el año de 1398 se sancionó el Código Penal de la Dinastía Min, el cual distinguía cinco categorías de infracciones en relación con la gravedad, manteniéndose con algunas variantes el sistema de las cinco penas, y en el año de 1647 el texto del Código Min se modificó en repetidas ocasiones hasta que fue sancionado el Código de la Dinastía Ching el cual mantenía las cinco penas, teniendo vigencia hasta la República en 1912."(2)

#### b).- EL PUEBLO HEBREO.

Su derecho penal tuvo sus características y como la más sobresaliente la del Talión, según algunos juristas y teólogos medievales y posteriores, el Talión se le daba un sentido metafórico, indicando la proporcionalidad de la pena, en tanto que para los Hebreos, ojo por ojo, diente por diente muerte por muerte, tenía un sentido literal. Y así se debería aplicar.

A consecuencia de los diez mandamientos, considerados como

fueron la fuente del Derecho, en base a esto se elaboraron preceptos jurídicos penales dándole el nombre de Derecho Penal Mosaico.

"La pena de muerte tubo diferentes variedades de aplicar: Horca, cruz, sierra, espada, agotamiento, rueda, descuartizamiento, etc. tenían otros tipos de pena como prisión, excomulgación, privación de sepultura y multa en algunos casos no graves, era permitida la composición consistente en la absoluta reparación del daño y su sacrificio religioso, también se tenía como pena el asilo, el cual se aplicaba al autor del homicidio culposo, mandándose al culpable a ciudades de asilo."(4)

La legislación mosaica, fue sufriendo cambios por varias escuelas de derecho, dirigidas por los fariseos, quienes sostenían que Dios, había dado a Moisés una Ley Oral, junto con la ley escrita la que había perdido, exigiéndose de la sabiduría la deducción de las consecuencias de la ley escrita.

Los Fariseos tomaron el título de Rabbi, quienes se convirtieron juristas de los Hebreos.

En el 240 de nuestra era, se crea una repetición de las Leyes Michna, con los comentarios adiciones y anexos a la repetición se formó en el siglo V después de Cristo, el estudio o

el Talamud, que revela la legítima defensa la culpa, la reincidencia, la premeditación y el error. También se establecieron penas de muerte, corporales y pecuniarias.

"Del antiguo testamento se desprenden muchas disposiciones penales importantes. De los mandamientos se pueden apreciar, los delitos sobre la religión, como la idolatría y la blasfemia, la hechicería y la falsa profecía, el acceso carnal con mujer, durante los períodos menstruales, etc; y con lo que a los mandamientos de guardar el sábado y honrar a los padres, la violación de estos mandamientos se castigaba con la muerte. La ley del Talión se hacía presente una vez más en el homicidio, como violación del quinto mandamiento."(5)

"No obstante que la Biblia, distingue los casos de dolo, culpa, riña y caso fortuito, con relación a los mandamientos sexto y noveno, se calificaron los delitos contra las costumbres, condenándose la seducción y la violación, de los que se hicieron distinciones, en cuanto a la víctima si fuese virgen, no desposada, desposada o prometida. El adulterio se penaba con la restitución. La persona que pretendiera heredar sin tener derecho, podía ser legítimamente rechazado y muerto. A partir del octavo mandamiento se originan los delitos de falso testimonio y perjurio, cuya pena se basa en el Talión, haciendo sufrir lo mismo que debió sufrir la víctima."(6)

### c).- DERECHO PENAL GRECO-ROMANO.

Con lo que respecta a esta Legislación Griega, se conservan solo algunos fragmentos en obras que tratan otras materias y a través de estos fragmentos filosóficos y literarios se sabe que en Atenas la pena había perdido la crueldad que caracterizaba a las penas antiguas.

Como los Griegos tenían una base política de la polis, la Ley Penal no se basaba en lo divino o teocrático, no juzgaban en nombre de sus dioses, es pues Grecia y Roma quien comienza a mundanizar el derecho penal, alejándose de las concepciones divinas alcanzándose un mayor grado de laicización.

Los Griegos no mostraron privilección por lo jurídico pero sentó las bases por las que seguirían las Escuelas Jurídicas Romanas.

Siendo en Roma en donde ya podemos hablar de una verdadera ciencia penal, siguiendo un curso de legislación a través de trece siglos los cuales van desde el VI de la era cristiana con el Digesto y aún casi nueve siglos más en el Imperio de Oriente.

Sin bien los Romanos no alcanzaron los brillantes en el Derecho Penal como lo hicieron en el Civil, pero no cabe duda que

su aportación legislativa es importantísima, para la historia humana y de la que deriva en forma directa nuestra cultura.

De lo anterior podemos llegar a la conclusión de que las instituciones teocráticas del derecho penal no han desaparecido por completo, sino que puedo afirmar que se transforman.

#### d).- EL DERECHO PENAL ROMANO.

Su origen fue sacro sin embargo a partir de la Ley de las de las tablas del siglo XII a.C el derecho se encuentra laicizado estableciendose la diferencia entre delitos públicos y delitos privados.

Los encargados de perseguir los delitos públicos eran los representantes del estado en el interés del mismo, y en los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés.

No hay que confundir que los delitos públicos eran exclusivamente contra el estado, sino que estos se integraban por dos grandes delitos: El Perduellio y el Parricidium.

Los delitos de Parricidium no es precisamente la de causar la muerte al padre, sino la del "Pate" es decir el jefe de la

"Gens", el cual era considerado hombre libre.

De aquí se desprende que los delitos del estado eran los cometidos en los hombres libres y los cometidos en el estado mismo.

Como ya señale anteriormente el estado fijaba su interés en perseguir los delitos en los hombres libres u contra los delitos cometidos en el estado. Sin embargo al estado no le interesaba perseguir los delitos contra las "Pater" pero con posterioridad, el estado pone su atención en perseguirlos y somete a pena publica a través del procedimiento que le llamarán Extraordinario cual se convecina en ordinario.

Es así como el derecho penal, obtiene su carácter público, durante el advenimiento del Imperio Romano.

e).- EN EL PERIODO DE LA REPUBLICA, EL PUEBLO ROMANO.

Había sido simultáneamente legislador y juez, y dejando las más leve como delitos privados, donde las partes le daban solución en arreglos y convenios entre estos.

Paulativamente se fue entregando, la facultar de juzgar las cuestiones, que lo hacían por "exigencias de la majestad del pueblo Romano", y de "La salud de la cosa pública", lo que estaba

muy por encima de la concesión teocrática Oriental. Así pues el Derecho Penal Romano se funda así en el interés del estado.

Una vez que sobrevino el imperio, se afirma la publicidad del derecho penal mediante el procedimiento extraordinario. En el cual se constituía por tribunales que actuaban por delegación del Emperador.

Con el paso del tiempo, el imperio fue corrompiendo las instituciones republicanas, convirtiéndose en jurisdicción ordinaria, el procedimiento extraordinario tomando como razón de este cambio por los crímenes cometidos contra la majestad, contra la soberanía del Emperador, dándole el nombre de "Majestatis", y que cada vez se hacían más frecuentes.

Entre tanto el derecho penal, el cual tenía el carácter de público, no se dice nada acerca de la naturaleza de los bienes jurídicos titulados.

Cuando sobrevenia un periodo imperialista, no solamente se hacia pública la tutela de los bienes, sino que también los bienes mismos, se puede afirmar que ya no se trataba de bienes jurídicos de particulares que son tutelados por el Estado, sino que pasan a considerarse que los bienes pertenecen al Estado. Con

esto ya no habrá intereses particulares que estuviesen tutelados por el Estado o públicamente, sino que todos serán intereses públicos.

Con lo que respecta al crimen contra el Estado. Es decir "Crimen Majestatus", llegó a tal grado que era totalmente absurdo, como sería el desnudarse frente a la estatua del Emperador, o vender su estatua la cual se consideraba sagrada, el llevar una medalla o moneda con su imagen a un lupanar. El hacer vestidos con telas púrpura los que se consideraban color imperial, el tener relaciones con princesas imperiales, dudar del acierto del emperador en la elección de funcionarios y en general cualquier clase de crítica.

En síntesis el derecho penal Romano muestra una lucha que seguirá a lo largo de toda la historia de nuestra legislación, el derecho penal republicano contra el derecho penal imperialista y viceversa.

#### 1.4 DERECHO PENAL MEDIEVAL Y MODERNO:

##### a).- LOS GERMANOS:

El predominio germánico se extiende desde el siglo V al XI d. c. , evolucionando durante estos siglos como resultado del

En este Derecho Penal Germano, la pena más rara era la pérdida de la paz, consistente en retirar al penado la tutela social, y con esto cualquiera podía darle muerte impunemente.

Con lo que respecta a los delitos privados se producía la Faída o dicho de otra forma era la enemistad contra el infractor y su familia. La Faída podía terminar con la composición lo que le llamaron ( Wertgeld ), consistente en pagar una suma de dinero al ofendido o familia.

Otra forma, era la Ordalia o combate judicial, es decir un juicio de Dios, los cuales en ese tiempo eran muy comunes entre los germanos teniendo su derecho penal, un carácter marcadamente individualista.

Sin embargo ese carácter individualista de los germanos se fue perdiendo con el paso de los siglos transformándose el derecho penal en público.

El carácter privalista o individualista surgió de la propia naturaleza de pueblo guerrero en que la paz era vista como el derecho y el orden.

Es pues, la paz, lo que perdía el que declaraba la guerra a

la sociedad a lo que le llamaron friedlosigkeit, o aun particular o sea la fadia. La paz perdida, podía ser recuperada por la composición o wertgeld ( la que consistia al pago al ofendido o a la familia ), con excepción de ciertos delitos, como la traición al Rey, en lo que no se admitia.

Por lo que respecta al estado, la fadia, era nocivo para la sociedad, ya que generaba para la familia del ofendido el deber de llevar adelante la venganza de la sangre, llamado blutrache, contra el ofensor y su familia.

A causa de esto, a medida de que el derecho penal se fue haciendo público, se fue limitando a la fadia por vía de la composición, pasando por optativa obligatoria.

#### b).- EL DERECHO PENAL CANONICO:

"Este se forma a través de varias fuentes y tratando de sintetizar el concepto público de pena de los romanos y el privado de los germanos. Apareciendo la recopilación en el siglo XV en el CODEX JURIS CANONICI". (7)

Este código canónico presenta la gran virtud de reivindicar el elemento subjetivo del delito, en mayor medida que el derecho germánico. Su concepto penitencial se inclinaba a ver el delito

como pecado, la esclavitud y en la pena la liberación y del pecado o delito.

Además este código introduce la prisión como medida de reclusión en seldas monásticas, proviniendo de aquí el nombre de penitenciarias el cual es utilizado hasta hoy.

El derecho penal canónico puso límite a la venganza de la sangre proveniente de los germanos, mediante la institución del asilo en templos, también se mostró contrario a los ordenes de los germanos.

El derecho penal canónico, hace una destitución entre los delitos seculares, delitos eclesiásticos en lo que era exclusivamente competente los mismos que afectaban tanto al poder divino como al humano.

#### c).- EL DERECHO PENAL ARABE.

El derecho penal de los árabes anteriores a Mahoma se caracterizaba por elementos que había tomado de otras culturas, en particular de los judíos, tal como es la ley del talión. Además castigaban el perjurio con relativa benevolencia, prohibía la estrangulación, la decapitación, etc.

Con lo que respecta al Korán suavizó las penalidades crueles introduciendo reformas en su legislación penal.

Mahoma, trató de suavizar la antigua ley que obligaba a tomar venganza en caso de homicidio matando por medio más cruel, limitando la venganza a la misma forma de muerte.

Además el Korán deja abierta la posibilidad de la composición evitando de este modo el talión. Castigaba los juegos de azar, castigaba el perjurio con benignidad, el Korán hacía una distinción clara de homicidio doloso, del homicidio culposo. "Si la muerte fuere involuntaria, el matador está obligado a redimir un esclavo creyente y pagar el precio de la sangre a la familia del muerto, a menos que esta le condene".(8)

En cuanto a los delitos de adulterio y hurto, se penalizaban el primero con la lapidación y el segundo con la amputación de la mano.

