



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

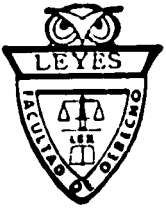
FACULTAD DE DERECHO

"REPARACION DEL DAÑO DEL ABSUELTO EN SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: RODRIGO HERNANDEZ AYALA

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



ASESOR: LICENCIADA MARIA DEL CONSUELO MEDINA MIRANDA

CIUDAD UNIVERSITARIA,

VERANO DEL AÑO 2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Paginación Discontinua



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

El alumno HERNANDEZ AYALA RODRIGO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. MARIA DEL CONSUELO MEDINA MIRANDA, la tesis profesional intitulada "REPARACION DEL DAÑO DEL ABSUELTO EN SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La profesora LIC. MARIA DEL CONSUELO MEDINA MIRANDA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "REPARACION DEL DAÑO DEL ABSUELTO EN SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno HERNANDEZ AYALA RODRIGO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 12 de noviembre 2001

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

SECRETARÍA GENERAL

A la Universidad Nacional Autónoma de México.
Por haberme concedido el privilegio del conocimiento

A la facultad de Derecho
Por haberme albergado en sus aulas y concederme la oportunidad del estudio y
aprendizaje de la ciencia jurídica a través de sus grandes maestros, a ellos toda mi
gratitud y reconocimiento

A mi madre
Gracias por tu incesante apoyo, estímulo y ejemplo de vida sin el cual no hubiera
sido posible llegar a ese día tan especial en mi existencia. Muchas gracias mamá

A mi abuelita
Por sus consejos y enseñanzas que han sido ejemplo de vida para mi persona.
Gracias por todo tu apoyo.

También deseo dejar testimonio de mi gratitud y reconocimiento a mi maestro, el
Dr. Guiderio Colín Sánchez - el maitoyam - por haber sembrado en mí la inquietud
por el estudio del Derecho Penal (hard)

Finalmente agradecer al Licenciado Sócrates Santiago Guerra, por su apoyo y guía
(y presión) en la realización del presente trabajo receptivo! Gracias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE

i

INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO.

CONCEPTOS GENERALES.

1.1. Concepto delito.....	1
1.2. Consecuencias jurídicas del delito.....	24
1.3. Aceptaciones del término reparación del daño.....	39
1.4. Presupuestos de la reparación del daño.....	55
1.5. La reparación del daño en materia penal.....	61

i

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.1. Época antigua.....	63
2.2. Época medieval.....	74
2.3. Época moderna.....	81
2.4. Época contemporánea.....	87

CAPÍTULO TERCERO

LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MÉXICO.

i

3.1. Periodo prehispánico.....	89
3.2. Periodo colonial.....	96
3.3. Periodo del México independiente.....	106
3.4. La revolución mexicana.....	114
3.5. México postrevolucionario hasta nuestros días.....	119

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

i

CAPÍTULO CUARTO

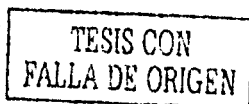
PROCEDIMIENTO PENAL Y PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

4.1. Averiguación previa.....	134
4.1.1. Denuncia, acusación o querella.....	137
4.1.2. Ejercicio de la acción penal.....	140
4.1.3. No ejercicio de la acción penal.....	142
4.2. Auto de término constitucional.....	143
4.3. Instrucción.....	146
4.4. Juicio.....	149
4.5. Sentencia y procedencia de la reparación del daño.....	151

CAPÍTULO QUINTO

LA REPARACIÓN DEL DAÑO DEL ABSUELTO EN SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA.

5.1. Marco jurídico del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada.....	155
5.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	156
5.1.2. Código Penal para el Distrito Federal.....	170
5.2. La reparación del daño.....	174
5.3. El absuelto y sus garantías constitucionales.....	187
5.4. Procedencia de la reparación del daño.....	189
5.5. Propuesta de legislación respecto de la reparación del daño.....	195
CONCLUSIONES.....	203
BIBLIOGRAFÍA.....	207



INTRODUCCIÓN

He decidido elaborar mi tesis para obtener el grado de licenciado en derecho con el trabajo de investigación con el nombre de "LA REPARACIÓN DEL DAÑO DEL ABSUELTO EN SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA"; en el cual abordaré la problemática que se presenta en materia penal respecto de los que injustamente son acusados y al final no se comprueba el cuerpo del delito o bien la culpabilidad de los mismos. Este tema representa para mi una oportunidad de profundizar en lo que muchos estudiosos llaman el "drama penal", así como aspectos fundamentales de la justicia y el derecho del que ha sido acusado indebidamente, planteando y cuestionando si se tiene o no derecho a una reparación del daño, cuando se presenta el error, la mala fe y/o los abusos en perjuicio de un ser humano, mediante actos persecutorios no propios de un Estado Democrático y de derechos; por lo que resulta relevante para mi analizar la situación actual que vive aquel que al concluir un procedimiento penal es declarado inocente, resultando totalmente injusto dadas las situaciones que se originan y sufren durante una reclusión de esta naturaleza, que no exista en nuestro sistema jurídico lo que a mi parecer es necesario e impostergable en virtud de la importancia que reviste conceder algún aliciente para estas personas y sus familias.

Asimismo, el tema que hoy se presenta, surge también por los estudios y comentarios que sobre diversos conceptos, tales como la justicia, buena fe e incluso la democracia se realizan en las aulas de estudio por nuestros maestros; sin embargo, resulta paradójico que se enarboles dichos conceptos, cuando existen casos de personas que son indebidamente privadas

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de su libertad personal, sin que exista para el caso de ser absueltos, algún aliciente o indemnización por los daños que durante su reclusión se originan, los cuales no sólo repercuten en el individuo privado de su libertad, sino que alcanzan y afectan todo su entorno; y donde además, en muchas ocasiones siendo el recluso el único sustento familiar, esta situación genera una problemática difícil para la familia de éste, la cual reciente su prisión preventiva no sólo en el aspecto sentimental o anímico, sino sobre todo en el económico, por que si bien es cierto, existen casos de excepción donde este punto no resulta tan grave; sabemos también que en la mayoría de los eventos y dada la situación general de nuestra sociedad, existen diversos ejemplos de insuficiencia económica, por lo que el problema se agrava para la familia del recluso, pues los gastos que se derivan de un proceso penal son excesivos para la mayoría de las personas que se encuentran internas en espera de que se les atiendan y resuelvan sus procesos. i

En virtud de lo anterior, resulta necesario implementar algún mecanismo jurídico, que si bien no resuelva del todo el problema, por lo menos contribuya a disminuir las condiciones con que se enfrenta, quien aún absuelto por la justicia, pretende conseguir una fuente de empleo pues en muchas ocasiones las oportunidades de empleo son limitadas; debido a que la sociedad prefiere no contar a su alrededor con personas que se hayan encontrado bajo un proceso penal; por lo que la reparación del daño es evidentemente necesaria y justa a mi parecer para disminuir la problemática de éstas personas y sus familias; pues creo que conceder este derecho puede contribuir enormemente para establecer una mayor equidad y sentido de justicia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

i

Es por ello, que se propone estudiar si en nuestra legislación sustantiva penal existe para el caso de que una persona sea absuelta, cuente con la posibilidad real de ser resarcido en algún sentido de las condiciones que su reclusión le ocasionó; siendo importante señalar y reconocer que cualquier suma de dinero que se conceda, jamás será suficiente para compensar cabalmente el sufrimiento de quienes injustamente son privados de su libertad durante largo tiempo, para finalmente ser encontrados inocentes al momento de dictarse el fallo del juez.

i

El contenido de la presente investigación lo desarrollaré en cinco capítulos, en el primero abordaré el análisis de conceptos generales en relación a los cuales se encuentra vinculado el concepto de la reparación del daño; así como el desarrollo de este concepto, el cual tiene su origen en el derecho romano, en específico en el "ius civile", de donde surgen como bien sabemos, la mayoría de las instituciones y conceptos que aún prevalecen en la actualidad, y lo cual nos permite comprender el espíritu de este concepto, que el legislador incluyó posteriormente en el ámbito del derecho penal; sin embargo, esta figura se encuentra exclusivamente a favor del ofendido y/o las víctimas del hecho delictivo. En este tenor, planteé la hipótesis de que si una persona es absuelta en sentencia dentro de un juicio penal, de alguna forma es una víctima de la justicia, y por lo tanto debe ser susceptible de ser resarcido de los daños causados con motivo del proceso penal.

El aspecto histórico es estudiado en el segundo capítulo, en el cual pretendo encontrar la evolución y desarrollo de la reparación del daño durante el devenir histórico, y en relación con otras naciones de la antigüedad, que como

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Roma son importantes mencionar dado el impacto que su sistema de derecho ha tenido y tiene aún hasta nuestros días. En virtud de ello, resulta necesario presentar las particularidades que sobre el presente tema han existido en esa cultura, sin olvidar las demás épocas históricas que como la medieval o la moderna son también necesarias estudiar para entender el desarrollo que ha sufrido el concepto de la reparación del daño.

En el tercer capítulo estudiaré el caso particular de México, desde la época prehispánica hasta la actualidad, con la finalidad de observar si durante nuestra historia ha existido algún mecanismo o figuras similares a la reparación del daño en favor del absuelto; lo cual como podré verificar al analizar el desarrollo de este derecho, que actualmente se concede sólo a las víctimas de los delitos.

En el cuarto capítulo analizaré el procedimiento penal mexicano, y la procedencia de la reparación del daño en relación con el momento procesal pertinente para conceder este derecho, y en general las particularidades que reviste la reparación del daño en nuestro sistema jurídico actual.

Finalmente, el capítulo quinto contendrá la tesis que hoy se presenta, y donde estudiaré la posibilidad de conceder este derecho no sólo al ofendido por el delito, sino a aquellas personas que injustamente son privadas de su libertad, sin que exista algún mecanismo para intentar resarcir los daños que se originan tras el proceso penal. por otra parte, creo indispensable, una vez evaluada la problemática, analizar y valorar conceptos tales como la justicia, y reconocer como punto de partida, que nuestro sistema jurídico no es infalible,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mucho menos a practicas tendientes a inculpar a personas inocentes; tales situaciones pueden considerarse como las menos probables, pero esto no quiere decir que hayan dejado de presentarse, siendo quizá la falta de difusión de estos acontecimientos, lo que no nos permite observar la magnitud del problema; sin embargo, es evidente que los errores o las malas intenciones persisten en nuestro medio jurídico, siendo necesario a mi parecer, y de elemental justicia, conceder a estas personas que viven el "drama penal" en su persona, familia, patrimonio, etc., establecer en la legislación penal el derecho que tienen ha ser resarcidos por las condiciones tan adversas y difíciles cuando siendo inocentes del hecho delictivo, son recluidas y despojadas no sólo de su libertad personal, sino de su empleo, de su familia, de sus derechos civiles, etc..

Con base en lo anterior, existen razones suficientes para justificar el presente trabajo, pues estoy convencido de que la justicia es un valor que se debe pretender alcanzar en nuestra legislación; y una tesis de esta especie, considero puede aportar elementos teóricos y prácticos para una mejor impartición de justicia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO PRIMERO
CONCEPTOS GENERALES

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES

Resulta imprescindible, en la realización de este trabajo, efectuar algunas consideraciones previas; efectivamente, antes de abordar la tesis que hoy se presenta, resulta necesario a mi parecer, establecer las ideas y soportes jurídicos que servirán de base para delimitar el marco teórico; así como para circunscribir nuestro objeto de estudio; para estar en aptitud de desarrollar apropiadamente el presente trabajo.

En este tenor, debo de referirme en primer lugar al delito, hecho social que desde tiempos inmemoriales ha sido motivo de preocupación y estudio por el hombre en las diversas etapas de su devenir histórico, donde se buscaba en principio la forma de erradicarlo a través de diversos medios de castigo, que eran impuestos al infractor con la finalidad de inhibir a los demás miembros del grupo social que pretendieran cometer ilícitos; posteriormente, no sólo se busco evitarlo, sino estudiar sus posibles causas, así como a los individuos autores de tales hechos; igualmente, se pretendió proteger en la medida de lo posible a las víctimas del delito, implementándose desde la antigüedad mecanismos para que dichas víctimas fueran resarcidas de los daños producidos por el delito.

Actualmente, las ciencias penales intentan explicar, pero sobre todo prevenir el delito; buscan proteger a la sociedad y al individuo, con la finalidad de obtener en favor de las víctimas el resarcimiento de los daños ocasionados, toda vez, que el hecho delictivo daña severamente

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

diversos valores de la sociedad, mismos que como la vida, la libertad o el patrimonio, interesan al Estado salvaguardar; convirtiéndose a estas alturas en exigencia incluso de carácter político, ante los niveles históricos y preocupantes que ha alcanzado el delito en nuestro medio social. ;

Es así como, que una vez visto el panorama interesante de este tema, considero importante exponer conceptos fundamentales que a lo largo de este trabajo serán eje y objeto de estudio.

1.1. CONCEPTO DE DELITO.

Como inicio de la presente investigación es imprescindible llamar a las cosas por su propio nombre, para que exista congruencia entre las definiciones y el contenido de ellas; por lo que resulta básico, –intentar aunque sea– dar un concepto de delito; siendo pertinente a mi juicio, acudir en primer lugar al origen etimológico de la palabra, que como señala el reconocido penalista Luis Jiménez de Asúa, proviene del latín *delicto* o *delictum*, y *del verbo delinqui, delinquere que significa desviarse, resbalar u abandonar.*¹ Empero, es claro que el origen etimológico de la palabra no contribuye mucho para conceptualizar el delito, siendo conveniente que me refiera enseguida a los antecedentes más próximos, así como a los conceptos más representativos de las principales escuelas jurídico-penales, para facilitar la comprensión del tema; toda vez que pretender un estudio más amplio de aquellas agotaría los fines que

¹ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1964. pág. 21.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

me he propuesto en el presente capítulo, basta mencionar que se trata de un tópico debidamente abordado en las materias respectivas de la licenciatura.

En este orden de ideas, puedo afirmar que la tarea de establecer un concepto uniforme de delito entre los doctrinarios y tratadistas de las ciencias penales, es como bien sabemos un gran problema, debido a que existen tantas definiciones como corrientes, escuelas y enfoques se han presentado en la ciencia jurídica, en particular en el derecho penal; por lo que sólo a manera de ejemplo aludiré a algunas definiciones que se han formulado por los principales exponentes de la escuelas jurídico-penales acerca del delito.

Es así, por ejemplo, que para el escritor y jurista de la Escuela Clásica Francisco Carrara, citado por el jurista mexicano Fernando Castellanos Tena, desde su particular punto de vista sostuvo que el delito es:

*"la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."*²

La anterior definición, como se aprecia, atiende en primer lugar a la violación de una ley; ya no de carácter divino como antiguamente se creía, sino que esta debe ser la Ley del Estado, que tiene como finalidad proteger a la sociedad de un acto externo, positivo o negativo del hombre; esto es, las

² Castellano Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, página 58.

acciones y omisiones desplegadas por el individuo; para finalmente, caracterizar a dicho acto como moralmente imputable a su autor,³ para que éste sea sometido a leyes criminales por su conducta.

Para esta escuela el delito tiene una base iusnaturalista, con principios dados a priori a través del empleo del método deductivo y el silogismo, existe también un principio de legalidad total donde la pena es determinada, proporcional al delito y al daño causado; donde el Estado es tutor y velador del respeto a la ley.

Por otra parte, no puedo dejar de mencionar al ilustre jurista napolitano Rafael Garófalo, citado por el maestro Ignacio Villalobos, y quien es considerado el principal exponente de la Escuela Positiva; el cual afirma que el delito:

" . . . es la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad". ³

En esta definición se aprecian ya los aspectos que caracterizaron a esta Escuela; el delito tiene una base positivista, se le considera de carácter natural y social; existe como excepción al principio de legalidad total: la medida de seguridad y la inimputabilidad de niños e incapaces.

³ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1975, pág. 199.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En relación a la sanción, ésta debe traer consigo un tratamiento atendiendo a la peligrosidad del delincuente; pugnando por una clasificación de los criminales con base en estudios científicos a posteriori mediante el empleo del método inductivo-experimental.

Para la Escuela Positiva, la sanción debe ser un tratamiento que eduque y readapte al autor del hecho delictivo, tomando en cuenta al delito ejecutado como un indicador de su peligrosidad.

Asimismo, los positivistas negaron el principio absoluto de *nulla poena sine crimine*, al incluir a las medidas de seguridad y los sustitutivos penales; aspectos que se deberían tomar en cuenta para suprimir los factores criminógenos, que predisponían al individuo a delinquir.

Posteriormente, surgieron las llamadas corrientes o escuelas eclécticas, siendo oportunos los señalamientos del maestro Fernando Castellanos Tena acerca de la Terza Scuola, al decir, que se denominó Terza Scuola (tercera escuela) para distinguirse de la Clásica y la Positivista, que aparecieron antes que ésta, siendo sus principales exponentes los juristas Bernardino Alimena y Manuel Carnevale, quienes admitieron de la escuela positiva aspectos como el determinismo de la conducta, la situación del delito como fenómeno individual y social, y el método inductivo; pero negaron la naturaleza del delito, optando por un estudio científico del delincuente. En tanto, aceptan de la Escuela Clásica el principio de la responsabilidad moral, el carácter de la pena determinada para restablecer el orden jurídico tutelado por

TESIS CON 6
FALLA DE ORIGEN

el Estado, distinguiendo entre inimputables e imputables, aún cuando niegan el libre albedrío en los actos realizados por el individuo.⁴

Finalmente, dentro del mismo contexto debo referirme al reconocido jurista alemán Fran Von Liszt, creador de la llamada Escuela Sociológica, citado por el maestro Fernando Castellanos Tena, quien transcribe su posición relativa al concepto de delito:

*"sostuvo que el delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, sociales, físicos y sociales, así como de causas económicas."*⁵

Para el presente estudio, es relevante mencionar que para esta Escuela la pena es necesaria para conservar el orden jurídico; a través del empleo del método jurídico y experimental, indicando a su vez, que los factores criminógenos son de carácter individual.

Al respecto, es evidente que en el concepto expuesto por Fran Von Liszt, observamos de manera más concreta una definición del delito; que si bien muestra mayor avance, no fue del todo aceptada por el medio jurídico, e incluso existieron otros autores de gran renombre como el maestro Vincenzo Manzini, quien como señala el distinguido jurista mexicano Francisco Pavón Vasconcelos, fue precursor en su natal Italia de la llamada Escuela Técnico-Jurídica, sobresaliendo como característica fundamental de su

⁴ Cfr. Op cit., pág. 69.

⁵ Idem. pág. 70.

pensamiento, la afirmación de que el Derecho Penal no tiene mas finalidad que la de hacer la interpretación y explicación del Derecho Positivo.⁶

Para los estudiosos del derecho penal, como es el caso del tratadista Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; con lo cual queda incluida la sanción como elemento del delito; soslayandq indebidamente, que pretender caracterizar al delito por la punibilidad resulta erróneo y poco eficaz para entenderlo; pues como ya lo habían afirmado los positivistas, además de la pena, era necesaria la inclusión de las medidas de seguridad y de los sustitutivos penales; a mayor abundamiento, actualmente existen hechos delictivos que carecen de punibilidad, tal es el caso de las excusas absolutorias o el llamado robo defamélico, con lo cual se acredita la infortunada inclusión de la punibilidad como elemento del delito.

De las ideas presentadas por las escuelas y corrientes jurídico-penales, es evidente la dificultad para definir al delito; pues observado el panorama anterior acerca de su concepto, es de concluir, que no ha existido acuerdo sobre este tópico; sin embargo, una característica importante de estas escuelas, es sin lugar a dudas el reconocimiento del sistema causalista para encontrar la relación causa-efecto con la finalidad de apreciar el enlace o relación entre la conducta y el resultado; es decir, el resultado debe tener un nexo causal con la conducta (acción u omisión) realizada por el individuo, para considerarlo responsable del evento delictivo.

⁶ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, 15a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000. pág. 71.

Cabe mencionar, que podría continuar enumerando a otros tratadistas y estudiosos del tema, pero para los fines del presente trabajo resultan ilustrativos y suficientes los conceptos ofrecidos por dichas escuelas y corrientes.

En tal virtud, he de referirme a nuestra actualidad, en la que los tratadistas consideran dos aspectos para entender y tratar al delito; estos aspectos a saber son el jurídico-formal y el jurídico sustantial.

El primero de los mencionados se refiere a la definición contenida en la ley; en este tenor, nuestra legislación penal sustantiva establece: *"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*.

La anterior definición jurídico formal, es en definitiva susceptible de mejoras, pues acusa de una deficiente técnica jurídica; toda vez resulta infortunado considerar a la sanción -según el texto legal- como elemento de delito; pues se trata de una consecuencia del mismo, al igual que las llamadas medidas de seguridad, que si bien no revisten los mismos caracteres de la pena de prisión, sí constituyen otra posible consecuencia del hecho delictivo.

En este sentido, el reconocido maestro Rafael Márquez Piñero señala:

"La noción formal es adecuada para satisfacer las necesidades de práctica, pero si se quiere penetrar en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la esencia del delito, y saber cuáles son los elementos integrantes del mismo, habrán de examinarse.”⁷

En efecto, como lo indica éste autor, se deben de precisar los elementos integrantes del delito, ocupándose de esta forma de su esencia para analizarlo y explicarlo; en este orden de ideas, existen dos criterios sobre la esencia del delito; primeramente aquel, que considera al hecho delictivo como unitario o totalizador, donde el delito es un todo indivisible.

Por otra lado, nos encontramos con el criterio atomizador o analítico del delito; el cual considera que el delito es un ente jurídico divisible, integrado por varios elementos. Con esta postura, se da origen a las corrientes bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas o hexatómicas del delito, atendiendo al número de elementos que lo forman, tales como la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, o las condiciones objetivas de punibilidad.

En este sentido, los elementos del delito, constituyen, para el derecho penal el soporte primordial sobre el que descansa toda interpretación y análisis que sobre el evento delictivo pretenda realizarse; asimismo, puedo afirmar, que si bien no existe un concepto universalmente válido para el delito; también lo es que atendiendo a la ley, la doctrina y estudios que sobre el tema imperan en la actualidad, es de concluir que el delito es una **conducta típica, antijurídica y culpable**.

⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, parte general*, Editorial Trillas, México, 2000. pág. 135.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Del anterior concepto, es oportuno —aunque de manera breve— explicar cada uno de los elementos que integran al delito; en este tenor, he de señalar que la conducta, primer elemento del delito, puede entenderse como un comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado en el mundo fáctico; empero, dependiendo del momento histórico, su definición ha sufrido una evolución constante.

En un primer momento, la acción (que implica a la conducta) en el sistema causalista fue entendida como un obrar natural, como una causa que alteraba el mundo exterior a través de una conducta corporal voluntaria; donde la acción es causa del efecto, sin embargo, la acción no contiene ningún elemento subjetivo ni de valoración.⁸

Para los neoclásicos, el causalismo es valorativo, la conducta o acción como la identifican, es concebida como una manifestación de la voluntad en el mundo exterior.

En este sentido, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, manifiesta:

*" . . . la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien, en una inactividad, una abstención, un no hacer . . . "*⁹

⁸ Cfr. Daza Gómez, Carlos, Teoría General del Delito, 2ª edición, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998. pág. 42.

⁹ Op cit., pág. 210.

Actualmente, el profesor Carlos Daza Gómez, sobre la postura de la acción finalista precisa que en la misma, la conducta del hombre puede establecerse límites, y a su vez, proponerse fines debidamente orientados; a diferencia del causalismo "ciego", que se constriñe al acontecer causal de cada caso. ¹⁰

Ahora bien, para el Derecho Penal, sólo interesan determinados comportamientos o conductas a los que la ley penal sustantiva les atribuye el carácter de delito, mediante la tipicidad. Por lo tanto, se requiere que dicha conducta desplegada por el agente, se encuentre descrita por la ley como delito, y que la misma efectivamente se adecue a la descripción legislativa contenida en la norma penal sustantiva. De ahí, que la tipicidad, es el elemento del delito que permite determinar si un hecho o conducta tiene el carácter de delito.

Este elemento del delito, es definido por los juristas Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán como:

" . . . la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del nullum crimen sine lege, sólo los hechos tipificados por la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. " ¹¹

¹⁰ Cfr. Op cit., pág. 47.

¹¹ Muñoz Conde, Francisco, Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, Edita Tiran Lo Blanch, Valencia, España, 1996, pág. 267.

En nuestro medio, las definiciones acerca de la tipicidad apuntan en general en el mismo sentido; por lo que sólo a manera de ejemplo, me permito exponer el concepto que ofrece la maestra Irma Griselda Amuchategui Requena, quien sobre la tipicidad indica:

"La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal." 12

De tales conceptos, es claro que mediante la tipicidad, el legislador establece las conductas que tendrán el carácter de delito. Sin embargo, cuando la conducta no se adecua exactamente al tipo penal, aparece entonces el aspecto negativo de la conducta, que en derecho penal se denomina atipicidad, misma que puede recaer en los medios de ejecución, el objeto material, el sujeto activo o en cualquier otro requisito exigido por el tipo penal.

Cabe agregar, que para los finalistas la culpa y el dolo pasan a formar parte de la tipicidad, mientras que la culpabilidad tendrá como sustancia exclusivamente el juicio de reproche; aspecto que será retomado más adelante cuando hable de la culpabilidad y sus elementos en el sistema finalista.

¹² Amuchategui Requena, Irma Griselda, 2a. edición, Editorial Oxford, México, 2000, pág. 56.

Regresando a la tipicidad, es interesante a mi juicio, la postura de los tratadistas españoles Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, quienes afirman:

*"El Derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena."*¹³

Este criterio sobre la tipicidad, como elemento de selección de las conductas que habrán de ser consideradas como delito, resulta en mi opinión cierta, pues mediante este elemento se crea un verdadero catálogo de conductas que el Estado percibe como atentados contra la sociedad que gobierna; por lo que la tipicidad permite dentro del ámbito del derecho penal identificar las conductas o comportamientos humanos que dentro del ordenamiento legal tienen el carácter de delito; asimismo, la tipicidad es considerada como un elemento indiciario de la antijuridicidad, segundo elemento del delito, que enseguida me permito tratar.

En efecto, para muchos estudiosos la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad, pero no debe identificarse con ella, pues como precisa el maestro Raúl Carrancá y Rivas la antijuridicidad tiene un carácter y sustancia propias.

¹³ Op cit., pág. 317.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que quedan debidamente explicadas, desde su particular punto de vista, en las siguientes líneas:

"A la antijuridicidad se la denomina también como "ilicitud", palabra que corresponde igualmente al ámbito de la ética; ilegalidad, palabra que se refiere específicamente a la ley; "entuerto", palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español, como bien dice nuestro maestro Carrancá y Trujillo, constituye un arcaísmo; e "injusto", palabra preferida por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, equivalente a lo antijurídico. Es en suma la antijuridicidad, como señalaba con acierto Carrara, la contradicción entre una conducta concreta y el orden jurídico establecido por el Estado." ¹⁴

De lo expuesto, puedo afirmar que lo antijurídico, no sólo se identifica con la oposición a la norma jurídica, sino que implica otros aspectos, como atinadamente indica el maestro Carrancá y Rivas, en el sentido de que las normas jurídicas tienen como fundamento un complejo cultural perteneciente a una determinada sociedad, por lo que el Estado, reconoce en las normas jurídicas, las concepciones o valores culturales válidos para la sociedad que gobierna. ¹⁵

¹⁴ Carrancá y Rivas, Raúl, El Drama Penal, 1a. edición, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 31.

¹⁵ Cfr. Op cit., págs. 28 - 30.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por su parte, el jurista alemán Edmundo Mezger nos ofrece su parecer sobre la antijuridicidad, afirmando que:

*"Una acción es punible sólo si es antijurídica. La antijuridicidad, o, como se acostumbra decir en la actualidad, el injusto, es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Antes, el término más usado era la "antijuridicidad", que significa, sencillamente que el delito constituye una violación del derecho, o sea, que se "contradice el derecho". Hoy en virtud de la aversión que se tiene a conceptos rigurosos y cierta predilección por expresiones más vagas, se prefiere emplear, como declamamos la palabra injusto (literalmente: no derecho: "Unrecht"), que determina el concepto, precisamente, con menor exactitud que la otra. "*¹⁶

En este orden de ideas, el reconocido doctrinario Claus Roxin, siguiendo el criterio del ilustre jurista Hans Welzel, cita sobre el tema:

"Los conceptos sistemáticos penales de la "antijuridicidad" y del "injusto" se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto

¹⁶ Mezger, Edmundo, Derecho Penal, parte general, Editorial Cárdenas, México, 1990, pág. 131.

se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración junto con su predicado de valor, Así pues, en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad." ¹⁷

Del criterio arriba expuesto, puedo precisar, que la antijuridicidad y el injusto penal, son conceptos, que aún cuando se emplean como equivalentes; bajo la postura sustentada por Hans Welzel, y la cual es retomada por el tratadista Claus Roxin, es de concluir que la antijuridicidad no se reduce exclusivamente a la simple oposición de la conducta con la norma jurídica; sino que mediante el juicio de desvalor se estudia al injusto; que aunque en la mayoría de los casos resulta claro identificar con la antijuridicidad; éste alcanza su real importancia cuando se presentan casos de tipos penales en los que el legislador deja precisamente en manos del juzgador el juicio de desvalor, para determinar realmente sobre la antijuridicidad del hecho. ;

Un ejemplo de lo expuesto, se presenta para el caso del tipo penal de falsedad contenido en el artículo 246 fracción VII, que señala:

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

¹⁷ Roxin, Claus, Derecho Penal, Fundamentos. La estructura de la teoría de delito, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1997.

De tal guisa, es evidente la necesidad de considerar, que aunque una determinada conducta pueda ser típica, ello no quiere decir que sea antijurídica; pues la tipicidad sólo es indicia de la antijuridicidad; la cual merecerá un estudio propio para establecer y comprobar el aspecto subjetivo del injusto.

A mayor abundamiento, los autores españoles Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, señalan que la antijuridicidad y el injusto no son palabras sinónimas; por lo que es conveniente transcribir textualmente el deslinde que realizan de estos dos términos:

*"En dogmática jurídico-penal se emplean el término antijuridicidad y el de injusto como equivalentes. Sin embargo, ambos términos deben diferenciarse. La antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al Ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma."*¹⁸

Efectivamente, tomando en consideración las razones y precisiones arriba citadas, es de concluir que la antijuridicidad y el injusto no deben confundirse y emplearse como sinónimos, pues como debidamente ha

¹⁸ Idem. pág. 318.

quedado puntualizado, la antijuridicidad es sólo un predicado que determina que el delito es una acción contraria a derecho, mientras que con el injusto se califica precisamente a la acción en particular como antijurídica.

Finalmente, debo de referirme al aspecto negativo de la antijuridicidad, mismo que lo constituyen las llamadas causas de justificación, que se definen como las circunstancias o razones que anulan la antijuridicidad de una conducta típica. Su existencia se fundamenta en el consentimiento y el interés preponderante.

El consentimiento, primer fundamento de las causas de justificación, sólo anulará la antijuridicidad de la conducta típica, cuando éste sea otorgado por el titular del bien jurídico tutelado, mientras que el interés preponderante surge cuando existe una pugna entre dos bienes jurídicos y no es factible para el agente salvar ambos, por lo cual se ve obligado a decidirse por aquel de mayor interés.

La doctrina establece como excluyentes de la antijuridicidad de una conducta a :

- a) La legítima defensa.
- b) El ejercicio de un derecho.
- c) El estado de necesidad.
- d) El cumplimiento de un deber.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

e) La obediencia jerárquica y,

f) El impedimento legítimo.

