

2ej
652



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROVISIONALES

**ESTUDIO JURIDICO DE LA
REPARACION DEL DAÑO**

T E S I S

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

P R E S E N T A :

ZACARIAS SERGIO ANTONIO RIVAS ORDOÑEZ

MEXICO, D. F.

1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVILA

Cd. Universitaria, 23 Enero de 1986.

C. DIRECTOR GENERAL DE COORDINACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El señor ZACARIAS SERGIO ANTONIO RIVAS ORDONEZ ha elaborado en este Seminario a mi cargo bajo la dirección del Lic. Marcos Castillejos Escobar, su tesis profesional intitulada "ESTUDIO JURIDICO DE LA REPARACION DEL DAÑO", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual -
llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V,
del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que -
otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario.

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

C A P I T U L A D O
ESTUDIO JURIDICO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Introducción.

CAPITULO I

- 1.- Sinopsis Histórica.
- 2.- Acciones Provenientes del Delito.
 - a) Acción Penal.
 - b) Acción Resarcitoria.
- 3.- Naturaleza Jurídica de la Reparación del Daño.
 - a) La Reparación del Daño en la Doctrina Clásica.
 - b) La Reparación del Daño como Pena Pública.
 - c) La Reparación del Daño como Pena Privada.

CAPITULO II

La Reparación del Daño en la Codificación Mexicana.

- a) Código Penal de 1871.
- b) Código Penal de 1929.
- c) Código Penal de 1931.

CAPITULO III

- 1.- Características de la Reparación del Daño en el Código Penal de 1931.
- 2.- Sujetos Obligados a la Reparación del Daño.
 - a) Sujeto activo del delito.
 - b) Incidente exigido a terceros.
- 3.- El ofendido en el procedimiento.

CAPITULO IV

- 1.- Requisitos para establecer la existencia y el quantum de la reparación del daño.
 - A) En los delitos con dolo:
 - a) Delitos que proporcionan un enriquecimiento ilegítimo al activo.
 - b) Delitos que no proporcionan un enriquecimiento ilegítimo al activo.
 - B) En los delitos con culpa.
 - C) En los delitos preterintencionales.
 - 2.- La reparación del daño en las causas excluyentes de responsabilidad.
 - 3.- Forma de extinguirse la reparación del daño.
- Conclusiones.

INTRODUCCION.

El trabajo desarrollado en esta Tesis esta orientado al estudio de un breve y sencillo análisis de la sanción pecuniaria, la reparación del daño, sin pretender con ello proponer modificaciones substanciales o trascendentales que afecten a esta institución, ampliamente explicado por la doctrina jurídica, aún cuando dentro de ella existan corrientes que difieran entre sí.

Sin embargo he escogido este tema para desarrollar como tesis por que considero que la reparación del daño reviste una finalidad e importancia muy singular, diferente a la de la sanción penal.

La finalidad de la reparación no es propiamente el castigo del delincuente, como lo es para la sanción penal, aún cuando en sus orígenes se le confundía con la pena misma, sino que tiende a restablecer, en la medida que se ocasionó el daño, la situación anterior al delito mediante la restitución, y cuando no es posible ésta mediante la indemnización de los daños materiales o morales, a la víctima o al ofendido por el delito.

Es importante la reparación, porque sin ser de ninguna manera una norma represiva del delito, tiene por fuente la justicia que manda dar a cada uno lo suyo y exige que, donde exista una ofensa, se compense con una proporcionada satisfacción, y para ello genera una acción restitutoria a favor de la víctima del delito o del ofendido, procurando que éste no quede en un estado de indefensión o en el desamparo. Sin embargo el ejercicio de esta acción ha sido objeto de controversia en la doctrina jurídica, al considerarla una parte de ésta, como pública y por lo tanto su función corresponde al Ministerio Público; otra parte de la doctrina considera que es a la víctima del delito o al ofendido a quien corresponde la acción, que está en su interés ejercitar o no.

En nuestro Derecho, como veremos en el desarrollo de este trabajo, no obstante la oficiocidad de la acción, la ley permite que el ofendido en ciertas circunstancias actúe como parte dentro del proceso penal.

Estas incongruencias de la Ley Penal en materia de reparación del daño, aparte de las críticas de la doctrina a que ha dado lugar, nos lleva a considerar, tomando en cuenta que hoy existe una sociedad más evolucionada e interesada en los bienes materiales -

y que por consiguiente el ofendido por el delito muestra un mayor interés por proteger y defender su patrimonio de los daños que le pudiera ocasionar el delito o de demandar una indemnización cuando se le ha ofendido o causado un perjuicio; que se hace necesario, entonces, que a aquel se le permita una mayor participación en el procedimiento, instituyéndole una acción principal, y sólo por deficiencia o a petición de éste, se establezca una acción subsidiaria en poder del Ministerio Público.