#### d).- LOS PRACTICOS Y LOS GLOSADORES.

"Cuando nace el movimiento conocido como recepción de derecho romano, se otorga gran autoridad a los comentadores de los textos romanos, a los cuales se les da el nombre de glosadores y post-glosadores o prácticos".(9)

El movimiento de los prácticos se inicia en el siglo XII y perdura hasta la edad moderna. Los prácticos eran comentaristas de textos, a los que se les podía clasificar de positivistas jurídicos, alcanzando algunos unas finezas de observación que prepararon en gran medida la labor que posteriormente viene a cumplir la dogmática jurídica.

Entre los positivistas jurídicos más notables se encuentra Carpovoid y a Bohemer en Alemania, a Mouyart de Vouglans en Francia, y entre los españoles a Diego de Covarrubias.

e).- LA CAROLINA.

"Es fundamental la ordenanza penal para el obispado de Banbers la Constitutio Criminal Bambergensis de 1507 del caballero franco Johann Freiherr Zu Schwarzenberg aun Hohenlandsberg." (10)

"En esta, Mater Carolinae, se basa la gran obra de la legislación del Reich, la ordenanza penal de Carlos V (peinlinche Gerichts Ordnuns Karls V) o Carolina (Constitutio Criminalis Carolina) de 1532." (11)

La carolina de 1532, es el primero y el único código Alemán completo hasta el Código de 1871, este código era

preferentemente procesal con un agregado de reglamentaciones de derecho penal material.

Sobre la base de la Carolina, que gana influencia más allá de su validez formalmente obligatoria en virtud de su contenido positivo y que será completada y suprimida posteriormente por un nuevo derecho, al que se le llamó Derecho Penal Alemán Común. en el cual se atenúan en cierto modo, las crueles leyes contra el cuerpo y la vida.

A fines del siglo XVIII aparecen "como monumentos de cultura de un pasado ya superado, con toda la dureza del derecho penal común en el comienzo de un periodo nuevo", (12) en Baviera el Codex Iuris Navarici Criminalis de 1751, y en Austria la Constitutio Criminalis Thoresiana de 1768 que posteriormente bajo el reino de José II, sería reemplazada por la ley general sobre los delitos y el castigo de los mismos (1787), dentro del espíritu esencialmente doctrinario. En Prusia se dictó el Derecho General para el estado de Prusia del 5 de Febrero de 1794 el sentido de absolutismo iluminista.

La época de las luces y el siglo XIX, por múltiples que sean aún hoy, en los detalles de la creación de los tipos y definiciones verifican, los efectos del derecho penal romano, Italiano y Alemán común, el espíritu del derecho penal moderno se

ha formado más tarde.

El derecho penal que hoy rige, es hijo de la época de las luces. Que han sido mencionadas en tal sentido, el código penal de José II en Austria (1794). El código penal francés de Napoleón del 12 de febrero de 1810 une *defense sociale* an *moyan de l'intimidation* (GARRAND), han tenido influencia sobre el código penal prusiano en 1851.

#### 1.5. DERECHO PENAL MEXICANO EVOLUCION.

Con lo que respecta a la historia del Derecho Penal mexicano, existen pocos datos del Derecho Penal hasta antes de la llegada de los españoles, solamente me limitare a los pueblos más sobresalientes, ya que no existía una uniformidad, por estar divididos en diversos núcleos poblacionales, por tal razón mencionare el Maya, el Tarasco y el Azteca.

##### a).- EL PUEBLO MAYA.

"Entre los mayas, las leyes penales tienen como característica general, al igual que otros pueblos la rigurosidad. En este pueblo, los BATABS o caciques realizaban la función de juzgar así como la aplicación de las penas siendo las principales, la muerte y la esclavitud; la pena de muerte;

reservada a los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas, la esclavitud; se aplicaba a los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente."(13)

"Chavero, al respecto menciona, que el pueblo maya no utilizaba como pena ni la prisión ni los azotes, pero que los condenados a muerte y los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera las cuales hacían las veces de cárceles. Toda sentencia era inapelable."(14)

El Derecho Penal en el pueblo Azteca, su estudio es de más importancia, aún cuando su legislación no ejerció influencia en lo posterior, este fue el pueblo más relevante durante la conquista. Este Imperio, no solamente dominó militarmente a la mayor parte de la altiplanicie mexicana sino que además influyó en las prácticas jurídicas de todos aquellos pueblos que aún conservaban su independencia, a la llegada de los españoles.

"Por su parte Vaillant expresa que dos instituciones protegían a la sociedad Azteca y la mantenían unida constituyendo el orden social, siendo estas instituciones la religión y la tribu. La religión penetraba en diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; así también los sacerdotes estuvieron vinculados con

la autoridad civil, es decir, se mantuvieron dependiendo de esta, al mismo tiempo que le hacia depender de si: con ello ambas jerarquías se complementaban. De esta manera la sociedad Azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir para la conservación de la comunidad".(15)

De tal manera que si un miembro de la tribu, violaba el orden social, se le colocaba en un status de inferioridad al grado de que el trabajo de esa persona se tomaba como el de un esclavo.

Otro modo castigo era el de expulsar al miembro de la tribu, que cometiera, una falta contra la comunidad, esta sanción significaba la muerte, porque el pertenecer a la comunidad traía seguridad y subsistencia al ser expulsado, sería muerto por las tribus enemigas, por las fieras o por el propio pueblo.

Los delitos en ese tiempo eran de poca importancia, sin embargo a medida que fue creciendo la población, se fue complicando más las relaciones de los individuos entre sí dejando atrás la responsabilidad solidaria de la comunidad.

#### b).- LOS AZTECAS.

Como el pueblo azteca era esencialmente guerrero, los

jovenes eran educados para el servicio de las armas; lo cual fue consecuencia de derramamiento de sangre, lo cual disminuía la fuerza guerrera de la tribu, por lo cual fue preciso crear tribunales Militares.

"El derecho penal de los aztecas como apunta Esquivel Obregón, era escrito, a diferencia del derecho civil el cual era objeto de tradición oral, estos escritos consistían en códigos de los cuales se encuentran claramente expresados; cada uno de los delitos mediante escenas pintadas así como las penas aplicadas al caso concreto."(16)

Con lo que respecta a los delitos que hicieron peligrar la estabilidad del gobierno o al soberano; el derecho penal azteca era sumamente severo.

Los aztecas ya hacían una clara diferencia entre delitos dolosos y los delitos culposos, así como las situaciones atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas que contenía el código penal azteca eran: destierro, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución del empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del

infractor, así como penas corporales y pecuniarias y la de muerte aplicada en las siguientes formas, incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, emparedamiento, lapidación, garrote, y machacamiento de cabeza.

"La clasificación de los delitos en el código penal azteca según las investigaciones hechas por Carlos H. Alba estaban de la siguiente manera: contra la seguridad del imperio, contra la moral pública, contra el orden de las familias; los cometidos por funcionarios los cometidos en estado de guerra; los cometidos contra la libertad de las personas y seguridad de ellas; usurpación de funciones; sexuales y contra las personas en su patrimonio".(17)

#### 1.6 EL DERECHO PENAL EN MEXICO COLONIAL.

Durante la conquista el pueblo español contacto con las diferentes razas indígenas (siendo esta denominación incorrecta según la opinión del Decano de la Universidad Lasallista Benavente, el Sr. Lic. Roberto Navarro G.; toda vez que por error Cristóbal Colón penso que había llegado a la India, por tal razón se le denomino indios a los naturales de los cuales descendemos), quedando integrada la nueva sociedad de la siguiente manera: Los naturales fueron los siervos y los europeos los amos, pasando por alto toda legislación escrita en la cual se le daban las

garantías de hombres libres a los naturales, dejándoles el camino libre para su emancipación y la oportunidad de escalar la estructura social por medio del trabajo, el estudio, y la virtud.

Las legislaciones de los mal llamados grupos indígenas en ningún momento fueron tomadas en cuenta en las legislaciones de los conquistadores a pesar de las disposiciones del Emperador Carlos V, la cual fue anotada más tarde en la recopilación de Indias en el sentido de respetar las Leyes y costumbres de los naturales siempre y cuando no se opusieran a la fe o la moral, por lo tanto la legislación de la Nueva España fue netamente europea.

En el México colonial se puso en vigor la legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro las que tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. Sin embargo las recopilaciones que se hicieron a las Leyes de Indias ordenadas por el Virrey Don Luis de Velasco en 1563, la hecha por mandato del rey Felipe II en 1571, y la que realizó en 1576, había confusión sobre cuales serían las leyes que se aplicarían en ese tiempo, aplicándose el Fuero Real, las partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados y la Nueva y la Novísima Recopilaciones a más de algunas Ordenanzas dictadas para Boloña, como la Minería, la de Intendencia y las de Gremios.

La Legislación penal en la colonia, mantenía la diferencia de castas, habiendo un cruel sistema intimidatorio dirigido a los negros, mulatos y castas, con tributos al Rey, prohibición de portar armas y transitar las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y azotes.

En cambio para los naturales de la Nueva España, las leyes fueron benévolas, señalándose como penas, los trabajos personales, por excusarles las penas de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve la pena sería la adecuada aunque seguiría en su oficio y con su mujer; solamente serían entregados los naturales a sus acreedores para pagar con su trabajo.

#### 1.7. EL DERECHO PENAL EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Iniciando el movimiento independiente por Hidalgo en 1810, el día 17 de Noviembre del mismo año, Morelos decretó, en su cuartel general de Aguacatillo, la abolición de la esclavitud, confirmando el decreto que había expedido con anterioridad el cura Hidalgo en Valladolid.

La lucha por la independencia trajo consigo órdenes sociales, por lo que fue necesario crear disposiciones, para

reglamentar la portación de armas, el consumo de bebidas alcohólicas, para combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto.

Con lo que respecta a las codificaciones penales, se tiene como primera, a la que se expidió en Veracruz, el 08 de Abril de 1935; cuyo proyecto se elaboró en 1832, en el Estado de México, se había redactado un bosquejo general de Código Penal, pero nunca tuvo vigencia, en 1862 se designó una comisión para la elaboración de un Código Penal en la capital del país siendo interrumpidos los trabajos por la intervención francesa durante el imperio de Maximiliano.

En 1868 se formó una nueva comisión integrada por los Licenciados Antonio Martínez de Castro, José María de la Fragua, Manuel Ortiz de Montelleno, y Manuel M. de Zamacona, teniendo como inspiración el Código Español de 1870.

En 1871 fue aprobado el día 07 de Diciembre por el Poder Legislativo, comenzando a regir en el Distrito Federal, territorio de Baja California en materia común y para toda la república en materia federal, al día 01 de Abril de 1872.

El Código de Martínez de Castro, conocido con el nombre de Código de 71, modeló, a las tendencias de la Escuela Clásica,

este cuerpo normativo estuvo vigente hasta 1929.

En 1903 el Presidente de la República Gral. Porfirio Díaz, designó una comisión presidida por el Lic. Miguel S. Macedo, para revisar el Código del 71, terminándose los trabajos en el año de 1912, pero en este año el país se encontraba en plena revolución por lo cual no fue posible que se hiciera reformas a dicho Código Penal de 71.

En 1929, siendo presidente de la República el Lic. Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929, al que se le dio el nombre de Almaraz, dándole ese nombre por haber formado parte de la comisión redactora al señor Lic. José Almaraz, cuyo proyecto se fundó en la Escuela Positiva.

El Código de 1929, fue censurado por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; sin embargo el Código del 29 siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica.

Pero el Código del 29, se pueden señalar aciertos tales como, la supresión de la pena capital, la elasticidad para la aplicación de sanciones, es decir, se establecieron máximos y mínimos para cada delito.

Los defectos técnicos y lagunas oscuras de tipo práctico hicieron que fuera de difícil aplicación el Código del 29, por lo que su vigencia fue demasiado corta, rigiendo del 15 de Diciembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931.

El 17 de Septiembre de 1931, entró en vigor el Código promulgado por el presidente Ortiz Rubio, y que fue promulgado el 13 de Agosto de 1931 publicándose el 14 de Agosto de 1931, con el nombre de Código Penal para el Distrito y territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la república en Materia Federal. La comisión redactora estuvo a cargo de los Licenciados Alfonso Teja Zafre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Cisneros, José López Lira y Carlos Angeles.