Así las cosas, hecho el análisis de la antijuridicidad, es momento de pasar al estudio de la culpabilidad, último elemento del delito, que al igual que los ya referidos, ha sido objeto de diversas conceptualizaciones. A manera de ejemplo, en la doctrina mexicana, me permito transcribir la definición que fue acuñada por el distinguido maestro Celestino Porte Petit, quien sostuvo que la culpabilidad consistía en *"... ei nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto."*¹⁹

La definición antes citada, es, sin embargo, insuficiente para comprender a la culpabilidad, sobre todo si tomamos en cuenta el desarrollo que ha venido sufriendo en particular este elemento del delito; empero, cabe agregar que este concepto puede ser incluido dentro de la llamada teoría psicológica de la culpabilidad que fundamentó el destacado jurista Franz Von Liszt, para quien la culpabilidad se componía del dolo y la culpa; sin embargo, como indica el profesor Carlos Daza Gómez esta teoría recibió diversas críticas, toda vez que la misma *"... tenía dificultad para configurar un concepto general de culpabilidad, que englobará tanto el dolo como la culpa, sobre todo la culpa inconsciente."*

¹⁹ Porte Petit, Celestino, Importancia de la dogmática jurídico-penal, Editorial Porrúa, México, 1954, pág. 49.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por otra parte, esta teoría resulta insuficiente para explicar el estado de necesidad, cuando se excluye la responsabilidad, ya que no podría graduar la culpabilidad. En conclusión, fueron varias las observaciones y objeciones que se le hicieron a esta teoría, pero la más importante era la culpa, ya que en ésta resulta difícil establecer la relación psicológica con el hecho.”²⁰

Así las cosas, y con la intención de comprender la evolución del concepto de culpabilidad me permito presentar la postura del jurista alemán Edmundo Mezger, quien sobre este elemento del delito afirma:

“La culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.”²¹

Del anterior concepto, se advierte la postura de la teoría normativista de la culpabilidad, que nació como una respuesta a la teoría psicológica. Para esta teoría la culpabilidad es reprochabilidad; en este tenor, el profesor Carlos Daza Gómez interpretando las ideas del distinguido autor Goldschmidt precisa:

“... en la Teoría Normativa de la Culpabilidad, distingue entre norma jurídica y norma de deber; la norma jurídica dice relación con el injusto es de

²⁰ Op cit., pág. 166.

²¹ Op cit., pág. 189.

carácter objetivo y general, la norma de deber dice relación con la culpabilidad, es de carácter subjetivo e individual. Define a la culpabilidad como: modalidad de un hecho antijurídico en su posibilidad de reducirlo a motivación probable."²²

Cabe mencionar, que la culpabilidad es concepto minuciosamente desarrollado por la teoría de la acción finalista, la cual encuentra su fundamento en el pensamiento del jurista Hans Welzel; el cual considera en primer lugar, que la acción humana va dirigida y encaminada a un fin o una meta, es decir, la acción humana no es ciega, ni debe agotarse en simple causalismo que sirvió de base para el moderno derecho penal.

En este tenor el maestro Rafael Márquez Piñero, indica que en el sistema finalista, la voluntad se traduce en el elemento primordial para establecer el llamado juicio de reproche, que atiende a *"... los elementos de la reprochabilidad; es decir, el reproche de la culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a las normas y no en un sentido abstracto de cualquier hombre en vez del autor, sino que concretamente este hombre habría podido, en esa situación específica, estructurar una voluntad de acuerdo con la norma."*²³

Habría que agregar, que la teoría de la acción finalista establece también los presupuestos de la culpabilidad, que a saber son:

²² Op cit., pág. 166-167.

²³ Op cit., pág. 249.

a) La imputabilidad. Esta consiste en que el autor tenga capacidad de entendimiento y motivación sobre la conducta realizada.

b) La cognocibilidad de la ilicitud de la conducta desplegada por el autor del delito. Esto es, que el individuo de manera específica se percate de la relevancia lesiva de su conducta en el ámbito penal.

c) Que no exista en favor del agente alguna causa de no exigibilidad de otra conducta, un temor fundado, o las llamadas eximentes putativas, entre otras.

De esta teoría, puede concluirse que el juicio de reproche, es personal; siendo al autor del delito, a quien se somete a ese juicio, y no a la generalidad de los hombres, tomándose exclusivamente en cuenta sus propios actos, por lo que en el sistema finalista el dolo y la culpa se trasladan a la tipicidad; quedando el juicio de reproche como sustancia de la culpabilidad.

En cuanto al aspecto negativo de la culpabilidad, la doctrina señala al error esencial invencible sobre los elementos objetivos del tipo penal, o el error vencible, los cuales al presentarse disminuyen el grado en el juicio de reproche.

Para el funcionalismo, cuyo principal exponente se localiza en el tratadista Günther Jakobs, la culpabilidad es un concepto funcional sustentado

TEC. CON
FALLA DE ORIGEN

en la prevención general; las características del autor del delito, mismas que son fundamentales para la motivación de su conducta.

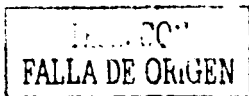
Para los funcionalistas, la culpabilidad no se fundamenta en la libertad humana, sino que se encuentra soportada por la prevención general, y la pena impuesta al autor de un delito, debe pretender el cumplimiento de la norma y estabilizar el orden jurídico afectado por la acción del agente. ²⁴

El Jurista alemán Günter Jakobs, señala que la culpabilidad tiene un carácter formal, que encuentra su contenido en el fin de la conducta; por lo que será indispensable verificar si el autor del delito, pudo o no separarse de la acción, tomando como punto de análisis las características psicofísicas de la persona en específico.

Finalmente, por lo que respecta al aspecto negativo de la culpabilidad el funcionalismo reconoce a la no exigibilidad de otra conducta, el estado de necesidad disculpante y el miedo insuperable.

En conclusión he de decir, que tanto el sistema finalista y funcionalista ofrecen nuevos conceptos entorno al delito y sus elementos integradores, constituyéndose ambos pensamientos, en los avances más significativos que ha sufrido la teoría del delito; pero es hasta hace algunos años que estos han influido al derecho penal mexicano; aunque a mi parecer nuestra legislación resulta ambigua en determinar claramente una posición respecto de

²⁴ Cfr. Jakobs, Günter, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Traducción Joaquín Cuello Contreras, et al. ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, Madrid, España, 1997 pág. 579.



estas dos posturas, lo cual desde mi punto de vista ha creado una cierta anarquía en la práctica jurídica, donde el abogado postulante debe verificar en primera instancia el criterio adoptado por el juzgador, para entonces encaminar los conceptos hacia uno u otro sistema.

En tal virtud, una vez que he presentado a grosso modo la evolución del concepto de delito, es evidente, que continuarán surgiendo nuevas posturas y puntos de vista acerca de este tema; sin embargo, es suficiente lo aquí anotado para tener una idea general del tema; siendo oportuno a continuación, determinar las consecuencias o efectos que puede producir el delito al presentarse en el mundo fáctico; encontrándonos en este punto con la pena y la reparación del daño, que aunque no son las únicas consecuencias jurídicas del lícito penal, merecerán un trato especial en el siguiente punto, pues constituyen parte medular en la presente tesis.

1.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.

Una vez comprendido el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, es oportuno identificar las consecuencias jurídicas que produce el mismo; entre las cuales sobresale primordialmente la pena, que no es otra cosa que la sanción o castigo que recibe aquel que comete algún delito.

En este momento, es conveniente precisar algunas cuestiones básicas, antes de tratar propiamente las consecuencias jurídicas del delito, pues en mi opinión los señalamientos que sobre el tema expone el profesor Mario I. Álvarez Ledesma, contribuyen para comprender de manera clara y sencilla lo

concerniente a la consecuencia jurídica; y por lo tanto, comprender en su exacta dimensión lo relativo a la pena y la reparación del daño.

De tal manera, el maestro Álvarez Ledesma, nos explica que la sanción, pena o castigo, al tener un carácter coercitivo, aspecto distintivo del derecho y sus normas; constituye la garantía para el cumplimiento de aquellas y del propio sistema jurídico; manifestando también, que la coacción no debe confundirse con la sanción misma, aún cuando estén íntimamente relacionadas; toda vez que la coacción se convierte sólo en el garante de cumplimiento a la norma, y la pena se identifica con las situaciones impuestas al ciudadano, tales como la privación de la libertad; con lo que se da surgimiento a nuevas situaciones o deberes para la persona que violenta o incumple con el orden jurídico.²⁵

Ahora bien, es importante también para este autor, manifestar que toda sanción debe encontrarse debidamente consagrada en una ley; es decir, aparece la exigencia de los principios *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege*; es decir, no puede haber pena para determinado acto sin que exista la ley o norma jurídica que así lo indique; así como tampoco puede existir delito o crimen sin ley que así lo establezca.

Para comprender mejor el tema, es muy útil recordar la estructura lógica de la norma jurídica, que de manera sencilla expone el maestro Álvarez Ledesma; y la cual consiste en señalar que la norma jurídica se integra por:

²⁵ Cfr. Álvarez Ledesma, Mario I., Introducción al Derecho, Editorial McGraw-Hill, México, 1995, pág. 219 y 220.

- a) Un supuesto jurídico.
- b) El hecho jurídico y;
- c) Las consecuencias normativas.

En donde, el supuesto jurídico, constituye el enunciado normativo, que se traduce en el contenido de la propia norma jurídica, que puede integrarse de uno o varios hechos o situaciones jurídicas.

Respecto al hecho jurídico, éste se traduce en la condición para la aplicación de la norma jurídica, y el cual, debe estar previamente contemplado por la norma jurídica; para el caso de presentarse, surgan también los efectos jurídicos previstos por la norma de derecho; es decir, las situaciones o eventos concretos que se originan, son las consecuencias jurídicas que pueden identificarse con el nacimiento, modificación o extinción respecto de derechos subjetivos o deberes jurídicos.²⁶

En nuestra caso particular, el Código Penal en su artículo 24 establece como consecuencias jurídicas del delito, en tanto que se tratan de situaciones que modifican los derechos subjetivos y deberes jurídicos del individuo, las siguientes:

²⁶ Op. cit., pág. 225.

- 1.- **Prisión.**
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- **Sanción pecuniaria.**
- 7.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 8.- Amonestación.
- 9.- Apercibimiento.
- 10.- Caución de no ofender.
- 11.- Suspensión o privación de derechos.
- 12.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 13.- Publicación especial de sentencia.
- 14.- Vigilancia de la autoridad.
- 15.- Suspensión o disolución de sociedades
- 16.- Medidas tutelares para menores.
- 17.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Para el presente trabajo interesan sobre todo la pena de prisión, y la sanción pecuniaria, en virtud, de que esta última comprende a la reparación del daño, parte primordial de este estudio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En lo relativo a la pena de prisión, puedo sostener que ésta se ha constituido desde tiempos pretéritos en la mayor sanción y amenaza contra el autor del delito; lamentablemente creo que su aplicación no ha mostrado una real eficacia, pues lejos de cumplir con sus fines como un medio de readaptación, se a cuestionado incluso a últimas fechas sobre su existencia; ya que su imposición recae en una mayor o menor medida atendiendo a diferentes circunstancias del sistema jurídico que se analice, en personas muchas veces inocentes, que sufren por consiguiente una indebida privación de su libertad.

La Penología, ciencia que trata precisamente acerca de las penas, busca en primer lugar, --como nos expone el maestro Castellanos Tena-- justificar la existencia de la pena, encontrándonos así, con las teorías absolutas, relativas y mixtas de la pena.

Para las teorías absolutas, la pena es la justa consecuencia del delito, que por consiguiente, debe de soportar y sufrir el autor del delito, con un carácter de reparación o de retribución por el delito cometido.

Las teorías relativas consideran que la pena es un fin para asegurar la vida en sociedad.

Y las teorías mixtas, buscan una conciliación entre la justicia y la finalidad de la pena. ²⁷

²⁷ Cfr. In idem, págs. 318 y 319.

Asimismo, la pena esta provista de ciertos caracteres y fines, que de manera clara y precisa expone la maestra Irma Griselda Amuchategui Requena; los cuales me permito transcribir:

** La pena tiene las características siguientes:*

a) Intimidatoria. *Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca.*

b) Afflictiva. *Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.*

c) Ejemplar. *Debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.*

ch) Legal. *Siempre debe provenir de una norma legal, previamente debe existir la ley que le da la existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad, ya referido.*

d) Correctiva. *Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito*

e) Justa. *La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente medida al caso de que se trata. Tampoco debe ser excesiva dureza y duración, ni menor, sino justa.*

La pena debe cumplir con determinados fines, a saber:

a) De corrección. *La pena, antes que todo, debe lograr corregir al sujeto; actualmente se habla de readaptación social.*

b) De protección. *Debe proteger a la sociedad, al mantener el orden social y jurídico.*

c) De intimidación. *Debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir.* *²⁸

i

Expuesto lo anterior, pareciera estar plenamente justificada la existencia y aplicación de la pena de prisión; sin embargo, desde tiempos pasados, la realidad ha dejado testimonio de defectos o excesos en su aplicación: basta dar lectura a la obra de César Beccaria titulada *De los Delitos y de Las Penas* para percatarnos de estos eventos; por lo que me permito citar algunos renglones que plasman la realidad de las penas que se imponían en su tiempo:

**Considerada simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia, que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un*

²⁸ Op cit., pág., 109.

cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares; se podrá repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿los alaridos de un infeliz revocan al caso del tiempo, que no vuelven las acciones ya consumadas?, el fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas, aquellas penas y aquellos métodos de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz, más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo." 29

"Si algún día unas leyes humanas llegan a dulcificar en Francia algunos usos demasiados rigurosos, sin que por eso se de mayores facilidades al crimen, es de creer que se confinarán también los procedimientos en los artículos que los redactores han sido demasiado severos. Las ordenanzas criminales parecen, en muchos puntos, no haber sido dirigidas, más que hacia la pérdida de los acusados." 30

29 Becaria Cesare, De los Delitos y de las Penas, 1ª edición facsimilar, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 45.

30 Idem., pág. 323.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En este mismo tenor, el reconocido jurista Francesco Carnelutti, al tratar lo relativo a la prisión y en particular al individuo sujeto a ella, expone:

"A la solemnidad, por no decir a la majestad de los hombres de toga, se contraponen el hombre en la jaula. Nunca olvidaré la impresión que ello me produjo la primera vez en que, adolescente apenas, entre en la jaula de una sección penal del Tribunal de Turín. Aquellos, podría decirse, por encima del nivel del hombre; este, por debajo de ese nivel, encerrado en la jaula, como un animal peligroso. Solo, pequeño, aunque sea de estatura elevada, perdido, aún cuando se trate de aparecer desenvuelto, necesitado, necesitado, necesitado, . . .

*Cada uno de nosotros tiene sus preferencias, aun en materia de compasión: Los hombres son diversos entre sí incluso en el modo de sentir la caridad. También este un aspecto de nuestra insuficiencia. Los hay que conciben al pobre con la figura del hambriento, otros con la del vagabundo, otros con la del enfermo; para mí el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado.*³¹*

³¹ Carnelutti, Francesco, Las miserias del proceso penal, Editorial Ediciones Especiales, pág. 11.



Sin embargo, respecto al delincuente explica:

"El delincuente mientras no está preso, es otra cosa. Confieso que el delincuente me repugna; en ciertos casos me produce horror. Entre otras cosas, a mí el delito, el gran delito me ha ocurrido verlo, al menos una vez, con mis propios ojos; los que reflejan pareciendo dos panteras; he quedado absolutamente horrorizado; y, sin embargo, bastó que yo viese a uno de los dos nombres que había demorado al otro con un golpe mortal, mientras los carabineros que acudieron providencialmente, le ponían las esposas, para que del horror naciese la compasión: La verdad es que, apenas esposado, la fiera, se ha convertido en un hombre". ³²

De la lectura de estos breves renglones, es claro que la pena excesiva y cruel despertó la inquietud de estos autores por abordar y estudiar este tema, baste mencionar que con la obra de César Bonessana Márquez de Beccaria se da origen al periodo humanista del derecho penal, como una reacción ante los abusos del poder público; punto sobre el cual, el distinguido escritor francés Michel Foucault, manifiesta:

"Desaparece, pues, en los comienzos del siglo XIX, el gran espectáculo de la pena física; se disimula el cuerpo suplicado; se

³² Ídem., pág. 12.

excluye del castigo el aparato teatral del sufrimiento. Se entra en la era de la sobriedad punitiva. " 33

Este reconocido escritor agrega, que en el actual sistema penal se ha originado un proceso mundial que tiende a que los jueces utilicen a otros profesionales para juzgar; tal es el caso de los médicos, quienes en muchas ocasiones determinan sobre la conveniencia o no de poner en libertad a la persona sujeta a proceso; así las cosas, Michel Foucault explica:

"La justicia criminal no funciona ni se justifica sino por esta incesante reinscripción en sistemas no jurídicos y ha tender por esta recalificación por el saber.

Bajo la benignidad cada vez mayor de los castigos, se puede descubrir, por lo tanto, un desplazamiento de su punto de aplicación, y a través de este desplazamiento, todo un campo de objetos recientes, todo un nuevo régimen de la verdad y una multitud de papeles hasta ahora inéditos en el ejercicio de la justicia criminal. Un saber, unas técnicas, unos discursos "científicos" se forman y se entrelazan con la práctica del poder castigar." 34

33 Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la prisión*, 27a. Edición, Editores Siglo Veintiuno, México, 1997, págs. 29

34 Idem. pág. 29.

Actualmente, nuestra realidad ofrece un rostro particularmente distinto; sin embargo, es pertinente, presentar la postura, que sobre la pena de prisión ha adoptado el maestro Luis Rodríguez Manzanera, quien afirma:

"La violencia institucional no es más que el síntoma del fracaso de los planes de prevención y tratamiento.

Se ha mencionado repetidas veces, aún en el transcurso de esta obra, la crisis de la justicia penal, y en particular, la crisis de la prisión.

En el momento actual, mayor número de datos nos llevan a la idea de que no se trata de una crisis de la prisión, sino de su fracaso. Por esto uno de los problemas actuales de la Criminología es el de la sustitución de la prisión por otras formas de control social.

El problema se agrava cuando sabemos que la mayoría de las personas privadas de su libertad están en prisión preventiva; es decir, se trata de procesados en espera de sentencia." ³⁵

³⁵ Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 514.

La presente opinión, me parece acertada, pero me deja evidentemente preocupado cuando se habla del fracaso de esta pena, toda vez que referir la necesidad de buscar otras formas de control social sin indicar cuáles son, o por lo menos la vía para encontrarlas, eleva mi incertidumbre; pues mientras no aparezcan otras alternativas, la existencia de la prisión estará al menos justificada.

Desde mi punto de vista, creo oportuno decir, que si bien la prisión difícilmente cumple con sus fines, es hasta ahora la única forma de intentar proteger a la sociedad y a las víctimas del autor del delito; debiendo fijar nuestra atención en el problema más grave que refiere el profesor Rodríguez Manzanera, consistente en que la mayoría de las personas recluidas se encuentran en prisión preventiva, bajo un sistema penitenciario que los condena (aún antes de la sentencia) a vivir y convivir con verdaderos delincuentes, siendo blanco fácil de diversos actos de corrupción, del consumo de drogas y por supuesto de malos tratos que se presentan en los centros de reclusión, en tanto esperan que se les resuelvan sus procesos.

Empero, mientras no exista otra forma o mecanismo de control para el delito y sus autores; es el derecho penitenciario y los tratadistas de este tema, quienes deben pugnar por una mayor perfectibilidad en el cuerpo normativo de esta rama del Derecho, con la finalidad de conseguir una verdadera institucionalización de estos centros preventivos, y así, aminorar aunque sea un poco, los sufrimientos de aquellas personas que siendo inocentes son privadas de su libertad.

Es por lo antes descrito que resulta necesario incluir a estas personas bajo el resguardo de la ley, concediéndoles al menos el derecho a la reparación del daño, pues en mi opinión, ello puede contribuir a establecer un poco de mayor justicia para estas personas.

Por otra parte, en lo concerniente a la sanción pecuniaria, en nuestra legislación esta sanción se integra con la multa y la reparación del daño, que como indica la ley se otorga en favor del ofendido o víctima del delito y a aquellas personas que legalmente son susceptibles de recibir este derecho, tal y como lo determina la propia norma.

En lo relativo a la reparación del daño, el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 30 establece:

" Artículo 30. La reparación del daño comprende:

I La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar,

además se comprenderá el pago de los tratamientos
psicoterapéuticos que sean necesarios para la
víctima, y

III El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Tratándose de delitos de los delitos que afecten la
vida y la integridad corporal, el monto de la
reparación no podrá ser menor del que resulte
aplicándose las disposiciones relativas de la Ley
Federal del Trabajo. "

De la lectura del artículo transcrito, es de afirmarse que la
reparación del daño viene a formar parte de la sanción pecuniaria, pero su
finalidad es muy distinta a la de la multa, pues mientras la primera busca el
resarcimiento de los daños causados por el delito en beneficio del ofendido, la
segunda consiste en una pago que se entera exclusivamente al Estado.

Esta sanción - pecuniaria - además, es preferente a cualesquiera
otras obligaciones contraídas con posterioridad al delito, con excepción de los
alimentos y las relaciones de trabajo. Asimismo, del artículo en cita, me parece
acertada la inclusión de los daños calculados conforme a la Ley Federal del
Trabajo en tratándose de delitos contra la vida y la integridad corporal de las
personas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En conclusión, tanto la pena de prisión como la reparación del daño son consecuencias jurídicas del delito que revisten especiales particularidades, sobre todo tratándose de la prisión, cuya problemática nos obliga a todos a reflexionar sobre su existencia; principalmente a los tratadistas y concedores de estos tópicos para encontrar nuevas formas (aunque en este momento bastaría con una sola) para tratar en la medida de lo posible ir resolviendo este gravísimo problema, que adquiere dimensiones dramáticas cuando se trata de personas que siendo inocentes tienen que vivir en su persona las consecuencias que se derivan de su internamiento en las instituciones carcelarias, sin que exista en su favor ningún derecho para el caso de acreditarse plenamente su inocencia.

1.3. ACEPCIONES DEL TÉRMINO REPARACIÓN DEL DAÑO.

En primer lugar, es conveniente precisar el significado de las palabras daño y reparación en forma independiente, para después estar en aptitud de comprender debidamente el término compuesto: reparación del daño.

En este sentido, el Gran Diccionario Jurídico de los Grandes Juristas, sobre la palabra daño, considera:

" Daño. Del latín, damnum, daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien. Efecto de dañar o dañarse.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Detrimento causado dolosamente en cosa ajena o cosa propia, en este caso, siempre que se configure perjuicio a un tercero.

Lesión, detrimento o menoscabo causado a una persona, en su integridad física, reputación o bienes.

Menoscabo en el patrimonio, por incumplimiento de una obligación.

Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otros se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo la indemnización y el fortuito oxime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia . . .” 36

Para el reconocido maestro Ernesto Gutiérrez y González, el daño civil puede definirse de la siguiente manera:

³⁶ Gran Diccionario Jurídico de los Grandes Juristas, Editores Libros Técnicos, México, 1999, pág. 372.

"Daño es la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio por una conducta lícita o ilícita de otra persona que la ley considera para responsabilizarla a ésta. "³⁷

De esta definición, la más acertada a mi parecer, puede arribarse a que el daño civil obliga al responsable a la reparación del mismo; mediante la restitución de las cosas antes del hecho o conducta antijurídica y dañosa, de lo contrario, estará obligado a indemnizar al ofendido, a través de una suma de dinero. Esto significa que la reparación propiamente dicha consiste en la restitución de la situación o derecho dañado; y cuando ello no es posible, el responsable queda obligado a pagar una suma de dinero al ofendido; esto es, la indemnización por concepto de daños.

Habría que agregar que el daño civil según el jurista Salvador Ochoa Olvera puede clasificarse atendiendo a los bienes afectados en dos:

I. Daño patrimonial o material.

II. Daño moral.

En cuanto al primero, este autor indica que es palpable esta clase de daños toda vez que recaen en bienes materiales susceptibles de una

³⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 13a. edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 566.

valoración económica, por lo que el derecho civil ha legislado sobre todo respecto de este tipo de daños; empero, tratándose del segundo, éste se integra por bienes inmateriales tales como los sentimientos, el honor, el decoro, etc., por lo que explica que la reparación de estos daños inmateriales debe consistir en una suma de dinero con carácter resarcitorio que no obstante su otorgamiento, no podrá atenuar o hacer desaparecer ese daño moral.³⁸

Asimismo, este autor expone:

*"... es claro que dicha reparación cumple una función satisfactoria únicamente, ya que en materia de agravios morales no existe la reparación natural o perfecta, porque nunca el agravio sufrido en nuestro honor o nuestras creencias será borrado completamente, ni volverán las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero."*³⁹

De la lectura de esta cita, es obvio que ninguna suma de dinero hará desaparecer el daño; pero desde mi punto de vista la inclusión de este derecho en el ámbito del derecho penal puede identificarse más propiamente con la publicación de sentencia o al estricto cumplimiento de la ley, de tal forma que el agraviado este cierto en que se cumplió la misma, y que el tercero

³⁸ Cfr. Ochoa Olvera Salvador, La Demanda por Daño Moral, 2a. edición, Editorial Montealto, México, 1999, pág. 8

³⁹ Idem, pág. 9

culpable publicitó ese daño por los medios conducentes; cuestiones éstas últimas que habrán de ser estudiadas más adelante en el capítulo correspondiente.

La doctrina civil intenta darle viabilidad a los daños morales, incluso ante este interés de salvaguardarlos, el legislador decidió incluirlos desde el Código Civil de 1928, pero condicionando su reparación a la existencia del daño material. Esto es, se requería en primer instancia del daño material para que procediera la reparación del daño moral.⁴⁰

Cabe decir, que estos daños pueden identificarse con el llamado patrimonio de la personalidad, como los ha nombrado el reconocido jurista Ernesto Gutiérrez y González.

Así las cosas, puedo decir de forma generalizada y atendiendo a la legislación actual, el daño puede ser material o moral, según se esté en presencia de un bien material o uno inmaterial.

Ahora bien, entendido el término daño y su significado dentro del ámbito del derecho civil, es necesario exponer la acepción y alcances jurídicos de la palabra reparación para luego estar en aptitud de estudiar la reparación del daño. De esta forma el Diccionario Jurídico de los Grandes Juristas respecto al significado del término reparación indica:

⁴⁰ Cfr. In idem. pág. 26-27.

" Reparación. Indemnización de un perjuicio por el responsable.

La reparación puede efectuarse en especie, (restablecimiento de la situación anterior), o bien (forma más generalizada), mediante el pago de una suma de dinero, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Se suele hablar de reparación civil para diferenciarla de la condena penal por el mismo hecho cuando implica delito. " 41

De tal manera, y atendiendo a los significados transcritos, he de concluir, que la palabra reparación (en el contexto civil) encarna la obligación para la persona responsable, de devolver, resarcir o restituir la situación o el derecho dañado.

En cuanto al término, reparación del daño, he de mencionar que se trata de un término exclusivo de la ciencia jurídica, y aunque sólo estudiaré sus significados y alcances en el Derecho Civil y el Derecho Penal; es sabido que en todas las ramas del Derecho existen figuras similares, con las debidas diferencias; empero, para los objetivos del presente trabajo es suficiente con

41 Op. cit. pág. 1161.

que me aboque al estudio de esta figura particularmente en estas dos ramas del Derecho.

Es así, que el significado y alcance jurídico de la reparación del daño se encuentra regulado tanto por el derecho civil como el derecho penal primordialmente; siendo en primer término el ius civile el que puso énfasis en esta figura; posteriormente, fue incluida por el legislador en el ámbito del ius puniendi; es por ello, que fijaré mi atención en el significado y alcances jurídicos que contempla este derecho en cada una de estas materias jurídicas.

Así las cosas, la legislación civil establece el concepto de daño civil y los cánones de la reparación éste; en específico el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 2108 y 1915 respectivamente, señala el concepto y las formas en que debe operar este derecho:

" Artículo 2108.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento en una obligación. "

Este precepto, ofrece un concepto legal del daño civil, de forma muy restringida, pues, sólo toma en cuenta en este caso al daño derivado del incumplimiento de una obligación, olvidándose de otras fuentes como lo son el acto y el hecho jurídico, que más adelante me permitiré tratar, con la intención de tener una idea completa del daño civil y sus fuentes.

" Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el

restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios."

Como se observa, este artículo precisa que son dos las alternativas que tiene el ofendido para que le sea resarcido el daño, mismas que consisten en:

- a) Que se le restituya al estado original la situación o derecho dañado, cuando ello sea posible y,
- b) En caso contrario, el responsable quedará obligado a indemnizar al afectado mediante una cantidad de dinero por concepto de daños y perjuicios.

Como dejó apuntado, la obligación de reparar el daño, surge también del hecho ilícito, que define el maestro Manuel Bejarano Sánchez, como una conducta antijurídica y dañosa; siendo además necesario para el derecho civil, comprobar que su autor pudo evitar el daño, o bien que actuó culposa o intencionalmente en su ejecución; para poder responsabilizarlo por el hecho, exigiéndole por consiguiente la reparación del daño en los términos señalados por el artículo arriba citado. ⁴²

Visto lo anterior, ha quedado claro que tanto el incumplimiento de una obligación como el hecho ilícito son fuentes de la reparación del daño civil.

⁴² Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Oxford, México, 2000, pág. 221.

Sobre el particular, el distinguido maestro Ernesto Gutiérrez y González, nos dice que existen tres clases de hechos ilícitos:

" a) *La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo que determina un deber jurídico en estricto sensu, plasmado en una ley de orden público o sancionado como buena costumbre. "*

"b) *La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con una declaración unilateral de voluntad."*

"c) *La conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo acordado por las partes en un convenio. "*⁴³

Los tres tipos de hechos ilícitos tiene como aspectos en común a saber:

a) Son hechos jurídicos en strictu sensu, toda vez que, no se desean las consecuencias pues,

b) Derivan de una conducta *culpable o negligente y,*

⁴³ Op cit., pág. 543.

c) Los tres son extracontractuales.

Existe, sin embargo, en la legislación civil sustantiva, específicamente en su artículo 1910, una excepción para la reparación del daño: en los casos que exista la culpa o negligencia de la víctima.

Efectivamente, el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que no se estará obligado a reparar el daño cuando se presente la culpa o negligencia inexcusable de la víctima:

"Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, estará obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Asimismo, dentro del Derecho Civil el acto jurídico última fuente de la reparación del daño, tiene como primer mandato el de ser lícito: por lo tanto, los particulares tiene como único límite la ley, el orden jurídico y las buenas costumbres; en caso contrario, estos actos son afectados de nulidad, situación que se aplica fundamentalmente a los contratos, los cuales resultan inválidos cuando contiene hechos o conductas antijurídicos, o bien, contravienen el orden jurídico y las buenas costumbres.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En cuanto a la expresión buenas costumbres, conviene decir que se trata de un concepto eminentemente civil; empero, creo necesario identificarlo, pues aunque no tiene mayor injerencia para los fines de este trabajo, sí forma parte de los límites del acto jurídico civil; en virtud de ello, la expresión buenas costumbres, debe entenderse, según el profesor Manuel Bejarano Sánchez, como:

“ . . . el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y un lugar determinados. Es lo que el consenso general de los habitantes de una sociedad humana determinada juzga moral. ”⁴⁴

Por otra parte, he de manifestar que la responsabilidad, constituye un elemento indispensable para obtener la reparación del daño en materia civil, por lo que es oportuno que aborde los conceptos de capacidad y sanción, pues ambos se encuentran íntimamente ligados a este derecho

La doctrina y la ley civil reconocen dos clases de capacidad; la de goce y la de ejercicio; entendida la primera, como la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, y la segunda, como la capacidad jurídica de ejercer esos derechos y cumplir con las obligaciones adquiridas.

La capacidad de ejercicio, sin embargo, puede ser limitada cuando la persona se encuentra mal de sus facultades físicas o mentales, quedando

⁴⁴ Op cit., pág 118.

sujetas a un régimen jurídico distinto, pues se trata de personas incapaces; dentro de las cuales quedan incluidos también los menores de edad, por considerarlos aún no aptos para responder por sus actos.

i

La sanción civil, por su parte, estriba en restituir la situación o derecho dañado por el agente, o bien consistirá en el pago de una suma de dinero al agraviado, y en algunos casos incluso el pago de los perjuicios ocasionados; éstos últimos se definen por el artículo 2109 de la ley sustantiva civil en el siguiente sentido:

“Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.”

i

Este concepto, merecerá que lo retome más adelante, pues me parece una figura interesante que podría junto con la reparación del daño otorgar una mayor seguridad jurídica de los derechos del absuelto en materia penal, basta por ahora comprender su definición y alcances jurídicos.

Finalmente, puedo decir, que el incumplimiento de una obligación, el hecho ilícito y el acto jurídico son fuentes de obligaciones dentro del derecho civil, que en su caso, traen consigo la obligación de reparar o indemnizar el daño que pudiese ocasionarse; siempre y cuando el perjudicado acredite que el hecho o acto le es imputable a su autor.