Sin dejar de tomar en cuenta, que en la realidad el verdadero escollo para hacer efectiva la reparación del daño es la insolvencia del delincuente y que para evitarla depende en buena parte de las medidas que prevea la ley penal y que permitan u obliguen al reo a cumplir con el resarcimiento; entre ellas debe estar, creemos, la obligación del Estado para responder subsidiariamente en los casos de insolvencia del delincuente, toda vez que de él depende la seguridad de los ciudadanos mediante la prevención y persecución de los delitos. Sólo de esta manera, el ofendido por el delito, podrá ver satisfecha su reclamo de justicia.

Tal es a grandes rasgos el objetivo de esta Tesis, esperando la comprensión y benevolencia del Honorable Jurado ante las deficiencias que presente la misma.

C A P I T U L O I

1.- SINOPSIS HISTORICA.

2.- ACCIONES PROVENIENTES DEL DELITO.

- a) Acción Penal.
- b) Acción Resarcitoria.

3.- NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

- a) La Reparación del Daño en la Doctrina Clásica.
- b) La Reparación del Daño como Pena Pública.
- c) La Reparación del Daño como Pena Privada.

CAPITULO I

SINOPSIS HISTORICA

De las civilizaciones más antiguas que se tiene noticia sobre la reparación del daño es tal vez la del pueblo Chino, en el libro denominado Chou King; contemporáneo del de Hammurabi, admitía que la pena se reemplazase por una suma de dinero. Igual criterio podemos apreciar en el Manava Dharma Sastra o Leyes de Manú de los Indúes.

Lo cierto es que este reemplazo de la pena que admitían estas codificaciones, no era con el fin de resarcir el daño ocasionado a la víctima en su persona o patrimonio; más bien era una fórmula de escapar a la pena supliéndola por una suma de dinero, es decir, una compensación. Comprensible este criterio si tomamos en cuenta que estas codificaciones en sus preceptos establecían la Ley del Talión, orientada ésta más al castigo del culpable que a reparar el daño causado a la víctima.

Los romanos, -dice al respecto Eugene Petit " consideraban el delito como una fuente de obligación civil; pero las consecuencias no han sido nunca las mismas que en nuestro Derecho. Para este respecto hay que considerar que los romanos distinguían entre los delicta privata y los delicta publica²⁹ (1)

1.- Los delitos públicos eran los que atacaban directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o a la seguridad del Estado. Daban lugar a una persecución criminal delante de una jurisdicción especial.

2.- Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público. La Ley de las XII Tablas prevenía y castigaba cierto número de estos hechos.

Aunque algunas disposiciones, que reflejan un estado social anterior, consentían que la víctima del delito se hiciera justicia ejercitando su venganza sobre la persona del culpable. La Ley se limita entonces, en ciertos casos, a regular esta venganza; pero frecuentemente atestigüa una civilización más avanzada, sustituyendo a la venganza privada por una pena pecuniaria.

Son estos delitos privados los que se consideran como creadores de obligaciones a cargo del culpable y en provecho de los particulares.....

(1) Eugene Petit -- Derecho Romano.- Edit. Nacional. Méx., 1963. Págs. 454-455.

En el Derecho Clásico, la obligación nacida del delito tiene por objeto el pago de una pena pecuniaria, que solo es en algunas veces el equivalente del perjuicio causado, pero que con frecuencia es superior y enriquece entonces al demandante.

Así pues en el Derecho Romano, la acción penal tiene a veces una función resarcitoria, mientras que en otros casos se habla de acciones mixtas, es decir, en parte penales y en parte resarcitorias.

En esta evolución histórica de la Reparación del Daño, encontramos que entre los postglazadores, la actio civil ex delicto, es siempre una acción penal. Es decir, "la confusión entre el Derecho Penal y Derecho Civil, persiste" (2). Y en el derecho intermedio, aunque la situación no cambia fundamentalmente, hay una tendencia a distinguir las dos acciones, si bien la acumulación depende siempre de la voluntad del ofendido.

Realmente los primeros gérmenes de la separación de la acción penal y la acción civil, según A. Vélez Maricondi "se encuentran en el Derecho Canónico, pero es en las ordenanzas francesas en que esta distinción se percibe claramente" (3); según la célebre de 1670, la acción pública (Penal) tenía por objeto punir los atentados al orden social, y pertenecía esencialmente al pueblo, mientras la acción civil tenía por objeto la reparación del daño causado por el delito

Mas adelante, esta independencia de las acciones se hizo más clara cuando el particular ofendido dejó de ser titular de la acción penal, o sea, cuando se derogó la institución del acusador particular. En tonces se le permitió que interviniera en el proceso con fines de resarcimiento, asumiendo la condición de actor civil.

En el Derecho moderno no hubo lugar a dudas de que el delito podía dar lugar al nacimiento de dos acciones, una de tipo penal y otra civil: la primera corresponde al Estado, titular de preservar el orden público, y tiene por objeto las penas o medidas de seguridad; la segunda corresponde al ofendido, para reclamar la restitución o indemnización del daño causado, ora en su persona o en sus bienes.

Este criterio orientó las legislaciones de diversos países, inclusive la nuestra, como lo demuestra el Código Penal de 1871. Pero esta separación de las dos acciones provenientes de delito, dió lugar a que una corriente de la doctrina jurídica considerara que el Derecho Criminal consagraba toda su atención a la función penal, dejando abandonada la situación del ofendido por el delito; por lo que para esta corrige

(2) A. Vélez Maricondi.- La Acción Resarcitoria.- Pág. 8.