Los defectos técnicos y lagunas oscuras de tipo práctico hicieron que fuera de difícil aplicación el Código del 29, por lo que su vigencia fue demasiado corta, rigiendo del 15 de Diciembre de 1929 al 16 de Septiembre de 1931.

El 17 de Septiembre de 1931, entró en vigor el Código promulgado por el presidente Ortiz Rubio, y que fue promulgado el 13 de Agosto de 1931 publicándose el 14 de Agosto de 1931, con el nombre de Código Penal para el Distrito y territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la república en Materia Federal. La comisión redactora estuvo a cargo de los Licenciados Alfonso Teja Zafre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Algel Cisneros, José López Lira y Carlos Angeles.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, Baja California Norte México, 1985, p. 147.
- (2) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 149
- (3) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 151
- (4) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 151
- (5) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 152
- (6) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 152
- (7) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 158
- (8) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 159
- (9) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 160
- (10) Mezger Edmund, Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor Baja California Norte, México, 1985, p. 34
- (11) Mezger Edmund, Ob. Cit. 35
- (12) Mezger Edmund, Ob. Cit. 35
- (13) Castellanos Fernando, Lineamientos de Derecho Penal, Edit.Edit.Purrúa, S. A. Av. República de Argentina 15, México, 1989, p. 40
- (14) Castellanos Fernando Ob. Cit. p. 40
- (15) Castellanos Fernando Ob. Cit. p. 41
- (16) Castellanos Fernando Ob. Cit. p. 41
- (17) Castellanos Fernando Ob. Cit. p. 43

## CAPITULO II

### EL OBJETO DE LA LEGISLACION PENAL.

#### 2.1. OBJETIVO DE LA LEGISLACION PENAL.

Con la expresión " derecho penal " se designa dos entidades diferentes: 1) el conjunto de leyes penales, es decir, la legislación penal; 2) el sistema de interpretación de esa legislación es, el saber del derecho penal.(1)

Podemos decir provisionalmente que el derecho penal (legislación penal) es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama " delito ", y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor.

La legislación penal se distingue de la restante legislación por la especial consecuencia que asocia a la infracción penal ( delito ): la coerción penal, que consiste casi exclusivamente en la pena. La pena se distingue de las restantes sanciones jurídicas (distinguiendo así a la legislación penal de las restantes legislaciones: civil, comercial, laboral,

administrativa, etc.) en que procura lograr, en forma directa e inmediata, que el autor no cometa nuevos delitos, en tanto que las restantes sanciones jurídicas tienen una finalidad primordialmente resarcitoria o reparadora.

Algunos autores contemporáneos afirman que es preferible volver a llamarla " derecho criminal ", porque el derecho penal no se agota hoy con la pena como única forma de coerción penal, sino que abarca también las " medidas ", que luego veremos que no sería menos cierto que la principal forma de coerción penal sigue siendo la pena, que para nosotros en estricto sentido, también es la única de sus manifestaciones, pudiéndose admitir otras solo en un sentido muy amplio y casi formal.(2)

El derecho penal es de carácter público ya que procura tutelar bienes jurídicos contra ataques que los afectan y lesionan con ello la seguridad jurídica, el derecho penal no puede menos que ser una rama del derecho público, es decir, de un derecho en que interviene directamente el Estado como persona de derecho público.(3)

Pero esta intervención no significa que exista un derecho subjetivo del Estado a incriminar o penar. Este pretendido jus puniendi haría que todos los delitos lesionasen un único bien jurídico que sería un derecho subjetivo del Estado, que gozaría

de él de la misma manera en que los particulares gozan del derecho a la vida, a ejercer su profesión, etc. las consecuencias prácticas de tal afirmación son inadmisibles: no se penaría a un homicida, por ejemplo, en razón de que hubiese privado a otro de su derecho a la vida, sino porque hubiese afectado un derecho subjetivo del Estado. Esta consecuencia es inadmisibles dentro de nuestro Estado de derecho, porque frente al Estado pasarían a segundo plano todos los derechos de los habitantes. Afirmar que detrás de la afectación a los bienes jurídicos se encuentra la afectación de un interés general en conservar la paz social y la seguridad jurídica, es una cosa, pero pretender que eso es un derecho subjetivo del Estado tiene las inadmisibles consecuencias prácticas.

No puede haber delito que no afecte bienes jurídicos ajenos, es decir, que no afecte algunos de los elementos que necesita disponer otro hombre para realizarse, para elegir lo que quiere ser conforme a su conciencia ( la vida, el honor, el patrimonio, la salud, la administración pública, el Estado mismo ).

El objetivo del derecho ( entendido como legislación penal ) se suelen dar dos respuestas distintas:

Para unos, el derecho penal tiene por meta la seguridad jurídica; para otros, su objetivo es la protección de la

sociedad, expresión ésta que suele reemplazarse por la de "defensa social".(4)

Para los partidarios de la seguridad jurídica, la pena tiene efecto principalmente sobre la comunidad jurídica, como prevención general, es decir, para que los que no han delinquido no lo hagan. En otras palabras: para los partidarios de la seguridad jurídica la pena se dirige a los que no han delinquido.

Para los partidarios de la defensa social, la pena tiene efecto sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir, esto es, como prevención especial. Para éstos la pena se dirige a los que no han delinquido.

Conforme a las opiniones más generalizadas en la actualidad, la pena, entendida como prevención general, es retribución, en tanto que, entendida como prevención especial, es reeducación y la resocialización le preparan para que no vuelva a reincidir en el delito, siendo común en nuestros días, la afirmación de que al fin de la pena es la retribución y el fin de la ejecución de la pena es la resocialización.

## 2.2 LA SEGURIDAD JURIDICA.

El derecho penal no puede tener otra meta que la de proveer

seguridad jurídica, puesto que ese debe ser el objetivo de todo el derecho.

El derecho es un instrumento de posibilitación de la existencia humana entendiéndolo por existencia, brevemente dicho, la relación de cada hombre con su ser, es decir, la elección que cada cual hace de lo que quiere ser y llega a ser así como la realización de esa elección. La existencia humana no puede ser sino en la forma de la coexistencia, de existir con otros que también existen. Ello obedece a que ni siquiera puede tenerse conciencia del "yo" cuando no hay un "tu" del que distinguirse.

El aseguramiento de las existencias simultáneas (coexistencia) se cumple introduciendo un orden coactivo que impida la guerra de todos contra todos, haciendo más o menos previsible la conducta ajena, en el sentido de que cada quien sepa que su prójimo se abstendrá de conductas que afecten entes que se consideran necesarios para que el hombre se realice en coexistencia, que es la única forma en que puede autorealizarse. Estos entes son los bienes jurídicos. La función de seguridad jurídica es la protección de bienes jurídicos como forma de asegurar la coexistencia.

Ahora bien: la pena, necesariamente implica una afectación de bienes jurídicos del autor del delito (de su libertad, en la prisión o reclusión; de su patrimonio, en la multa; de sus

derechos, en la inhabilitación). Esta privación de bienes jurídicos del autor debe tener por objeto garantizar los bienes jurídicos del resto de los integrantes de la comunidad jurídica. Pero esta privación de bienes jurídicos no puede exceder de cierto límite, este límite está culturalmente determinado, puesto que nunca fue el mismo a lo largo de su historia. La injerencia en los bienes jurídicos del infractor se haría necesaria para motivarse conforme a las normas y reforzar así el sentimiento de seguridad jurídica neutralizando la alarma social del delito pero no puede exceder de este grado de tolerancia socio-culturalmente determinado so pena de que esa misma injerencia cause alarma social es decir, afecte el propio sentimiento de seguridad jurídica.

La coerción penal debe reforzar la seguridad jurídica pero cuando se sobrepasa el límite de tolerancia en la injerencia en los bienes jurídicos del infractor causa más alarma social que el delito mismo. No se trata de que la pena "retribuya" ningún mal con otro mal, sino que garantice los bienes jurídicos sin lesionar el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad.

Se nos puede objetar todo lo dicho observándonos que en la realidad, la ley penal tutela más los bienes jurídicos de unos que los de otros, que los delitos causan "alarma" a ciertos

grupos y no a todos en igual medida y que el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad sería un mito dada la pluralidad de grupos sociales en diversidad de intereses, poder y pautas.

Esta objeción no sería tal. Se trata de datos de la realidad, en tanto que el objetivo del derecho penal es una meta política, aunque siempre se tutelan más los bienes de unos que los de otros, el derecho penal debe tender a disminuir estas diferencias y a procurar la igualación de las tutelas; el derecho penal debe contribuir a disminuir los antagonismos, fomentar la integración y crear las condiciones para una generalización comunitaria del sentimiento de seguridad jurídica que sería mayor en la medida en que la estructura social sea más justa (mayor grado de justicia social) y, en consecuencia, cada hombre sienta que es mayor el espacio social de que dispone y que la comunidad le garantiza.

### 2.3. LA DEFENSA SOCIAL.

La función del derecho penal es la seguridad jurídica, pero cabe preguntarnos si con lo afirmado hemos rechazado de plano la opinión que pretende que cumple una función de "defensa social".

"Por sociedad" pueden entenderse dos cosas: a) un ente superior del que dependen los hombres que lo integran; b) la relación interhumana misma, o sea, el fenómeno de la coexistencia. (5)

Si la seguridad jurídica es el aseguramiento de la coexistencia y la coexistencia es lo social, vemos que la distancia entre ambos conceptos se acorta hasta superponerse.

La "defensa", en el sentido en que se le emplea, no puede ser defensa de bienes afectados, sino defensa de bienes que pueden afectarse en el futuro, puesto que la pena viene cuando el bien ya ha sido afectado. Siendo ello así, esa "defensa" no puede ser otra que una prevención tutelar, puesto que no es defensa en el sentido jurídico de la expresión, es decir, en el que la empleamos cuando hablamos por ejemplo de "legítima defensa". Vemos pues que esa "defensa" no puede ser más que una prevención que opera cuando se ha afectado un bien jurídico tutelado por lo tanto no puede concebirse contra una conducta futura que ni siquiera se ha planeado. (6)

#### 2.4. LA TUTELA DE LOS BIENES JURIDICOS O DE VALORES ETICOS.

El derecho penal debe cumplir un objetivo de seguridad jurídica que no se diferencia sustancialmente de la defensa

social bien entendida por lo tanto nos preguntamos si ese objetivo de seguridad jurídica se cumple tutelando bienes jurídicos o de valores ético-sociales. Antes que nada debemos distinguir lo "ético" de lo "moral".

"Ético" en el sentido vulgar está referido al comportamiento social, es decir a las pautas de conducta señaladas por la sociedad. La "moral", viene señalada por la conciencia individual. Lo "moral" se refiere a las pautas de conducta que a cada quien señala su conciencia, lo "ético" a las pautas de conducta que le señala el grupo social.(7)

Por ende, también, el derecho penal tiene una aspiración ética: aspira a evitar la comisión y repetición de acciones que afectan en forma intolerable los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Esta aspiración ética del derecho penal participa de la general aspiración ética de todo el orden jurídico y nos revela, que el derecho penal, a medida que se va acercando a su meta aseguradora, cumple también una función formadora del ciudadano, de la cual nuestra civilización es consciente desde la Grecia antigua.

La coerción penal (básicamente la pena) debe procurar

materializar esta aspiración ética, pero la aspiración ética no es un fin en sí misma, sino que su razón (su "porqué" y su "para qué") siempre deberá ser la prevención de futuras afectaciones de bienes jurídicos.

El fin de proveer a la seguridad tutelando bienes jurídicos, es lo que asigna un límite racional a la aspiración ética del derecho penal: ejemplo:

No se puede penar a la mujer que usa la falda diez centímetros mas larga o mas corta, porque contraviene la moda o porque desagrada a las comadres del barrio que la atisban detrás de la ventana, pero se puede penar al que sale desnudo a la vía pública porque afecta el sentimiento de recato y reserva sexual de quienes se ven constreñidos a verle desnudo sin quererlo; por lo tanto solo se puede penar a los ciudadanos que afecten bienes jurídicos ajenos. En consecuencia el derecho penal de un Estado pretende como meta la seguridad jurídica.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, Baja California Norte, México, 1985, p. 41.
- (2) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 43
- (3) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 44
- (4) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 48
- (5) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 52
- (6) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 53
- (7) Zaffaroni Eugenio Raúl, Ob. Cit. p. 54

## CAPITULO III

### LA PENA

#### 3.1. LA PENA Y SU FUNDAMENTACION DOCTRINAL

La pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico penales del hecho punible, dicho de otra forma, son las consecuencias a las cuales se hace acreedor el autor de algún delito esas consecuencias jurídicas se encuentran reguladas por el derecho penal.