En tal virtud, es factible pasar al estudio de la acepción y características propias de este derecho en el ámbito del derecho penal, para

finalmente, atender los presupuestos que se requieren para obtener este derecho de las víctimas u ofendidos por el delito.

En el derecho penal, el ilustre maestro Guillermo Colln Sánchez, indica que la reparación del daño desde su origen en el derecho romano, tuvo un carácter de resarcimiento en el "ius civile"; pero posteriormente, este derecho civil se trasladó al ámbito del derecho penal como una consecuencia sui generis del delito; pues como expone este reconocido autor mexicano, la reparación del daño es en principio un objeto accesorio del proceso penal mexicano; cuya inclusión deriva de las corrientes positivistas que la transformaron en una pena pública, olvidándose así del contenido específico de la acción penal y de la civil, pues no se diferenció este derecho de las víctimas, aún cuando esas acciones son de naturaleza distinta; toda vez que, en el ámbito civil se trata del objeto principal; y en derecho penal, es un objeto accesorio del proceso que se tramita en forma incidental. ⁴⁵

Actualmente, como deje anotado, la legislación penal ubica a la reparación del daño dentro de la llamada sanción pecuniaria; y es el Ministerio Público quien dentro del proceso penal deberá de solicitar la condena correspondiente relativa a este derecho de las víctimas, ofreciendo en su caso las pruebas que permitan cuantificar el monto de este derecho.

El autor antes mencionado, sostiene sobre el concepto de reparación del daño en derecho penal, lo siguiente:

⁴⁵ Cfr. Colln Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, México, 2000. pág. 719.

" la reparación del daño: es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal." 46

Por su parte, el profesor Sergio García Ramírez, respecto al tema señala:

" . . . En la reformas de 1983, se acentuó este fundado interés del Estado. Ciertamente el artículo 34 Cp. insiste en la discutible idea (con sus también discutibles consecuencias procesales) de que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y, como tal, se exigirá de oficio por el M.P., pero también se afirma el principio, desarrollado por las normas adjetivas y orgánicas, de que el con el M. P. podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en la forma que fije el respectivo Código de Procedimientos Penales." 47

De lo arriba transcrito, se advierte que sólo el ofendido o la víctima del delito son beneficiarios de este derecho; el cual comprende los siguientes aspectos:

46 Idem. pág. 723.

47 García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, 5a. edición, Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 324.

- a) La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma.
- b) La indemnización del daño material y moral causado incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la víctima; y
- c) El resarcimiento de los perjuicios causados.

Como se observa, el legislador incluye el daño moral, mismo que hasta la fecha es letra muerta en nuestro sistema jurídico penal; pues a mi parecer se trata de un derecho eminentemente subjetivo que escapa a cualquier cálculo monetario; sobre este tópico, el ilustre maestro Guillermo Colín Sánchez, expone:

" Aunque para algunos delitos, la reparación moral está prevista, de cierta manera, (publicación de sentencia), para la generalidad de los mismos habrá de traducirse en una satisfacción pecuniaria; empero, ¿ hasta dónde es posible precisar en dinero el llamado daño moral ?

La invocación de este detrimento interno o psíquico, para obtener una cantidad de monedas o billetes es muy usual en algunos países, caracterizados por un materialismo aterrador, entre otros, los Estados Unidos de América, en donde es también un medio de

"chantaje", capaz, éste sí, de un verdadero sufrimiento moral; tal vez por eso, se justifique que si es estribillo consuetudinario decir: "time si money", en lo concerniente a la reparación moral, dada su manera de vivir y de pensar se invoque: Feelings are money too ..." 48

De todas formas, como lo he mencionado, la reparación del **daño moral** es difícilmente calculable, por lo que su inclusión en la ley sustantiva penal me parece desafortunada, dada la subjetividad que implica el daño moral; a mi juicio, su aplicación es por el momento incalculable dentro de nuestro sistema penal.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano, precisa sobre el concepto de reparación del daño:

" REPARACIÓN DEL DAÑO.- Pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito. " 49

Esta definición ofrece una idea aceptable de la reparación del daño dentro del Derecho Penal, pues en efecto, la pena pecuniaria (dinero) se traduce en una indemnización que debe recibir el ofendido o víctima del delito, a

48 Op. cit., pág. 724.

49 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, México, pág. 2791.

cargo del delincuente por lo perjuicios causados por el delito. Cabe agregar, que este concepto incluye la palabra perjuicio, misma que ya habla mencionado con anterioridad, pues desde mi punto de vista, podría incluirse junto con los alcances del daño para cuantificar el monto de la misma; con la finalidad de encontrar parámetros objetivos, con los cuales se conceda una mayor garantía para el debido cumplimiento de este derecho de los ofendidos y las víctimas del delito, y que en mi opinión debe también extenderse a aquellas personas que son injustamente privadas de su libertad personal.

Finalmente, una vez expuestas las acepciones que tiene la figura de la reparación del daño, tanto en el derecho civil como el derecho penal, es conveniente que toque lo relativo a los presupuestos que son necesarios en ambas materias para hacer factible la obtención de este derecho; fijando principalmente mi atención en el procedimiento penal. ¶

1.4. PRESUPUESTOS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

La reparación del daño como medio para resarcir el daño ocasionado por el hecho o acto ilícito en materia civil, requiere de presupuestos jurídicos para que se conceda aquel, mismos que a saber son:

I.- Que exista un hecho o acto culpable, antijurídico y dañoso.

II.- Que determinada persona sea susceptible de ser responsabilizada por la conducta o hecho culpable, antijurídico y dañoso.

Satisfechos estos presupuestos quedará a elección del afectado ser restituido en la situación o derecho dañado o bien recibir una suma de dinero por concepto de indemnización, tal como lo establece la legislación sustantiva civil; ejercitando la acción en la vía y formas que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por su parte, en materia penal, puedo identificar como presupuesto fundamental para la obtención de la reparación del daño, que el acusado sea responsable en sentencia definitiva del delito que le fuera imputado por la Representación Social; empero, durante la secuela procesal el Ministerio Público deberá presentar los elementos de prueba suficientes que permitan al Órgano Jurisdiccional cuantificar el monto de este derecho.

Habría que agregar, que el condenado en sentencia definitiva, es en principio el único obligado a cubrir la reparación del daño; sin embargo, dada la realidad que acontece en la práctica jurídica; el legislador contemplo la posibilidad de considerar obligados solidarios del condenado a terceras personas; en efecto, El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 32 señala:

" Artículo 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad.

III. Los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discipulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos.

IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

VI. El Estado, solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos. "

Con base en este precepto, me pregunto, ¿Por qué la obligación de reparar el daño cometido por determinado individuo trasciende a terceras personas?, pues aunque se diga que es a título de responsabilidad civil y ya no de pena pública, debería de concluirse que la reparación del daño tiene dos caracteres: primero como pena pública y luego como una obligación privada.

Sobre esta situación el maestro Gutiérrez y González manifiesta:

"Fue noble, y bien intencionada, pero torpe como se redactó la norma, la idea que guió al legislador penal a determinar que fuera el ministerio público el que exigiera la reparación del daño proveniente de ilícito penal, pero es una soberana tontera el darle el carácter de PENA PÚBLICA, YA QUE UN DERECHO EMINENTEMENTE CIVIL, LA RESPONSABILIDAD POR UN HECHO ILÍCITO CIVIL O PENAL, NO PUEDE TENER SINO UNA NATURALEZA: LA DE RESPONSABILIDAD CIVIL." 50

50 Op cit., pág. 787.

De lo antes transcrito, es de concluir que la reparación del daño tiene el carácter de responsabilidad civil, y no como erróneamente lo concibió el legislador penal; aunque sin duda como indica el autor en cita, la medida en general es positiva.

En este sentido, si el condenado en sentencia definitiva, es en principio el único obligado a la reparación del daño, ¿En que momento del procedimiento penal debe exigirse a esas terceras personas la reparación del daño?

De un estudio de la legislación adjetiva penal, puede considerarse que los terceros obligados solidariamente a la reparación del daño, deberán ser considerados por el Ministerio Público en el escrito donde se promueva lo relativo a este derecho, sobre todo si se acredita la insolvencia del procesado durante el procedimiento o incluso desde la averiguación previa; circunstancias todas estas que a mi juicio, deberán ser contempladas y oportunamente satisfechas por el "representante social" para conseguir efectivamente la condena de este derecho en la sentencia definitiva.

Atendiendo a lo arriba anotado, la resolución que resuelva sobre la reparación del daño puede ser en tres sentidos:

- I.- Condenando exclusivamente al acusado al pago de la reparación del daño en favor del ofendido o quienes sean susceptibles de este derecho siempre y cuando existan elementos que hayan acreditado la solvencia de aquel para cubrir el monto fijado por el Juez.

II.- Absolver al acusado del delito, y por lo tanto del pago de la reparación del daño (pena pública).

III.- Condenar a los terceros solidarios, al pago de este derecho cuando sea imposible obtenerla del sentenciado (responsabilidad civil).

Cabe mencionar, que en cualquiera de los supuestos, quienes tengan derecho a la reparación del daño, deberán como coadyuvantes del Ministerio Público promover por escrito la condena relativa a este derecho, ofreciendo las pruebas que estimen pertinentes para acreditar el monto de la misma. En caso contrario, concluido el juicio, la reclamación de este derecho sólo podrá pretenderse por la vía civil, atendiendo a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Civiles. ;

Es pertinente insistir, en que todas estas circunstancias, deben ser oportunamente satisfechas por el Ministerio Público, pues al ser considerado un "Representante Social", tiene la obligación de salvaguardar y conseguir en su caso, la condena concerniente a la reparación del daño dentro del procedimiento penal, pues bastante se sufre con las audiencias, trámites, etc., de un procedimiento penal, como para todavía concluido éste, se obligue a los ofendidos o víctimas a iniciar otro procedimiento con las diversas dificultades (como la lentitud, los gastos, la asistencia jurídica, etc..) que revisten esta clase de juicios.

1.5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL.

El delito por su naturaleza dañina siempre ha generado un sentimiento de rechazo y condena para su autor, en ^{un} contraste para con la víctima, se a generado un interés particular por parte del Estado y la sociedad para velar por sus derechos y que en alguna forma sea resarcida del daño causado por el hecho delictivo.

Es así, que desde la historia antigua, encontramos diversos ejemplos de mecanismos instituidos a favor de las víctimas del delito; y en materia penal también se a pretendido proteger y resarcir a las víctimas del delito; efectivamente, hoy en nuestra legislación se han realizado diversas adiciones tendientes a proteger y hacer efectivos los ^{derechos} de las víctimas. Mas sin en cambio, el legislador se ha olvidado de otras víctimas que sufren igual o quizá peor el drama penal, cuando siendo realmente inocentes son privados de su libertad, para que incluso años después se decrete por el Órgano Jurisdiccional su inocencia.

El problema de estas personas se agrava ante las condiciones que actualmente reviste la prisión, por lo que a mi parecer es indispensable incluir el derecho de la reparación al absuelto en sentencia definitiva, mediante procedimientos sencillos y seguros que no representen una "tramitología" excesiva que sólo termine en un mayor número de papeles en los expedientes. Pues, incluso hoy, la reparación del daño que se pretende conceder a las víctimas del delito en muchas ocasiones resulta casi imposible conseguir, toda vez que a mi parecer, no se encuentra debidamente estructurada la ley adjetiva penal, para que este derecho realmente pueda hacerse efectivo.

El actual procedimiento penal, en mi opinión, es poco claro en determinar diversas cuestiones que en el punto anterior me cuestionaba, pues hoy día el incidente que se propone resulta poco claro y ofrece una serie de complejidades que en muchas ocasiones hacen poco probable que el ofendido o las víctimas del delito se vean satisfechas en este aspecto.

En virtud del panorama antes expuesto, abordaré, con mayor profundidad todas estas circunstancias y complejidades en el capítulo correspondiente al tema, por ahora basta dejar asentado que la reparación del daño es un derecho que aparece confundido en acciones de naturaleza distinta, y aunque la ley intenta dar viabilidad a esta figura jurídica, lo cierto es, que se requiere de una verdadera reforma para procurar en lo posible la pronta y sencilla tramitación de este derecho, que a mi juicio, debe de concederse también a las víctimas del sistema judicial, cuando siendo inocentes del delito, son privadas injustamente de su libertad, por el error, la negligencia, o en peor de los casos, por prácticas o intereses ajenos a la justicia.

Enseguida, me permito analizar la situación de este derecho a través de devenir histórico de la humanidad en general, para en su momento tratar en particular el caso de México, con la finalidad de encontrar en cada uno de ellos los antecedentes, formas de aplicación y demás características que revistió la reparación del daño en el pasado, y observar la situación que ha guardado el absuelto o aquel que indebidamente a sido privado de su libertad.

CAPÍTULO SEGUNDO
ANTECEDENTES HISTÓRICOS

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.1. ÉPOCA ANTIGUA.

En primer término he de decir que el delito como una violación al orden legal y social, siempre ha acompañado la existencia del ser humano; en efecto, como refiere el maestro Rodríguez Manzanera, "*. . . lo primero que sabemos del hombre es que violó la ley; efectivamente, según la Biblia, Dios crea al hombre, le dio una compañera, lo dejó vivir en el paraiso, con la única prohibición consistente en no comer la fruta de determinado árbol 'más del fruto del árbol de la ciencia del bien y del mal no comas; porque en cualquier día que comieras de él, ciertamente morirás.'* (Gen. 1:17)" ⁵¹

Efectivamente, el delito ha sido parte integrante de la Humanidad a lo largo de su Historia, originándose en consecuencia, una preocupación por salvaguardar los derechos de las personas afectadas por aquel. En el ámbito del derecho penal se ha pretendido proteger a la víctima del delito, surgiendo así, los antecedentes más remotos de la reparación del daño en grupos primitivos que se distinguieron por la venganza privada de familia o del propio ofendido, como una reacción contra el autor del delito en función del daño ocasionado, estableciéndose la ley del talión y la expulsión del delincuente del grupo social; sanciones éstas que si bien no revisten las particularidades que actualmente presenta la reparación del daño, pueden ser consideradas como formas primitivas de este concepto, toda vez que su finalidad era resarcir a la víctima o

⁵¹ Op cit., pág. 143.

su familia del daño producido por el evento delictivo, y proteger al grupo o tribu del delincuente. ⁵²

En este tenor el distinguido jurista Ignacio Burgoa Orihuela, citando al maestro Antonio Caso transcribe lo relativo a la situación del gobernado frente a la sanción en este primer momento histórico:

** La sanción a la rebeldía justa o injusta contra los mandatos supremos e inapelables de los patriarcas y jefes de tribu, consistía en el destierro de la comunidad, sin que el afectado por este acto tuviese ningún derecho que hacer valer frente a tal decisión. * ⁵³*

De lo expuesto, es de señalar que en ese momento histórico, no existió evidentemente el Derecho de la reparación del daño en favor del absuelto; pues no habla, propiamente dicho, un sistema jurídico que permitiera observar los errores o excesos cometidos en la aplicación de las sanciones, mucho menos se contaba con algún mecanismo que permitiera en su caso, demostrar la inocencia del acusado.

Diversos autores coinciden en que tiempo después, este primer periodo conjugó ciertos conceptos primitivos de derecho con la religión, constituyéndose ambos, en elementos básicos de la pretensión punitiva; encontrándose la humanidad con el periodo de la venganza divina.

⁵² Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, Op cit., pág. 55.

⁵³ Citado por Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, 33a. edición Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 58.

Durante este periodo, la pena revistió un carácter de expiación para quien cometía el delito, el cual era visto como una ofensa a la divinidad, por lo que la pena contribuía a borrar ese ultraje cometido contra Dios.

"En esta etapa del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo; esto no debe resultarnos extraño si atendemos a que los judíos han sido siempre eminentemente religiosos." ⁵⁴

En este orden de ideas, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos agrega:

" Este periodo, en el progreso de la función represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y religión se funden en uno sólo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad. " ⁵⁵

Posteriormente, y de forma paulatina los grupos sociales alcanzan una mayor organización política, y es en este momento donde la sociedad deposita en el Estado la facultad del ius puniendi, dando nacimiento el periodo

⁵⁴ Castellanos Tena, Fernando, Op cit., pág 33.

⁵⁵ Op cit., pág. 57.

de la venganza pública, pues era el gobernante quien aplicaba las penas; ya no con un carácter de expiación; sino de intimidación, en virtud de que el delito era considerado para ese entonces, como un ataque a los intereses de Estado.

Uno de los documentos más importante de esta época lo constituye el Código de Hammurabi, mismo que contiene de manera más sistemática un cuerpo de normas que contribuyeron en gran medida para disminuir la corrupción en la administración de Babilonia; encontrándose entre sus aciertos, el haber quitado la función judicial a los sacerdotes para depositarla en jueces.⁵⁶

Sobre la situación de las culturas orientales en esa época, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, afirma:

" En los Estados orientales, el hombre estaba cercado por una multitud de prohibiciones no únicamente de índole fáctico sino de carácter jurídico, inherentes al régimen teocrático en que, por lo general, estaban organizados. La desorbitada reglamentación legal o consuetudinaria aprisionaba en normas rígidas y estáticas la actividad humana, manteniendo al individuo en la ignorancia por la falta casi absoluta de libertad y de iniciativa personal, así como para la sujeción

⁵⁶ Cfr. Rodríguez Manzanara, Luis, Op cit., pág. 150.

*Incondicional del gobernado al gobernante, cuyo poder,
consignado en las leyes reveladas, era ilimitado. ⁵⁷*

De lo arriba anotado, es claro que el poder del gobernante, aunado a la religiosidad que abrumaba el pensamiento de esas sociedades, limitaron la evolución del derecho en general, y quizá sólo la nación romana pudo establecer un sistema jurídico que pugnó por un mayor respeto a los derechos y libertades de sus gobernados. Por otra parte, es interesante observar el desarrollo y características que ofreció el derecho penal en esa sociedad; por lo que a continuación me permite observar y analizar aspectos como las penas, los procedimientos, así como los posibles antecedentes de la reparación del daño y los beneficiarios de este derecho, en esa cultura de la antigüedad.

Es evidente, tras los estudios que se han efectuado de la cultura romana; que fue la nación que consiguió los avances más significativos en la ciencia jurídica en general. En lo concerniente al derecho penal romano, éste tuvo como fundamento la llamada obligación moral de las personas de respetar la ley prescrita por el Estado; y de cuyo incumplimiento se daba lugar al delito. Cabe mencionar, que el derecho penal en Roma se dividió en público y privado, pues los particulares al igual que el Estado, tenían la facultad de perseguir a los autores de determinados delitos; en este sentido, los Comicios y los Magistrados conocían de Derecho Penal Público, mientras que el Jurado Popular verificaba el procedimiento para los delitos pertenecientes al Derecho Privado. Habría que agregar, que desde esa época el delito y la pena fueron considerados como un

⁵⁷ Op cit., pág. 59.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

adeudo y pago a cargo del delincuente, frente al Estado o los particulares ya fuere que se tratare de delitos públicos o privados.⁵⁸

El término delito, fue identificado en Roma con las palabras delictum y crimen; sin embargo, la palabra crimen atendió específicamente a los delitos (públicos y privados), y no a las acciones o demandas civiles patrimoniales que derivaban de una conducta injusta, a la que se la daba también el carácter de delito dentro del ius civile; por lo que en general el término se empleo en uno u otro ámbito. Pero dentro del procedimiento penal se utilizó la palabra crimen para referirse a la inculpación propiamente dicha de un delito.⁵⁹

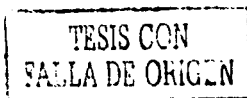
En lo relativo a la palabra pena, su uso en el derecho civil y penal como dije fue generalizado, pues fue empleada tanto para determinar un pago en general (dentro del ius civile), como el concepto de cualquier especie de punición impuesta en el derecho penal, en virtud de que *" La lengua de los romanos no tuvo palabra alguna que sirviera para designar de un modo general y oficial esta circunstancia. "*⁶⁰

Hay que añadir, que la pena en los delitos privados era potestativa de los particulares, con la facultad de exigir un pago o donación al delincuente, atendiendo al daño causado.

⁵⁸ Cfr. Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1991, pág. 3-4.

⁵⁹ Cfr. Idem. pág. 7.

⁶⁰ In idem. pág. 9.



Tiempo después, con la ley de las Doce Tablas, se determinó con precisión las penas que se deberían de imponer a los delincuentes por la comisión de un delito, las cuales eran obligatorias, toda vez que los romanos consideraban a aquella como una expiación para el demandado o delincuente.

61

1'

Este pago fue denominado Damnum (entrega o donación) y se empleó en los delitos privados, tales como el hurto o el daño en las cosas, por lo tanto, la cantidad de dinero que se entregaba a los particulares se constituía en una expiación y pago por el delito cometido.

Es oportuno decir, que la punición privada o doméstica, así como el procedimiento para llegar a ella, eran fijados por el jefe de familia, al igual que el Estado frente a sus gobernados tratándose de los procedimientos públicos; pero en ambos casos, el poder de decisión que tenían sobre el acusado o indiciado era ilimitado; pues se tenía incluso el derecho de dar vida o muerte a aquellos. 62

De ahí, que en distintos momentos, los romanos aplicaron al acusado el tormento, las penas corporales y la multa, pero no existió en sus cuerpos legales mecanismo alguno que protegiera a aquel que fuera inocente, pues como podrá apreciarse en principio era nula la posibilidad de ser sometido a un procedimiento justo, pues, el poder del juez (Estado o jefe de familia) propiciaba abusos y excesos en las penas. En tal virtud, no existió mecanismo

61 Pavón Vasconcelos, Francisco, Op cit., pág 59.

62 Cfr. Mommsen, Teodoro, Op cit., pág 11-17.

alguno que siquiera tocará la posibilidad de que el sentenciado o reo fueran inocentes.

Durante el desarrollo del Derecho Penal Romano, y en general de toda la Humanidad, es sin lugar a dudas el Cristianismo una de las mayores influencias que a la postre cambiaron la visión acerca del hombre, en virtud de que *"... transformó profundamente la concepción pagana del hombre; frente a los principios negativos de la antigüedad afirmó la dignidad y la igualdad de los seres humanos y la libertad de su conciencia frente a la organización política."*

63

¡

Sin embargo, como indica el maestro Fernando Castellanos Tena, mientras encontraban eco estas nuevas ideas humanitarias, en el ámbito del Derecho Penal, la supuesta evolución de la humanidad ofreció un rostro totalmente distinto; toda vez que los tribunales y jueces cometían excesos al imponer penas cada vez más crueles e inhumanas, creándose así, un ambiente de inseguridad ante los abusos judiciales, que sólo terminaron beneficiando a los gobernantes y autoridades que detentaban el poder público.⁶⁴

¡

En el caso del derecho penal en Roma, éste estaba sujeto a distintas reglas que se pueden resumirse en las siguientes:

63 Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 33a. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 65.

64 Op cit., pág. 34.

¡

a) En primer lugar, sólo las personas podían cometer delitos; no existió como en otras civilizaciones la capacidad penal de animales, cosas o muertos.

Cabe aclarar, que en los comienzos de su historia, los romanos llegaron a establecer penas aún después de la muerte, entre ellas se encontraba la privación de sepultura, la remoción de la tumba, o bien la execración de la memoria del fallecido.

b) El Derecho Romano sólo era aplicable a sus congéneres, salvo que se encontrara fuera del territorio romano, o en su caso se hiciera ciudadano de otro Estado independiente reconocido por Roma.

i

c) Aquel ciudadano romano que salía al extranjero, y contraía deudas o cometía algún delito, debía ser juzgado inmediatamente por el Estado correspondiente, de lo contrario, al regresar a Roma, sólo quedaba sujeto a la Jurisdicción Romana, salvo que existiera convenio de extradición.

d) Igualmente, las Autoridades Romanas se encontraban imposibilitadas para condenar a una persona que antes de concluir el pleito o juicio, si salía al extranjero.

e) Lo anterior, tenía también aplicación para el caso de personas que podían ser condenadas a muerte, pues mientras no se les

capturará, no era posible decretar dicha pena, la indemnización o la multa.

f) Las personas desprovistas de capacidad de obrar, tampoco podían ser sometidas a juicio; en virtud, de que la legislación romana determinaba gradualmente la capacidad de las personas atendiendo a su edad.

g) Tampoco eran considerados capaces los enfermos mentales, con la única excepción de haber cometido el delito en un momento de lucidez.

h) No reconocían la ebriedad o la pasión como eventos que pudieran privar de capacidad a una persona.

i) El derecho romano reconoció algunas causas de justificación, en virtud de las cuales era excluido el delito, entre ellas contemplaron, a la legítima defensa y el cumplimiento de una obligación.⁶⁵

Por otro lado, para efectos de mi este estudio, dentro del Derecho romano encontré la existencia de datos que podrían constituir antecedentes de la reparación del daño en general bajo " las indemnizaciones, primero en animales y más tarde en dinero –pues no fue fácil que los tribunales romanos acostumbraran a servirse de otros objetos para obligar a indemnizar sino de

⁶⁵ Cfr. Mommsen, Teodoro, Op cit., pág. 47-55.

*aquellos que se empleaban generalmente como medida de los valores—, formaron parte, desde los tiempos antiguos, del derecho penal , así del público como del privado, y ni en el uno ni en el otro fueron consideradas jamás como pena accesoria, sino siempre, y sin excepción, como principal.*⁶⁶

El monto de las indemnizaciones podía ser fijado de tres formas, atendiendo a los siguientes supuestos:

- I.- Cuando el procedimiento se seguía ante el Magistrado, éste a su arbitrio cuantificaba el monto de la indemnización.
- II.- Si estaba tasado en la ley, no había mayor problema, pues sólo se aplicaba el monto determinado en la ley.
- III.- Si el procedimiento había sido seguido ante el Tribunal, el monto era establecido conforme al arbitrio del propio Tribunal.

En cuanto a los beneficiarios de la indemnización (reparación del daño), fueron exclusivamente los ofendidos o las víctimas del ilícito, quienes fueron contemplados por el legislador para obtener ese beneficio legal; de lo cual se advierte la existencia de un sistema jurídico que, no reconocía como víctimas, a aquellas personas que fuesen injustamente privadas de su libertad, pues no se contaba ni siquiera con procedimientos tendientes a verificar el error o la mala fe durante los juicios criminales que se seguían en esos tiempos.

⁶⁶ Idem., pág. 624.

En resumen, he de señalar que durante la época antigua, las diversas culturas aplicaron la venganza privada, ya fuere divina o pública durante su devenir histórico; siendo en el período de la venganza pública, donde se estableció con mayor precisión las conductas delictivas, así como las penas que debían de imponerse a los autores de tales hechos.

Asimismo, he de decir, que en esta etapa las autoridades judiciales auspiciadas por el Estado crearon un ambiente de excesos y abusos en contra de los gobernados; toda vez, que su poder llegó a ser ilimitado, y no es raro que en diversas ocasiones se aplicaran penas crueles y excesivas.

En tal virtud, lejos de buscarse mejores mecanismos jurídicos para la impartición de justicia en favor del pueblo, la verdad es que sólo las clases poderosas podían verse beneficiadas con este ambiente de retroceso en la evolución del Derecho Penal.

De lo anterior, es de concluir que no existió sistema jurídico alguno que protegiera a las personas inocentes de la comisión de un delito; pues los sistemas judiciales lejos de humanizarse y pretender la justicia, acentuaron el empleo del suplicio y la tortura en la aplicación de las penas; situación que abrumaría a diversos países de Europa hasta la segunda mitad del siglo XVIII.

2.2. ÉPOCA MEDIEVAL.

En la Edad Media, dice el profesor Francisco Porrúa Pérez, las organizaciones políticas fueron desarrollándose hasta alcanzar un poder semejante al del Imperio Romano, que con su caída en el año 476, dio origen a esta nueva etapa en la Historia del Hombre, donde se aprecia una cierta oposición del pueblo frente al rey; y con el transcurrir del tiempo los monarcas ya no tendrían nada de absolutos; pues perderían fuerza ante el pueblo, con la consecuente terminación del Estado absolutista.⁶⁷

En este momento histórico, existen un dualismo de poder entre el Emperador y el Pontífice, por lo que reyes y feudales se enfrascan durante mucho tiempo en una lucha persistente contra el Papa o Pontífice, misma que finalmente desembocará en la constitución del Estado Moderno.

Por otro lado, he de señalar que en lo relativo al desarrollo del Derecho Penal, resulta claro que ésta etapa histórica se caracterizó en gran parte por la crueldad y la superstición; pues los juicios volvieron a rememorar la venganza pública, caracterizada por el suplicio público, donde *la lentitud del mismo, sus peripecias, los gritos y sufrimientos del condenado desempeñan, al término del ritual judicial, el papel de una prueba última. Como toda agonía, la que tiene lugar en el cadalso expresa cierta verdad: pero con más intensidad, en la medida en que el dolor la apremia; con más rigor puesto que es exactamente el punto de confluencia entre el juicio de los hombres y el de Dios; con más*

⁶⁷ Cfr. Porrúa Pérez, Francisco, Op cit., pág. 69-70.

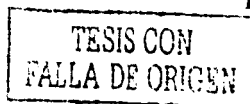
resonancia ya que se desarrolla en público. Los sufrimientos del suplicio prolongan los de la tortura preparatoria; en ésta, sin embargo, nada estaba aún decidido y se podía salvar la vida; ahora la muerte es segura, y se trata de salvar el alma. "68

Esta etapa en la historia de la humanidad, y en especial del derecho penal la Iglesia Católica juega un papel preponderante; baste recordar los juicios de Dios que se entablaban contra las personas por delitos tales como la herejía o la blasfemia; empero, afortunadamente, "la protesta contra los suplicios se encuentra por doquier en la segunda mitad del siglo XVIII: entre filósofos y los teóricos del derecho; entre juristas, curiales y parlamentarios; en los cuadernos de queja y en los legisladores de las asambleas. Hay que castigar de otro modo: deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y el verdugo. Muy pronto el suplicio se ha hecho intolerable. Irritante, si se mira del lado del poder, del cual descubre la tiranía, el exceso, la sed del desquite . . ."69

Resulta evidente, que durante el medievo la oportunidad de ser encontrado inocente era muy remota, por no decir nula; ante el monstruoso sistema judicial que impero en aquellos tiempos en casi toda Europa; países como Alemania y Francia por citar algunos, se caracterizaron por procedimientos inquisitivos donde la confesión gozaba de un valor probatorio

68 Foucault, Michel, Op cit., pág. 51.

69 Idem. pág. 77.



excesivo, que motivo el empleo del tormento para obtenerla; situación que se agudizó con la participación del derecho canónico que tuvo gran vigencia en España y Francia. ⁷⁰

Sin embargo, es con la obra de César de Bonnessana Márquez de Beccaria, titulada De los Delitos y de las Penas, con lo que se da principio al período humanista del derecho penal, así como a la fundación del moderno derecho penal; toda vez que *" . . . el éxito no es solamente teórico, sino práctico, así, después de leer el libro. Catalina II de Rusia (1776), María Teresa de Austria (1776), Pedro Leopoldo de Toscana (1786), José II (1789), Luis XVI (1780), suprimieron la tortura en sus respectivos reinos. "*⁷¹

En relación a este inusitado evento en el Derecho Penal, el maestro Castellanos Tena indica:

*" Es una ley física que a toda acción corresponde una reacción de igual intensidad, pero en sentido contrario. A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. "*⁷²

Es así, que de manera paulatina, diversos países de Europa, Asia y Oriente fueron acogiendo las ideas que inicialmente publicó César de Bonnessana Márquez de Beccaria; las cuales fueron también abordadas por

⁷⁰ Cfr. Citado por Colín Sanchez, Guillermo, Op cit, pág. 24.

⁷¹ Rodríguez Manzanera, Luis, Op. cit., pág. 195.

⁷² Op cit., pág. 34.

otros autores como Montesquieu o Rousseau, quienes pugnarón igualmente por una humanización del Derecho Penal.

Así las cosas, se puede afirmar que durante la Edad Media no existió protección o medio jurídico alguno, para que aquellas personas que eran sometidas a juicio por la supuesta comisión de un delito, pues como bien sabemos, se llegó al extremo de aceptar la denuncia anónima, la cual se constituyó en uno de los tantos males de aquella época.

Asimismo, resulta evidente que las personas inocentes en los diversos procedimientos que se entablaron en ese momento histórico, carecieron de los más elementales derechos para poder probar su inocencia, pues con base en la tortura y el suplicio, muchas veces preferían confesar los delitos, ante la nula existencia de garantías procesales que les permitieran demostrar su inocencia.