#### Fundamento Constitucional de la Pena:

"Artículo 17 constitucional: Nos señala que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho."(1)

"Artículo 18: Los delitos que merezcan pena corporal será precedente la prisión preventiva."(2)

"artículo 20: Cuando sea impuesta una pena de prisión será computado el tiempo que duró detenido."(3)

"Artículo 21: La autoridad judicial será única y

exclusivamente la que podrá imponer penas."(4)

"Artículo 22: Prohíbe las penas de mutilación y de infamia, marca, los azotes, los palos, cualquier tipo de tormentos, multas excesivas, confiscación de bienes, así como cualquier otro tipo de pena inusitadas y trascendentales."(5)

Fundamento Legal de la Pena en el Código Penal para el Estado de Oaxaca.

"Artículo 57: Dentro de los límites que fije la Ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones penales establecidas para cada delito en particular, teniendo en cuenta cuales fueron las circunstancias exteriores y las características personales del autor del injusto. Para tal efecto los tribunales deberán tener conocimiento directo del autor del delito, de la víctima, así como de las demás circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso concreto."(6)

"Artículo 58: Para determinar las sanciones se tomará en consideración:

a) Cómo fue efectuada la acción o la omisión, los medios empleados, la extensión del daño causado, así como del peligro corrido.

b) Otra de las cosas que se tiene que tomar en consideración para la aplicación de la pena, es la edad, la educación, grado de instrucción, condiciones económicas, así como la costumbre, conducta y los motivos que llevaron a una persona a delinquir.

c) Las condiciones especiales cuando se cometió el delito, antecedentes, condiciones personales, vínculos de parentesco y de amistad; también se deberá tener en consideración las cualidades de la víctima y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión."(7)

Las consideraciones expresadas anteriormente tienen como finalidad el demostrar el grado menor o mayor de peligrosidad del autor de algún delito.

Las penalidades tienen como finalidad el de intimidar a las personas para que se abstengan de cometer alguna conducta que este tipificada como delito; pero en sí que es lo que se debe entender por pena. Para tal efecto mencionaré algunos conceptos más relevantes sobre la conceptualidad de pena:

Concepto de pena en sentido estricto según el derecho en vigor, es la imposición de un mal proporcionado al hecho.

La Pena: Es la relación jurídicamente organizada contra el

delito.

"Para Cuello Calón: es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal."(8)

"Para Fernando Castellanos: Pena: Es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico."(9)

La pena en sentido auténtico y estricto corresponde, en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido, hay una proporcionalidad entre hecho punible y pena; de los cuales debe haber una equiparación valorativa, ajustándose a los hechos punibles y de conformidad con los marcos legales de la parte especial del derecho penal.

### 3.2. FUNDAMENTO Y FIN DE LA PENA:

Para la justificación de la pena se han elaborado numerosas doctrinas las cuales las más sobresalientes son:

a) Teorías Absolutas.- Para éstas, la pena carece de una finalidad práctica se aplica por exigencia de la justicia absoluta;"el bien merece el bien, el mal merece el mal".

La pena es la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea que se tenga como reparación o como retribución por el hecho ejecutado de aquí que se le denomine reparaciones absolutas.

b) Teorías Relativas.- A diferencias de las teorías absolutas éstas toman a la pena como un medio necesario para asegurar la vida, seguridad social o defensa social, siendo ésta su finalidad.

c) Teorías de la Retribución Moral.- Su máximo expositor es Kant, para quien en idea de nuestra razón práctica la transgresión de la Ley moral es algo digno de pena, siendo esencial que en toda pena haya justicia. Por tal razón expresa que la pena es un imperativo categórico y desdichado en el que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, en busca de algo que por la ventaja que promete, desligue al culpable, en electivo: es mejor que muera el hombre que todo el pueblo. Cuando aparece la justicia no tiene sentido que vivan los hombres sobre la tierra.

"El principio de la razón práctica de Kant lo lleva a la equiparación de males, lo que concluye en la fórmula, clásica del talión según el cual quien mata debe morir."(10)

#### d) Teorías Relativas.

A diferencia de las absolutas, no consideran que la pena es un fin en si misma, sino que tiene un fin, es un medio necesario para la seguridad social o la defensa social, siendo ésto lo que le da sentido a la represión.

#### e) Teorías de la Prevención Especial.

Estas no se refieren a evitar indeterminadamente los delitos en general, como ocurre con las teorías relativas expuestas anteriormente, por tal razón se les llaman Teorías de la Prevención Especial.

Las teorías de la Prevención Especial, destacan el sentido preventivo de la pena con relación a un sujeto determinado, consideran que la pena como amenaza es imponente e ineficaz para evitar el delito.

#### f) Teoría Correccionalista.

La pena deja de ser un mal ya que su objetivo principal es el mejorar al delincuente realizando un bien tanto en el individuo como en la sociedad. El correccionalismo trata de obtener la reforma del delincuente, mediante una especie de

reeducación.

g) Teorías Mixtas

Tienden a incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o varios relativos considerando estas que reconocen que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad.

h) Teoría de Binding.

Basada en que la norma es un principio que acuerda al Estado el derecho a exigir su observancia de parte de los súbditos, caracteriza la licitud, en el desprecio de esa obligación de obediencia.

Si el fin de la pena no puede ser la readaptación de un delincuente, a ser un buen ciudadano, y aunque llegara a ser posible, lo sería para el futuro ya que la acción punible realizada en un tiempo pasado quedaría impune.

De las teorías anteriormente expuestas, tengo mayor inclinación hacia la teoría correccionalista, ya que para esta el fin de la pena es de obtener que el delincuente se reforme mediante una especie de reeducación; no siendo tan radicales e inhumanos como Kant y su teoría de la retribución moral, en la

cual plantea que todo aquel que mata debe morir, teniendo con esto un retroceso primitivo en la cual reinaba la ley del Tali6n.

### 3.3 LA ESENCIA DE LA PENA.

Toda acci6n humana tiene un fin constituyendo 6ste la esencia conceptual de la acci6n, porque no puede ser concebido que exista una acci6n sin que haya un fin; por consiguiente la pena debe tener un " fin ".

El que sea el Estado quien castiga, se explica solamente por el hecho de que el Estado Persigue, con tal actividad punitoria, un fin determinado, esto es, la prevenci6n del delito. Por lo tanto, se deber6 aclarar el contenido exacto de este fin en sus distintos aspectos.

Como ya se se6al6 anteriormente, el fin de la pena, es la prevenci6n del delito, la cual se puede realizar por dos caminos: La Prevenci6n General y la Prevenci6n Especial.

### 3.4. LA PREVENCION GENERAL.

Esta prevenci6n general consiste en un m6todo de ense6anza social a la colectividad. Aunque la pena es aplicada al individuo, es decir, a quien se le amenaza, impone y ejecuta la

pena. Sin embargo, la pena debe actuar también sobre la conciencia de la colectividad, a la cual se le educa para que tenga sentimientos más humanos, contrarios a la comisión del delito.

La pena realiza esa educación en formas distintas. Con la existencia del derecho penal, con sus bien graduados y equilibrados tipos y sanciones penales, produce en la conciencia moral de la colectividad una amplia y exacta significación.

Tal es el ejemplo de que los actos impúdicos contra la moral, estén amenazados con pena o queden impunes, ésto influirá grandemente en los criterios de la colectividad acerca del desvalor de dichos actos; el que el aborto esté también amenazado con pena o éstos queden sin castigo, influirá en alto grado en la valorización de la vida humana naciente.

Por lo tanto, la valorización en uno u otro sentido o sea el que conductas contrarias a la esencia de la vida y la estabilidad colectiva estén o no sancionadas por una pena, determinará la forma en que sea más eficaz la acción y la omisión en general.

En resumen la prevención general consistirá en que haya una prevención, la cual se logrará no solo con la amenaza fijada en la Ley sino también, y en igual medida, la imposición judicial de

la pena en el caso particular y la ejecución y el cumplimiento a la misma. Siendo solamente de esta manera posible crear una conciencia colectiva, dándoles a conocer cuales serían las consecuencias de una acción delictiva, ejemplos que actuarán en forma preventiva, al imponerse y ejecutarse la pena, advirtiéndolo en la colectividad la importancia que esto tiene.

De lo anterior se desprende que la prevención general persigue dos fines:

a) La Intimidación.

b) El Respeto a la Personalidad.

a) La intimidación.- La pena como se ha explicado anteriormente, es la imposición que es impuesta al autor de un delito, la cual, deberá ser divulgada a la colectividad para crear en ella el " terror " y el miedo o los hechos punibles.

Pero ese terror o ese miedo tendrá que ser regulado de una manera muy sutil, ya que no se podrá tener a la colectividad en forma tal que los delitos sean controlados en su origen, porque de ser así, se tendrán graves consecuencias como sería el caso, de suprimir la libertad personal.

Por lo tanto la intimidación para que sea utilizada como freno de la comisión de delitos, se tendrá que llevar a cabo mediante un camino psicológico en el cual la institución de la pena, provoque miedo a las consecuencias resultantes de la comisión de algún delito.

b) Respeto a la Personalidad.- Segundo fin que persigue el Estado para la prevención de un delito; puede parecer extraño o contradictorio el criterio de la consideración o respeto a la personalidad, siendo éste un criterio de humanidad, ya que la imposición de un mal a fin de intimidar parece poco humano.

Pero la " intimidación " no se debe conectar, por consideraciones éticas generales, a los criterios de humanidad, y no pueda hablarse de una " prevención general " eficaz sin incluir en la misma el criterio de respeto a la personalidad.

El método de enseñanza social dirigido a la existencia social libre de los delitos no se realiza en la superficie en forma tal que se pueda conformar con el hecho de impedir mecánicamente el delito. Se deberán reunir valores y sentimientos y esto solamente podrá ocurrir con el respeto a la personalidad humana.

En tiempos pasados se tenía la idea que el aplicar penas

severas y crueles habría una mayor fuerza de intimidación, pero sólo en apariencia. La experiencia enseña que nada estimula tanto al delito como un sistema penal rudo y brutal. Por lo tanto, solamente una pena justa y humana ejerce una verdadera función " preventiva general " sobre la conciencia colectiva así como el respeto a la personalidad.

### 3.5. LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

Es la actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa delitos. La cual puede ser corporal y física o anímica y psíquica, pero en este último caso enseñanza individual.

En lo que toca a la actuación anímica no es distinta de la prevención general, salvo en lo que respecta a la esfera de acción. En consecuencia, los principios expuestos con relación a la prevención general, también rigen en la prevención especial empleando los mismos medios de intimidación, los cuales deben de estar dentro del marco del respeto a la personalidad humana. Ya que lo que es válido para la colectividad también lo es para el individuo como miembro de ella. Y también aquí se debe tomar en consideración la libertad personal; toda vez que no se pueda llevar al individuo, paso a paso, en forma tal que le resulte imposible.

Pero, a pesar de la semejanza que existe entre Prevención Especial y Prevención General, los principios expuestos con anterioridad actúan en la prevención especial en forma propia y característica.

Sus fines han sido incluidos en los dos criterios de la " seguridad " y de la " corrección " que, también fuera de la pena en sentido estricto, desempeñan un papel en las llamadas penas y medidas de seguridad contenidas en los artículos 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 del Código Penal para el Estado de Oaxaca. De estos criterios se pueden deducir una serie de estructuraciones jurídicas que son características para la realización del concepto de prevención especial y cuyos rasgos fundamentales expondré a continuación:

La prevención especial persigue, en particular las siguientes finalidades:

- a) Seguridad.
- b) Corrección.
- c) Formas particulares de prevención especial de la pena.
  - a) Seguridad:

La pena estatal tiene como función, la prevención de los delitos toda vez que la sociedad debe estar "asegurada" contra el delincuente.