En lo concerniente a la reparación del daño, durante esos tiempos puede decirse que la misma fue nula, pues las penas que se aplicaban consistían en torturas y suplicios que se constituyeron en verdaderas antesalas de la muerte; donde el fin de la justicia no parecía ser muy importante en ese momento histórico de la Humanidad. A mayor abundamiento, con el poder de la Iglesia, se alcanzaron verdaderos niveles de terror y excesos para obtener la confesión del indiciado, y no existe dato alguno que me lleve a presumir, que para el caso de que una persona fuera encontrada "culpable" en juicio, se le condenará al pago o reparación del daño; pues solamente eran sometidos a un sufrimiento sobrehumano, que concluía en muchos casos con la muerte.

Esta situación ha sido debidamente documentada por el reconocido escritor francés Michel Foucault en su obra intitulada Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión, de la cual he ofrecido algunos renglones que ejemplifican las circunstancias del Derecho Penal en esa etapa histórica de la Humanidad.

En tal virtud, ". . . no fue posible concebir siquiera un orden de derecho que garantizará la libertad del hombre como elemento o factor inherente a la personalidad humana frente a los actos arbitrarios y muchas veces despóticos del señor feudal, quien no encontraba otro límite a su actividad que su propia conciencia en relación con sus servidores y un vasallaje, nada más simbólico la mayoría de las veces, en cuanto al monarca o emperador." ⁷³

De ahí, es de concluir que lejos de existir medios jurídicos enfocados a encontrar la verdad y la justicia, se creó un verdadero ambiente de terror e injusticias dentro del Derecho Penal, que afortunadamente comenzó a recibir críticas alentadas por autores de gran envergadura en ese tiempo; quienes pugnarón ante todo por un sistema judicial más equitativo y justo, donde las penas no fueran armas de destrucción del individuo, sino medios de prevención para la generalidad pero también para el propio delincuente.

Ahora bien, fue hasta la última etapa del medioevo, y como consecuencia de las concesiones a que se vieron obligados ceder los monarcas, que los gobernados alcanzaron un mayor respeto a sus intereses, sobre todo de

⁷³ Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, 33a. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 73.

grupo, pero ante la violación o el incumplimiento no existió sanción jurídica alguna, y más bien se trato de compromisos sin mayores consecuencias legales. ⁷⁴

De lo hasta ahora visto, puedo afirmar que dentro del ámbito del derecho penal en esta etapa histórica, no se presento ningún antecedente o figura semejante del derecho a la reparación del daño, y la situación del inocente jamás pudo ser demostrada debido al sistema judicial que impero en esa época.

Al final de la época medieval, diversos pensadores comenzaron a cimentar renovadas ideas de justicia y respeto por el ser humano, mismas que aunadas al concepto de la soberanía del pueblo acentuaron el pensamiento de que el monarca debía ser un servidor de aquel, obligado por consiguiente a observar reglas y principios de derecho que allanaron el camino para que a la postre se reconociera a la persona humana como un ser provisto de derechos y prerrogativas que deberían ser respetadas por el poder público. ⁷⁵

De esta forma, seguramente en ese momento de la Historia de la Humanidad, muchas personas fueron encarceladas y condenadas a la pena de muerte sin que contaran con garantía alguna que protegiera sus derechos más elementales; lo cual justifica la necesidad de implementar dentro del derecho penal normas que concedan al absuelto en sentencia definitiva lo relativo a la reparación de los daños ocasionados con motivo de una indebida reclusión.

⁷⁴ Cfr. Idem., pág. 73-74.

⁷⁵ Cfr. In Idem. pág. 76.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien, cierto es que los excesos y abusos del sistema penal medieval ya no acontecen actualmente con las características propias del mismo, empero, es de honestidad reconocer, que aún persiste el error, la mala fe o las prácticas tendientes a inculpar personas inocentes respecto de conductas ilícitas; por lo que es indispensable atender esta situación; con la finalidad de otorgar algún aliciente a aquellas personas que siendo inocentes, viven y sufren en su persona "el drama penal" con todas las consecuencias jurídicas, sociales, económicas, etc., que tal evento les genera.

¡

3.3. ÉPOCA MODERNA.

Como ha quedado anotado, con la aparición de la obra *Dei delitti e delle pene*, se considera por muchos, fundada la época moderna del Derecho Penal; misma que originaría una serie de estudios dirigidos fundamentalmente al delito y su autor, buscando en forma general y particular explicar el fenómeno del delito dentro de la Historia de la Humanidad, para encontrar medios jurídicos que contribuyeran a disminuir la aparición de nuevos eventos delictivos.

¡

Cabe mencionar, que **históricamente, es con la Revolución francesa que se reconoce el inicio de la época moderna**, toda vez que este suceso, funda la concepción del Estado Moderno, y además tiene repercusiones en casi todo el mundo, debido a los importantes avances sociales, jurídicos, políticos, etc., que generó este acontecimiento.

¡

Habría que agregar que el pensamiento francés relativo a la persona humana tuvo como principal acierto y fundamento, el reconocimiento de derechos y prerrogativas de la persona frente al poder público, mismas que fueron espléndidamente consagradas en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. A partir, de ese momento los estudiosos de Derecho Penal, se dan a la tarea de establecer nuevos sistemas judiciales y normas más justas y equitativas, tendientes sobre todo a proteger al ciudadano de los excesos y abusos del poder público; así, por ejemplo, en Inglaterra aparecen inicialmente los tribunales denominados "Witan", así como el Consejo de Nobles, el Tribunal del Condado y el Consejo de los Cien, cuya finalidad era dar seguimiento a las ordallas o juicios de Dios. Pero posteriormente, se establecen en diversas partes del país las llamadas Cortes del Rey, las cuales se fueron extendiendo en esa nación respetando los usos y costumbres jurídicas de cada pueblo, hasta que se fue unificando el sistema judicial, estableciéndose de manera paulatina lo que hoy se conoce como el *common law*; mismo que se identifica como el conjunto de normas creadas en forma consuetudinaria, y que se fue enriqueciendo con las diversas resoluciones judiciales, que a su vez lo complementaban.⁷⁶

En este sentido, la ciencia jurídica y en particular el Derecho Penal recibió una atención singular por parte de los estudiosos y tratadistas; quienes como quedó en principio anotado, al abordar el punto concerniente al concepto de delito, se preocuparon por la situación que presenta la pena de prisión y los derechos de las víctimas u ofendido por el delito; en virtud de lo cual fijaré mi atención en conocer las circunstancias que ha presentado en los sistemas

⁷⁶ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, Op cit., pág. 85-89.

judiciales modernos el derecho a la reparación del daño, así como las particularidades con que se enfrenta aquel que siendo inocente, es privado de su libertad; para saber si éste ha contado con algún medio legal para que le fueran resarcidos los daños y perjuicios ocasionados con tal reclusión.

En primer lugar, y atendiendo a las Escuelas Jurídico-Penales, enfocaré mi atención en la Escuela Positiva, en virtud de que esta surge y se desarrolla en esta etapa histórica de la Humanidad; asimismo, he de indicar que a diferencia de los clasicistas, ésta estuvo realmente constituida por un grupo de juristas, médicos, sociólogos, etc., que se adentraron en el estudio del delito y del delincuente; así como en establecer nuevas ideas y conocimientos dentro de las ciencias penales.

Respecto a la pena de prisión, la mayoría de los estudiosos coincidieron en que el delito era un hecho social y natural, donde el delincuente debe ser sometido a un tratamiento para su recuperación, por lo que la sanción debe buscar no sólo el aislamiento del individuo de la sociedad, sino la posibilidad de establecer sustitutivos penales tendientes a suprimir los factores que impulsaron a ese individuo a delinquir. De ahí, que se niegue por los positivistas la existencia del libre albedrío, pues en su concepto, lo que existen son diversas circunstancias (económicas, psicológicas, familiares etc.,) que llevan al individuo a cometer un ilícito (determinismo). ⁷⁷

Por otro lado, se busca cierta benevolencia en la pena de prisión, ya no el aislamiento seguido de la tortura o la oscuridad, en virtud de que se

⁷⁷ Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, Op cit., pág. 242-243.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pretenden desarrollar nuevas prisiones acordes con el humanismo que se expande en este momento histórico; dice Michel Foucault:

" En suma, se invierte el principio del calabozo: o más bien de sus tres funciones —encerrar, privar de luz y ocultar— ; no se conserva más que la primera y se suprimen las otras dos." 78

De esta manera se busca una mayor sobriedad en la aplicación de la pena de prisión, y con el transcurso del tiempo se ha pretendido su perfeccionamiento, incluso en la actualidad, pues " . . . el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación de fracaso debidamente establecido. La 'reforma' de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa. La prisión se ha encontrado desde el comienzo inserta en una serie de mecanismos de acompañamiento, que deben en apariencia corregirla, pero que parecen formar parte de su funcionamiento mismo; tan ligados han estado a su existencia a lo largo de toda su historia." 79

De lo transcrito, y con la finalidad de observar si a lo largo de esta etapa han existido figuras semejantes a la reparación del daño, para aquellos individuos que han sido injustamente reclusos en prisión, es de advertirse que en la generalidad esas personas no han tenido derecho alguno en su favor frente a su ilegal encarcelamiento, pues las Escuelas Jurídico Penales se han

78 Foucault, Michel, Op cit., pág. 203-204.

79 Idem. pág. 236.

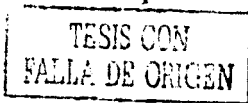
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

enfocado exclusivamente en el delincuente, las causas y efectos del delito en un lugar y momento determinado, tratando de desentrañar diversos aspectos físicos, sociales, psicológicos, etc., que llevan al individuo a cometer algún delito. Para el derecho penal de esa etapa, la finalidad es prevenir la aparición de nuevas conductas delictivas.

En este tenor, me permito hacer mención de diversos autores y tratadistas de esta época, entre los cuales destacan Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso, considerados como los evangelistas de la Escuela Positiva, cuyos estudios aunados a los de otros autores y corrientes han dado nacimiento a la llamada etapa científica del Derecho Penal, a la cual me referiré más adelante; regresando a las ideas de la escuela positiva, el delito es un ente jurídico, una acción humana entendida como un fenómeno humano, natural y social. La pena se constituye en un medio de defensa social frente al autor del hecho delictivo, y busca tratar y analizar al delincuente, el cual se identifica como el objeto de sus estudios a través del método inductivo experimental; mediante el cual se define el tratamiento y la pena que deberá de aplicarse específicamente a cada persona atendiendo a su peligrosidad; readaptando o segregando según sea el caso, pues la finalidad primordial de esta escuela, es prevenir la ejecución de nuevos delitos.⁸⁰

Esta escuela es omisa en adentrarse en la situación o derechos del inocente que injustamente es privado de su libertad, y pugna principalmente por la supresión de los factores que llevan al individuo a delinquir; por lo que no

⁸⁰ Cfr. Márquez Piñero, Rafael, Op cit., pág. 76-78.



se observa ningún avance en cuanto a intentar proteger o conceder algún beneficio al que indebidamente es privado de su libertad.

Las demás escuelas sustentadas por el pensamiento de autores como Alimena y Carnevale (Tercera escuela), Franz von Liszt (sociológica), y Manzini y Rocco (Técnica-jurídica), también fueron desarrollándose en esta época, y se encaminaron fundamentalmente a los métodos de investigación del delincuente, así como a las penas; entre sus fines se encuentra la prevención general y especial, pretendiendo también la readaptación de aquél. Sin embargo, poco o casi nada se habla de los derechos de aquellas personas que son injustamente privadas de su libertad; y en general esta situación pasa inadvertida dentro de los sistemas jurídicos modernos.

Por otro lado, y aunque en nuestra actualidad, tampoco se dice mucho sobre el tema, afortunadamente, es el derecho civil con conceptos como la responsabilidad objetiva del Estado, el cual continua en muchas cuestiones jurídicas dando la pauta para la evolución y perfeccionamiento del derecho.

Para la materia penal, el derecho civil contribuye para establecer en mi opinión los fundamentos legales que lleven al legislador a considerar la concesión de algún derecho en favor del inocente que sufre una injusta reclusión de su persona. Estos conceptos e ideas, según retomadas en el capítulo correspondiente, por el momento es suficiente con dejar en claro, que si bien existió en esta época una mayor benevolencia en la penas, erigiéndose la prisión como el máximo castigo en las naciones con tradición grecolatina (pues en otras con distinto de origen, la pena de muerte constituye la sanción más radical y grave) salvo limitadas excepciones y garantías procesales, el absuelto

en sentencia definitiva carece de derechos tendientes a resarcirle los daños y perjuicios que su encarcelamiento le produjo; por lo que sólo las víctimas u ofendidos por el delito continúan siendo los únicos beneficiarios del derecho a la reparación del daño en la legislación penal en general.

Todo lo anterior ha quedado enmarcado por lo menos hasta finales del Siglo XX, y después de éste período ha resurgido un nuevo interés por adentrarse en el estudio y desarrollo de la ciencias penales y en particular de la teoría del delito, por lo que esos eventos pueden identificarse con nuestra época contemporánea que enseguida me permito tratar.

2.4. ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.

Actualmente, como es bien sabido, en la generalidad de las naciones la legislación penal sólo considera como beneficiarios del derecho a la reparación del daño al ofendido o víctimas del delito en los términos que precisa cada una de sus propias legislaciones; empero, a mi parecer, este derecho debe también extenderse a aquellas personas que siendo inocentes son recluidas durante largo tiempo con las consecuencias que ello implica, lo cual, les perjudica en todos los aspectos de su vida; sin que exista mecanismo jurídico alguno que les conceda siquiera la posibilidad de ser resarcidos en algún sentido de las injusticias del sistema penal.

Quizá la atención que ha generado la víctima del delito no ha permitido atender en su real magnitud a las víctimas del sistema judicial, toda vez que en los últimos años se ha buscado proteger ante todo al ofendido por la

acción delictiva; los llamados derechos humanos parecen sólo estar dirigidos a los grupos desprotegidos o a quienes sufren el evento delictivo, pero existe un silencio sepulcral cuando se habla de los derechos que deberían de concederse al absuelto por la justicia; quien después de largo tiempo es declarado inocente sin que cuente con garantía o derecho alguno frente a los errores, la mala fe o negligencia que se hayan presentado en su proceso; pues tras su liberación . . . él cree, y la gente cree, e incluso los cultivadores de la ciencia del derecho creen que así el castigo ha llegado a su fin. Sin embargo, ésta es una de las tantas, quizá la más ingenua entre las ilusiones con las cuales se nutre el saber común e incluso el saber científico sobre el proceso penal. Para que el castigo haya terminado, convendría que el liberado pudiese retomar en la sociedad la posición de antes. Pero no es así porque la sociedad no olvida; incluso el Estado no le conciente olvidar. " 81 Toda vez, que el individuo: "No sólo durante la expiación, sino después de ella continúa encontrándose en un estado de inferioridad social. El certificado penal es la marca de tal inferioridad. " 82

Así las cosas, visto el panorama general del derecho a la reparación del daño en el devenir histórico de la Humanidad, así como la situación que vivió el inocente frente a un injusto encarcelamiento, es oportuno dirigir este mismo desarrollo histórico a nuestro país, con la intención de observar la evolución y circunstancias que se han presentado con respecto a estos mismos tópicos, para observar las semejanzas y particularidades que han revestido en nuestro sistema jurídico desde la época prehispánica hasta nuestros días.

81 Camelutti, Francesco, Principios del Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1971, pág. 354.

82 Idem. pág. 355.

CAPÍTULO TERCERO

LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MÉXICO

CAPÍTULO TERCERO. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MÉXICO.

3.1. Periodo Prehispánico.

En principio, he de manifestar que en lo concerniente a las culturas más antiguas del México Prehispánico, poco se sabe sobre sus aspectos jurídicos de régimen y organización, pues los datos en la mayoría de los casos son insuficientes ante la escases de fuentes directas; por lo tanto, ello no permiten realmente conocer a profundidad el sistema jurídico que prevaleció en las culturas que inicialmente habitaron nuestro país.

Por otra parte, "... la Historia Jurídica del indio precortesiano presenta grandes dificultades, comenzando porque la falta de escritura fonética o aun ideográfica de alguna extensión, hace que no tengamos textos legales propiamente dichos, sino que, así como los romanos del tiempo de Cicerón, sólo consultaban para historiar a su país los anales, así nuestros historiadores sólo consultan a los autores de la primera época de la Colonia, que recogieron la tradición oral, generalmente de boca de los antiguos sacerdotes, o bien la sacaron de pinturas o códices que se conservaron, según una interpretación también tradicional; pero tanto el conquistador como el misionero que hicieron ese trabajo y nos conservaron el valioso producto de sus investigaciones, se veían sujetos a una causa de error que aquellos no advertían y de la que no se cuidaban; su propia mentalidad, que los hacía encontrar semejanzas con cosas e ideas españolas, donde realmente no había ninguna. Otra de las dificultades proviene de que no hubo nunca unidad de instituciones o costumbres jurídicas

entre el gran número de pueblos de Anáhuac, pues aun que muchos de ellos estaban sometidos a los aztecas, éstos no hicieron valer su autoridad más que para el cobro del tributo."⁸³

En este sentido, respecto a las fuentes de información, el maestro Guillermo Floris Margadant, citando una edición del historiador Williams Gate, transcribe:

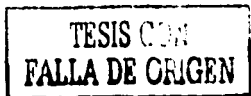
"La casi totalidad de los documentos mayas precortesianos fueron sacrificados por el ceño religioso de personas como el obispo Diego Landa. Sin embargo, son importantes, para nuestro estudio el libro de Chilam Balam de Chumayel, y la Crónica de Calkini."⁸⁴

Afortunadamente, como indica la anterior cita, existen –aunque limitados– testimonios de otras culturas del Anáhuac, que dejan muestra de una severidad moral en su sistema penal, y una notable cohesión política; ejemplo de ello, lo es la legislación de Texcoco, que imponía castigos muy severos, entre los que se encontraban la esclavitud, el destierro y la muerte; ésta última, era precedida de un gran sufrimiento, como el descortizamiento o la cremación en vida.⁸⁵

⁸³ Esquivel Obregón, Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo I, 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1984, pág. 6.

⁸⁴ Floris Margadant, Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Editorial Esfinge, México, 1990, pág. 18.

⁸⁵ Köhler, José, El Derecho Azteca, México, Escuela Libre de Derecho, México, 1924, pág. 57.



Un ejemplo de este rigor en el sistema penal, lo fue la cultura maya; la cual tenía un sistema penal severísimo; verbigracia, en el caso de delitos como el adulterio, el marido tenía la facultad de otorgarte el perdón o de que se le aplicará la pena de muerte a su cónyuge; asimismo, al violador se le aplicaba la pena capital mediante la lapidación; pero tratándose de menores de edad, éstos eran sancionados con la esclavitud.⁸⁶

En este momento histórico, dice el historiador Victor W. Von Hagen, aparece entre los mayas, lo que en mi opinión pudiera considerarse un antecedente prehispánico de la reparación del daño; mismo que consistía, en que ejecutado un delito de robo, se concedía en favor de la víctima el derecho de aplicar la pena de esclavitud al ladrón, con la finalidad de que esta situación perdurara hasta en tanto el delincuente no cubriera la deuda al ofendido.⁸⁷

De lo antes expuesto, es relevante que en un derecho relativamente primitivo, se concediera, aunque de forma exclusiva a las víctimas del delito mencionado, esta especie de reparación del daño a cargo del delincuente, evento que como indico, bien puede considerarse un antecedente del derecho a la reparación del daño en esta época prehispánica.

Empero, es fundamentalmente del derecho azteca, del cual existe un mayor información en cuanto al derecho penal, pues desde la llegada de los conquistadores " . . . generó una gran cantidad de documentos que se

⁸⁶ Cfr. Floris Margadant, Guillermo, Op. cit., pág. 21.

⁸⁷ Cfr. citado por Cruz Barney, Oscar, Op cit., Historia del Derecho en México, 1a. edición, Editorial Oxford, México, 1999, pág. 6.



convirtieron en fuentes para el estudio actual de dicho período."⁸⁸ Sin embargo, ya existía una codificación de este derecho gracias al trabajo del rey de Texcoco, Netzahualcōyotl, quien creó un cuerpo de leyes orientado a los jueces del reino, y del cual surgieron ochenta normas que se caracterizaron por la severidad de los castigos. Asimismo, el derecho de esta civilización se orientó en general con la costumbre, misma que estuvo íntimamente ligada a la religión.

89

Cabe mencionar, que en delitos como el adulterio y el asesinato, el derecho azteca permitió el perdón del ofendido, con la finalidad de atenuar la pena; o bien, en algunos casos, el castigo quedaba en manos del agraviado, a quien se le otorgaba la facultad de ejecutar la sanción.⁹⁰

El derecho azteca fue el más extendido en la capital México-Tenochtitlán y sus alrededores; en efecto, con la triple alianza, éste pueblo consiguió fortalecerse; pues incluso tenía la facultad de decidir quien sería el gobernante de las naciones aliadas. En este tenor, basta decir, que cuando llegaron los conquistadores, el dominio del imperio azteca abarcaba desde el océano pacífico hasta el Atlántico, pasando por el estado de Oaxaca hasta Yucatán; siendo sólo los tlaxcaltecas e indios de Huejotzingo, quienes lograron mantenerse alejados del sometimiento azteca.

⁸⁸ *Idem.* pág. 7.

⁸⁹ *Cfr. In Idem.*, pág. 23.

⁹⁰ Köhler, José, *Op. cit.*, pág. 58.

Con base en lo anterior, es indispensable observar la estructura del sistema penal azteca, pues fue el más próximo a la conquista, y del cual existe un mayor número de información.

En este orden de ideas, señala el distinguido maestro Guillermo Floris Margadant, que el derecho penal azteca " . . . era, desde luego , muy sangriento, y por sus rasgos sensacionalistas es la rama del derecho mejor tratado por los historiadores. La pena de muerte es la sanción más corriente en la normas legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue generalmente pintoresca y cruel. Las formas utilizadas para la ejecución fueron la muerte en hoguera, el ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palo, el degollamiento, empalamiento, y desgarramiento del cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes. A veces, la pena capital fue combinada con la de confiscación. Otras penas fueron la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que en realidad fueron lugares de lenta y miserable eliminación. Penas más ligeras, a primera vista, pero consideradas por los aztecas como una insoportable ignominia, fueron las de cortar o chamuscar el pelo. " 91

Para la aplicación de estas penas, era necesario entablar un procedimiento que justificara la aplicación de las mismas, siendo de observancia obligatoria para los encargados de administrar justicia, por lo que existieron diversos tribunales en razón del reino, el delito y la categoría del individuo. 92

91 Op cit., pág. 33.

92 Colln Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México, , pág. 27.

Respecto a la indemnización, esta sólo provenía de delitos como la riña y las lesiones. ⁹³ También, en similitud con el derecho maya, existía la esclavitud como sanción en determinados delitos, por lo que el indígena podía ser sometido a esclavitud por la comisión de algún delito, donde *"la restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales; así el que robaba en un templo, en un palacio o en casa particular, y rompía algo para lograrlo, salvo que devolviera el objeto robado o su valor, pasaba a ser esclavo del templo, del dueño del palacio o del particular."*⁹⁴

De lo visto hasta ahora, he de decir, que con respecto a los antecedentes de la reparación del daño en ese tiempo, el robo es quizá el único delito que en cierta forma concedía al ofendido el derecho a ser resarcido del daño causado directamente por el delito, pues en general, el derecho prehispánico se caracterizó por la severidad de las penas, donde advertimos una venganza de parte del ofendido y las víctimas del delito, pues éstos tenían facultades para perdonar o incluso ejecutar el castigo; por su parte, los procedimientos penales eran cortos y se observaba un gran rigor en su desenvolvimiento, debido a que las penas que se aplicaban con motivo de posibles irregularidades, implicaba en la gran mayoría de los casos la muerte.

De este modo, sólo en los casos mencionados existía una indemnización en favor del ofendido o su familia, lo cual podría considerarse un antecedente de la reparación del daño en este período; sin embargo, tal derecho sólo beneficiaba al ofendido o víctima del delito; por lo que no existió

⁹³ Cfr. Floris Margadant, Guillermo, Op. cit., pág. 33.

⁹⁴ Cfr. Cruz Barney, Oscar, Op cit., pág. 22-23.

mecanismo jurídico alguno que intentara proteger a aquellas personas que fueran absueltas en un juicio penal. Aunque cabe mencionar que el derecho azteca estableció el Tribunal del cihuacóatl y del tlatoani, donde se ventilaban los asuntos difíciles y dudosos, y donde este órgano jurisdiccional aplicaba la pena de muerte; por lo que el tlatoani cada 12 días presidía a los jueces de este Tribunal para resolver esos asuntos donde no existía la certeza sobre la comisión del delito.⁹⁵

Así las cosas, cuando no habla la seguridad de que alguien hubiera cometido el delito, el Tribunal del cihuacóatl periódicamente era presidido por el tlatoani para resolver esos asuntos. De ahí que este pudiera considerarse un importante esfuerzo por parte de la cultura azteca para rectificar o reconocer que podía presentarse el error en la aplicación de una sanción, quizá a una persona inocente.

Una vez vista la generalidad con que se desarrolló el derecho penal en la época prehispánica, es de concluir que sólo en determinados delitos como el robo existió en favor de las víctimas el derecho a ser resarcidas del daño, ya fuere con la devolución de la cosa, o bien con hacer esclavo al que hubiese cometido el delito, hasta que cubriera el monto del adeudo.

Finalmente, resulta importantísimo mencionar que el derecho azteca consideró la posibilidad de equivocarse en la aplicación de una sanción, en virtud de que periódicamente el Tribunal del cihuacóatl, presidido precisamente por el tlatoani, verificaba la existencia del delito y la culpabilidad

⁹⁵ Cfr. Cruz Barney, Oscar, Op cit., pág. 18.

del procesado, pues como es sabido este órgano de justicia aplicaba en general al responsable la pena de muerte. De ahí que pueda considerarse este evento como un antecedente primitivo del absuelto en sentencia; aunque en relación a la reparación del daño, sólo las víctimas u ofendidos por el delito tuvieron en los casos descritos el derecho a que les fueran resarcidos los daños ocasionados por el hecho delictivo.

Por ello, es conveniente pasar al análisis del periodo colonial en México para observar las características que rodearon al derecho penal que se aplicó en la Nueva España, con el propósito de encontrar alguna figura semejante a la reparación del daño, así como para verificar la situación en que se encontraba aquella persona que hubiera sido encontrada inocente de la comisión de algún delito.

3.2. Periodo Colonial.

En el periodo Colonial, nos dice el distinguido maestro Rafael Márquez Piñero, que se aplicó el derecho de los pueblos colonizados, siempre y cuando se ajustaran a las leyes de Castilla que se impusieron en toda la Nueva España; por lo que paulatinamente " . . . con carácter de derecho supletorio coexistía en las colonias todo el derecho de Castilla (adviértase que las fuentes de ambos ordenamientos eran comunes) que fue aplicado mediante diversas ordenanzas reales, incorporadas a la Recopilación de Indias (por ejemplo, la ley III, título II, libro, II). De esta manera, tuvieron vigencia y subsiguiente aplicación con el carácter ya señalado: el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de

Alcalá, las Ordenanzas reales de Castilla, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación." 96

En este sentido el maestro Castellanos Tena afirma:

" . . . la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas, y de azotes, todo por procedimiento sumario. " 97

De lo expuesto por el maestro Fernando Castellanos Tena, es evidente que la Colonia no quería otorgar muchos derechos en favor a quienes no fueran españoles, pues ello generaría una situación de igualdad legal que obviamente no convenía a los colonizadores, por lo que resulta lógico, que a través de estos procedimientos sumarísimos, en lo cuales se aplicaban penas excesivas a los supuestos delinquentes, se mantuviera el orden y el poder impuesto por la Corona Española.

Por su parte, el destacado historiador y maestro, Doctor Guillermo Floris Margadant enfatiza:

96 Márquez Piñero, Rafael, Op cit., pág. 61.
97 Castellanos Tena, Fernando, Op cit., pág. 44.

"Desde el comienzo del siglo XVI, dos corrientes se encontraron en México, y se amalgamaron con fuerte influencia de la más adelantada. La primera era una civilización neolítica, en su aspecto jurídico de carácter predominantemente azteca. La segunda, la civilización hispánica, quien fusionó en su derecho restos de postulados romanos, germánicos, normas canónicas, mucha reglamentación monárquica e incluso (cuando menos en la terminología) rasgos arábigos." 98

í

Evidentemente, fue la civilización hispánica la que gradualmente prevaleció en la Nueva España, con la consecuente descomposición de la cultura y sistema jurídico de los aztecas y demás pueblos por ellos sometidos; iniciándose así, por ejemplo, con los aliados tlaxcaltecas una evangelización de sus líderes, para poco a poco incorporarlos al sistema español.⁹⁹

De esta forma el sistema jurídico de los europeos se fue imponiendo al derecho indígena, aunque en principio se aceptaron sus usos y costumbres siempre y cuando no contravinieran la legislación española, así por citar un ejemplo, en *"la Recopilación de las leyes de los reinos de indias de 1680, publicada en 1681, se estableció que "... las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno (sic) y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Christianos (sic),*

⁹⁸ Op cit., pág. 37.

⁹⁹ Cfr. Cruz Barney, Oscar, Op. cit., pág. 24.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

í

y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen, y siendo necesario, por las presentes las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuere servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al nuestro, y á la conservación y policia Christiana (sic) de los naturales de aquellas Provincias, ¡no perjudicando a lo que tienen hecho, ni á las buenas y justas costumbres y Estados suyos." 100

En cuanto a las autoridades políticas, en primer lugar, se encontraba el virrey, el cual ante sus abusos y excesos fue limitado por la Audiencia; por lo que en el ámbito de la administración de justicia su campo de acción fue acotadísimo.

En materia penal, los casos más relevantes eran sometidos en principio a la Audiencia, la cual estaba integrada por personas de alta reputación, ello con la finalidad de proteger la integridad de este órgano de justicia, aunque todas sus resoluciones eran pronunciadas a nombre del virrey, quien sólo en algunos casos podía dar instrucciones para el caso concreto; 101 empero, las penas eran rigoristas, principalmente, aquellas que estaban dirigidas a los indígenas de la Nueva España; lo que obligó gradualmente a través de diversas disposiciones de las Leyes de Indias y las llamadas cédulas reales, a moderar las penas impuestas a los indígenas, pues para el caso de sanciones pecuniarias, éstos debían pagar el doble del daño ocasionado.

100 Citado por Cruz Barney, Oscar, Op cit., pág. 26.

101 Cfr. Floris Margadant, Guillermo, Op cit., pág. 70.



Por otra parte, el derecho canónico influyó el derecho penal impuesto por la corona, y aunque existieron ciertas garantías para el procesado como la libertad bajo fianza y la duración máxima de dos años del proceso, en general se trató de un derecho penal muy primitivo, donde el tratamiento y sanción dependía en mucho de la persona que se estuviera juzgando. En este tenor, se conjugaron las penas crueles con conceptos de pecado y delito, por lo que el suplicio y la tortura llegaron a formar parte de derecho penal en la Nueva España, donde la Iglesia juega un papel preponderante en las llamados ordalias o juicios de Dios; de entre los que destaca el consistente en el hecho de que la persona sujeta a proceso, sacara piedras de un recipiente con agua hirviendo, y minutos después su brazo y manos eran vendados, para finalmente esperar una señal de Dios, la cual se consideraba manifestada cuando transcurridos tres o cuatro días las quemaduras habían desaparecido, en caso contrario, el juicio se decidía en su contra.¹⁰²

En este mismo sentido, se admitieron los juicios contra la fe (delito de blasfemia), en los cuales la Inquisición tenía plena jurisdicción para dictar sus fallos.¹⁰³

A la Inquisición seguirla el Tribunal del Santo Oficio, el cual requirió a la población mayor de 12 años para que ante este Tribunal, hicieran públicamente el juramento de la fe, bajo la amenaza de excomulgarlos, y para el caso de autodenuncia, sólo se les aplicaba una ligera penitencia.¹⁰⁴ Aunque fue común también la confiscación de bienes. Por otra parte, el procedimiento de

¹⁰² Cfr. Citado por Cruz Barney Oscar, Op cit., pág. 59.

¹⁰³ Cfr. Floris Margadant, Guillermo, Op cit., pág. 132.