Aunque se tiene el criterio de la pena como retribución proporcionada al acto, la pena debe servir ya sea directa o indirectamente como medio para la seguridad de la colectividad.

El criterio que adopta a la pena como medio para la seguridad colectiva es en base a la pena privativa de libertad, con la limitante de que esa pena debe ser justa, para que sea un ejemplo de intimidación.

b) Corrección:

Esta corrección debe abarcar todos los aspectos de la PREVENCIÓN ESPECIAL los cuales no se conforman con la simple seguridad de la colectividad frente al delincuente, sino que actúan sobre este "corrigiéndolo", es decir, que lo liberará para el futuro, de sus tendencias delictivas.

De la corrección del delincuente que arriba se menciona es utilizado en nuestro derecho como "readaptación social" la cual consistirá en la educación y enseñanza individual a la que será sometido tanto en la libertad como en la prisión durante el

tiempo que este cumpliendo la pena.

También la corrección puede realizarse mediante la intervención física directa para quitar al sujeto del consumo del alcohol, enervantes, estupefacientes y cualquier otro tipo de drogas. Tales intervenciones directas pertenecen a las medidas de seguridad.

### c) Formas Particulares de Prevención de la Pena.

En la evolución del Derecho Penal moderno se han creado formas especiales, sin dejar de tener el carácter de pena, para la prevención. Haciendo mención de las siguientes:

1) La limitación de la pena privativa de libertad de corta duración y la llamada rehabilitación. La pena privativa de libertad de corta duración ha dado resultados desfavorables desde el punto de vista de la prevención especial, ya que el sujeto castigado por una de este tipo se acostumbra a ella sin darse cuenta de la gravedad de la misma; además de que la corta duración de la pena no permite una actuación de enseñanza intensa.

Los esfuerzos que se han realizado para introducir la

rehabilitación, son el resultado, de consideraciones relativas al autor en el sentido de una reintegración a la sociedad, una vez que haya terminado con la pena, para facilitar al individuo la reintegración a la sociedad.

2) La condena Condicional. Tiene sus antecedentes en el Derecho Canónico, pero que ha influido en nuestro derecho por los Estados Unidos de Norteamérica. Se estableció por primera vez en el Código de Almaraz en el año de 1929, para el Distrito Federal y para toda la República se instituyó en 1921 en la Ley de San Luis Potosí.

"El artículo 97 del Código Penal para el Estado de Oaxaca indica que queda a juicio de los tribunales el suspender la pena privativa de libertad, cuando no exceda de 2 años, se trata de delinquentes primarios que hayan observado buena conducta, tengan un modo honesto de vivir además de que deberán otorgar fianza para asegurar que se presenten ante la autoridad que lo requiera."(11)

Pero esta condena condicional podrá ser negada, si dentro del proceso obren datos que hagan la presunción de que el condenado volverá a delinquir.

3) Libertad Preparatoria.

La libertad preparatoria se concede a los delincuentes cuando han cumplido una parte de su condena y observaron durante el cumplimiento de esta buena conducta.

Los requisitos para solicitarla, son fundamentalmente, que se trate de penas privativas de libertad mayores de dos años, que el sentenciado al cumplir la parte relativa de su condena haya observado los reglamentos carcelarios, que una persona solvente este supervisando la conducta del reo y que informe de la misma a la autoridad y además deberá otorgar fianza para garantizar la presentación de su fiado, que el reo tenga un oficio o profesión que reside en el lugar que se le haya señalado además de haber reparado el daño por el delito cometido o que otorgue fianza para garantizarlo. Si el beneficiado con la libertad preparatoria observa mala conducta o deja de cumplir con los requisitos exigidos, se le exigirá que cumpla con la totalidad de la pena de la condena privativa de libertad a la cual había sido sentenciado.

No hay que confundir lo que es la libertad preparatoria con la libertad provisional mediante fianza. La libertad preparatoria es concedida por el titular del Poder Ejecutivo a los condenados que hayan cumplido con buena parte de la condena privativa de libertad; en cambio la libertad provisional es otorgada por el juez a los procesados para que no sufran prisión entre tanto se

lleva el procedimiento penal.

La libertad provisional mediante caución no procede en todos los casos, sino únicamente que la pena privativa de libertad indicada en el delito que hayan cometido no exceda de la media aritmética de 5 años, contemplada en el artículo 20 Constitucional en su fracción I.

#### 4) Conmutación y Sustitución de la Pena

"El Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 73 y en el Código Penal para el Estado de Oaxaca, en su artículo 89, establece que cuando se trata de delitos políticos tales como, rebelión, sedición, motín y el de conspiración; podrá el Ejecutivo hacer la conmutación de sanciones después de que hayan sido impuestas y haya quedado firme la sentencia; si la sanción impuesta es privación de libertad, le será conmutada por un término igual al de los dos tercios de que debería durar la prisión; si la pena fuera la de confinamiento le será conmutada por una multa a razón de diez pesos por día."(12)

"El artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal señala, otro tipo de conmutación la cual es procedente en el caso de las personas que se encuentran imposibilitadas para cumplir alguna modalidad de la sanción que haya sido impuesta, en este

caso la autoridad encargada de ejecutarla podrá modificarla sin alterar la esencia."(13)

En cuanto a la pena de prisión si son cumplidos los requisitos a) y b) de la fracción I del artículo 90 del Código Penal para el Distrito Federal, podrá el juzgador sustituir la pena, cuando esta no exceda de un año, por multa o trabajo en favor de la comunidad.

### 3.6. LAS CONTRADICCIONES DE LOS FINES DE LA PENA.

Como ya he indicado anteriormente, la pena es la imposición de un mal proporcionado al hecho cometido y, por consiguiente, retribución de un mal. Así, la retribución es un elemento del castigo querido, por lo tanto se convierte en una finalidad que se persigue con la pena sin dejar atrás la prevención general y la prevención especial de la pena.

Pena de los cuales hice mención anteriormente se contradicen mutuamente, sin embargo estos se auxilian mutuamente ya que la retribución justa fortalece la conciencia jurídica de la colectividad actuando así como medio de enseñanza social y preventivo general y, a la vez, sobre el individuo en forma educativa y preventiva especial.

Pero no se puede negar que estos fines de la pena no siempre armonizan, se puede dar el caso de que entren en conflicto, entonces se hablará de una contradicción de los fines jurídicos penales. Tal es el caso de que si un delincuente peligroso le es aplicada una pena señalada al hecho concreto en el sentido de una retribución justa, al futuro no nos dará ninguna seguridad, después de haber cumplido con la pena volverá demasiado pronto a " incorporarse a la sociedad " toda vez que no siempre que se haya cumplido una condena se tenga la seguridad de que sea corregido con la aplicación de una pena justa. Así pues, no siempre habrá un armonización entre la retribución y la prevención especial ahora bien si se da un ejemplo éste podrá ir más allá de lo que exige una retribución justa; de ahí que la retribución y la prevención general puedan entrar mutuamente en conflicto. También en casos muy especiales los criterios de la prevención general y la prevención especial llevarán a resultados diferentes; la actuación sobre la colectividad y el individuo tropieza, a veces, con presupuestos de forma muy diferente y, por lo tanto, también la graduación de la pena debería ser, distinta. Por lo tanto, de ahí se deduciría un posible conflicto entre los dos fines de la pena anteriormente señalados.

Los conflictos de los cuales ya hice mención de los fines jurídicos penales se puede dar una solución, una vez que se haya tratado la cuestión relativa, en general, a la justificación de

la pena de la que me ocupare a continuación.

## 2.7. LA JUSTIFICACION DE LA PENA.

La justificación de la pena estatal resulta en primer término de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana.

La pena es un mal no sólo para la persona que la sufre, sino también para el que la impone y para el que la hace cumplir. El que a pesar de ello, sea justificada, se podrá deducir solamente de la circunstancia de que tiende a evitar un mal o un mayor, que el mal que la propia pena encierra en sí; con otras palabras que represente un medio idóneo para alcanzar un fin más elevado.

Este fin más elevado consiste en la conservación de una comunidad social humana y el fortalecimiento al ordenamiento jurídico indispensable para tal comunidad.

El que la pena sea un medio indispensable, es el resultado de la experiencia histórica; ya que sin una justa retribución del mal que ha sido cometido en una comunidad ordenada, la propia comunidad y su ordenamiento jurídico se desmoronarán.

Por lo tanto, la pena resultará, para la existencia de la comunidad y del ordenamiento jurídico, indispensable y, por consiguiente, adecuada al fin de la conservación de una y de otro.

De tal manera quedará solucionado fundamentalmente el conflicto de los fines de la pena de la siguiente manera. La prevención general y la prevención especial son fines justificados de la pena, el equilibrar una y otra puede ser una cuestión de simple "adecuación al fin".

En cambio, el fin de la retribución, la justa valuación de la pena en relación con el hecho culpable cometido por el autor, es una cuestión de la "justicia" y por ello no admite ninguna respuesta "relativa".

El Estado en todo tiempo tendrá la libertad para decidir si y hasta que punto quiere recurrir a la pena en sentido jurídico, como la lucha contra el delito y hasta que punto quiere completarla con simples medidas de seguridad y corrección.

Por lo tanto la pena deberá ser solamente una "retribución" justa. A la que deberá someterse el derecho, así pues la pena no debe dejar de ser una reprobación justa, de lo contrario no sería fiel en cuanto a su esencia verdadera y además de que no será idónea para la realización de sus funciones.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit Porrúa, 90a Edición, México 1992.
- (2) Constitución Política Ob. Cit. P. 20
- (3) Constitución Política Ob. Cit. P. 22
- (4) Constitución Política Ob. Cit. P. 23
- (5) Constitución Política Ob. Cit. P. 24
- (6) Constitución Política Ob. Cit. P. 26
- (7) Constitución Política Ob. Cit. P. 26
- (8) Castellanos Fernando Ob. Cit. P. 318
- (9) Castellanos Fernando Ob. Cit. P. 319
- (10) Mezger Edmund, Ob. Cit. 379
- (11) Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, Edit. Porrúa, México, D.F. 1989 P. 34
- (12) Código Penal y de Procedimientos Penales, Ob. Cit. P. 30
- (13) Código Penal y de Procedimientos Penales, Ob. Cit. P. 30

## CAPITULO IV

### CLASES DE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

El derecho penal es el encargado de estudiar todo lo relativo a las personas y medidas de seguridad que hay en el Estado Mexicano. Así tenemos, que el derecho penal se divide: en derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo, debiéndose entender por el primero, la facultad del Estado para determinar los delitos, las penas y medidas de seguridad. Y correspondiendo al segundo, el concepto de derecho penal, elaborando en líneas iniciales, o sea como ordenamiento jurídico.

Tenemos entonces, que el Derecho Penal comprende dos partes: la general referente a la ley, al delito, a las penas en general y medidas de seguridad, y a la parte especial, que se ocupa de los delitos en particular y de sus penas respectivas.

Para tener, una idea mas clara de lo anterior habrá que observarse el cuadro siguiente:

Parte General

- a) Norma Penal
- b) Delito
- c) Penas y Medidas de Seguridad

SISTEMA DEL  
DERECHO PENAL.

Parte Especial

a) Catálogo de delitos  
de Delitos

b) Catálogo de Penas (1)

Según el Código Penal para el Estado de Oaxaca, señala como penas y medidas de seguridad.

"Art. 17.- Las penas y medidas de seguridad son:

I. Prisión.

II. Relegación.

III. Confinamiento.

IV. Prohibición de ir a determinado lugar; o de residir en él.

V. Sanción pecuniaria.

VI. Pérdida de los instrumentos del delito, decomiso  
destrucción de cosas peligrosas o nocivas.

VII. Suspensión de derechos.

VIII. Inhabilitación, destitución o suspensión de cargos, empleos

públicos o ejercicio de profesiones y técnicas.

IX. Suspensión o disolución de sociedades.

X. Amonestación.

XI. Apercibimiento.

XII. Caución de no ofender.

XIII. Publicación especial de sentencia.

XIV. Sujeción a la vigilancia de policía.

XV. Las demás que fijen las leyes" (2)

#### 4.1. PRISION.

Es la privación de la libertad en reclusorios o centros de readaptación social. Los sujetos a prisión preventiva y los infractores políticos, serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales.

Si bien es cierto, que en la actualidad no se cumplen exactamente los reglamentos internos de prisión y en algunos casos no existen estos, y mucho menos para los fines que fue creada la prisión; por lo tanto se deberá experimentar y estudiar nuevas técnicas para lograr una verdadera rehabilitación e integración del sujeto que haya cometido algún delito, así como también prevenir la reincidencia, tomando como base las teorías de la finalidad de las penas estudiadas anteriormente.

#### 4.2. RELEGACION.

La relegación es definida por el Código penal del Estado de Guanajuato de la siguiente manera:

"Art. 48. La relegación consiste en la privación de la libertad en colonias penales."(3)

"Art. 20. del Código Penal del Estado de Oaxaca señala que la relegación será en los lugares que se hayan señalado para este propósito con la finalidad de la readaptación social, la cual le será aplicada a los infractores que hayan sido judicialmente declarados habituales o de alta peligrosidad y cuando expresamente lo determine la ley."(4)

Esta pena privativa de la libertad se traduce en la

retención del condenado en regiones o territorios alejados de los centros de población, en lo que no se le es permitido sobrepasar los límites, sin embargo dentro de los mismos conservan cierta libertad deambulatoria, por no estar sujeto el delincuente a una reclusión dentro de una celda, pero sí a trabajos obligatorios y a normas disciplinarias específicas.

#### 4.3. CONFINAMIENTO.

El confinamiento consiste en la obligación de residir en un determinado lugar y no salir de él. El juez tendrá la facultad de designar el lugar así como el de fijar el tiempo que durará la pena, conciliando la exigencia de la tranquilidad del orden público con la salud y las necesidades del condenado.

Esta pena, es más que nada para sujetos de poca peligrosidad, a los cuales se les obliga a residir en determinado lugar mismo que no podrán salir de él, a razón de ser vigilado el sujeto parte de el tribunal siendo este último el que hará la designación del lugar donde deba residir el sujeto.

Este confinamiento es una restricción a la garantía del libre tránsito.

#### 4.4. PROHIBICION DE IR A DETERMINADO LUGAR O DE RESIDIR EN EL.

"Artículo 27 del Código Penal para el Estado de Oaxaca señala que la prohibición de ir a determinado lugar o de residir en el se extenderá únicamente a aquellos lugares en los que el infractor halla cometido el delito o en donde residieren el ofendido o sus familiares. El juez fijará el tiempo que debe durar la medida, teniendo en cuenta las prevenciones señaladas en el confinamiento que deseen aplicarse." (5)

A diferencia del confinamiento es de que se tomará en cuenta para la prohibición el lugar donde se haya cometido el delito, donde reside el ofendido o sus familiares.

#### 4.5. SANCION PECUILIARIA.

Según lo señalado por el artículo 23 del Código Penal para el Estado de Oaxaca hace mención que son sanciones pecuniarias la multa así como la reparación del daño.

Multa.- Esta consiste en el pago de una suma de dinero al Estado, previa fijación por éste en la sentencia por días de multa. El día multa, equivale al salario mínimo general vigente en el Estado al momento de que se haya consumado el delito.

La reparación del daño.- Esta consiste en la restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, así como también el pago de los deterioros o menoscabos que hayan sido consecuencia del delito.

En caso de que la restitución no fuera posible se hará de la siguiente forma:

Cuando se trate del resarcimiento del daño material y moral causados, así como la indemnización del perjuicio ocasionado por el delito de violación, ésta comprenderá, además el pago del tratamiento psicoterapéutico requerido por la víctima durante el tiempo que el médico estime necesario.

Entre los aspectos positivos que ofrece esta institución es el de evitar la privación de libertad, prevención de delitos de robo y así como el lucro económico desmedido.

En lo que respecta a los aspectos negativos se pueden señalar que es una medida desigual en cuanto que la persona que cuente con recursos económicos le afectará en un menor grado que la que carece de ellos.

#### 4.6. DECOMISO DE LOS INSTRUMENTOS DEL DELITO DESTRUCCION DE LAS COSAS PELIGROSAS O NOCIVAS.

Este consiste en la pérdida de la propiedad o posesión de los instrumentos y objetos del delito a favor del Estado; los cuales serán decomisados si son de uso prohibido. Los instrumentos de uso lícito le serán decomisados al acusado en el caso de que fuera sentenciado por delito doloso o preterintencional.

En el caso de que los instrumentos u objetos sean de uso ilícito y que sólo sirvan para delinquir o se trate de sustancias nocivas o peligrosas, éstas serán destruidas en el momento en que quede firme la sentencia.

Cuando se trate del decomiso de instrumentos y objetos de uso lícito, se garantizará el pago de la reparación del daño con éstos; en el caso de que no se pague o el reo no alcance a cubrirlo, se sacará a venta pública previa petición de que sea titular del derecho de la reparación del daño.

Si se da el caso de que quien tenga derecho a reclamar la reparación del daño no lo haga, el producto será adjudicado al Estado quien lo aplicará a la Administración de justicia para una mejor impartición de la misma.

#### 4.7. SUSPENSION, PRIVACION E INHABILITACION DE DERECHOS, DESTITUCION SUSPENSION DE FUNCIONES O EMPLEOS E INHABILITACION PARA SU EJERCICIO O DESEMPEÑO.

La suspensión; consistirá en la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que se estén ejerciendo.

La privación; es la pérdida definitiva de las funciones, cargos, empleos o comisiones.

La inhabilitación; es aquella que implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtener y ejercer los cargos o empleos anteriormente señalados.

La suspensión se podrá dar en dos clases:

- 1) La que se aplicará como consecuencia de las penas de prisión o de relegación.
- 2) La que se aplica como pena prevista para un delito en particular.

#### 4.8. PUBLICACION ESPECIAL DE LA SENTENCIA.

Consiste en la inserción total o parcial de ella en uno o

más periódicos de mayor circulación en la entidad.

La publicación procederá, al criterio del juez en los delitos que sea contra el honor de las personas, contra la administración o fe pública y se hará en la forma y será publicado en los periódicos que determine el tribunal, a costa del condenado. Toda vez que éste es el único supuesto en que la publicación puede tener carácter de pena pública, accesoria, de naturaleza económica y complementaria de la reparación del daño moral.

#### 4.9. SUSPENSION O DISOLUCION DE SOCIEDADES.

Esta procederá cuando algún miembro o representante de una empresa, sociedad, corporación o de cualquier otra clase, cometa un delito, con los medios que para tal objeto sean proporcionados por la empresa o persona moral.

La suspensión consiste en la privación temporal de los derechos de la persona moral para efectuar las actividades inherentes a su naturaleza y a los fines para los que fue constituida. Esas actividades pueden ser: realizar nuevas gestiones, nuevos trabajos, nuevas empresas, etc.

La extinción consistirá en la disolución y liquidación total

de la persona jurídica colectiva, que no podrá volverse a constituir en forma igual o incubierta.

En cuanto a la intervención esta consistirá en remover a los administradores de las personas jurídicas colectivas encargados, encargando su función temporalmente a un interventor encargado por el juez. La intervención no podrá exceder de dos años.

#### 4.10. AMONESTACION.

Consiste en que el juez hará ver al acusado las consecuencias provocadas por el delito que ha cometido, exhortando a que repare el daño y advirtiéndole que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere.

La amonestación, se hará en la audiencia pública o privada según lo que le parezca más prudentemente al juez y se aplicará en toda sentencia condenatoria.

En síntesis, la amonestación es una medida de seguridad que se traduce en una advertencia, de exhortación y modificación y combinación con carácter preventivo la cual cabe hacer con cualquier clase de delitos (dolosos, culposos o preintencionales).

#### 4.11. APERCIBIMIENTO Y CAUCION DE NO OFENDER.

Este consiste en la amenaza que el juez le hace a una persona, en el caso que haya la presunción de que pueda el sentenciado cometer nuevamente otro delito, sea por actitud o por amenaza, en caso de que cometiere otro semejante se le considerará reincidente.

En el caso que el juez estime que no es suficiente el apercibimiento, además se le exigirá al infractor una fianza la cual será otorgada por el infractor o un tercero, para garantizar que no vuelva a delinquir. En cuanto al monto y al tiempo que durará la garantía, será fijada por el juez tomando en consideración el bien jurídico que se esté protegiendo y que esté amenazado.

En el caso que el infractor no otorgue fianza dentro de un mes contando a partir del día que cause ejecutoria la sentencia, dejará de surtir efecto esta medida y le será aplicada la de prisión por un tiempo de tres meses a tres años la cual deberá ser especificada en la sentencia precisando el tiempo que deberá durar dicha prisión.

#### 4.12. SUGESION A LA VIGILANCIA DE LA POLICIA.

Esta medida consiste en que los agentes policíacos observen la conducta de la persona sujeta a tal medida, de la cual deberán entregar un informe, informando los medios de que vive son lícitos y honestos. Proviéndole la obligación de sujetarse a actos que estén dentro de los marcos contemplados por la ley.

Además el sancionado no podrá mudar de residencia, sin antes dar aviso por lo menos tres días antes a la autoridad política de su domicilio así como presentarse a la del lugar donde radique, mostrándole la constancia que la fue autorizado dicho cambio.

En lo que toca a los jefes policíacos y sus agentes deberán desempeñar la vigilancia con la mayor reserva posible teniendo el mayor cuidado posible para que el público no se percate de la vigilancia que se les está haciendo a los sentenciados, en razón de evitar los perjuicios que le serían ocasionados a los vigilados.

La vigilancia policíaca tendrá su inicio y duración de conformidad a la resolución dictada por el juez, la cual podrá ser modificada en cuanto a su duración como también podrá revocarse a petición del sentenciado una vez que haya acreditado su buena conducta o bien que hayan cesado los motivos que dieron

origen a que se dictará tal providencia.

#### 4.13. DE LAS OTRAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

"ART. 56.- Con lo que respecta a las demás medidas de seguridad, para su aplicación, que ocurran circunstancias en que se hagan efectivas y su duración, regirán las disposiciones comprendidas en los capítulos especiales de este Código, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente".(6)

Las penas y medidas de seguridad contenidas en el Código Penal para el Estado de Oaxaca, analizadas con anterioridad son aún menos que las que contempla el Código Penal Federal en su artículo 24 de las cuales solamente haré mención, siendo las siguientes:

"Art. 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

1. Prisión
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y

- de quiénes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
  5. Prohibición de ir a lugar determinado.
  6. Sanción pecuniaria.
  7. (Derogada).
  8. Decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito.
  9. Amonestación.
  10. Apercibimiento.
  11. Caución de no ofender.
  12. Suspensión o privación de derechos.
  13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
  14. Publicación especial de sentencia.

15. Vigilancia de la autoridad.

16. Suspensión o disolución de sociedades.

17. Medidas tutelares para menores.

18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Y demás que fijen las leyes". (7)

Medidas de seguridad contemplan la reincidencia del sujeto que ha delinquido; pero también lo es que la reincidencia se está tomando en cuenta como grado de peligrosidad y en base a esto le es aumentada la penalidad tomando como base la individualización de la pena y los márgenes máximos y mínimos establecidos en cada delito en particular.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Forte Petit Candauap Celestino, Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal, Edit. Porrúa S. A. Ed. Undécima México, D. F. 1987 p. 19
- (2) Código Penal y de Procedimientos Penales, Ob. Cit. P. 16
- (3) Código Penal y de Procedimientos Penales, Ob. Cit. P. 9
- (4) Código Penal y de Procedimientos Penales, Ob. Cit. P. 17
- (5) Código Penal y de Procedimientos Penales, Ob. Cit. P. 17
- (6) Código Penal y de Procedimientos Penales, Ob. Cit. P. 25
- (7) Cardona Arizmendi Enrique y Ojeda Rodríguez Cuauhtémoc, Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato, Edit. Orlando Cárdenas V. Ed. Segunda, México, D.F. 1985 p. 210

## CAPITULO VI LA REPARACION DEL DAÑO.

### 5.1. CONCEPTO DE LA REPARACION DEL DAÑO Y ANTECEDENTES.

El Código Penal vigente en la entidad señala dos sanciones pecuniarias: La multa y la reparación del daño.