¹⁰⁴ Cfr. Cruz Barney, Oscar, Op. cit., pág. 322.

estos juicios, requerían en principio de tres denuncias de herejía para aprehender al sospechoso, y tenerlo bajo prisión totalmente incomunicado, pues las averiguaciones en estos procedimientos se seguían bajo un estricto secreto, que fue precisamente una de las características de estos procesos; incluso se recurrió a la tortura para obtener la confesión o bien, se hacían auxiliar por los llamados cautelas o embusteros, quienes eran colocados en la celda del sospechoso con la finalidad de obtener su confesión mediante la confianza que del indiciado consiguieran.

En los casos de ausencia del acusado, a éste se le citaba por edictos, declarándosele hereje si en un año no aparecía, en caso contrario, se le citaba para seguirle el procedimiento hasta dictarle sentencia. Por otra parte, si había presunción de herejía de parte de alguna persona se le citaba para rectificar el error, de lo contrario se le consideraba convicto.

Cabe mencionar que si este Tribunal demostraba que alguien ya fallecido había sido hereje, el proceso se seguía en contra de sus descendientes, y cuando no era posible la comparecencia de éstos, el juicio se seguía en rebeldía, condenándose al cuerpo del difunto a la exhumación y quema de sus restos, y de ser posible se procedía a la confiscación de sus bienes.¹⁰⁵

Entre las penas que aplicaba este Tribunal, el escritor Alberro Solange, señala las siguientes:

¹⁰⁵ Cfr. *Idem.* pág. 324-325.

I.- Las penitencias espirituales:

a) Orar en días determinados.

1°

b) La asistencia del sentenciado a misa pública revestido con insignias que lo identificaban como culpable y arrepentido de su delito y,

c) El adoctrinamiento.

II.- La cárcel perpetua o el trabajo en hospitales y conventos.

III.- Las sanciones pecuniarias

1°

IV.- El paseo público del reo, mientras se le azotaba y pregonaban sus delitos.

V.- El destierro.

VI.- Las galeras y,

VII.- La hoguera. ¹⁰⁶

1°

De lo hasta ahora expuesto, se advierte que en la época colonial, el derecho penal experimento los excesos de la Edad Media, lo cual constituyó

¹⁰⁶ Cfr. Citado por Cruz Barney, Oscar, Op cit., pág. 326.

un reflejo del sistema judicial que se vivía en España y en general en toda Europa; por lo que no es raro que este tipo de juicios y penas inusitadas y crueles se presentaran también en las tierras colonizadas. En cuanto a las penas pecuniarias, éstas sólo se aplicaban en favor del gobierno, pues las mismas consistían en multas según establecía el libro séptimo de las Leyes de indias, por lo que no existe dato alguno que haga constar la existencia del derecho a la reparación del daño; y mucho menos que existiera una protección para las personas inocentes que eran indebidamente privadas de su libertad.

Con el transcurso del tiempo " . . . España estableció para las Indias un derecho penal propio, en el cual, junto a las reglas aplicables a los peninsulares, se plasmaban principalmente preceptos concernientes a los aborígenes, con intención acusadamente tutelar. Empero, esta tendencia tutelar no cuajó aun en el código penal para los indios, publicado en México, para el reforzamiento de la campaña evangelizadora, más bien, estaba incluido en un expediente, del que se sacó el mandamiento relativo a los indios . . . "

¹⁰⁷Asimismo, las leyes de Indias mostraron " . . . prudencia e incluso su muy avanzado sentido de política social y criminal, pues en una de esas leyes, concretamente la de 1621, llegó a consignarse que la mejor actividad gubernamental consiste en prevenir el delito, en vez de castigarlo después de su comisión. Sin embargo, este es el lado positivo, pues frente a él es de honestidad insoslayable señalar que estos preceptos, tan elogiados, fueron leyes vigentes pero no cumplidas; . . . " ¹⁰⁸

¹⁰⁷ Márquez Piñero, Rafael, Op cit., pág. 62.

¹⁰⁸ Idem. pág. 62-63.

En tal virtud, es fácil comprender el descontento social que fue acumulándose durante el período colonial, pues aunque las leyes fueran justas o por lo menos condescendientes con los indígenas y demás castas oprimidas, la realidad demuestra que el dominio español se extendió igualmente al ámbito del derecho penal, incluso los criollos, ya comenzaban a manifestarse por el trato distinto que recibían de parte del gobierno español, aspecto que se traduciría en adelante, en un detonante más de la guerra de independencia.

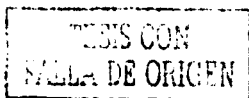
Por otro lado, *"Los acontecimientos peninsulares tuvieron gran repercusión en la Nueva España. Las abdicaciones de los reyes en favor de Napoleón hicieron surgir las cuestiones de qué hacer para llenar el vacío de poder que éstas representaban."* ¹⁰⁹ Por otra parte, como indique, el grupo de criollos, *"es decir, el español de pura sangre, nacido en la Colonia, llegó a ser numeroso, rico y culto, más culto muchas veces que el español peninsular. Y reclamó un puesto o aun todos los puestos en el gobierno de su propio país. La demanda era justa. España se resistió a satisfacerla, sin negar el principio, alegaba la condición misma del criollo; "* ¹¹⁰ pues la corona consideraba que el *"criollo se encontraba así en un estado mental anárquico. Tal era la alegación de España."* ¹¹¹

En resumen, en lo concerniente a la reparación del daño en materia penal, la legislación de la época sólo aplicó penas pecuniarias consistentes en multas que eran enteradas exclusivamente al gobierno de la Nueva España.

¹⁰⁹ Cruz Barney, Oscar, Op cit., pág 503.

¹¹⁰ Esquivel Obregón, Toribio, Op cit., pág. 4.

¹¹¹ Idem. pág. 4.



Tampoco existe testimonio alguno de que al autor de un delito se le condenara al pago de la reparación del daño en favor de la víctima u ofendido; mucho menos existen antecedentes que indiquen que el procesado tuviera alguna garantía o derecho en caso de ser encontrado inocente del ilícito; sobre todo porque durante la Colonia no existió ~~expresó~~ un código o legislación procedimental que tratara lo relativo a estas cuestiones; a mayor abundamiento, las facultades de los jueces o religiosos, ya fuere que se trataran de juicios del orden común o del fuero religioso, eran ilimitadas, por lo que los excesos eran comunes.

Por otro lado, respecto al último sistema de administración y división territorial que se aplicó en la Nueva España, se encuentran las intendencias, las cuales fueron tomadas del sistema que se constituyó durante el reinado de Luis XIV en Francia. El intendente no ~~era~~ otra cosa que un comisario del monarca que representaba a la Corona, y que tuvo funciones de administración, justicia, etc., en la provincia correspondiente.¹¹²

Una vez iniciada la guerra de Independencia en la madrugada del 15 de septiembre de 1810 por Don Miguel Hidaigo y Costilla con el apoyo de los demás caudillos insurgentes, diversos autores coinciden en que la legislación castellana junto con la dictada para los indígenas permaneció vigente, y a su vez, se crearon otras normas aisladas con el fin de evitar la expansión del conflicto armado. Estas nuevas disposiciones reglamentaron lo relativo a la portación de armas, el consumo de bebidas alcohólicas, el robo, la mendicidad y

¹¹² Cfr. Cruz Barney, Oscar, Op. cit., pág. 495-496.

el asalto; con la finalidad primordial de someter los ánimos independentistas.

113

En este momento de lucha, es evidente que no existe un real avance en la legislación penal, pues en general se intenta por parte del virrey preservar aquella que perduró durante la colonia; siendo obvio que la pena de muerte por la comisión de diversos "delitos", sirvió mas bien de arma contra el levantamiento armado de la población, mismo que finalizaría el día 28 de septiembre de 1821, con la proclamación de la independencia de México. Etapa en la historia de nuestro país que enseguida me dispongo a tratar para conocer el desarrollo del derecho penal mexicano propiamente dicho, así como para conocer la situación que presenta la pena de prisión y la reparación del daño en relación con absuelto en un proceso penal.

3.3. Período del México independiente.

Concluida inicialmente la guerra de independencia, muchos juristas mexicanos optaron por la creación de nuevos cuerpos legales, que fueran sustituyendo al derecho de Castilla, pues las leyes hasta antes existentes habían sido expedidas por el colonizador y no tenían cabida en la nueva nación mexicana, empero, habría que decir que nuestros legisladores basaron en mucho las nuevas disposiciones en la Constitución de Cádiz de 1812, en virtud de que la misma tuvo avances significativos en distintos aspectos; en materia penal, destacó la abolición del tormento, la supresión de los azotes y la

¹¹³ Cfr. Castellanos Tena, Fernando, Op cit., pág. 45.

utilización de la horca en lugar del garrote para la ejecución de la pena de muerte. En materia adjetiva penal se implementaron diversas garantías en los juicios criminales tendientes a establecer un marco procesal de mayor rapidez y menos vicios, con la finalidad de procurar mayor legalidad en las resoluciones judiciales; asimismo, se prohibieron los apremios, el tormento, las penas trascendentales y el calabozo subterráneo; penas todas ellas que fueron aplicadas durante la Colonia.¹¹⁴

Efectivamente, de las reformas propuestas en esta Constitución se tomaron diversos aspectos para incorporarlos en este caso al naciente sistema penal mexicano, toda vez que haber pretendido su exacta aplicación hubiera generado una anarquía jurídica, tanto para la interpretación como la praxis de la misma, en virtud de que diversas disposiciones atendían al modelo español, así por ejemplo, aunque en esta Constitución no se mencionaba a virreyes, sino a jefes de provincia, lo cierto es que bajo tal ambigüedad eran únicamente las intendencias españolas los órganos de gobierno sobre dichas provincias, que además se constituyeron en una extensión de poder del virrey dentro de la Nueva España.¹¹⁵

De esta manera, aún bajo un clima de bullicio político y social, y ante una grave condición económica, en 1821 se realizó como primer intento por ordenar al país la llamada Junta Provisional Gubernativa que en teoría debía establecer el primer congreso nacional, empero, debido a las presiones principalmente de los conservadores, se terminó por designar a Agustín de

¹¹⁴ Cfr. Cruz Barney, Oscar, Op cit., pág. 574.

¹¹⁵ Cfr. Esquivel Obregón, Toribio, Op cit, Tomo II, pág. 63.

Iturbide como primer Emperador de México, lo cual desencadenó el descontento de los liberales, quienes inmediatamente fueron reprimidos por el nuevo monarca, quien decidió encarcelar a varios de sus enemigos políticos. No fue sino hasta 1823 con el levantamiento armado de Antonio López de Santa Ana que se avivó la idea de constituir en México una república. ¹¹⁶

Tras la caída del Imperio, Guadalupe Victoria asumió la presidencia, pero tras la desorganización política y social y ante las diversas disputas internas por el poder, no existió realmente un trabajo legislativo consistente en esta etapa. Así para el año de 1843, habiendo ya pasado por la presidencia Manuel Gómez Pedraza, Vicente Guerrero, Anastasio Bustamante y Antonio López de Santa Ana, puede afirmarse que persistió la codificación sustentada en la Constitución de Cádiz, que dejó de lado los aspectos procesales, lo cual explica que aún en la actualidad España carezca de legislaciones procedimentales propiamente dichas.

En el ámbito del derecho civil, fue entre 1827 y 1829 que el Estado de Oaxaca promulgó el primer Código Civil durante el federalismo, tal legislación tuvo vigencia hasta el año de 1837, cuando se adoptó el sistema centralista. En materia penal, como se ha mencionado la legislación estuvo basada en la Constitución de Cádiz de 1812, en donde además de los avances mencionados quedaron también abolidos diversos fueros, subsistiendo sólo el militar y el eclesiástico hasta las reformas que en su oportunidad efectuaría el presidente Benito Juárez durante su mandato. En cuanto a garantías procesales se establece la información sumaria previa para que el indiciado fuera puesto a

¹¹⁶ Cfr. Cruz Barney, Oscar, Op. cit., pág. 514.

disposición del juez mediante mandato por escrito, asimismo, se adoptó la flagrancia como excepción a la investigación sumaria previa, la cual puede considerarse como el antecedente en México de la averiguación previa. Por otro lado, en cuanto a las penas, en general se proscribieron las penas crueles y trascendentales; pero no fue sino hasta 1871 que se tuvo una legislación penal sustantiva (aunque fue local) en forma.¹¹⁷

El maestro Rafael Márquez Piñero citando al profesor Carrancá, respecto al establecimiento de un orden legal en el país precisa:

*" No obstante la necesidad de establecer un orden, el Estado impuso una reglamentación para muchas actividades, por ejemplo, portación de armas, ingestión de bebidas alcohólicas, vagancia, mendicidad, organización policial (con la creación de la policía de seguridad), procedimiento militar contra los salteadores de caminos, turnamiento diario de jueces de la ciudad de México, reglas para la substanciación de las causas y determinación de las competencias, ejecución de sentencias por el Ejecutivo reglamentación carcelaria, facultad de indulto por el Poder Ejecutivo, etcétera."*¹¹⁸

De lo arriba anotado, es lógico que la labor legislativa en un inicio fue dispersa y confusa ante la apremiante necesidad de establecer un cierto

¹¹⁷ Cfr. Idem. pág. 574.

¹¹⁸ Citado por Márquez Piñero, Rafael, Op. cit., pág. 63.

orden legal en el país, siendo con diversos bandos expedidos incluso en 1824 que se organizaba a la policía y se decretaban disposiciones con respecto al robo, la mendicidad o el uso de armas. ¹¹⁹

En materia federal, es precisamente con la Constitución de 1824 que principia la tradición constitucional en nuestro país; sin embargo, en materia penal no hubo elementos para una real codificación sustantiva, incluso para 1857 no existió un cuerpo legal único que tratara la materia, y aunque hubo leyes vigentes como el Código Penal de Veracruz de 1853, éste tuvo como base el código español de 1822, donde ya se incluan las medidas de seguridad dentro del catálogo de penas. Más tarde el Código Penal de Corona de 1869 (también veracruzano) estableció el sustentó sobre el cual surgiría el Código Penal de 1871 que fue inspirado en el pensamiento doctrinal de la época, destacando entre sus innovaciones la libertad preparatoria, las medidas de seguridad (que ya contenía el código de 1835), en este código la pena atiende al daño causado por el evento delictivo, asimismo, en la línea clásica se estableció la proporcionalidad de la pena, la clasificación de ésta y su graduación de acuerdo a la participación en el evento delictivo; igualmente, se toma la clasificación de delitos graves y leves precisando en cada uno de ellos la pena aplicable. ¹²⁰

Por otra parte, la legislación civil fue la primera que en año de 1870 incluyó la reparación del daño patrimonial en los artículos 2108 y 2109 del

¹¹⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., pág. 77.

¹²⁰ Idem. Pág. 78.

Código Civil para el Distrito Federal, y cuyo concepto según el maestro Manuel Borja Soriano desde entenderse de la siguiente forma:

"Se entiende por daño lo que los antiguos llamaban daño emergente, es decir, la pérdida que sufre una persona en su patrimonio. Se reputa perjuicio lo que antiguamente se llamaba lucro cesante (véanse Arts. 1464 y 1465). Algunas veces empleando ya la palabra daño, ya la palabra perjuicio, se quiere designar con una sola de ellas los dos conceptos que acabo de expresar: "¹²¹

De lo expuesto por este reconocido autor mexicano, es de señalar que si bien se intenta utilizar una u otra palabra (daño y perjuicio) como equivalentes, en mi opinión ello resulta un error, pues como lo he dejado anotado en el capítulo primero de este trabajo cuando trate lo relativo al daño y al perjuicio, se esta en presencia de dos conceptos totalmente distintos que comprenden ya sea un daño patrimonial, ya la privación de una ganancia lícita.

De este modo, nos es admisible querer utilizar estos dos términos para identificar a uno sólo o viceversa, pues incluso la legislación civil establece los conceptos y alcances de estas dos figuras.

¹²¹ Citado por Ochoa Olvera, Salvador, La Demanda por Daño Moral, 2a. edición. Editorial Montealto, México, 1999, pág. 2.

Por otra parte, en materia penal con el mencionado Código de 1871, principia en el Distrito Federal la actividad legislativa propiamente dicha del derecho penal sustantivo. En sentido la maestra Irma Griselda Amuchategui Requena expone:

"Por cuanto hace a la materia penal, lo más sobresaliente llegó a ser la expedición de los códigos penales, que fueron en orden cronológico, los siguientes:

a) *Código Penal para el Estado de Veracruz, puesto en vigor en 1869.*

b) *Código Penal de 1871, conocido como Código de Martínez Castro vigente hasta 1929 y con la influencia de la escuela clásica.*

c) *Código Penal de 1929, conocido como Código de Almaraz vigente hasta 1931 y con la influencia de la escuela positiva.*

ch) *Código Penal de 1931, vigente y aplicable en el Distrito Federal en materia común, así como en toda la República en materia federal. La comisión redactora la integraron Alfonso Teja Zabre, Luis Gamido y Ángel Ceniceros, entre otros destacados*

juristas. Este Código mantiene una postura ecléctica." 122

1

Habría que agregar que el Código Penal de 1871 estuvo a cargo de una comisión designada desde 1867 por el presidente Benito Juárez una vez que fueron vencidos los intentos imperialistas de Maximiliano de Habsburgo.¹²³

De este modo, el Código Penal de 1871 permaneció vigente hasta el gobierno de Porfirio Díaz, y aunque sufrió diversas modificaciones; en realidad las bondades de la ley no eran debidamente cumplidas por los órganos judiciales. por otro lado, la Iglesia volvió a enfocar sus esfuerzos en crear un ambiente de abnegación de parte del pueblo, para que de esta forma pudiese prolongarse en definitiva la dictadura impuesta por Porfirio Díaz. De ahí que esta etapa se caracterizó por las injusticias para los nacionales, frente al apoyo que los extranjeros recibían de la dictadura, evento que acentuó por un parte el descontento popular, asimismo, la diferencia de clases se incrementó y realmente fue reduciéndose a dos: ricos y pobres. En este momento surgen personajes como Ricardo Flores Magón que comienzan a expresar diversos reclamos de carácter laboral y agrario, debido a que estos dos grupos sociales en particular sufrieron las amenazas y represiones violentas del gobierno porfirista.¹²⁴

Esa situación parecía tener solución con el retiró de la presidencia que el propio dictador había declarado efectuar para el año de 1910, pero para

¹²² Op cit., pág. 13.

¹²³ Márquez Piñero, Rafael, Op. cit., pág. 64.

¹²⁴ Cfr. Floris Margadant, Guillermo, Op. cit., pág. 198-200.

1

"sorpresa" del país decide reelegirse; evento que como se advierte motivó el levantamiento armado de 1910, que imposibilitó la continuidad del trabajo legislativo en general.

En este momento es claro que la actividad legislativa se detuvo por el movimiento armado de 1910, sin embargo, como me dispongo a tratar la reparación del daño contemplada desde el Código Civil 1870, luego en el de 1884, sentaría las bases para que el legislador considerara incluir este derecho en el ámbito del derecho penal.

Así las cosas, salvo algunas modificaciones al procedimiento penal, o las concesiones hechas a la clase obrero-campesina, en general la situación legal permaneció sin mayores cambios; asimismo, con el levantamiento armado se impidió la continuidad del trabajo legislativo; empero, una vez concluido éste se establecerían las bases políticas, sociales y jurídicas sobre las cuales descansa hoy nuestro sistema legal, político y social.

3.4. La Revolución mexicana.

El distinguido maestro Guillermo Floris Margadant, afirma que durante la revolución mexicana existió una legislación progresista, que en mi opinión se debió más al interés de conservar el poder por Porfirio Díaz que a la convicción real por mejorar las condiciones de injusticia que habían sido fomentadas por el propio dictador. En este sentido, las modificaciones legislativas iban dirigidas en principio a la clase obrero-campesina. Ejemplo de ello lo fue la legislación de 1914 que se estableció en Tabasco, la cual concedía

a la clase trabajadora entre otras cosas: la cancelación de sus deudas y la fijación de una jornada máxima de trabajo. Posteriormente, también otras ramas del derecho sufrieron modificaciones, tal es el caso de la legislación familiar que introdujo el divorcio (1914), también se reformaron artículos del Código Civil correspondientes a la materia familiar (1915), que finalizó con el establecimiento de la Ley de Relaciones Familiares (1917), que sería integrada al Código Civil de 1928. En el Derecho Penal destaca la tipificación de los llamados delitos contra la independencia y seguridad de la Nación, resultando extraña y por demás ilegal la inclusión como delito penal de la huelga, lo cual generó descontento en el estado de Coahuila donde se tipificó tal derecho laboral como delito.¹²⁵

Con motivo del movimiento revolucionario, Porfirio Díaz se vio obligado a salir del país; mientras que con el triunfo de Francisco I. Madero y José María Pino Suárez en la capital, parecía iniciarse una etapa democrática en el país; sin embargo, Victoriano Huerta apoyado por diversos líderes políticos y militares asumiría el poder una vez que se tuvo noticia del asesinato de Francisco I. Madero y José María Pino Suárez.

Es en ese momento el gobernador de Coahuila, Venustiano Carranza se alza en armas contra Huerta, y pugna por el restablecimiento de la Constitución de 1857. Situación que en el año de 1914 inicia su camino con el derrocamiento de Victoriano Huerta del poder; quedando el país bajo el mando del Ejército Constitucionalista encabezado por Venustiano Carranza, quien debió conciliar con los diferentes líderes revolucionarios como Emiliano Zapata y

¹²⁵ Op. cit., pág. 204-206.

Francisco Villa para poder cumplir con las expectativas revolucionarias en el gobierno provisional a su cargo. ¹²⁶

Así las cosas, el primer jefe convocaría al Congreso Constituyente en la ciudad de Querétaro, donde entregaría su proyecto de Constitución Reformada para su discusión y aprobación. De esta manera una vez efectuadas las modificaciones al proyecto del primer jefe, se sentaron las bases sobre las que se promulgaría una nueva Constitución. En este sentido el maestro Felipe Tena Ramírez indica:

... por lo que se le llamó Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de Febrero de 1857. Es decir, es una Constitución que reformó a otra Constitución. ¹²⁷

Por su parte el maestro Guillermo Floris Margadant, explica que una vez que entró en vigor la Constitución del 1917, así como el mandato de Venustiano Carranza, éste consolidó su poder en los siguientes años, en los que fue eliminando a sus enemigos políticos; Emiliano Zapata sería asesinado en 1919, en contraste, el general Francisco Villa se había convertido en hacendado fuera del ambiente político y militar del país. Pero el pueblo en general poco a poco se sintió descontento con el régimen de Carranza; por lo que para el año de 1920 el primer jefe, debilitado, desgastado; en camino del exilio, fue finalmente asesinado. ¹²⁸

¹²⁶ Cfr. Op. cit., pág. 624-626.

¹²⁷ Citado por Cruz Barney, Oscar, Op. cit., pág. 626.

¹²⁸ Cfr. Op. cit. pág. 209.

En esta etapa es claro que la legislación penal obtuvo grandes avances, pues con la Constitución de 1917 se establecieron las garantías de los indiciados y procesados en el artículo 20 constitucional, asimismo, resulta relevante la figura del indulto y la amnistía; sobre las cuales resuelve el poder Ejecutivo o el Legislativo respectivamente. Cabe mencionar que para el presente estudio la figura del indulto resulta interesante en tanto que por su conducto se busca conceder una gracia a una persona determinada; sin embargo, como precisa el destacado constitucionalista Felipe Tena Ramírez, el indulto no obedece a la discrecionalidad del Ejecutivo, sino que debe de sujetarse en nuestro caso a los dispuesto por los artículos 96 y 97 del Código Penal para el Distrito Federal; mismo que procede cuando del análisis del asunto se acredite por ejemplo, la inocencia de un condenado en la comisión de un delito.¹²⁹

En este tenor, he de señalar que el indulto es considerado por muchos como un reconocimiento de inocencia. En mi opinión, tal afirmación no es adecuada, en virtud de que el indulto puede atender a diversas causas, entre las que destacan los errores judiciales o incluso los servicios que en favor de la nación haya realizado el condenado, asimismo, puede obedecer a situaciones políticas y sociales en un momento determinado. De ahí que la figura del indulto no puede considerarse en estricto sentido como un reconocimiento de inocencia. A mayor abundamiento, tal determinación del Ejecutivo no afecta la sentencia judicial que se ha dictado por el órgano jurisdiccional competente; es

¹²⁹ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 33a. edición Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 474.

decir, no se afecta el principio de la cosa juzgada; por ello, este punto merecerá ser tratado más adelante, debido a que la misma se encuentra íntimamente ligada con el presente trabajo. Por el momento basta con lo aquí anotado para tener una idea de esta figura dentro de nuestro sistema legal.

De este modo, es pertinente recordar que el Constituyente de 1917 amplió también las reformas en cuanto al procedimiento penal mexicano, de entre éstas destacan las concernientes a los artículos 14, 16, y 21 constitucionales, pilares del procedimiento penal en nuestro país que fueron orientados a terminar con los sistemas inquisitivos y arbitrarios de las autoridades judiciales, por lo que quedaron proscritas toda forma de incomunicación o tortura, se reconoció la importancia del derecho de defensa y la libertad bajo fianza en ciertos casos. Con respecto al artículo 21 de la ley fundamental se buscó una verdadera organización del Ministerio Público para otorgarle la importancia debida sin dejar de lado a la libertad individual como el valor primordial a tutelar en los procedimientos penales.¹³⁰

Con la llegada de Álvaro Obregón al poder "... comienza la fase del México moderno, producto de su revolución, pero también una fase caracterizada por las tentativas de suavizar ciertas esperanzas radicales que esta revolución había transmitido a la Constitución de 1917."¹³¹ Etapa que será tratada en el siguiente punto como parte de la historia del México postrevolucionario hasta nuestros días.

¹³⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio, Op. cit., pág. 109.

¹³¹ Floris Margadant, Guillermo, Op. cit., pág. 209.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como puede advertirse la legislación penal avanza en la consolidación de garantías procesales, sobre todo por su inclusión en artículos constitucionales que hasta la fecha son pilares fundamentales de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, por otra parte, es de reconocer que en cuanto al absuelto y sus derechos no existe nada en concreto, y en lo relativo a la reparación del daño, la misma sólo se encuentra contemplada para la víctima u ofendido por el delito.

3.5. México postrevolucionario hasta nuestros días.

Tras la revolución mexicana y la promulgación de la Constitución de 1917, es evidente que inició una acumulación de poder por parte de la Federación frente al detrimento de las facultades de los estados, con lo cual fue desarrollándose un centralismo administrativo, político e inclusive judicial, baste observar que la última y máxima decisión judicial sustentada en el juicio de amparo, no es otra cosa, que el establecimiento de una dependencia de los estados frente a la Federación.

En cuanto a la actividad codificadora del derecho penal sustantivo señala el maestro Francisco Pavón Vasconcelos:

"De nueva cuenta a partir de 1925 se designa, por el Sr. presidente de la República, una nueva comisión que en 1926 queda definitivamente integrada por José Almaraz, Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, y Manuel Ramos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estrada, misma que concluyó sus trabajos, y el Presidente Emilio Portes Gil, en uso de sus facultades concedidas por el congreso, expide el Decreto de 9 de febrero de 1929, dando vida legal, el 30 de septiembre del mismo año, al Código Penal de 1929, conocido como código de Almaraz, el cual consta de 1228 artículos, sin contar los transitorios, que se agrupan en tres libros precedidos de un título preliminar, los que se ocupan de: Principios generales; Reglas sobre responsabilidades y sanciones (primero); De la Reparación del daño (segundo), y De los tipos legales de los delitos (tercero) . "132

Como se advierte, en el Código Penal de 1929 la reparación del daño se contiene en el libro segundo de este cuerpo legal, empero, no existió durante la expedición de los códigos penales ninguna disposición que tratara lo relativo al absuelto en sentencia definitiva y mucho menos la posibilidad de concederle algún derecho de resarcimiento frente a un indebido encarcelamiento. No obstante lo anterior, como renglones atrás deje establecido quizá la figura del indulto contenida en la Constitución de 1917 fue la única alternativa para que estas personas vieran por lo menos reducida su sanción; pero la realidad es que no existió garantía ni derecho alguno para estos individuos frente al error, la negligencia o los abusos del sistema judicial; pues como lo indique el indulto procede en casos muy esporádicos, y no puede ser considerado como un reconocimiento de inocencia, pues para ello debe existir

132 Op. cit., pág. 79.

una resolución judicial que así lo determine, de lo contrario, sólo esta en presencia de una facultad del Ejecutivo que de ninguna manera modifica la decisión jurisdiccional.

En materia procedimental penal destacan los códigos de 1880, 1894 y en particular el de 1929, denominado en ese entonces Código de Organización, Competencia y Procedimientos en materia Penal, al cual seguiría el código de 1931 que ante todo se ajustó al recientemente expedido Código Penal para el Distrito Federal del mismo año, y el cual sigue vigente en la actualidad. ¹³³

En la fase moderna de México, Plutarco Elías Calles se consolida como el principal líder político, Obregón había sido asesinado en 1928, debido a lo cual "... tres presidentes se suceden, relativamente dependientes del jefe máximo --aunque probablemente es algo exagerado hablar de 'la fase de los tres peleles'-. Estos tres presidentes fueron Portes Gil (1928-1930), Pascual Ortiz Rubio (1930-1932) y Abelardo Rodríguez (1932-1934), el opulento 'amigo de los pobres', que conservó el orden en parte gracias a sus 'camisas doradas'. El árbitro político, Calles, entretanto había creado el Partido Nacional Revolucionario (1929), actualmente llamado el Partido Revolucionario Institucional (PRI), ... " ¹³⁴

Con lo antes descrito, es de advertirse que el poder de Plutarco Elías Calles se impuso en la vida política nacional, lo cual le permitió también

¹³³ García Ramírez, Sergio, Op. cit., pág. 109-110.

¹³⁴ Floris Margadant, Guillermo, Op. cit., pág. 211.

crear y encaminar la larga y peculiar historia del PRI y del sistema electoral en México; el cual no obstante las críticas recibidas, a mi parecer permitió también en gran medida la paz social en el país ante tantas pugnas internas que con anterioridad se habían presentado.

En cuanto al derecho penal, subsistía aún el Código Penal de 1929 creado por José Almaraz Harris, el cual sin embargo, fue objeto de duras críticas por su falta de técnica jurídica, pues como indica el maestro Rafael Márquez Piñero:

"Era un código de corte positivista, muy deficiente técnicamente, del cual los mexicanos José Ángel Ceniceros y Luis Garrido manifestaron que su entrada en vigor reveló hallarnos en presencia de una obra de gabinete, que adolecía de graves omisiones, de contradicciones evidentes, de errores doctrinales, y, en resumen, de difícil aplicabilidad. Para Carrancá, el mérito principal del código de 1929 es el haber facilitado el advenimiento del código de 1931 y con ello la derogación de los textos de Martínez Castro y la apertura de las modernas corrientes del derecho penal en la República." 135

Efectivamente, tal situación motivó que el presidente Emilio Portes Gil designara una comisión revisora del texto de dicho código, misma que

135 Op. cit., pág. 65.

concluiría sus trabajos hasta el año de 1931, fecha en la que el presidente en turno ingeniero Pascual Ortiz Rubio promulgó este código, el cual actualmente sigue vigente, empero, desde hace varios años se ha tenido la intención de elaborar un nuevo código penal para el Distrito Federal ante las innumerables reformas y parches que ha sufrido durante su vigencia. ¹³⁶

De lo hasta ahora visto, he de señalar que el Código Penal para el Distrito Federal de 1931, que aún nos rige, si bien merece ser sustituido por otro ordenamiento legal nuevo, en primer lugar, se debería determinar o estructurar la orientación que va seguir dicho ordenamiento, debido a las distintas concepciones que inclusive existen entre nuestros tratadistas.

Por otra parte, el distinguido maestro Guillermo Floris Margadant indica que al lado de la humanización del derecho penal en México, ". . . se intento humanizar nuestro sistema penitenciario, como se nota en la reforma constitucional publicada el 23 de febrero de 1965 (prisión preventiva), la modificación del Código procesal penal federal (1968: libertad provisional bajo protesta), y la de los Códigos procesales penales federal y distrital (1971) en relación con la condena condicional. Pero las reformas más importantes al respecto ha sido la expedición de las normas mínimas sobre la readaptación de los sentenciados y la modernización de los Códigos penales federal y distrital en relación con estas mismas normas, en 1971. A la readaptación de menores infractores se refieren las normas especiales, publicadas el 2 de agosto de 1974, (el legislador federal no tuvo competencia para expedir estas normas

¹³⁶ Idem. pág.66.

para toda la República, pero afortunadamente ya han sido incorporadas en el derecho de las entidades federativas). " 137

Finalmente, habría que reconocer, que aún ante las diversas reformas y modificaciones que se han hecho a nuestro actual código penal desde su promulgación, lo cierto es que durante ese tiempo (1920-1982) " la falla de carrera judicial, la total discrecionalidad del Ministerio Público en cuanto a la decisión de no consignar y de archivar la denuncia, --a cuyo respecto el amparo no procede--; la corrupción, sobre todo a nivel del Ministerio Público, la falta de un casillero judicial nacional; y --en parte resultado de lo anterior-- un alto grado de impunidad. " 138 Circunstancias que a su vez han generado una desconfianza hacia las autoridades encargadas de procurar justicia.

Debido a lo anterior, el legislador se ha dado a la tarea persistente de efectuar una serie de reformas jurídicas en diversas áreas y ámbitos de nuestra legislación, tendientes en el caso del Derecho Penal a encontrar mayores mecanismos de control del delito y sus autores, no obstante dignos esfuerzos, tales adiciones, derogaciones, etc., no han sido suficientes, en gran parte debido a las circunstancias arriba citadas, en virtud de que todas ellas persisten aún en nuestro sistema legal; por lo que cualquier reforma no bastara mientras no se ataquen debidamente los puntos mencionados.

Otro problema que observo en nuestra legislación como lo he indicado, lo es su ambigüedad en cuanto a la teoría del delito, pues no es claro

137 Op. cit., pág. 245.

138 Idem. Op. cit., pág. 246.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el sistema que adopta nuestra legislación penal sustantiva, que para muchos es ecléctica y no se encuentra debidamente definida su postura.

Efectivamente, como indica la maestra Irma Griselda Amuchategui

Requena:

*"En la actualidad, la legislación penal mexicana conserva rasgos de la escuela clásica en algunos preceptos y de la positiva en otros, aunque puede precisarse que el Código de 1871 manifestó una fuerte influencia de la clásica, el Código de 1929 de la positiva y el de 1931 (vigente) adopta una postura ecléctica."*¹³⁹

Tal situación también ha alcanzado al procedimiento penal mexicano, pues tras modificaciones sustantivas, de igual manera se adecua el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal para hacer factibles tales reformas.

En resumen, la realidad del absuelto ha pasado inadvertida por nuestra ley sustantiva penal, siendo sólo la víctima u ofendido por el delito quien es susceptible de la reparación del daño; de igual manera aunque con deficiencias, la legislación adjetiva intenta dar viabilidad a este derecho que debería de ser extendido a las víctimas del sistema de la procuración o administración de justicia.

¹³⁹ Op cit., pág. 10.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En este orden de ideas, es necesario y obligado conocer el desenvolvimiento y situación actual de nuestro Procedimiento Penal, para estar en aptitud de efectuar las observaciones que pudieran mejorarlo; encaminando mi estudio sobre todo con el interés de establecer los parámetros y directrices sobre las cuales pueda fundamentarse y justificarse la inclusión de este derecho en favor de aquellos que en prisión son injustamente privados de todos sus derechos, que en teoría, deberían de ser protegidos (aunque sea a destiempo) por el Estado, para disminuir por lo menos las consecuencias del error, la mala fe o los excesos que el Estado o sus funcionarios cometen contra sus propios gobernados; cuando uno de sus principales deberes es darles protección y seguridad jurídica de que sus derechos serán respetados; empero, que para el caso de que por dolo, culpa o negligencia se les ocasione un daño, tengan la seguridad de que la ley les concederá la oportunidad de ocurrir a una instancia legal que les resuelva lo relativo a la reparación del daño, que a mi juicio es un derecho de impostergable inclusión en nuestra legislación ante la realidad que actualmente prevalece en nuestro medio jurídico.

En virtud de lo anterior, me permito a continuación abordar el estudio del procedimiento penal mexicano, para observar la situación y desenvolvimiento del derecho a la reparación del daño en nuestra legislación adjetiva penal.

i

CAPÍTULO CUARTO

PROCEDIMIENTO PENAL Y PROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

ii

CAPÍTULO CUARTO.
PROCEDIMIENTO PENAL Y PROCEDENCIA
DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Antes de entrar al estudio del procedimiento penal mexicano, es indispensable precisar brevemente aspectos que como el concepto y el objeto del procedimiento penal mexicano, son necesarios abordar, para entender debidamente el capítulo que a continuación me propongo desarrollar.

En primer lugar, debo identificar el contenido y alcance de las palabras procedimiento, proceso y juicio, las que son utilizadas muchas veces como equivalentes en nuestro medio jurídico; pero, como establece el distinguido maestro Guillermo Colln Sánchez, son palabras con alcances y contenidos diferentes en el procedimiento penal:

"El término proceso deriva de procederé, cuya traducción es "caminar adelante"; por ende, proceso y procedimiento son formas o derivados de proceder o caminar adelante.

En una acepción, el procedimiento, puede señalar o ser la forma, el método, de cuya aplicación al objeto, dependerá la mutación de un estadio a otro (proceso).

El juicio no debe ser sinónimo de lo anterior; es la etapa procedimental, en la cual, mediante un enlace

conceptual se determina, desde un punto de vista adecuado, el objeto del proceso."¹⁴⁰

Tomando como base este criterio, es que consideré denominar a este capítulo procedimiento penal y no proceso penal; debido a que es evidente que el procedimiento es la forma con el que se da lugar al proceso, donde el primero implica al segundo, esto es, el procedimiento en determinado momento suscitará el cambio de esa situación al proceso, que en específico, es una etapa más concreta que comprende al juicio penal.

Una vez hecha esta aclaración, me permito exponer algunos conceptos del proceso penal, que aunque no comparto, son las que intentan referirse al procedimiento penal "in genere", debido a que a mi juicio el criterio ofrecido por el maestro Colln Sánchez, es el más adecuado. Por lo que sólo a nota de ejemplo, me permito citar algunas definiciones de destacados juristas mexicanos, relativas al proceso penal.

Así, el maestro Leopoldo de la Cruz Agüero sostiene:

"Derecho Procesal Penal dobo entenderse al conjunto de leyes o normas, previamente establecidas y de observación obligatoria, bajo cuyo contenido formalista debe ajustarse al Procedimiento Penal, en el que deben intervenir, ineludiblemente, el juez, el Agente del Ministerio Público, el acusado y excepcionalmente

¹⁴⁰ Op cit., pág. 68.

extraños, cuando se trate del pago de la reparación del daño, leyes y normas que se practican sucesivamente de acuerdo a formas, formalidades y solemnidades, teniendo como fin fundamental la materialización de Derecho Penal o Derecho Sustantivo, o bien Derecho Adjetivo." 141

El Doctor Luis Rodríguez Manzanera considera:

"La ciencia del Derecho Procesal Penal es el estudio de las normas procesales, del procedimiento que debe seguirse para instruir el proceso, sentenciar y dictar la pena que, de ser condenatoria la sentencia, señala el Derecho Penal." 142

Por su parte, el jurista Marco Antonio Díaz de León, sostiene que por Derecho Procesal Penal debe entenderse:

"El conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación del desarrollo y eficacia de ese conjunto de relaciones jurídicas, denominadas proceso penal."

143

141 De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano*, 4a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 3.

142 Op. cit., pág. 94.

143 Citado por De la Cruz Agüero Leopoldo, Op. cit., pág. 2

El distinguido penalista Sergio García Ramírez en cuanto a los términos proceso y procedimiento penal expresa:

"En derecho mexicano ha conquistado cierta fortuna el uso del giro Derecho de procedimientos penales, empleado por Rivera Silva y Colln Sánchez como algo distinto y más amplio que el derecho procesal penal, . . ."

144

Efectivamente, como indica el distinguido maestro Sergio García Ramírez, el criterio sustentado por los juristas arriba citados ha cobrado gran fuerza en nuestro medio; pero no en virtud de la fortuna, sino porque a mi parecer es el más adecuado; pues hablar de proceso penal, excluye una serie de actos que no siempre se realizan ante el Órgano Jurisdiccional.

A mayor abundamiento, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, respecto a la interpretación de la palabra juicio en nuestro texto constitucional señala:

"El concepto de 'juicio', que es de capital importancia para fijar el sentido mismo de dicha garantía específica de seguridad, equivale a la idea de procedimiento, es decir, de una secuela de actos concatenados entre sí"

¹⁴⁴ García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, 5a. edición, Editorial Porrúa, México, 1989, pág. 38.

afectos a un fin común que les proporcione unidad. Ese fin estriba en la realización de un acto **jurisdiccional por excelencia, o sea, una resolución que establezca la dicción del derecho en un conflicto jurídico que origina al procedimiento al cual recae.** Por ende el concepto de "juicio" empleado en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo, es denotativo de función jurisdiccional, desarrollada mediante una serie de actos articulados entre sí, convergentes todos ellos, según se dijo, a la decisión del conflicto o controversia jurídicos. En conclusión, conforme a la expresada garantía específica, para que la privación de cualquier bien tutelado por el artículo 14 de la Constitución sea jurídicamente válida, es menester que dicho acto esté precedido de la función jurisdiccional, ejercida a través de un **procedimiento, . . .**" 145

De tal guisa, para que puede ser factible la actividad jurisdiccional a través del proceso y el juicio, en principio se requiere de un procedimiento, de una forma, de la cual se derivarán determinados actos que suscitarán al proceso, ya como algo más concreto, que a su vez dará lugar al juicio y la emisión de la sentencia por el órgano jurisdiccional.

145 Op cit., pág. 543.

En consecuencia, es necesario transcribir el concepto acortado por el maestro Guillermo Colln Sánchez relativo al procedimiento penal, quien sostiene:

*"El procedimiento penal, es el conjunto de actos, formas y formalidades legales que se observan por los intervinientes en una relación jurídica material de derecho penal, susceptible de generar una relación jurídica procesal que, en su momento, defina a la anterior, y de esa manera se aplique la ley a un caso concreto."*¹⁴⁶

Una vez determinado el alcance y contenido de las palabras proceso y procedimiento, resulta necesario que haga referencia al objeto del proceso penal, los tratadistas lo clasifican en objeto principal y el objeto accesorio.

El primero, según la doctrina, consiste en la conducta o hecho encuadrable dentro de un tipo penal determinado, mientras que el segundo lo identifican con la reparación del daño; aunque como indica el maestro Colln Sánchez, mas que tratarse de un objeto accesorio, se está en presencia de una consecuencia del delito, pues será indispensable cumplir con los presupuestos requeridos, para que la tramitación de esta consecuencia jurídica del delito sea factible.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Op. cit., pág. 72.

¹⁴⁷ Idem. pág 81.

Asimismo, el autor arriba indicado, afirma que paralelamente a estos objetivos generales del proceso penal, se encuentran los objetivos específicos que a saber son:

a) La verdad histórica y,

b) La personalidad del delincuente.

La verdad histórica debe entenderse como la correspondencia de las cosas con la realidad acaecida en el pasado. De ahí la importancia de precisar en la medida de lo posible esta verdad histórica que permitirá determinar las causas, naturaleza, efectos y demás consecuencias del hecho delictivo. Por su parte, la personalidad del delincuente tiene gran importancia para el proceso penal, pues del estudio particular que de ella realice el juez, se podrá determinar en sentencia la pena o medida de seguridad más conveniente al caso concreto.¹⁴⁸

Hechas las anteriores precisiones es pertinente continuar con el desarrollo del presente capítulo para estudiar las distintas etapas del procedimiento penal mexicano; así como el momento en que es factible promover la reparación del daño en favor de las víctimas u ofendidos por el evento delictivo.

¹⁴⁸ Cfr. Idem pág. 82-85.

4.1. Averiguación Previa.

En nuestro sistema jurídico el procedimiento penal principia con la etapa denominada averiguación previa; la cual consiste en la realización de diversas diligencias practicadas por los agentes del Ministerio Público; con la finalidad de ejercitar de la acción penal para el caso de haberse comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad sobre un hecho específico, de lo contrario deberá de decretar el no ejercicio de aquella.

Para el maestro César Augusto Osorio y Nieto, *"puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal."*¹⁴⁹

El concepto citado, considero expone una idea clara y concreta de la averiguación previa, la cual se materializa en el expediente que contiene todas y cada una de las actuaciones que realiza el órgano investigador, para determinar en su momento, sobre el ejercicio o no de la acción penal.

Esta etapa procedimental tiene su sustento legal en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como lo

¹⁴⁹ Osorio y Nieto, César Augusto, La Averiguación Previa, 11a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000. pág. 2.

dispuesto por los artículos 2°, 3°, fracción I, 3° bis, 4°, 94 y demás relativos y aplicables del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Debo mencionar también, que la etapa de averiguación previa inicia con la llamada "notitia criminis" del hecho presuntamente constitutivo de delito; que se pone en conocimiento del Ministerio Público por conducto de cualquier persona a través de la denuncia o la querrela,¹⁵⁰ términos que en su oportunidad abordaré dentro de los siguientes puntos; continuando con esta primera etapa del procedimiento penal mexicano, he de señalar que con la averiguación previa se da origen a la practica de diversas diligencias practicadas por el Ministerio Público con la finalidad de verificar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

El multicitado maestro Guillermo Colln Sánchez, afirma que al realizarse el ilícito penal, surge o se actualiza la relación jurídico material de Derecho Penal, entre el representante del Estado y el individuo señalado como probable responsable del evento delictivo, y es mediante el ejercicio de la acción penal que surgirá la relación jurídico procesal de Derecho Penal, cuya finalidad radica en que una vez celebrados todos y cada uno de los actos de acusación, defensa y decisión, realizados por los tres sujetos procesales fundamentales c básicos, tales como el Ministerio Público, la institución de la Defensa y el Órgano Jurisdiccional, se defina en su oportunidad la llamada pretensión punitiva estatal.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Cfr. Op cit., 76 y 77.

En tal virtud, la averiguación previa determina la relación jurídica material de derecho penal; siendo relevante el actuar del Ministerio Público en esta etapa, pues como un órgano técnico e institución de buena fe, todo ciudadano debería de esperar de ella un trato justo y legal; sin embargo, desde mi punto de vista no siempre se cumple con estas premisas, que al ser "olvidadas" originan un número considerable de consignaciones que se efectúan por antonomasia, toda vez que la labor de investigación ejecutada por las autoridades ministeriales y sus dependientes carecen en ocasiones de verdaderos elementos de convicción en la integración de los expedientes; donde además en muchas ocasiones por indicios o manejos tendenciosos en las declaraciones, se forza el encuadramiento de las conductas o en el peor de los casos se fabrican delitos. Situación que, actualmente, ha derivado en una desconfianza generalizada hacia las instituciones procuradoras de justicia.

Por otra parte, en cuanto a la reparación del daño, habría que decir que éste derecho dentro de esta etapa del procedimiento penal solamente puede ser factible en el caso de delitos perseguibles por querrela, tales como el fraude o el abuso de confianza, donde mediante la devolución de la cosas o de su valor al querellante puede verse satisfecha la reparación del daño; asimismo, el inculpaado es exonerado mediante el otorgamiento del perdón con lo cual concluye el asunto respectivo.

Sin embargo, aquella persona que es indebidamente denunciada por la supuesta comisión de un delito, sólo cuenta con la "garantía" de legalidad y la buena fe por parte Ministerio Público, para que en su oportunidad se le

conceda sin mayores daños el no ejercicio de la acción penal. Aspectos todos éstos que serán abordados con mayor profundidad en el punto correspondiente.

Ahora bien, entendida "in genere" esta etapa del procedimiento penal mexicano, es necesario que me refiera a los requisitos de procedibilidad de la averiguación previa, en donde aparecen la denuncia, la acusación y la querrela, términos que en principio parecen similares, pero que en realidad presentan un significado y alcance distinto.

4.1.1. Denuncia, acusación o querrela.

Como he mencionado, la denuncia constituye la base de la averiguación previa; sin embargo, nuestra legislación contempla también la querrela, y antes de la reforma al artículo 16 constitucional se hablaba también de la acusación; por lo que en mi opinión es necesario definir a cada una para entender realmente a que se refiere el legislador.

La doctrina considera a estas figuras requisitos de procedibilidad, pues sin ellas no puede iniciarse la averiguación previa y mucho menos el proceso penal; tal y como lo establece el artículo 16 Constitucional que en su parte conducente señala:

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito,...."

En este sentido el maestro César Augusto Osorio y Nieto, a mi juicio, efectúa un acertado deslinde de estas palabras, incluida la acusación; pues desde mi punto de vista ésta no debió de suprimirse, pues la acusación se identifica con un acto formulado por el Ministerio Público que da origen al proceso penal; por ello me permito transcribir los conceptos relativos a estos requisitos de procedibilidad:

a) Denuncia. Concepto.

Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.

b) Acusación. Concepto.

Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u el ofendido.

c) Querrela. Concepto.

La querrela puede definirse, como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la

averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal." 151

Es así, que una vez distinguidos los contenidos y alcances de estas palabras utilizadas por el legislador en nuestra ley fundamental y códigos respectivos de la materia, puedo concluir que la denuncia y la querrela son los medios para comunicar al Representante Social la noticia criminis, donde la primera puede ser formulada por cualquier persona por delitos perseguibles de oficio; empero, en la querrela es indispensable la anuencia del ofendido para que el Representante Social pueda abocarse a la investigación del hecho; finalmente, la acusación que fue suprimida tras la reforma correspondiente al artículo 16 constitucional se identificaba propiamente con aquella que efectúa el agente Ministerio Público por un delito a una persona determinada.

Por otro lado, continuando con el desarrollo del presente estudio, observo dos supuestos a los que puede llegar el Ministerio Público una vez que a concluido con su investigación, estos supuestos a saber son:

- a) El ejercicio de la acción penal o bien,
- b) El no ejercicio de la acción penal.

Resoluciones que a continuación me permito tratar.

151 Op cit. Pág. 7.

4.1.2. Ejercicio de la acción penal.

Como lo he referido, una vez que el Ministerio Público considera acreditada la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el expediente que contiene la averiguación previa se pone a disposición de la autoridad judicial, dando cumplimiento a lo ordenado por el artículo 21 de nuestra Carta Magna, iniciándose así la intervención del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, aunque en nuestra legislación penal no se señala la forma en deberá hacerse constar esta determinación, en la práctica el Ministerio Público elabora un documento denominado pliego de consignación, en el que se hace constar el ejercicio de la acción penal.

Asimismo, la consignación puede darse en dos sentidos:

a) Con detenido o,

b) Sin detenido.

En el primer supuesto, la legislación autoriza la detención por cualquier persona del agente cuando existe flagrancia, o bien cuando se presenta la urgencia, misma que se entiende como aquellas circunstancias que hacen temer que el agente se sustraiga de la acción de la justicia, o porque la hora, el lugar u otra razón no hacen factible acudir al órgano judicial. Situaciones todas ellas que se encuentran debidamente contempladas en el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, que en lo conducente indica:

"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, el lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motivaron su proceder.

En caso de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. "

Asimismo, al ser puesto el indiciado a disposición del Ministerio Público, éste deberá de recibir la denuncia o querrela según se trate; contando desde ese momento con 48 horas (o bien de 96 horas para el caso delitos relacionados con delincuencia organizada) para determinar sobre el ejercicio de la acción penal, debiendo efectuar todas y cada una de las diligencias que se necesarias para comprobar el cuerpo del delito y acreditar la probable responsabilidad del indiciado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Acreditados los extremos de los artículos 14 y 16 constitucionales, y habiéndose formulado la denuncia o querrela respectivas, el órgano de investigación formulará acuerdo de ejercicio de la acción penal, dándose lugar al traslado del inculcado para ser puesto a disposición del órgano judicial.

}"

En el segundo supuesto, el Ministerio Público ejercita acción penal contra el probable responsable solicitando a la autoridad judicial el libramiento de la orden de aprehensión correspondiente, una vez que se han cumplido con las exigencias de los artículos 14 y 16 constitucionales, por lo que el órgano de investigación formulará acuerdo de ejercicio de la acción penal concretizando así su acusación en el llamado pliego de consignación, con lo cual se da inicio al proceso penal propiamente dicho ante el órgano judicial competente en turno.

}"

4.1.3. No ejercicio de la acción penal.

Para el caso del no ejercicio de la acción penal, he de manifestar que el Ministerio Público, una vez que ha recibido "la notitia criminis" a través de la denuncia o querrela, y habiendo realizado todas las diligencias pertinentes para resolver sobre el ejercicio de la acción penal, llega a la conclusión de que no existe delito, bien por que no se comprobaron los elementos del cuerpo del delito o no se tuvo por acreditada la probable responsabilidad del indiciado en los hechos. Por lo tanto, el agente del Ministerio Público deberá formular acuerdo de no ejercicio de la acción penal.

Pero, para el caso de que no fueran posible practicar todas las diligencias para integrar la indagatoria y se haya agotado el término de 48 horas o el ampliado, el Ministerio Público, decretará acuerdo de libertad con las reservas de ley, efectuando según sea el caso la consulta al archivo de reserva o no ejercicio de la acción penal.

Entendidas a grosso modo estas determinaciones del órgano de investigación en la etapa de averiguación previa es procedente pasar al estudio de proceso penal, en específico de la etapa de auto de término constitucional o pre-instrucción como algunos tratadistas la consideran,¹ con la intención de continuar observando el desarrollo del procedimiento penal en nuestro sistema jurídico.

4.2. Auto de término constitucional.

Como ha quedado debidamente indicado, el Ministerio Público a través de la consignación pone en conocimiento del órgano jurisdiccional las conductas y/o hechos considerados como delitos. En consecuencia el juez penal deberá estudiar el expediente, dictando un auto de radicación también llamado cabeza de proceso o de inicio, el cual constituye la primera resolución que dicta el órgano jurisdiccional una vez que le ha sido hecha la consignación, misma que como he manifestado puede darse en dos sentidos:

- a) Con detenido y,
- b) Sin detenido.

En el primer caso, el juez deberá ajustarse a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su parte conducente señala:

i"

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el lugar, tiempo y circunstancias exteriores de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado."

i"

De la lectura de esta disposición constitucional, se desprende la obligación del juez de resolver en el plazo de 72 horas o el ampliado (para el caso que así lo solicite el indiciado o su defensor al momento de rendirse la declaración preparatoria de aquél) la situación jurídica del inculcado.

En el segundo caso el juez examinará el expediente para determinar sobre el pedimento de orden aprehensión tratándose de delitos que merezcan pena corporal o bien decretará orden de comparecencia para aquellos que ameriten pena privativa no mayor de dos 2 años o alternativa (justicia de paz penal). En ambos casos la finalidad es conseguir la presencia del inculcado ante el órgano Jurisdiccional para resolver su situación jurídica en el auto de término constitucional. Con tal determinación el órgano jurisdiccional establecerá

el delito por el cual habrá de seguirse el proceso o en su caso determinará la libertad del inculcado por no existir delito que perseguir al no haberse acreditado debidamente los extremos de los artículos 14 y 16 constitucionales, decretando como se dijo su libertad; empero, es común que la misma se emita con el estribillo: "con las reservas de ley".

Tal inclusión en dichas resoluciones me parece incorrecta, toda vez que si ha quedado acreditado el aspecto negativo del delito, es contradictorio decir que tal libertad se concede con las reservas de ley.

Asimismo, en mi opinión ésta clase de resoluciones debe considerarse como una sentencia absolutoria aunque se indique que fue dictada por falta de elementos, en virtud de que cuando no existen elementos que comprueben el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, estamos en presencia de cualquier cosa, menos de un delito o un delincuente; por lo tanto, tal resolución debe considerarse equivalente a una sentencia absolutoria con todas las consecuencias jurídicas respectivas, entre las que debería considerarse la reparación del daño en favor de aquel que sufre una injusta privación de su libertad.

Por otra parte como deje anotado, para algunos autores como el reconocido jurista Jesús Zamora-Pierce, este lapso entre la puesta a disposición y la emisión del auto de término constitucional, es considerada como la etapa de pre-instrucción; en este sentido dicho autor señala:

"... el Constituyente establece la etapa procesal hoy llamada pre-instrucción (CFPP, art. 1º fracc. II), que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

se inicia en el momento en que el inculpado queda a disposición del juez, cuya duración tiene un límite máximo de setenta y dos horas, y que debe de culminar en la resolución de formal prisión o de libertad del inculpado por falta de elementos para procesarlo." 152

Como expone este autor, la etapa también denominada pre-instrucción abarca desde la puesta a disposición (auto de radicación) hasta que el juez decreta ya sea la formal prisión, sujeción a proceso o libertad del inculpado. En los dos primeros casos se dará lugar a la siguiente etapa llamada de instrucción, que enseguida me permito estudiar, toda vez que decretada la libertad en el auto de término constitucional sin ulterior recurso formulado por la representación social adscrita al juzgado, el asunto quedara concluido.

En caso contrario, el asunto será enviado a la Sala Penal correspondiente, que resolverá lo conducente.

4.3. Instrucción.

La etapa de instrucción se entiende como aquella en la que se da inició al proceso penal, una vez que el órgano judicial considera que se encuentran acreditados los extremos de los artículos 14 y 16 constitucionales

152 Zamora Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 10 edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág., 81.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

decretando la formal prisión del inculgado. Asimismo, tal resolución origina principalmente las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Se determina la prisión preventiva del inculgado.

b) Se fija la litis, esto es, quedan precisados los hechos o delitos por los cuales habrá de seguirse proceso, así como el tipo penal que los mismos tipifican.

c) Se suspenden las prerrogativas del ciudadano, pues derivado de su reclusión, está impedido para votar, ser votado, ejercer su trabajo o profesión, etc..

d) Se inicia el plazo en el que la constitución indica debe de ser sentenciado.¹⁵³

De esta forma, en el auto de formal prisión precisa el delito por el que habrá de iniciarse el proceso; de igual manera esta resolución se traduce en una garantía de seguridad jurídica para el procesado al encontrarse debidamente enterado de la acusación que existe en su contra; y que no será posible traer al proceso cualquier otra cuestión que no haya sido definida en dicho auto.

Así las cosas, el artículo 19 de nuestra Carta Magna en la parte conducente establece:

¹⁵³ Cfr. Idem. pág. 90-91.

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso".

Delimitada esta cuestión he de señalar que decretada la formal prisión, los tres sujetos fundamentales o básicos deberán de aportar los elementos probatorios de cargo y de descargo según se trate; con la finalidad de instruir al juez (de ahí el nombre de esta etapa), para que éste a su vez se encuentre en aptitud de resolver en sentencia la pretensión punitiva estatal.

1"

Es también durante esta etapa que el Ministerio Público, deberá exhibir también las pruebas que acrediten el monto de la reparación del daño, que actualmente se concede exclusivamente a las víctimas u ofendidos por el delito.

Ahora bien, como he mencionado el Órgano Jurisdiccional mediante un auto decretará cerrada la instrucción una vez que hayan sido desahogadas todas y cada una de las pruebas ofrecidas en tiempo y forma por los tres sujetos fundamentales o básicos de la relación jurídico procesal; dando así, surgimiento a la etapa del juicio penal que trataré en el siguiente punto.

Cabe mencionar que en esta etapa no es concebible la reparación del daño, pues el Ministerio Público se limita a ofrecer las pruebas relativas a este derecho y a aquellas que comprueben el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado. Aunque como indique, sólo para los casos de delitos perseguibles por querrela de parte ofendida como el fraude (una vez

satisfecho el daño) es común se conceda el perdón al procesado, o bien cuando la ley estima potestativo del ofendido otorgar al procesado el perdón, situación factible por ejemplo en algunos delitos contra el normal desarrollo psicosexual. Empero, en todos los demás casos el proceso debe concluir con la sentencia que ponga fin al juicio y a la instancia. ¶

4.4. Juicio.

Como dejé establecido antes de abordar el desarrollo del presente capítulo, el juicio viene a formar parte del proceso penal, que a su vez se encuentra incluido en el procedimiento penal. De esta manera el juicio se encuentra inmerso en el proceso penal, y tiene por finalidad determinar la pretensión punitiva estatal al caso concreto. ¶

Para el distinguido maestro Guillermo Colln Sánchez el juicio se puede entender según las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal, de la siguiente forma:

" . . . el juicio, es el periodo del procedimiento penal en el cual el agente del Ministerio Público precisa su acusación, el acusado su defensa, el o los integrantes de los tribunales valoran las pruebas y, posteriormente, dictan resolución." 154

154 Op cit., pág. 549.

La doctrina a este respecto, establece diversos criterios para definir esta etapa del procedimiento penal, pues mientras para unos se esta en presencia de una etapa incluida en el propio proceso, para otros el juicio se fija en la sentencia misma, considerándose así también concluida la instancia.

La legislación adjetiva penal vigente en el Distrito Federal, en su artículo 325, respecto al juicio señala:

Como considera la mayoría de los tratadistas el juicio se traduce en un actividad del órgano jurisdiccional, y se identifica " . . . como una porción de toda la seriación procesal. Esto es, como una parte de todo un proceso. " 155

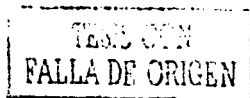
En tal virtud, puedo decir, que el juicio es la etapa del procedimiento penal mexicano en la que se define la pretensión punitiva estatal, que habrá de resolverse y plasmarse en la sentencia definitiva que emita el órgano judicial una vez efectuado la audiencia de vista.

En este tenor, el notable y multicitado maestro Guillermo Colln Sánchez, expone:

"En realidad el juicio (udicio), se refiere a la capacidad o al hecho de discernir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso, lo legal de lo ilegal: tarea realizada por el juez en la sentencia. " 156

155 Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, 2a. edición, Editorial Haría, México, 1995, pág. 338.

156 Op cit., pág. 548.



Esta etapa para algunos tratadistas se compone de la audiencia final de primera instancia, misma que requiere antes de actos preparatorios, los que se identifican con la presentación de las conclusiones, primero por el Ministerio y luego por la defensa. Exhibidas las conclusiones, el juez emitirá el auto correspondiente considerándolas definitivas y citará para la celebración de la audiencia de primera instancia, llamada también de vista o debate, para que una vez celebrada ésta, se cite para oír sentencia.

Es precisamente en la sentencia penal, donde el juez define propiamente la pretensión punitiva estatal, y además con esta resolución habrá de determinar en su caso la condena relativa a la reparación del daño en favor del ofendido o víctima del delito, situaciones ambas que serán debidamente tratadas en el siguiente punto concerniente a esta "última etapa" del procedimiento penal mexicano con la cual queda concluida la instancia.

4.5. Sentencia y procedencia de la reparación del daño.

Es la sentencia penal la resolución que da por concluido en un primer momento el procedimiento penal, y donde se determina la pretensión punitiva estatal, y en su caso, se efectúa también la condena relativa a la reparación del daño en favor del ofendido o víctima del evento delictuoso.

En general la sentencia penal "es el acto y la decisión pronunciada por el tribunal mediante la cual da solución al fondo controvertido."¹⁵⁷ Para el maestro Guillermo Colín Sánchez la sentencia penal es un acto procesal, dado que se encuentra inmerso en el proceso, y el cual es emitido por el órgano jurisdiccional para concretizar el derecho penal sustantivo al asunto en particular, resolviéndose primordialmente sobre la responsabilidad penal, la pena o medida de seguridad aplicable al caso al igual que lo relativo al monto de la reparación del daño, o bien la libertad del acusado, entre otras cuestiones.¹⁵⁸

En este sentido, es de advertirse que en la sentencia penal se resuelve lo concerniente a la reparación del daño que actualmente se concede sólo al ofendido o víctima del delito, una vez que se han valorado las pruebas que durante la instrucción hayan sido ofrecidas por conducto del Ministerio Público.

De esta forma, puedo señalar que la reparación del daño es factible en la sentencia penal siempre y cuando se hayan aportado las pruebas que acrediten el monto del daño; pues en los casos ya mencionados de delitos por querrela, o bien donde se da la devolución de la cosa o su valor, estamos en presencia de eventos contingentes que pueden o no presentarse. Empero, lo único cierto es que en la sentencia penal debe de efectuarse esta condena en favor de la víctima u ofendido por el delito.

¹⁵⁷ Silva Silva, Jorge Alberto, Op. cit., pág. 370.

¹⁵⁸ Cfr. Op. cit., pág. 573-577.

Por otra parte, la sentencia penal ha sido objeto de diversas clasificaciones, no obstante ello, consideró para fines prácticos la siguiente:

a) Condenatoria y,

b) Absolutoria.