La multa como el mismo ordenamiento legal antes mencionado la define: " consistente al pagar al Estado una suma de dinero que fije la sentencia ".

La reparación del daño, según Guillermo Canabella: la obligación que al responsable de un daño corresponde para reponer las cosas en el estado anterior y, compensar las pérdidas que haya padecido el ofendido.

Para otros autores, la reparación del daño, se traduce en la obligación que la autoridad jurisdiccional impone al responsable de un delito en favor de quien tenga derecho a ella.

El Artículo 35 del Código Penal en el Estado de Oaxaca la reparación del daño comprende:

1.- Restitución de la cosa obtenida por la comisión del delito y si la restitución no fuere posible, el pago del precio correspondiente y la indemnización del daño material y moral causado a la víctima o su familia.(1)

Respecto a los antecedentes históricos de la reparación del daño, Ignacio Villalobos manifiesta: " cuando se logró distinguir la sanción penal de la civil y se caracterizó la primera por tutelar el orden y la paz pública, dando lugar a las acciones de que solo es titular el Estado; por valerse de penas que tienen caracteres aflictivos, ejemplares, intimidatorios, correctivos o eliminatorios y que deben imponerse solo a los responsables penalmente, variando su naturaleza y su cuantía de acuerdo con la personalidad del reo a quien se aplica, aún, se trate de un simple atentado sin consumación, que se agravan o se atenúan por datos netamente subjetivos como el hablar de haber actuado con dolo o con imprudencia; y las sanciones civiles fueron señaladas como aquellas que tratan de mantener el derecho en el caso concreto obligando al pago de lo debido, a la restitución, la reparación y a la indemnización y valiéndose de medios que no llevan propósito alguno de intimidación, ni responden a la peligrosidad del sujeto, sino que se adaptan a la situación objetiva, a la importancia del derecho desconocido, del daño causado; que puedan hacerse valer contra terceros que se hallen ligados con el obligado patrimonialmente o por lazos civiles y el ejercicio de cuyas acciones corresponde al acreedor, al dañado o perjudicado o al beneficiario de los pagos o de las reparaciones que han de hacerse.

Tales adelantos impusieron en materia de delitos, el paso de

lo homogéneo confuso a lo heterogéneo coordinado, o al reconocimiento de que tales delitos pueden dar nacimiento a las dos acciones: una represiva, pública de carácter penal y correspondiente al estado, y la otra privada, satisfaciente de intereses y derechos particulares y cuyo ejercicio corresponde a quien ha sufrido directamente los daño o los perjuicios que han de ser reparados.

Al respecto, señala Raúl Carranca y Trujillo: " los daños que el ofendido resiente por el delito no fueron diferenciados de la pena misma en el antiguo derecho; más bien, quedaron absorbidos por ella. De donde ha resultado que las víctimas no han aprovechado para nada los esfuerzos del Estado para la reparación, sus sufrimientos subsisten, los Tribunales funcionan como si no existiera la víctima; puede decirse así, que el sufrimiento de ésta es doble, pues como contribuyente tiene que pagar los gastos judiciales y todo ello es más de lamentar, cuando que las víctimas de los delitos son por lo general personas poco acomodadas.

El Código Penal de 1871 independizó la responsabilidad penal de la civil y entregó la acción de reparación al particular ofendido como cualquiera otra acción civil, siendo renunciable, transigible y compensable, con lo que el delito queda reconocido como fuente de derechos y obligaciones civiles.

Rompiendo con el anterior sistema, el Código Penal de 1929, sentó que la reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente del delito; reconoció que los perjuicios podrán ser materiales o no materiales e impuso al Ministerio Público la obligación de exigir de oficio, en todo caso, dicha reparación si bien incongruentemente, dio acción principal a los herederos del ofendido y a éste para exigir dicha reparación, cesando entonces la intervención del Ministerio Público, con lo que venia a quedar en manos de los particulares el ejercicio de una acción pública.

Trató de corregir tan gruesos errores el Código Penal vigente al disponer que la reparación del daño, que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; más agregó, que solo cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil; solución que trató de obviar las espinosas dificultades resultantes de elevar a una pena pública derivada de un delito, la reparación, pues si es tal pena solo podrá imponerse a las personas de los infractores, nunca a terceros, dado el principio de la personalidad de la pena; y decimos que trató de obviar tales dificultades por que, en realidad debe reconocerse que ellas son insuperables si la reparación se considera siempre como pena pública; y darle naturaleza civil tratándose de terceros es negarle aquel carácter.

## 5.2. TEORIA DE LA REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA.

" En el Derecho Penal se reconoció al delito como fuente de obligaciones, independientemente de la pena o sanción pública, generalmente el delito implicaba el daño hacia un patrimonio y por lo tanto, la negación del mismo, originaba una obligación ( según Rojina Villegas ).(2) de una noción abstracta y general de lo que son los delitos, solo se conocían sus figuras concretas. Al distinguir los delitos públicos de los privados, según que la pena con que se sancionaba el acto ilícito se impusiese en el interés del Estado y tuviese carácter público o fuese privado y se estableciese en provecho de la persona ofendida; los romanos no aplicaban la denominación del delito ( en el campo del derecho privado ) a todo acto ilícito lesivo de un derecho ajeno, sino solamente a algunos hechos generadores de la obligación de reparar el daño causado.

Por eso mismo en el derecho romano, cuando el daño era de carácter patrimonial, daba nacimiento a una especie de multa que permitía reparar el daño, pues la Ley imponía al responsable una pena pecuniaria que era superior al perjuicio causado.

Por consiguiente el delito en el derecho romano es una fuente de obligación indirecta, siempre y cuando el daño causado lesionara intereses patrimoniales; cuando el delito lesionara

intereses que no pudieran referirse directamente a una estimación pecuniaria, solo implicaba un acto ilícito que originaba la pena o sanción pública, siendo del exclusivo resorte del Derecho Penal.

### 5.3. MEDIOS PROPUESTOS PARA HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO.

Realmente a este punto existe una negligencia censurable, pues mientras sea prestado gran atención a la organización de las penas y de las medidas de seguridad más adecuadas para la defensa social, casi nada se ha hecho para hacer efectiva una equitativa reparación de los daños del delito.

Hace ya tiempo que se ha pensado en remediar el mal, algunos tratadistas penales han llamado la atención sobre este problema proponiendo diversas soluciones, y también ha sido estudiado en congresos y asambleas científicas.

Existieron en el derecho romano una serie de delitos contra los cuales el orden jurídico reaccionaba, valiéndose de los medios que procuraba la ley privada y, a esto deben su nombre de delitos privados.

" Engendraban todos ellos, obligaciones a favor del lesionado y a cargo del delincuente. Generalmente, estas obligaciones tenían el carácter de pena y, consistían en una suma expiatoria que el culpable debería abonar a la víctima".(3)

Pero el sistema más completo y detallado ha sido elaborado por Garófalo. Propone éste la constitución a favor del perjudicado de una hipoteca sobre los bienes inmuebles del delincuente y le da un crédito privilegiado sobre los restantes bienes a partir del momento en que se dicte auto de procesamiento a fin de que el reo no tenga tiempo de hacer desaparecer sus bienes. Si la parte ofendida renunciase a la indemnización podría obligarse al delincuente a entregar la cantidad correspondiente a aquélla a una caja de multas destinadas a hacer anticipos a los indigentes perjudicados por los delitos. En caso de insolvencia se obligaría a los responsables civilmente a entregar en beneficio del Estado y de las personas ofendidas, o en caso de renunciar a éstas, en la caja de multas la parte de su salario que exceda de lo absolutamente indispensable para atender a su subsistencia, y cuando se trate de vagos y ociosos, serían obligados a trabajar por cuenta del estado y percibirían un salario equivalente al de los obreros libres; el Estado no les entregaría más que lo necesario para subvenir a sus necesidades y el resto se entregaría en la caja de multas para indemnizar al perjudicado.

" Ante tal situación de abandono, en que había quedado siempre el ofendido para un sector del positivismo criminal, la reparación del daño ocasionado por el delito debe tener el carácter de pena y estar provista de iguales medios energicos de ejecución, que la multa, o sea sustituida la insolvencia con prisión, o mejor todavía con trabajos obligatorios en servicio del particular ofendido."(4)

Por otra parte, sea propuesto por Ferri, Garófalo, Fionetti, Puglia, Corvelotti, que el Estado se hiciera cargo de esta clase de indemnizaciones, ya que en mucha parte es responsable del fracaso en la prevención y represión de los delitos, y que le están encomendados; que al efecto se organizaron unas cajas especiales de reservas, para hacer frente a tal compromiso y que una vez cubierta la reparación, en cada caso se subrogara en los derechos del perjudicado, para exigir del reo el correspondiente reembolso.

" Se ha pensado que la concesión de ciertas gracias ( indultos, condena condicional, rehabilitación ), debe quedar condicionada al pago provisto de la reparación del daño y, así lo ha aceptado el Legislador Estatal y Federal."(5)

#### 5.4. NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Existe una gran confusión acerca de la naturaleza jurídica de la reparación del daño.

Primeramente, el artículo 35 del Código Penal vigente en el Estado, señala: " la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene carácter de sanción pública general para todos los delitos.

Cuando la misma reparación sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil, y se tramitará conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales.

No obstante lo anterior, toda la confusión al respecto se origina con la conclusión a la que llega Markel, tratadista citado por Ignacio Villalobos y que establece: " la obligación de indemnizar el daño es delito, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosa, sirven para el mismo fin de las penas, coinciden con ella en sus efectos mediatos y generales."

Lo anterior originó en la doctrina un esclarecimiento consistente en que la reparación del daño causados por el delito

" no es una pena pública " más sin embargo, el efecto causado en el legislador fue decisivo, y como señalamos con anterioridad establece: " La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública."

Al respecto el autor Guillermo Borja Osorno señala: " Es erróneo, en primer término, el que se hable de " pena pública ", como si todavía existieran en contraposición las penas privativas, cuando no puede ver delitos privados ". El artículo 22 de la Constitución, prohíbe entre otras cosas, las penas trascendentales. Por otra parte el artículo 108 del Código Penal del Estado establece: " la muerte del delincuente extingue la acción penal; también las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y la de decomiso."

Los créditos alimentarios serán preferentes al pago de la reparación del daño.

Así mismo señala Borja Osorno: " si la reparación del daño es pena, debe serlo en toda su extensión y en todas sus consecuencias, y si a pesar de ello puede ser impuesta a los herederos del muerto, lógicamente se concluye que nos encontramos en el caso de la aplicación de una pena trascendental, de las que prohíbe terminantemente el artículo 22 de la Constitución de la República Mexicana."

Afirma este autor, que sería una pena trascendental si se aplicara como tal en todas sus consecuencias; porque, caprichosamente se dividió la esencia misma de la reparación del daño declarandose que cuando la reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil.

Se considera así a la reparación del daño, unas veces como pena y otras como responsabilidad civil para logra un objetivo de mero procedimiento. Y gracias a esta división de la naturaleza esencial de la sanción - reparación, se llega a evitar al extremo absoluto de que se establezca una pena trascendental.

El Legislador del 31, señaló que aparentemente vino a resolver el problema: " cuando la reparación debe exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil ".

Sin embargo, ya al afirmar que la reparación del daño es una "pena pública" había un error, puesto que las sanciones civiles y las penas tienen cada una su naturaleza propia, diversa una de la otra y no es dado pensar en una omnipotencia en ejercicio de la patria potestad; contra los tutores y los custodios de incapacitados, contra los directores de internados o talleres en que sean recibidos aprendices menores de 16 años; contra los dueños empresarios o encargados de negocios mercantiles, por sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos o artesanos en

desempeño de sus servicios y contra las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directores, y experimentando seguramente la sensación del absurdo creado se creyó resolver el problema mediante lo que seguramente pareció un sencillo distingo y se dijo, como anotamos con antelación: "cuando la reparación del daño deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil."

Con lo anterior, como señala Ignacio Villalobos: "Se incurriría en una falta mayor, pues si errado había sido afirmar que una cosa es lo que no es, en peores condiciones se coloca quien sostiene que la cosa es y no es, de acuerdo con sus particulares conveniencias."