En el primer supuesto, una vez que el órgano judicial considera comprobado el cuerpo del delito y la plena responsabilidad del acusado, dicta un fallo condenatorio, resolviendo entre otras cuestiones: la pena o medida de seguridad aplicable, la duración de la misma, la sanción pecuniaria y la reparación del daño entre las más significativas.

En el segundo caso, el juez llega a la certeza de la inexistencia del delito del cuerpo del delito o bien a la no acreditación de la responsabilidad penal del acusado en el hecho.

De esta manera la sentencia penal pone fin en un primer momento al procedimiento penal que se haya instruido en contra de una persona determinada por la comisión de un delito; no obstante ello, si la sentencia es absolutoria, la persona que estuvo en su caso privada de su libertad durante todo el procedimiento no tendría derecho a que se le reparara el daño que tal reclusión evidentemente le causó; y por otro lado si el Estado entre sus funciones le esta la de salvaguardar a sus gobernados de toda injusticia o quebranto a sus derechos no estaría también obligado a reparar ese daño que por conducto de sus funcionarios se suscito, esto es, *"... ¿ si el Estado se equivoca, no dolosamente, pero sí, culposamente, enjuiciando a un inocente,*

sancionándolo y luego se rectifica (reconocimiento de inocencia) no debería reparar el daño material y moral ? . " 159

Asimismo, en que forma y casos deberá de concederse este derecho necesario para disminuir en la medida de lo posible las consecuencias de una reclusión de esa naturaleza.

Es precisamente en el siguiente capítulo que trataré todo lo relativo a la reparación del daño del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada, con la finalidad de establecer las bases sobre las cuales puede concederse este derecho a las víctimas del sistema de procuración o administración de justicia, una vez que haya observado también el marco jurídico que actualmente existe alrededor de este tema.

159 Op. cit., pág.724.

CAPÍTULO QUINTO

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO DEL ABSUELTO EN
SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA**

CAPÍTULO QUINTO
LA REPARACIÓN DEL DAÑO DEL ABSUELTO
EN SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA.

5.1. Marco Jurídico del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada.

Antes de tratar lo concerniente a la posibilidad de incluir dentro del derecho penal sustantivo la reparación del daño en favor del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada, es conveniente verificar el marco jurídico existente para poder determinar las posibilidades de conceder este derecho no sólo a las víctimas u ofendidos por el delito, sino también aquellas personas que son víctimas del sistema de procuración o administración de justicia, venganzas políticas, mala fe, etc.

Por lo anterior, resulta indispensable acudir en primer lugar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para determinar las garantías que en general tiene cualquier persona al ser sometida a un procedimiento penal, así como observar la posición que guarda el absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada; para después trasladar ese mismo estudio a la legislación penal sustantiva en el Distrito Federal, y así verificar la condición que rodea a una persona que siendo inocente es puesta durante largo tiempo tras las rejas, para finalmente ser absuelta en la sentencia penal respectiva.

En tal virtud, en el siguiente punto analizaré el marco jurídico constitucional frente a todo gobernado y en particular del absuelto, efectuando

igualmente las críticas y comentarios correspondientes para estar en aptitud en el punto respectivo de hacer una propuesta legal que contribuya a establecer el sustento jurídico sobre el cual pueda contemplarse la posibilidad de conceder la reparación del daño en favor del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada.

5.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra las diversas garantías individuales con las que cuenta todo gobernado frente a los actos de autoridad, las cuales entre otros derechos protegen la libertad de prensa, de trabajo, de asociación, etc., empero, para el presente estudio importa sobre todo la garantía de libertad de las personas, entendida ésta como uno de los valores más preciados quizá después sólo de la vida, considerado por todos el más importante.

Así las cosas, nadie puede ser privado de su libertad sin que se cumplan con determinados requisitos que hagan factible tal evento; en este tenor, los artículos 14, 16, 19 y 20 Constitucionales establecen los requisitos y prerrogativas de los gobernados frente a la intención de someterlos a un procedimiento penal, con la consecuente reclusión tratándose de delitos que merezcan pena privativa de libertad. Por ello enseguida me permito analizar brevemente cada uno de ellos debido a que se encuentran íntimamente ligados al tema.

Es así que el artículo 14 Constitucional consagra la garantía de irretroactividad de la ley, la de audiencia, la de legalidad en materia civil y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

administrativa y la de **legalidad en materia penal**. Para el presente trabajo es indispensable hacer referencia a la garantía de audiencia y legalidad penal, pues ambas constituyen la principal defensa del gobernado frente al acto de autoridad que tienda a privarlo de algunos de sus derechos, que como la libertad interesan proteger de actos arbitrarios e ilegales.

Esta garantía se ubica en el segundo párrafo del artículo constitucional en comento que a la letra indica:

"Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

Con respecto a esta garantía el distinguido maestro Ignacio Burgoa Orihuela expone:

"La garantía de audiencia en nuestro actual artículo 14 constitucional se integra, según hemos afirmado, mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes, y que son: el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional

*ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa
que origine el juicio.*" 160

En tal virtud, todo gobernado goza de estas garantías específicas frente a actos ilegales que pretendan privarlo de su libertad personal, al tener la oportunidad de ser oído previamente en un juicio que deberá de seguirse ante un órgano judicial que se encuentra obligado a cumplir con determinadas formalidades procedimentales que hagan posible la aplicación de una norma jurídica al caso concreto. En el derecho penal tales exigencias deben ser observadas tanto por Ministerio Público como por la autoridad jurisdiccional, para entonces poder privar a un particular de alguno de sus derechos tales como la libertad.

En resumen, la autoridad ministerial como la judicial deben ajustarse a los cánones fijados en tal artículo, de lo contrario su actuar será ilegal e injusto. Asimismo, es de advertirse que esta garantía de audiencia rige también para todo aquel que sea sometido a un procedimiento penal, es decir, cualquier persona cuenta con esta garantía para impedir la venganza pública de otros tiempos, que como deje anotado dio cuenta de abusos y excesos en la aplicación de la pena, de tal suerte que la persona no contaba con una garantía de audiencia tal y como hoy la conocemos, por lo que no es raro que mucha gente inocente fuera privada de su libertad o en el peor de los casos de la vida.

Cabe señalar que este mismo artículo consagra también la garantía de exacta aplicación de la ley penal al establecer:

¹⁶⁰ Op cit., pág. 531.

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.”

De esta forma se consagra el principio de nulla poena, nullum delictum sine lege, al cual ya me había referido al abordar el estudio de las consecuencias jurídicas del delito, y por el cual se obliga a las autoridades judiciales por una parte, a que el hecho esté considerado por la ley como delito, y por la otra, que la pena contenida en la ley sea exactamente aplicable al delito de que se trate.

Por su parte el artículo 16 constitucional contiene la llamada garantía de legalidad, la cual pone a salvo diversos derechos de los gobernados frente a la autoridad. ésta última a su vez se encuentra obligada a cumplir una serie de imperativos antes de efectuar cualquier acto de molestia a una persona determinada. En este tenor, el artículo 16 constitucional en su parte conducente reza:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

De la lectura del artículo en cita, se desprende que toda autoridad se encuentra obligada a observar diversas exigencias para afectar la esfera jurídica de cualquier persona; en este sentido el maestro Burgoa Orihuela precisa:

*"La garantía que mayor protección imparte al gobernado dentro de nuestro orden legal jurídico constitucional es, sin duda alguna, la de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Ley Suprema, a tal punto, que la garantía de competencia queda comprendida dentro de ella. La eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo en México, desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso . . . "*¹⁶¹

Y agrega:

i"

*"La garantía de legalidad implicada en la primera parte del artículo 16 constitucional, que condiciona todo acto de molestia en los términos en que ponderamos este concepto, se contiene en la expresión fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento."*¹⁶²

¹⁶¹ Op. cit. pág. 595.

¹⁶² Idem. pág. 595.

De lo arriba apuntado, se advierte que la garantía de legalidad comprende a todo el sistema jurídico, por ende al propio derecho penal, que igualmente queda sujeto a estas exigencias constitucionales que deben cumplir la autoridad antes de querer en nuestro caso, privar de la libertad a una persona determinada por la comisión de un delito.

En este sentido, la exigencia de fundar y motivar de las autoridades se identifica con las siguientes obligaciones:

I.- Respecto a la fundamentación tenemos:

a) En primer lugar, la autoridad debe estar investida de las facultades correspondientes para emitir su acto.

b) Que el acto este contenido en una norma, esto es, que se encuentre establecido en la ley.

c) Que el sentido y alcance del acto de autoridad se encuentre adecuado a las disposiciones relativas que lo establezcan.

d) Y que el acto se encuentre emitido por escrito donde se hagan constar los artículos de derecho en que se funde el acto de autoridad.

II.- Con respecto a la motivación se deberá de :

a) Indicar las razones, modalidades o demás circunstancias que hacen que el hecho se adecue a los preceptos de derecho invocados, y por lo tanto, la autoridad debe hacer valer la norma abstracta al caso en concreto, para que su actuar se encuentre ajustado a derecho.

De lo expuesto, se advierte que todo acto de autoridad debe cumplir con las exigencias de estos artículos, la materia penal no es la excepción, por lo que en la misma forma ya sea el Ministerio o el juez tienen la obligación de observarlas antes de determinar la prisión preventiva de un individuo, pues *"la audiencia previa a la emisión del acto de autoridad y el debido proceso legal, como garantías del gobernado, son obligatorias únicamente tratándose de actos privativos, sea de la vida, de la libertad, de propiedades, posesiones o derechos de los particulares. . ."* 163

En lo concerniente al artículo 19 constitucional, es de suma importancia decir que esta disposición consagra entre otras la garantía de seguridad jurídica mediante el auto de formal prisión, y la obligación para la autoridad jurisdiccional de tomar al inculcado su declaración preparatoria donde de acuerdo a la fracción III del artículo 20 constitucional que trataré más adelante, debe de informársele el nombre de las personas que lo acusan 2

163 Del Castillo del Valle, Alberto, Garantías individuales y Amparo en Materia Penal, 2a. edición, Editorial Duero, México, 1992, pág. 31.

deponen en su contra, así como la naturaleza y demás cuestiones de la acusación que pesa en su contra, con la finalidad de que se encuentre debidamente enterado del delito que se le imputa, y en su oportunidad este en aptitud de responder a los cargos. Así este artículo en sus párrafos conducentes reza:

"Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el inculpado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán de ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado."

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De lo antes transcrito, es claro que el auto de formal prisión o de sujeción de proceso deberá de dictarse en un plazo de setenta y dos horas a partir de que el acusado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; asimismo, dentro de este plazo y las cuarenta y ocho horas siguientes a la puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional, como una garantía de audiencia antes de que se decrete el auto de término constitucional, deberá de serle tomada al indiciado su declaración preparatoria en la cual también se le hará saber entre otras cosas el nombre de su acusador y demás personas que deponen en su contra, el delito y sus circunstancias de ejecución, el derecho a nombrar defensor, etc.

Por otra lado, el segundo párrafo antes anotado establece una seguridad jurídica al inculpado respecto del delito y demás circunstancias que reviste el hecho; por lo tanto, el proceso se seguirá sólo por el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión; con lo cual el inculpado estará también en aptitud de contestar y defenderse de las imputaciones y demás datos que consten en la causa penal correspondiente.

Es así que el artículo 19 de nuestra Carta Magna constituye una de las garantías más importantes que han de ser estrictamente observadas por las autoridades judiciales en todo procedimiento penal.

Finalmente, es importante hacer referencia al artículo 20 constitucional, en virtud de que consagra diversas garantías del indiciado y/o el procesado al momento de ser sometido a un procedimiento penal, con la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

finalidad de que cualquier persona cuente con mecanismos de defensa frente a la arbitrariedad o ilegalidad de los actos de autoridad.

De esta forma el artículo en comento establece primordialmente la garantía de no autoincriminarse, la de defensa, la de libertad bajo caución cuando así proceda y la de ser juzgado en audiencia pública o por jurado popular según se trate. En este sentido, resulta indispensable hacer referencia a cada una de ellas para entender su contenido y alcance dentro del procedimiento penal mexicano.

La garantía de no autoincriminarse contenida en fracción II del artículo 20 constitucional prescribe con respecto del inculpa-do:

"No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura."

De tal disposición se advierte que el inculpa-do no puede ser obligado a declarar, quedando igualmente prohibido realizar toda clase de incomunicación, intimidación o tortura en su contra; quedando así proscrito cualquier intento ilegal por obtener la confesión del inculpa-do, tal y como aconteció con las consecuencias ya mencionadas cuando aborde los antecedentes históricos correspondientes a este estudio. En este tenor, el distinguido penalista Jesús Zamora-Pierce expone:

"Durante siglos, el Derecho procesal penal aceptó como verdad indiscutible el apotegma: 'la confesión es

FALLA DE ORIGEN

la reina de las pruebas. Así se expresaba la valoración de esta probanza como plena. Si el acusador producía la confesión del reo, se veía relevado por completo de la carga probatoria.

Los fiscales encontraron que la forma más eficaz y expedita par obtener la confesión del acusado consistía en someterlo a tormento y, llevados sin duda por su amor al principio de economía procesal, desarrollaron métodos siempre más eficaces de tortura. * 164

De tal guisa, la garantía de no autoincriminarse extendida incluso a la facultad de guardar silencio por parte del inculpado, constituye uno de los derechos más importantes con los que cuenta nuestra legislación penal actual en favor de toda persona, pero no obstante su existencia es de honestidad reconocer que aún persisten prácticas ilegales en el desenvolvimiento de los procedimientos penales, como el hecho de nombrar como persona de confianza del probable responsable a un familiar suyo, que por supuesto carece del menor conocimiento respecto al procedimiento y las garantías de su "defendido"; o peor aún, se le nombra con tal carácter a un funcionario o empleado de la propia agencia. Ante tales circunstancias es factible privar injustamente a una persona de su libertad, por lo cual debería concederse algún derecho a estas

164 Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 10a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 177.

personas con la finalidad de resarcir en algún sentido el daño ocasionado con tal evento.

Por otra parte, la garantía de defensa entendida como el derecho que tiene toda persona para oponerse a una acusación determinada, se encuentra contenida en diversas fracciones del artículo 20 constitucional, en este sentido el reconocido autor Jesús Zamora-Pierce señala:

"El derecho de defensa comprende, a su vez una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes:

*1) El derecho a ser informado de la acusación, 2) el Derecho a rendir declaración, 3) El derecho a ofrecer pruebas, 4) El derecho a ser careado, 5) El derecho a tener defensor."*¹⁶⁵

De esta manera, el gobernado tiene establecidos en su favor una serie de derechos que se traducen en la garantía de defensa, la cual esta encaminada a que la pretensión punitiva estatal se adecue a ciertas exigencias para evitar el error, el abuso o el exceso en la procuración o administración de justicia.

Asimismo, nuestra Carta Magna contempla la garantía de la libertad bajo caución cuando así lo permita la ley, toda vez que la misma no

¹⁶⁵ Idem. pág. 255.

será posible cuando se este presencia de delito grave así calificado por la ley y cuando el término medio aritmético de la pena del delito de que se trate sea mayor de cinco años.

En mi opinión el haber retomado la formula del término medio aritmético de cinco años para todos los delitos es poco afortunada, en virtud de que la libertad bajo caución más que un derecho sea convertido en una verdadera excepción asequible para pocas personas; quedando las demás, aún antes de que exista una sentencia que los declare culpables, condenados a vivir como delincuentes en un medio donde son blanco fácil del maltrato, el abuso y demás vicios que persisten en nuestro sistema penitenciario.

En tal virtud, considero que debería analizarse la posibilidad de ampliar esta excepción, sobre todo cuando el inculpado haya garantizado debidamente el monto de la reparación del daño, así como la sanción pecuniaria y no se esté en presencia de delito grave, aunque esto deberá ser punto quizá de otro estudio más en específico, por el momento basta con la referencia realizada.

Es así que nuestra Constitución establece en los casos indicados la libertad provisional bajo caución del inculpado, lo cual contribuye entre otras cuestiones a garantizar la reparación del daño a la víctima u ofendido por el delito y ha evitar el aumento de por sí excesivo de la población sujeta a prisión preventiva.

Finalmente, el legislador incluyó la garantía de ser juzgado en audiencia pública o jurado popular según se trate; misma que proscribe los

antiguos procedimientos inquisitivos y que en secreto se segulan contra los procesados, por ello la fracción VI del multicitado artículo 20 de nuestra Ley Fundamental señala:

"Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir vecinos del lugar o partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación."

De la lectura de esta fracción resulta claro el derecho que tiene toda persona a ser juzgado en audiencia pública, y en determinados casos por el jurado popular, pues en general la facultad de imponer las penas y medidas de seguridad compete al órgano jurisdiccional.

Del estudio del marco constitucional que rige el procedimiento penal es evidente que las garantías antes referidas contribuyen a establecer un ambiente de justicia, equidad y de seguridad jurídica en nuestro medio legal, sin embargo, como es del conocimiento de muchos, aún es factible privar de la libertad a una persona inocente, evento que puede considerarse el menos probable, pero ello no quiere decir que tal injusticia no se presente; en este sentido, y visto el marco constitucional, es obvio que el absuelto no goza de ninguna garantía frente a su ilegal encarcelamiento, y como deje apuntado ni la figura del indulto que contempla nuestra Ley Fundamental y que algunos la

identifican indebidamente con el reconocimiento de inocencia, no concede al absuelto derecho de resarcimiento alguno, por otro lado su aplicación es muy limitada y no constituye un realmente reconocimiento de inocencia, toda vez que la sentencia dictada por el órgano judicial permanece inmutable, y sigue considerando culpable a la persona beneficiada con esta medida, afectándose solamente por el Ejecutivo el tiempo en la ejecución de la pena.

De este modo es indispensable incluir algún mecanismo jurídico que repare los daños ocasionados a las personas que son injustamente privadas de libertad, pues son víctimas de un sistema de procuración de justicia que por lo menos debería aunque a destiempo conceder un resarcimiento de los daños ocasionados.

5.1.2. Código Penal para el Distrito Federal.

Visto el marco constitucional de las personas en general, así como la situación del absuelto frente a nuestra Carta Magna, es pertinente observar la situación actual del Código Penal del Distrito Federal, para verificar que el absuelto carece de todo derecho.

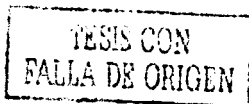
En este sentido, habría que decir que el hecho de que una persona haya sido encarcelada y privada de todos sus derechos para luego ser absuelta en sentencia definitiva ejecutoriada no acarrea ninguna prerrogativa o derecho en favor de estas personas. Situación que en mi opinión es totalmente injusta, pues por un lado y ante lo expuesto en el punto anterior, es patente la preocupación por salvaguardar los derechos elementales de las personas, que

como la libertad, tienen gran trascendencia en la sociedad. De ahí que el Estado desde su más primitiva forma y a lo largo del devenir histórico se haya interesado por proteger estos derechos fundamentales del Hombre; sin embargo, como he dejado anotado, salvo garantías procesales, el absuelto o inocente sujeto a un procedimiento no cuenta con un derecho de resarcimiento por un encarcelamiento injusto derivado aún en nuestros tiempos del error, la mala fe o de las prácticas tendientes a inculpar a personas inocentes; lo cual obliga a reflexionar sobre la impostergable necesidad de conceder a estas personas un derecho, que como la reparación del daño puede contribuir a establecer un marco de mayor justicia en nuestro sistema penal.

Es evidente que nuestro código penal se sujeta a las disposiciones contenidas fundamentalmente en el artículo 20 constitucional, y establece sólo en favor del ofendido o la víctima el derecho a la reparación del daño en la llamada sanción pecuniaria. Así el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en lo conducente señala:

"Artículo 29. La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica."

De ahí que la reparación del daño en materia penal queda inmersa en la sanción pecuniaria, y respecto a su contenido y alcance el artículo 30 de la ley en comento precisa:



**Artículo 30. La reparación del daño comprende:*

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma.

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y,

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Finalmente, el artículo 30 bis del código penal indica las personas que tienen derecho a la reparación del daño, mismo que establece:

**Artículo 30. BIS. Tiene derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:*

a) La víctima o el ofendido; y

b) En caso de fallecimiento de la víctima, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes.

De lo antes citado, es de concluir que en el Código Penal para el Distrito Federal sólo la víctima, el ofendido o dependientes económicos en caso de fallecimiento de éste, tienen derecho a la reparación del daño en los términos que prescribe el artículo 30 de la ley en comento. De esta manera es claro que el absuelto en sentencia ejecutoriada no goza de ningún derecho en la legislación penal sustantiva.

En resumen, observado el marco constitucional así como la legislación penal en el Distrito Federal, es de reconocer que la situación que enfrenta el absuelto por una sentencia definitiva ejecutoriada es por demás injusta, y como señala el distinguido penalista Sergio García Ramírez, en nuestra "... *legislación penal mexicana no acarrea indemnización ni la sentencia absolutoria del inculpaado que ha sufrido prisión preventiva ni el reconocimiento de la inocencia del condenado.*" ¹⁶⁶

En conclusión, no existe ninguna garantía o derecho para aquellas personas que sufren durante largo tiempo una injusta prisión preventiva para finalmente ser encontradas inocentes, ya sea porque no se acredita el cuerpo del delito o bien la responsabilidad del sujeto en el hecho delictivo.

El propio maestro Sergio García Ramírez propone que el derecho a la reparación del daño se conceda exclusivamente en los casos de atipicidad, inimputabilidad, inculpabilidad o por presentarse las llamadas excusas absolutorias, sin embargo, indica que este derecho deberá de ejercitarse en la

¹⁶⁶ Op. cit., pág. 377.

vía civil, lo cual a mi parecer resulta poco práctico y sólo se traduce en un obstáculo más para aquel que habiendo sido privado de su libertad, seguramente ha empleado todos sus recursos entre ellos principalmente los económicos en el procedimiento penal, como para todavía iniciar un procedimiento civil con todas las particularidades que ello representa. Circunstancias todas ellas que serán retomadas en el punto correspondiente a la reparación del daño y la modesta propuesta legislativa que finalmente pueda establecer.

5.2. La reparación del daño.

Como ha quedado debidamente sustentado, la reparación del daño surgió en el "ius civile" como un derecho en favor de aquellas personas que han sufrido un daño o perjuicio en su patrimonio, siendo precisamente en el ámbito del derecho civil donde se estableció este derecho en favor de todo aquel que resentía un daño o menoscabo por el incumplimiento de una obligación o por la realización de un hecho o conducta ilícita y dañosa a cargo de un tercero, el cual queda obligado a reparar ese daño o perjuicio mediante la restitución de la situación afectada de ser posible, de lo contrario, está obligado a entregar a título de indemnización un cantidad de dinero. Derecho que posteriormente fue también incluido en el derecho penal, pero sólo en beneficio de las víctimas u ofendidos por el delito.

Como he dejado apuntado, la reparación del daño contenida en el Código Penal para el Distrito Federal se concede exclusivamente a la víctima u ofendido, y en caso de su fallecimiento a sus dependientes económicos; pero el

absuelto no tiene derecho alguno frente a un ilegal encarcelamiento, por ello insisto en la necesidad de contemplar algún medio jurídico en favor de estas personas, dada la situación que se presenta en nuestro sistema penitenciario.

En virtud de lo anterior, me permito en este punto sustentar esa posibilidad así como el punto de vista de la doctrina respecto de este tema, para así justificar este derecho que posteriormente será motivo de una propuesta legislativa concreta.

En este tenor, habría que preguntarse, ¿Si toda persona física o moral cuenta con derechos y obligaciones? ¿Por qué el absuelto no tiene derecho o garantía alguno frente a una situación que no esta obligado a sufrir simplemente por error, mala fe o negligencia en su procedimiento? ¿Qué no tiene el carácter de persona frente a la injusticia de una reclusión a manos del sistema penal establecido por el Estado? siendo además este último, el que en teoría tiene la obligación de velar y proteger los derechos de las personas que gobierna.

Ello me lleva a considerar que el Estado debe responder en alguna forma a estas personas; ya el Código Penal para el Distrito Federal ha dado la pauta para incluirlo como responsable subsidiario y solidario frente a la insolvencia del funcionario, que en primer momento debiera cubrir el monto por concepto de reparación del daño a la víctima u ofendido por el delito.

Efectivamente, el artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal su fracción VI establece:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"Artículo 32. Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29. "

". . . VI. El Estado, solidariamente, por lo delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueron culposos. "

Ahora bien, no obstante que la ley penal sustantiva considera la responsabilidad a cargo del Estado en los términos descritos, me parece importante establecer la *ratio legis* que de fundamento a este derecho en el ámbito de las víctimas del sistema de procuración o administración de justicia como he denominado a aquellas personas que son absueltas en sentencia definitiva ejecutoriada. De ahí que es conveniente citar a algunos de los tratadistas más reconocidos en nuestro medio, aunque lamentablemente pocos de y forma escasa han tocado el tema; no obstante esta circunstancia, sus puntos de vista resultan relevantes.

Es así que el jurista Julio Altamira Gigena afirma:

"En su expresión más sencilla, bajo la denominación Estado de Derecho, se entiende que el Estado crea el Derecho y que aquél, por autolimitación, se somete a

éste a través de las normas jurídicas que el mismo Estado produjo. ¹⁶⁷

Del argumento en cita he de manifestar que si bien el Estado crea el Derecho en una sociedad determinada, también lo es que aquél debe quedar sujeto bajo el principio de legalidad, de lo contrario su actuar sería arbitrario e ilegal, obstaculizando así la consecución de diversos fines como la justicia; por ello me parece adecuado hablar de un autosometimiento del Estado frente al Derecho.

¡

Sobre la responsabilidad del Estado-Juez, el jurista Álvaro Castro Estrada señala:

"Podríamos argüir una razón adicional. Si bien reconocemos la importancia de incorporar a nuestro sistema jurídico positivo, las ventajas de un sistema de responsabilidad de carácter objetivo y directo que incluya la hipótesis de la responsabilidad del Estado-Juez y legislador, estimamos que bajo un criterio de prudencia es más importante por el momento introducir y consolidar una reglamentación depurada de la responsabilidad del Estado Administrador, antes de incorporar los desarrollos atinentes a los que en éste y el próximo inciso

¹⁶⁷ Citado por Castro Estrada, Álvaro, Responsabilidad Patrimonial del Estado, 2a. edición, México, 2000, pág. 7.

¡

*analizaremos en sus líneas básicas. Aun cuando animemos la esperanza de que más adelante -pero no mucho más tarde- se entronice la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en México como aquí la estudiaremos preeminentemente, y puedan extenderse posteriormente sus alcances teóricos y prácticos a todo el Estado. * 168*

En consideración de lo anterior, si el Estado efectúa sus funciones por medio de una organización pública determinada, conocida en nuestro medio jurídico como administración pública, misma que le permite, por conducto de sus órganos administrativos y más precisamente por sus funcionarios y empleados ejecutar aquellas; es lógico afirmar que si la administración de justicia comete errores o injusticias a través de estos funcionarios o empleados frente a un gobernado; es factible deducir el derecho del afectado frente al Estado para que le sean resarcidos los daños y perjuicios ocasionados a su persona.

A mayor abundamiento, si el Estado mediante la administración de justicia encargada a un Poder Judicial en nuestro caso al gobierno del Distrito Federal, que pretende la armonía entre todos los miembros de la sociedad resolviendo los conflictos que entre ellos se susciten; salvaguardando en el ámbito del derecho penal al ofendido o víctima del delito, ¿Por qué? para el caso del absuelto no existe ningún derecho en su favor.

168 Idem, pág. 89.

Por ello resulta necesario que el Estado en el caso de la administración justicia, cuando cometa errores o injusticias en detrimento de sus gobernados, exista algún medio jurídico para frenar o intimidar en lo posible tales circunstancias en la aplicación del derecho penal.

De esta manera ya en el derecho civil y el administrativo algunos autores han hablado de la responsabilidad objetiva y patrimonial del Estado; en cuanto a la primera, el maestro Gutiérrez y González afirma:

"Esa idea de un hecho humano que produce daño sobre una noción de culpa, sufre una seria excepción a finales del siglo XIX, con la teoría que sostiene la existencia de una responsabilidad sin que medie culpa."

Y la define como:

"la conducta que impone el Derecho de reparar el daño y el perjuicio causado por objetos o mecanismos peligrosos en sí mismos, al poseedor legal de éstos aunque no haya obrado ilícitamente." 169

De tal suerte que la responsabilidad objetiva del Estado puede sustentarse como una responsabilidad por actos que realicen los empleados o

169 Op cit. pág. 634.

funcionarios de aquel, donde evidentemente existe una peligrosidad en sí, debido a el error, la negligencia, mala fe o consigna con la que algunos funcionarios se conducen, por lo tanto es factible causar un daño o perjuicio a un tercero.

Por su parte, el jurista Álvaro Castro Estrada respecto a la responsabilidad patrimonial indica:

"La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido tradicionalmente un tema candente y polémico, aunque al propio tiempo sugestivo, en el que confluyen muchas ideas de orden cultural, social, económico, financiero, administrativo, y, desde luego, jurídico, en busca de justificar y evaluar sus alcances prácticos en la realidad concreta de los países. Lo cierto es que existe mucha especulación y poco fundamento para objetar con seriedad la importancia y trascendencia de esta institución . . . " 170

Efectivamente, no faltan las "críticas" que lejos de ser debidamente sopesadas y puestas de frente al problema, constituyen a mi parecer pretextos con evidente implicación económica: toda vez que como es por todos sabido, no es raro encontrar en el aparato de procuración o administración de justicia el error, la negligencia, la impunidad o la irresponsabilidad con la que se conducen ciertos funcionarios y empleados; lo cual desde mi punto de vista genera sobre

170 Op cit. Idem. pág. 19.

todo un temor del Estado y principalmente de sus empleados y funcionarios, que seguramente serán blanco para el resarcimiento de la reparación del daño en favor de aquel que injustamente, ya sea por dolo o culpa, es privado de su libertad sin que se le conceda derecho alguno que intente resarcir tal injusticia.

Al respecto es relevante decir que por lo menos existe la intención de mejorar en general el funcionamiento y servicio de la administración pública; ejemplo de ello fue un Programa de Modernización de la Administración Pública en el período comprendido de 1995 al año 2000, que a su vez contemplo un programa de medición y evaluación de la función pública, *"después de reconocer en la parte relativa al diagnóstico que: 'Tradicionalmente, la actuación y desempeño de las dependencias y entidades de la administración pública se han evaluado con base en los niveles de gasto autorizados, así como en función de su respectiva asignación a programas y rubros presupuestarios. Sin embargo, por lo general se ha omitido medir la contribución del gasto público al logro de los objetivos a que éste se destina. Lo anterior se debe a que el planteamiento programático-presupuestal vigente ha tenido como prioridad la disciplina fiscal, sin incorporar criterios y eficiencia y efectividad para cumplir con las expectativas de la población a la que se pretende servir.'"*¹⁷¹

Lo citado anteriormente debe pretenderse también en el ámbito del Poder Judicial, y en específico del derecho penal, con la finalidad de elevar la eficiencia y reducir los errores, fallas o injusticias que aún suelen cometerse en nuestro sistema penal. Pues resulta *"indispensable hacer valer y promover el sentido de responsabilidad entre los servidores públicos y de la propia*

¹⁷¹ Idem. pág. 24.

Administración Pública. Una de las vías que la técnica jurídica ofrece es precisamente la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado." 172

Por su parte; el maestro Luis Rodríguez Manzanera señala:

"El Estado castiga y en esta forma busca prevenir a la colectividad contra el criminal a base de intimidación, pero no asume el deber de resguardar a la víctima.

Afirmamos que el Estado tiene el deber de hacer prevención victimal simplemente porque esas víctimas o presuntas víctimas están pagando impuestos; éste es el peculiar razonamiento inglés para hacer la reparación del daño a cargo del Estado, simplemente si son contribuyentes tienen el derecho a que el gobierno haga algo en relación con lo que le falló." 173

A contrario sensu, si las víctimas del sistema de procuración o administración de justicia pagan impuestos al Estado, y éste por conducto de sus órganos encargados de administrar justicia priva injustamente de su libertad a determinadas personas, ¿No tendrían derecho éstas a que se les repararan los daños y perjuicios ocasionados por ese error?

172 In idem. pág. 26.

173 Revista Jalisciense de Procuración de Justicia, Memorias del Segundo Congreso Nacional para la Prevención del Delito, Número 1, Guadalajara, México, 1997, pág. 20.

En este sentido la doctrina ha elaborado diversos esquemas para hacer factible el resarcimiento de los daños causados por terceros o funcionarios y empleados del gobierno; entre ellas, como he indicado, destaca la de la responsabilidad objetiva frente al hecho ilícito, y aquella denominada de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, sustentadas por los juristas Ernesto Gutiérrez y González y Álvaro Castro Estrada respectivamente. Ambas están encaminadas a establecer un derecho de reparación de daños en beneficio de las víctimas de hechos ilícitos, errores o injusticias del sistema jurídico instituido por el Estado.

Cabe decir que cada uno de estos autores tiene un particular punto de vista, con diferencias y semejanzas en sus posturas, toda vez que el primero de los mencionados en el párrafo que antecede, dirige sus propuestas en específico a las víctimas de hechos ilícitos en el derecho civil, mientras que el segundo plantea su idea frente al derecho administrativo.

De esta manera me permito presentar ambos esquemas que contribuirán para estructurar el derecho a la reparación del daño en favor del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada, frente a los errores, las negligencias, la fabricación de delitos y demás actos ejecutados por falsos denunciadores y/o querellantes e incluso por propios servidores públicos encargados en teoría de procurar o administrar justicia.

¡

Hecha la anterior aclaración, me permito presentar la propuesta del destacado autor Ernesto Gutiérrez y González, quien con respecto a la viabilidad de reparar los daños a las víctimas de hechos ilícitos afirma:

"La solución a todo este problema, es la de crear un INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, el cual tendrá como objeto el pagar a las víctimas de los hechos ilícitos, la indemnización que se les debería pagar por la persona autora del propio hecho ilícito." 174

En este punto, el maestro Gutiérrez y González ejemplifica:

"Piénsese, V. g. si cada automovilista se le exigiere aportar una cuota de \$3.00 pesos (813) mensuales si tuviera automóvil chico; 5 si el automóvil es mediano, y 12 si el automóvil es grande. La suma que se obtendría sólo en el Distrito Federal, por mes, rebasaría los 240 mil pesos mensuales. Con ese dinero que se invertiría a plazo fijo y obtendría un interés de más o menos el 20% al año, se tendría al final del año, en números redondos 3 millones de pesos, para el pago de las indemnizaciones, de todo tipo, no sólo de accidentes automovilísticos.

Así, con ese Instituto que propongo crear, y cuyas características y funcionamiento se analizan por la Licenciada Ana Laura Nettel (814) se podría hacer

174 Op cit. pág. 784.

*realidad el que las víctimas de un hecho ilícito, nunca
quedaran sin indemnización. " 175*

De lo arriba anotado, es evidente la necesidad de establecer alguna medida de este estilo que contribuya en el caso del derecho penal a establecer mecanismos jurídicos que aseguren, para el caso absuelto en sentencia penal, la reparación de los daños y perjuicios causados por una indebida reclusión.

Por otro lado, no escapa al presente estudio el conflicto que suscitará el pensar en una reforma de esta naturaleza en el ámbito del derecho penal, sobre todo por que habrán muchas voces que aducirán la imposibilidad de su aplicación por la siempre difícil situación económica que ha aquejado al país; empero, este problema económico deberla conciliarse con otros que actualmente existen y nadie objeta, en este punto el propio maestro Ernesto Gutiérrez y González, enfatiza:

" . . . hasta ahora los señores legisladores, influidos por los que se dedican al Derecho penal, y con sus nuevas y 'revolucionarias ideas' de que el delincuente es 'una víctima de la sociedad' y que hay que 'rehabilitarlo', hacen que se eroguen millones y millones de pesos en atender a esas 'pobres víctimas sociales' y se olvidan de las que sí lo son, y resultan

175 Idem. pág. 784.

*ser las familias de las víctimas del hecho ilícito y el
sostén mismo de esas familias.*" 176

De tal guisa, tampoco se trata de proscribir a las personas encarceladas todo derecho, en virtud de que podemos estar en presencia de personas inocentes que ni siquiera han sido sentenciadas; por lo que es indispensable conciliar posturas, y no despojar de todo derecho como indica el maestro Gutiérrez y González a tales personas, sino que cómo lo manifesté, es necesario armonizar intereses y proponer esquemas que ayuden a derrumbar los tantos obstáculos que se ponen al tema.

Asimismo, no se puede tomar con tanta ligereza el tema de la reparación del daño en la materia penal dirigida a las víctimas del sistema de procuración o administración de justicia, cuando ni siquiera se ha intentado poner a discusión el tema en un foro donde se escuchen realmente todas las posturas y propuestas sobre estos temas concernientes a la reparación del daño de las víctimas de hechos ilícitos, entre las que no se debe olvidar a aquella que son injustamente privadas de su libertad; es decir, el absuelto en sentencia penal.

De esta manera y atendiendo a los autores antes citados, me inclino por afirmar que el Estado se encuentra obligado a responder frente a las víctimas de la procuración y administración de justicia sencillamente porque tiene la obligación de evitar que se les causen daños y perjuicios a quienes son sus gobernados, sobre todo cuando se esta en presencia de actos u omisiones

176 In Idem. pág. 785.

realizados por sus empleados y funcionarios; los cuales en teoría deben evitar perjudicar a personas inocentes. No obstante esta premisa, para el caso de darse el error, la negligencia o cualquier otra circunstancia anómala, cualquier persona tendrá la seguridad de que por lo menos, el legislador estableció en favor y de todos aquellos que sufren injustamente "el drama penal" un mecanismo jurídico para resarcir los daños y perjuicios producidos por tal evento; de tal suerte que la reparación del daño puede constituirse en ese mecanismo legal que establezca un mayor marco de legalidad y justicia, así como de responsabilidad y eficacia en los empleados y funcionarios encargados de procurar y administrar justicia.

5.3. El absuelto y sus garantías constitucionales.

Como ha quedado debidamente establecido el absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada carece de garantías constitucionales, pues si bien es cierto se han creado otras garantías para proteger los derechos de todos los gobernados, la persona que sufre el "drama penal" para luego ser puesta en libertad pasa inadvertida en nuestra Carta Magna; por lo que a mi parecer es urgente incluir a las víctimas del sistema de procuración, o administración de justicia como personas susceptibles de ser resarcidas en algún sentido de los daños y perjuicios ocasionados por su injusta reclusión.

Por otro lado, sería conveniente establecer a nivel constitucional este derecho, que igualmente debería de encontrarse estructurado en la legislación penal y quizá en complementación con otros ordenamientos como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de

Responsabilidades de los Servidores Públicos entre otras, de tal suerte que esto no se traduzca solo en una buena intención, sino que efectivamente todo el sistema del Estado le de la importancia que al parecer todos le niegan, quizá por que no nos vemos identificados con estas personas o bien parece un evento poco probable; incluso los propios tratadistas de la materia penal en la mayoría de los casos pasan desapercibido éste punto en el estudio del ius puniendi. Empero, lo cierto es que aquél que realmente siendo inocente es privado de su libertad, merece por lo menos algún aliciente que contribuya a disminuir los graves daños y perjuicios producidos con tal evento, y a su vez para eficientar la responsabilidad de los funcionarios encargados de procurar y administrar justicia en todos los niveles.

De lo expuesto hasta ahora, existen a mi juicio, motivos suficientes para contemplar este derecho dentro de las garantías de la persona que es sujeta a un procedimiento penal, pues tras su reclusión se le priva no sólo de su libertad, sino de muchos otros derechos, entre los que destaca su empleo u oficio, consecuentemente se le priva injustamente de ingresos económicos, lo cual como bien sabemos se traduce en un grave problema para su familia o dependientes cuando aquella constituye el principal sostén de la familia. Empero, aún para el caso que esto no sea tan dramático, los gastos que implica un procedimiento de esta naturaleza, obliga a estas personas o a sus familiares a realizar verdaderos sacrificios con la finalidad de sufragar los gastos que se originan con tal situación.

En virtud de todo ello, es de elemental justicia conceder al absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada alguna garantía que le repare en algún sentido las consecuencias producidas por el encarcelamiento de su persona;

eso si, siempre con parámetros objetivos que no den pie a la venganza o al exceso a cargo de la propia víctima del sistema de procuración o administración de justicia frente a quien tenga que responder de esos daños y perjuicios.

En este sentido la garantía de resarcir los daños al absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada debe ser consagrada en la parte más apropiada, que salvo mejor opinión considero puede quedar incluida en el artículo 20 de nuestra Ley Fundamental, pues en éste se habla de las garantías de todo inculpado; y donde es factible considerar esta figura jurídica para luego estar en aptitud de legislar y estructurar este derecho tanto en la legislación sustantiva como adjetiva penal, con la finalidad de dar realmente soporte y viabilidad a la reparación del daño en favor de las víctimas de la procuración o administración de justicia.

5.4. Procedencia de la reparación del daño en materia penal.

Como ha sido expuesto a lo largo de este trabajo, la procedencia de la reparación del daño en el ámbito del "ius puniendi", tiene su origen en el derecho civil, y se encuentra contemplado tanto en la legislación sustantiva como adjetiva penal con la finalidad de conseguir la condena relativa a este derecho otorgado actualmente sólo a las víctimas u ofendidos por el delito; mismo que como se ha sustentado, debería de extenderse a las víctimas del sistema de procuración y administración de justicia, cuando siendo inocentes del hecho, son privadas de su libertad sin contar con derecho resarcitorio alguno que ayude a estas personas y sus familias a enfrentar la difícil situación, así

como los daños y perjuicios que un encarcelamiento de esta naturaleza produce en el patrimonio de estas personas y sus familias.

Así las cosas, la reparación del daño del absuelto debe tener su fundamento legal en nuestra Carta Magna, empleando este criterio en favor de aquellas personas que injustamente privadas de su libertad; siendo factible decir, que si el Estado o sus funcionarios consuman una injusticia y alguien es encarcelado y después exonerado del delito, habría que concederle el derecho a la reparación del daño, en virtud del error, la negligencia, la venganza y otros vicios que lamentablemente persisten en nuestro medio jurídico.

De este modo lo primero que habría que establecer es la procedencia de este derecho como una garantía de todo gobernado frente a su ilegal sometimiento a un procedimiento penal, siendo viable como lo indique contemplar este derecho dentro del artículo 20 Constitucional, con la finalidad de garantizar la reparación del daño en favor de toda persona que una vez recluida es finalmente absuelta por la justicia.

De esta forma, la ley sustantiva como adjetiva penal deben estructurar los parámetros, alcances y contenido de este derecho en el caso de la primera; así como el procedimiento respectivo en el caso de la segunda; para hacer factible este derecho, de tal suerte que se impulse a las personas que sufren "el drama penal" a reclamar sus derechos, así como para exigir de las autoridades encargadas de procurar o administrar un amplio sentido de responsabilidad que contribuya a disminuir el error, la negligencia, la venganza, y muchos otros factores que aún se presentan en nuestro procedimiento penal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así las cosas, considero que la reparación del daño del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada debe tener como parámetros a saber los siguientes:

a) Los daños materiales.

b) Los perjuicios causados y,

c) La publicación de sentencia a título de reparación del daño moral.

Respecto a los daños materiales, a mi juicio, deben de considerarse a las erogaciones que de carácter económico se realizan en la tramitación de esta clase de procedimientos, entre los que destacan los honorarios de abogados, copias certificadas, exhortos, honorarios de peritos, etc.

En lo concerniente a los perjuicios, como ha quedado anotado, los mismos comprenden toda ganancia lícita originados por una fuente de trabajo, oficio o arte, que deja de percibir la persona con motivo de su encarcelamiento.

Finalmente, en sintonía con el maestro Guillermo Collin Sánchez, la reparación del daño moral consistente en una suma de dinero resulta poco práctica, y realmente no existe parámetro objetivo alguno que permita traducir en dinero el sufrimiento de una persona que es reclusa en prisión para luego ser puesta en libertad; además se corre el peligro de avivar la venganza o el

chantaje de la propia víctima frente a quien deba de responder por los daños y perjuicios ocasionados. Situación que no debe sorprendernos, pues bien se sabe que muchas veces el ánimo de justicia del ofendido se confunde, y muchas veces llega al exceso o a pretensiones que lejos de buscar la justicia, pueden ser armas para el chantaje o la venganza.

Por ello estoy convencido que la reparación del daño moral debe restringirse al cumplimiento exacto de la ley en favor de la víctima, de tal forma que este satisfecho con el estricto acatamiento de la ley, y en su caso con la publicación de la sentencia que absuelva a una persona injustamente privada de su libertad efectuada a través de los medios de comunicación

Asimismo, considero que si bien la sentencia penal se constituye como la principal resolución para conceder la reparación del daño, a mi parecer existen otras equivalentes que bien pueden considerarse para los efectos de la reparación del daño de la personas injustamente sujetas a un procedimiento penal, misma que son:

a) El acuerdo de no ejercicio de la acción penal en la etapa de averiguación previa.

b) Auto de libertad por falta de elementos en la etapa de pre-instrucción.

Respecto al acuerdo de no ejercicio de la acción penal, la persona que sufra algún daño o perjuicio con motivo de la indagatoria seguida en su contra, también tendrá derecho a la reparación del daño frente a conductas dolosas de particulares tendientes a fabricar o imputar delitos, en cuyo caso éstos responderán exclusivamente de los daños o perjuicios que pudieran ocasionarse. Pues resulta claro que con tal determinación el Ministerio Público cumple cabalmente con su función de procurar justicia, quedando sólo los particulares obligados a la reparación del daño.

En lo relativo al auto de libertad que pudiera dictarse en favor del inculcado en la etapa de pre-instrucción, la responsabilidad estará a cargo de la funcionarios encargados de la procuración de justicia y del Estado de conformidad con el artículo 32 del Código Penal, ya sea que la conducta de dichos funcionarios sea culposa o dolosa, en cuyo caso deberá de tenerse cuidado antes de imponer la obligación de reparar los daños, pues bien puede ser que los supuestos ofendidos indujeran al Ministerio Público al error o bien tuvieran algún grado de participación en la falsedad o fabricación del delito, en cuyo caso la figura de la responsabilidad solidaria podría instituirse en esta clase de casos para responsabilizar a los particulares que en contubernio con el agente del Ministerio Público causarán algún daño o perjuicio a una persona inocente.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse para obtener este derecho resarcitorio, creo conveniente establecer en favor de aquel que indebidamente es puesto en prisión, el derecho de promover desde su reclusión, por sí, por su defensor oficial o particular todo lo relativo a la reparación del daño

con la finalidad de simplificar los trámites. De esta manera el juez deberá en sentencia resolver sobre este punto cuando así proceda.

Por otro lado, el derecho a la reparación del daño, podrá seguirse por cuerda separada pero siempre en espera y en congruencia con la resolución que ponga fin al procedimiento penal. Ante todo debe buscarse la simplificación de este trámite, y así disminuir los problemas u obstáculos que podrían presentarse en perjuicio de las víctimas de la procuración o administración de justicia.

Así las cosas, al igual que la víctima u ofendido por delito, el realmente inocente podrá durante la secuela procesal ofrecer las pruebas que acrediten los daños y perjuicios causados; con la finalidad de que el juez resuelva en sentencia todos estos aspectos, para evitar se dejen para otra etapa, incidente o procedimiento penal o civil que sólo impedirán la real aplicación de este derecho.

Por otra parte, cuando en la averiguación ~~p~~revia seguida ante el Ministerio Público se decreta acuerdo de no ejercicio de la acción penal, la reparación del daño podrá promoverse ante la autoridad judicial, en virtud de los posibles daños o perjuicios que se causarán a determinada persona no pueden ser resueltos por la Representación Social, pues es obvio que ésta carecería de facultades para resolver una cuestión eminentemente propia del poder judicial; el cual a instancia de parte y mediante el procedimiento ordinario civil podría resolver sobre este derecho.

Finalmente, habría que agregar, que cuando por alguna cuestión técnica (prescripción por dar un ejemplo), no fuere posible ejercitar la acción penal aún habiéndose comprobado el cuerpo del delito y acreditado la probable responsabilidad del agente, éste no tendrá derecho a la reparación del daño, toda vez que la intención de esta figura en el derecho penal tiene como finalidad contemplar sólo a las personas realmente inocentes del delito.

Vistos a grosso modo los aspectos sobre los que habrá de legislarse, es oportuno establecer una propuesta legislativa concreta que contribuya a sentar las bases de este derecho en favor de las víctimas de la procuración o administración de justicia, pues con lo hasta ahora expuesto existe alternativa para contemplar esta figura en nuestro sistema jurídico, bajo el esquema de la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual me parece la más práctica y eficaz para cumplir con este reclamo social.

En tal virtud, me permito enseguida realizar una propuesta legal relativa a la reparación del daño del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada.

5.5. Propuesta de legislación respecto a la reparación del daño.

Una vez vista toda la problemática que envuelve el "drama penal", respecto de la situación que guarda aquel que habiendo sido privado de su libertad es absuelto por la justicia; es indispensable realizar una propuesta para incluir en nuestra legislación penal sustantiva este derecho a la reparación del daño actualmente otorgado solamente al ofendido o víctima por el delito.

De esta forma, me parece relevante consagrar este derecho en el artículo 20 constitucional, de tal suerte que todo aquel que injustamente sea privado de su libertad tenga una verdadera garantía de que en caso de cometerse algún error u otro vicio durante su procedimiento en el sistema de procuración o administración de justicia, el Estado responderá con eficiencia y legalidad para resarcirle los daños y perjuicios ocasionados por sus empleados y funcionarios, y en todo caso los particulares que realicen denuncias y/o querrelas falsas tendientes a perjudicar a personas inocentes.

Es así que resulta indispensable que determine el contenido y alcance de la reparación del daño que en favor del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada o resoluciones equivalentes a las que ya me he referido, tales como la libertad decretada en el auto de término constitucional y cuando se resuelva sobre el no ejercicio de la acción penal durante la averiguación previa la persona sujeta al procedimiento respectivo podrá concedérsele este derecho.

De ahí que he considerado que la reparación del daño que propongo establecer, debe ser entendida **como el pago por concepto de indemnización, derivado de los daños materiales y perjuicios ocasionados a quien injustamente es privado de su libertad para finalmente ser absuelto por una resolución o sentencia definitiva penal ejecutoriada.**

Del anterior contenido y alcance de la reparación del daño, pretendo establecer parámetros objetivos y cuantificables que hagan realmente

factible este derecho, de esta manera he considerado tres aspectos a saber que son:

a) Los daños materiales (económicos)

b) Los perjuicios ocasionados con motivo de la reclusión.

c) El daño moral producido.

Los primeros tiene una implicación económica, de tal suerte que su cuantificación sea objetiva. Es así que en este tipo de daños contemplo por ejemplo los honorarios de abogados, de peritos, copias certificadas, etc.

Los segundos de acuerdo con la ley se identifican con la privación de ganancias lícitas que una persona debiera percibir con el cumplimiento de una obligación.

En este sentido, considero factible considerar a los perjuicios como la privación de las ganancias que el recluso pudiera seguir obteniendo por su empleo u oficio de no haber sido privado de su libertad.

Finalmente, los daños morales no tiene implicación material, sino que se identifican con sentimientos como el dolor, el honor, etc., mismos que en mi opinión resultan incuantificables, y como he dejado establecido, afortunadamente son letra muerta en el derecho penal. No obstante esta circunstancia, considero que el daño moral puede ser resarcido con la publicación de sentencia y el estricto cumplimiento de la ley, pues pensar en una

cantidad de dinero para reparar el daño moral entraña una gran problemática para su cuantificación.

De esta forma el resarcimiento de cada uno de estos daños será reparados conforme a criterios objetivos y claros que no permitan por una parte la venganza o exceso del la víctima del sistema de procuración o administración de justicia, y por la otra la imposibilidad jurídica para cuantificar y hacer la condena relativa a este derecho por parte del órgano judicial.

En cuanto al procedimiento y resoluciones de las que se derive el derecho a la reparación del daño en favor de una persona inocente, contemplo tres casos:

a) A nivel averiguación previa, cuando se dicte acuerdo de no ejercicio de la acción penal.

b) En la pre-instrucción, cuando se decrete auto de libertad y,

c) La Sentencia definitiva ejecutoriada que absuelva al acusado.

En el primer caso la reparación del daño es procedente en la averiguación previa cuando se decrete el no ejercicio de la acción penal en favor de una persona determinada, momento donde ésta podrá recurrir al órgano jurisdiccional en la vía ordinaria civil, para que los responsables respondan de los daños (materiales o morales) y perjuicios ocasionados cuando los denunciante o querellantes hayan actuado de manera dolosa en la

investigación de algún delito, todo ello con estricta observancia de los artículos 32 y 29 de Código Penal para el Distrito Federal.

En el segundo caso, cuando se dicte por el órgano jurisdiccional auto de libertad en el plazo de las 72 horas, el Estado estará obligado a reparar los daños y perjuicios causados por lo funcionarios encargados de la averiguación previa, para lo cual debe verificarse su actuar doloso o culposo de conformidad con el artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal, para que en su oportunidad el Estado repita ese pago contra esos funcionarios.

Finalmente, cuando la persona inocente sea recluida para ser sujeta al proceso penal, ésta desde su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional podrá ofrecer las pruebas tendientes a acreditar los daños y perjuicios ocasionados con tal evento, de tal forma que en la sentencia penal el juez este en aptitud de resolver sobre este punto.

El Estado, como ha quedado anotado deberá de responder directamente a las víctimas por los errores, negligencias, excesos etc., de sus empleados y funcionarios, para después repetir ese pago contra dichos empleados y funcionarios, ello con la finalidad de agilizar las indemnizaciones que se otorguen a las personas absueltas o encontradas inocentes del algún delito en el auto de término constitucional; pues aquellas que obtengan en su favor un acuerdo de no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa, sólo podrán recurrir al órgano judicial en la vía ordinaria civil para obligar a quienes de manera dolosa le hayan causado daños o perjuicios con las denuncias o querrelas que resulten falsas o que notoriamente persigan fines distintos a la legalidad y la justicia.

Atendiendo a lo arriba anotado, la resolución que resuelva sobre la reparación del daño puede ser actualmente en tres sentidos:

I.- Condenando exclusivamente al acusado al pago de la reparación del daño en favor del ofendido o quienes sean susceptibles de este derecho siempre y cuando existan elementos que hayan acreditado la solvencia de aquel para cubrir el monto fijado por el Juez.

II.- Absolver al acusado del delito, y por lo tanto del pago de la reparación del daño (pena pública).

III.- Condenar a los terceros solidarios, al pago de este derecho cuando sea imposible obtenerla del sentenciado (responsabilidad civil) .

Por lo anterior, resulta necesario ampliar el marco de responsabilidad a los empleados y funcionarios del Estado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal, en beneficio también de las víctimas del sistema de procuración o administración de justicia; donde dependiendo del actuar doloso o culposos de dichos individuos, podría el Estado responder en un primer momento de los daños (materiales y morales) y perjuicios ocasionados a una persona inocente, para después repetir ese pago contra sus empleados o funcionarios encargados de la procuración o administración de justicia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así las cosas, un mecanismo que podría instituirse para asegurar estos pagos, puede consistir en un Instituto de Responsabilidad Patrimonial del Estado encargado de administrar y conceder las indemnizaciones, mismo que podría allegarse recursos quizá con pequeñas cuotas de todos los funcionarios y empleados del Estado, tal y como lo ejemplifico el maestro Ernesto Gutiérrez y González al hablar del Instituto de la Responsabilidad Civil; o bien puede establecerse como otra forma de capitalización un fideicomiso público de administración de todos los bienes asegurados que son vendidos y adjudicados, de tal forma que los recursos provenientes de tales ventas o adjudicaciones fueran destinados a dicho fideicomiso.

Es evidente que existen alternativas, lo único que hace falta es establecer una organización eficiente que debidamente sea auditada para garantizar su función en la concesión de las indemnizaciones que el Estado en primer lugar tuviera que sufragar frente a las conductas ilegales, negligentes o de mala fe realizadas por sus empleados y funcionarios; quienes sin embargo, estarían obligados a reintegrar ese dinero al Estado mediante descuentos equitativos y proporcionados atendiendo al puesto y salario percibido.

Para todo ello es obvia la necesidad de confrontar esquemas de los diversos concededores del derecho, la administración pública, las finanzas etc., para dar viabilidad a esta figura en favor de toda aquella persona que indebidamente sufre "el drama penal", sin que exista ninguna retribución que por lo menos contribuya a disminuir los graves daños que una reclusión de esta naturaleza produce, de tal suerte que se promueva una verdadera responsabilidad de los empleados y funcionarios adscritos a las instancias

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

encargadas de procurar y administrar justicia, con lo cual se aumente la eficiencia y se disminuyan los errores o injusticias en el derecho penal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

Una vez que he terminado el presente estudio, estoy convencido de que la persona que es absuelta mediante una sentencia definitiva ejecutoriada, no es otra cosa que una víctima del sistema de procuración o administración de justicia que rige, donde aún encontramos abusos, errores, negligencia, venganzas o excesos de ciertos funcionarios o grupos, que lejos de sujetarse a los principios de legalidad y buena fe, se inclinan por la consigna, mala fe, autoritarismo, etc., inculcando a personas inocentes.

En virtud de lo anterior y visto el panorama que presenta el "drama penal" en nuestra ciudad, es pertinente establecer las siguientes conclusiones:

I.- Durante la presente investigación quedo de manifiesto que la evolución del derecho a la reparación del daño en la Historia de la Humanidad, la evidente preocupación por proteger a la víctima u ofendido por el delito desde la antigüedad; de tal suerte, se establecieron los primeros mecanismos de defensa ante el delito y su autor, siempre en favor de aquellos o de la comunidad.

En lo concerniente al inocente es de reconocer que no existió, dado la imposibilidad real de ser absuelto en algún procedimiento, pues como se comprobó, las vías eran muy rudimentarias, sumarisimas, y sin garantías procesales proliamente dichas. Situación que se agravó durante la Edad Media, donde el poder del Monarca y la Iglesia en distintos momentos fue ilimitado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II.- En nuestro país, el derecho a la reparación del daño siempre se concedió a la víctima u ofendido por el delito, en el derecho prehispánico se advirtió también la injerencia de la familia de la víctima en la aplicación de la pena; destaca sobre todo la severidad moral con la que se conducían los diversos grupos sociales y culturales, sin embargo, jamás se estableció derecho alguno en favor de las víctimas de la procuración o administración de justicia; evento que fue igualmente olvidado durante la Colonia; donde la crueldad y abusos del poder fueron comunes hacia los indígenas y castas sometidas.

No fue sino hasta el México Independiente cuando inició propiamente una humanización del derecho penal, pero en relación a la reparación del daño, sólo las víctimas u ofendidos por el delito eran protegidos por la ley; y no fue sino hasta la época moderna cuando se dieron los mayores avances jurídicos que aunados al movimiento revolucionario propiciaron los fundamentos de la nueva legislación penal sustantiva y adjetiva; muchas de las aspiraciones y derechos elementales quedaron a salvo con la promulgación de la Constitución de 1917, que realmente permitió consolidar en cierta manera nuestras Instituciones; y aunque las reformas y nuevos códigos se ajustaron a la nuevas corrientes penales, éstas fueron encaminadas al estudio del delito, del delincuente, la teoría del delito, etc., pero jamás se concedió el derecho a la reparación del daño en favor del absuelto en sentencia definitiva ejecutoriada, salvo el indulto que sólo operaba en casos muy restringidos, y que obviamente al no afectar el fallo judicial (cosa juzgada) no puede ser considerado ni siquiera un reconocimiento de inocencia.

III.- Del estudio de nuestro procedimiento penal actual, es de advertirse que si bien existen medios de defensa y distintas etapas para hacer factible la aplicación de una pena o medida de seguridad a un caso concreto, también lo es que en lo relativo a la reparación del daño, el mismo resulta ambiguo y poco claro, y ofrece por lo tanto dificultad en su tramitación, aunado ello a la actuación del Representante Social que no siempre es profesional y diligente en sus actuaciones, por una parte debido al exceso de rezagos, y por otra, por la falta de capacitación, corrupción y diversos vicios que aún persisten.

IV.- Asimismo, del estudio del marco constitucional que rige a nuestro país, es evidente que las garantías antes referidas contribuyen a establecer un ambiente de justicia, equidad y de seguridad jurídica en nuestro medio legal, sin embargo, como es del conocimiento de muchos, aún es factible privar de la libertad a una persona inocente, evento que puede considerarse el menos probable, pero ello no quiere decir que tal injusticia no se presente; en este sentido, es obvio que el absuelto no goza de ninguna garantía frente a su ilegal encarcelamiento; tampoco puede identificarse al indulto que contempla nuestra Ley Fundamental y que algunos la asimilan indebidamente con el reconocimiento de inocencia; además de que éste no concede al absuelto derecho de resarcimiento alguno, por otro lado su aplicación es muy limitada y no constituye un reconocimiento de inocencia, toda vez que la sentencia dictada por el órgano judicial permanece inmutable, es decir, sigue considerando culpable a la persona beneficiada con esta medida.

V.- Desde mi perspectiva es necesario y urgente considerar al absuelto como una víctima, susceptible de obtener en su beneficio la reparación

del daño causado con motivo de una injusta reclusión en los términos propuestos en la presente tesis, esto es, que la ley sea reformada para que cuando se cometa una injusticia de la naturaleza planteada en este trabajo de investigación; exista el procedimiento claro, sencillo y lo más expedito posible que obligue a los responsables a resarcir o reparar los daños y perjuicios causados, incluyendo el moral, que si bien es cierto es difícil de cuantificar, en la práctica podría disminuirse o aminorarse con la publicación en medios masivos de comunicación de la sentencia absolutoria y una breve explicación o disculpa pública de los responsables; situación que sin duda alguna fortalecería nuestro Estado de Derecho.

r

r

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Bibliografía.

Álvarez Ledesma, Mario I., Introducción al Derecho, Editorial McGraw II, México, 1995.

Amuchategui Requena, Irma Griselda, Derecho Penal, Editorial Oxford, 2a. edición, México, 2000.

Becaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, 11 a. edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Bejarano y Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, 5a. edición, Editorial Oxford, México, 2001.

Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, 33a. edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1998.

Camelutti, Francesco, Las miserias del Proceso Penal, Ediciones Especiales.

-----, Principios del Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1971.

Carrancá y Rivas, Raúl, El Drama Penal, 1a. edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

Castro Estrada, Álvaro, Responsabilidad Patrimonial del Estado, 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18a. edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Cruz Barney, Oscar, Historia del Derecho en México, Editorial Oxford, 1a. edición, México, 1999.

De la Cruz Agüero Leopoldo, Procedimiento Penal Mexicano, 4a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Del Castillo del Valle, Alberto, Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal, 2a. edición, Editorial Duero, México, 1992.

Daza Gómez, Carlos, Teoría del Delito, Editor Cárdenas Distribuidor, México, 1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esquivel Obregón, Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, 2a. edición, Tomo I y II., Editorial Porrúa, México, 1984.

Floris Margadant S., Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Editorial Esfinge, México, 19

Foucault, Michel, Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión, 27a. edición, Editores Siglo Veintiuno, México, 1997.

García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, 5a. edición, Editorial Porrúa, México, 1989.

Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 13a. edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, 10a. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980.

—————, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires Argentina, 1964.

Khöler, José, El Derecho Azteca, Escuela Libre de Derecho, México, 1924.

Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1991.

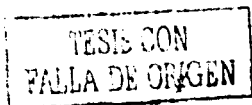
Muñoz Conde, Francisco. Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, 2a. edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Sevilla, España, 1996.

Ochoa Olvera, Salvador, La demanda por daño moral, 2a. edición, Montealto editores, México, 1999.

Osorio y Nieto, César Augusto, La averiguación Previa, 11a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Porrúa Pérez, Francisco, Teoría del Estado, 33a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Porte Petit, Celestino, Importancia de la dogmática jurídico-penal, Editorial Porrúa, México, 1954.



Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología, 15a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 33a. edición, Editorial Porrúa. México, 2000.

Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1975.

Zamora-Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 10a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

DICCIONARIOS

Diccionario Jurídico Mexicano, Del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 1991.

Gran Diccionario Jurídico de los Grandes Juristas, Editores Libros Técnicos, México.

LEGISLACIÓN

Código Penal para el Distrito Federal. 59a. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 54a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

Código Civil para el Distrito Federal, 68a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

REVISTAS

Revista Jalisciense de Procuración de Justicia, Memorias del Segundo Congreso Nacional para la Prevención del Delito, Número 1, Guadalajara, México, 1996.