Al respecto Guillermo Colín Sánchez, establece: "Si consideramos que la reparación del daño es tal pena, solo podrá imponerse a las personas de los infractores, nunca a terceros, dado el principio de personalidad de la pena, y si la reparación; se considera siempre como pena pública y darle naturaleza civil, tratándose de terceros es negarle aquel carácter, es por eso y reiteramos que el legislador de 1931 no diferenció la sanción civil de la penal; ni hubo mucho menos que una y otra, no solo son de naturaleza distinta, sino más bien complementadas."

Estableció que la reparación del daño puede exigirse por el

ofendido, a los terceros civilmente responsables, y en todo caso el Ministerio Público promoverá todo lo necesario para que el juez declare lo procedente en cuanto a dicha reparación por parte del autor del delito.

Para Cardona Arizmendi y Djeda Rodríguez nos hace referencia en su Código Penal comentado para el Estado de Guanajuato ( que también tiene la misma disposición en la reparación del daño que el origen de la confusión sobre la naturaleza jurídica de la reparación del daño, se puede encontrar quizá en las ideas de Merkel quién afirmaba la obligación de indemnizar el daño, la restitución y la coacción directa para reponer un estado de cosas, sirvan para el mismo fin de las penales, coincidiendo con ellas en sus efectos mediatos generales. Tales aseveraciones hicieron efecto en el Legislador Penal Federal de 1931, que coincide con el Estado de Guanajuato de 1934 que a su vez fue tomado como modelo por el Legislador del 56 en el Estado de Guanajuato, todos ellos establecieron substancialmente las mismas cuestiones sobre la reparación del daño, que deba ser hecha por el delincuente, tiene carácter de pena pública. Es a juicio de los mencionados autores que indudablemente la reparación del daño no es una pena pública desde el punto de vista técnico jurídico, el estimarlo así constituye un serio error, si fuese realmente pena pública se extinguiría o se alteraría por la sustitución o

conmutación, o por la condena condicional, por la amnistía, el indulto o por la muerte.(6)

En conclusión señalamos que la reparación del daño es una sanción civil, que es un error considerarle como " pena pública " sin embargo consideramos efectivo el hecho de que el Legislador considere a la reparación del daño como " pena pública ", con el fin de que el Ministerio Público pueda exigirla en beneficio del ofendido.

A esta última consideración se opone el tratadista Ignacio Villalobos quien señala: el atribuir al Ministerio Público el papel de auxiliar de las partes perjudicadas, no es prescindir del impulso básico de los directamente interesados; pero subsistir totalmente a estos últimos por una institución burocrática, teniendo que la reparación del daño es una pena pública, lo que se exigencia incumbe al " Ministerio Público " según el texto del artículo 21 de la Constitución General de la República; no podría significar si el dictamen autoritario dogmático, se tomara en serio hasta sus últimas conclusiones, que el amodorramiento y la apatía en toda reclamación sobre daños y perjuicios, en la búsqueda de las pruebas, el anulamiento de los recursos, etc.

Lo antes expuesto por el tratadista Ignacio Villalobos

nuestra consideración, no es más que un mero efecto práctico.

Lo que representa una medida eficaz es la intervención del Ministerio Público en los casos que la ley lo permite, en virtud de que éste, siendo una Institución con conocimientos técnicos jurídicos para que pueda obtener la reparación del daño a favor del ofendido, le resulta, de gran beneficio a este último.

#### 5.5. ¿ QUIEN ES EL OBLIGADO A LA REPARACION DEL DAÑO ?

Del artículo 35 del Código Penal del Estado de Oaxaca se desprende que la reparación del daño, una vez que se ha demostrado en el procedimiento penal la responsabilidad de un sujeto, a quien se le denomina " acusado ", mediante una sentencia que así lo señale, debe ser hecha por éste tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales para el Estado.

#### 5.6. ¿ QUIEN ES EL BENEFICIARIO EN LA REPARACION DEL DAÑO ?

La reparación del daño se aplicará en favor de la persona o personas que resultaron ser el ofendido en razón del hecho delictuoso, y además es la persona que soporta el daño dicha

persona puede tener el carácter de persona física o moral.

En favor de quienes acrediten sus derechos a recibir el monto de la reparación del daño, en este caso se tomará en cuenta el grado de dependencia; el juez aplicará su criterio para distribuir el monto de dicha reparación entre todos los beneficiarios.

En el caso que solo algunas personas acrediten sus derechos a recibir el pago; en este supuesto, el juzgador, a quienes acreditaron su derecho les repartirá en la forma señalada en el punto que antecede y quienes no lo hicieron, no recibirán ningún beneficio reparatorio.

Además de acuerdo al Código Penal quienes hubieren erogado gastos, que conforme a esta ley, se han de hacer a cargo del obligado a la reparación del daño, tendrán derecho a que sean resarcidos, así como también los perjuicios derivados de tales gastos.

Esas personas, que sin tener ningún vínculo jurídico con la víctima del delito, pero que por alguna razón hayan efectuado gastos deberán ser cubiertos.

También por disposición legal, el Estado resultará beneficiado en la aplicación del monto de la reparación del daño, cuando quienes tengan derecho de él renuncien a tal derecho expresamente.

Son terceros obligados a la reparación del daño:

Según el Artículo 34 del Código Penal del estado de Oaxaca.

I.- Las personas físicas o morales por los delitos que cometan con motivo y en el desempeño de su servicio los que estén bajo subdirección y dependencia económica;

II.- Las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los términos en que conformen las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, en la que, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios para la reparación del daño que causa, y

III.- El estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados.

Artículo 343.- Del Código de Procedimientos Penales para el estado de Oaxaca.

"La acción para exigir el daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Penal, debe ejercitarse por quien tenga derecho a ello ante el tribunal que conozca de lo penal; pero deberá intentarse y seguirse ante los tribunales civiles, en el juicio que corresponda, para cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intente fuere un particular. Esto último se observará también, concluida la instrucción, no hubiere el lugar a juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público, si se promueve posteriormente la acción civil.

Quando promovidas las dos acciones hubiere concluido el proceso sin que el incidente de reparación del daño esté en estado de sentencia, continuará conociendo de él el tribunal ante quien se haya iniciado"

Es importante el análisis de estos dos artículos; como lo es también la intervención indirecta del ministerio público para coadyuvar a la persona que se le ocasionó un daño, para que en un momento dado aporte los elementos que indiquen la responsabilidad

de un tercero o bien aportar otros elementos que indiquen la responsabilidad del sujeto.

Artículo 344.- Todos los incidentes sobre reparación del daño exigible a terceras personas que se sigan ante los tribunales penales, se tramitarán y decidirán conforme a lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles, para los juicios sumarios; tendrán todos los recursos que según su cuantía se concedan en estos juicios y se tramitarán por separado.

Artículo 345.- Si el incidente llega al estado de alegar antes que concluya la instrucción, se suspenderá hasta que el proceso se encuentre en estado de sentencia, la que se pronunciará resolviendo a la vez sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado, produciéndose los alegatos en la audiencia del juicio penal.

Este artículo nos habla del incidente de reparación del daño que se suspenderá en tanto no se resuelva el proceso penal; aquí el perjudicado tiene que esperar el tiempo que dura el proceso penal para que se le pueda resolver el incidente de reparación; y que mejor que el ministerio público en coadyuvancia con él aporte

datos de prueba conducente a establecer la existencia de una responsabilidad y en lo sucesivo se vea retribuido del mal que se le ocasionó y pueda exigirlo conforme lo dispone el Código de Procedimientos Civiles.

### CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Código Penal y de procedimientos penales Ob. Cit. p. 20
- (2) Rojina Villegas Rafael. Tratado de Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa S.A. 1981 p. 81
- (3) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p. 81
- (4) Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General.- Edit. Porrúa, S.A. 1980 p. 802
- (5) Carranca y Trujillo Raúl. Ob. Cit. p. 803
- (6) Cardona Arizmendi y Ojeda Rodríguez. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. Cárdenas Editor 1978. p. 195

Terminada la realización de la presente tesis he llegado a las siguiente:

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

1.- Considero que la reparación del daño en cada rama del derecho lo exponen de diferente manera, pero independientemente de ello, ambas deben de estar apegadas al criterio de equidad y justicia que persigue la norma y de alguna manera regular la desventaja en la que quedaba la víctima del delito.

2.- Las víctimas de los delitos son por lo general personas poco acomodadas y estos por sus condiciones no han aprovechado los esfuerzos del estado para exigir en su momento la reparación del daño que les ocasione el autor del delito. Es por ello que propongo que se adicione al texto original en su artículo 30 del Código Penal para el estado de Oaxaca.

... o con el 30% del producto de su trabajo, esto es con la finalidad de que el autor del delito en todo momento se vea obligado a reparar el daño que ocasione y el ofendido se vea beneficiado y de ésta manera aminorar un poco el sufrimiento que subsiste en la víctima.

3.- Los legisladores de algunos estados han afirmado reiteradamente que la reparación del daño es una simple sanción civil y es un error estimarlo como pena, pero se mantiene la incongruencia a efecto de asegurar la concurrencia del ministerio público, para exigir el pago de la reparación del daño, como representante social cosa que no sería posible si se estimara a la reparación como lo que es una sanción civil.

Ya que una de las funciones del ministerio público es proteger intereses de personas que se encuentran en tal o cual circunstancia y la buena intervención de él es un beneficio para todos, pues se respeta el derecho.

Así pues, podemos decir: Que la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tendrá el carácter de pena pública, y cuando tal reparación deba ser hecha por terceros lo tendrá de responsabilidad civil.

4.- En relación al artículo 343 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Oaxaca propongo la siguiente redacción: "La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpaado de acuerdo con el artículo 34 del Código Penal del estado de Oaxaca deberá ser promovida a solicitud expresa por quien tenga derecho a ella, en coadyuvancia con el ministerio público para que se aporten elementos necesarios que hagan probable la responsabilidad de un tercero ...".

Es decir, se toma al ministerio público como coadyuvante del perjudicado para que aporte los elementos o pruebas necesarias que hagan probable una responsabilidad y de ésta manera dar celeridad al incidente de reparación del daño.

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

### CODIGOS Y LEYES

- 1).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Edit. Trillas De. sexta, México, D.F 1985.
- 2).- CODIGO PENAL Y PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GTO. GUIZA Alday Francisco Javier, Edit. Por ULSAP Celaya., Gto., 1992.
- 3).- CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE OAXACA. Edit. Porrúa S.A. Ed. décima quinta, México, 1989.
- 4).- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XI, Edit. Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

### TEXTOS

- 5).- ARILLA Bas Fernando, EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO. Edit. Editores Mexicanos Unidos, S.A. Ed. sexta. México, 1976.
- 6).- CARRANCA Y Trujillo Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL. Edit. Porrúa, S.A. Ed. séptima. México, 1991.
- 7).- CASTELLANOS Tena Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL. Edit. Porrúa, S.A. México, 1987.
- 8).- CLAVIJERO Francisco Xavier, HISTORIA ANTIGUA DE MEXICO, T. II. México, 1945.
- 9).- COLIN Sánchez Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Edit. Porrúa, S.A. México, 1990.

- 10).- CUELLO Calón Eugenio, DERECHO PENAL. Edit. Boch. Ed. Octava México, 1986.
- 11).- DE PINA Vára Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO. Edit. Porrúa S.A. México, 1977.
- 12).- MALO Camacho Gustavo, MANUAL DE DERECHO PENITENCIARIO MEXICANO. Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social Instituto Nacional de Ciencias Penales. Series Manuales de Enseñanza. Secretaria de Gobernación, México, 1982.
- 13).- MEZGER Edmund, DERECHO PENAL. Edit. Cárdenas y Distribuidor, Baja California Norte, México, 1985.
- 14).- OJEDA Velázquez Jorge, DERECHO DE EJECUCION DE PENAS. Edit. Porrúa, S.A. México, 1985.
- 15).- ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Edit. Porrúa, S.A. T. III. México, 1982.
- 16).- ZAFFARONI Eugenio Raúl, MANUAL DE DERECHO PENAL. Edit. Cárdenas, Baja California Norte, México, 1985.