(3) A. Vélez Maricondi.- Ob. Cit. Idg. 9.

te la reparación del daño debía tener el carácter de pena pública, estar provista de medios enérgicos de ejecución.

Esta disensión dió lugar a grandes controversias en la doctrina jurídica, la de la escuela Clásica y la del Positivismo. Criterios doctrinarios a los que me referiré más ampliamente en otro capítulo, por considerar que es parte substancial de esta tesis.

2.- ACCIONES PROVENIENTES DE DELITO.

Debemos tener presente que la violación de las normas establecidas para preservar el orden jurídico, origina la antijuridicidad. Siendo esta última, señala R. Carrancá y Trujillo, "la oposición a las normas de cultura, no puede ser más que una. Pero toda vez que las reglas de conducta están recogidas en el Derecho, con sus varias especialidades, puede hablarse de una antijuridicidad en la especie penal; lo mismo que en otras" (4). Obviamente nos referiremos a la penal; ésta al cometerse produce dos órdenes de daño, que para Cuello Calón y en general la doctrina, consisten en: "un daño, colectivo constituido por la perturbación y alarma que el delito produce, y un daño individual originado a la víctima del delito que puede sufrir perjuicio, ora en su persona, en su pudor, en su libertad, etc. El daño a la sociedad se intenta reparar mediante la imposición de la pena o penas correspondientes, en tanto que el daño infringido al particular, mediante indemnizaciones de carácter civil" (5)

Vista de este modo la antijuridicidad parece ser que el delito es condición necesaria para el nacimiento de estas dos pretensiones, la punitiva y la reparadora; aunque tratándose de esta última no es suficiente, pues hay que tener en cuenta que además del acto delictuoso hace falta que éste produzca un menoscabo a la persona o en el patrimonio del sujeto pasivo del delito. Toda vez que hay hechos delictuosos que ya sea por su naturaleza misma, como: la portación de armas, injurias etc. ; o por no haberse perfeccionado, tal es el caso de las fustigaciones y tentativas, no siempre producen el daño requerido, para que tenga lugar la pretensión resarcitoria.

Sobre esta consideración de los hechos ilícitos en general, señala la doctrina jurídica, se distinguen tres categorías: a) Los que originan responsabilidad penal y civil; b) Los que solo la originan penal, y c) Los que solo son fuente de obligaciones civiles.

De donde resulta que los civilistas establezcan una diferencia del delito en un sentido penal y en un sentido civil, lo será en el primer aspecto, afirman, cuando se vulnera una norma penal; en cambio se estima como aspecto civil, todo acto del hombre que cause un menoscabo apreciable a otro. Lo cual parece llevar a la idea de que al Derecho Penal interesa sobre todo la persona del delincuente, su mayor o menor peligrosidad; y al Derecho Civil solo la objetividad del daño o perjuicio causado.

(4) R. Carrancá y Trujillo.- Derecho Penal. Mex. 1980. Pág. 338.

(5) E.-Cuello Calón.- Derecho Penal, tomo I.- México, 1961. Pág. 650.

Además hay que tener presente, que el daño privado no consiste solamente en las consecuencias del delito indicadas antes, o sea el perjuicio causado a los bienes materiales del ofendido, sea persona moral o física, sino que comprende además, el efecto psicológico que se produce en el delito. Enrique Ferri, al analizar los daños causados por el delito, dice que "el daño público o colectivo es simplemente moral o psicológico, mientras que el daño privado puede ser material o moral o psicológico". (6)

Con ello el jurista se refiere a la depresión de ánimo, contrariedad, el dolor o malestar causados por el delito y que tiene tanto o a veces mayor significación que las dañosas consecuencias materiales que el propio hecho antijurídico acarrea.

En resumen, son dos los intereses vulnerados por la comisión del delito: el interés público que demanda medidas de defensa social y el interés privado que pugna por la reparación del daño que se le causó, sea físico o moral. El primero de ellos, surge de la necesidad de cierto orden social que es base para la convivencia humana y, el segundo, tiene por fuente la justicia que manda dar a cada uno lo suyo y exige que, donde exista una ofensa, se compense con una proporcionada satisfacción. Y como salvaguarda de esos intereses, dice F. Arilla Bas "se originan dos pretensiones la punitiva y la reparadora, de las cuales nacen a su vez dos acciones: la penal, cuyo ejercicio compete al Estado, y la civil susceptible de ser ejecutada por el ofendido o por sus causahabientes". (7)

En cuanto a la indemnización, señala este jurista, constituye el objeto de la reparación en su sentido propio, y se da cuando no es posible la restitución de la cosa o cosas a su estado anterior, como la vida en el homicidio, la salud en las lesiones, la fama en la difamación etc. . El resarcimiento se traduce entonces en una indemnización equivalente al bien perdido.

Debemos hacer mención que algunas legislaciones señalan como forma especial de resarcimiento no patrimonial, la publicación de la Sentencia de Condena en los periódicos. Como por ejemplo la publicación de la Sentencia declarando la injuria, la difamación etc. .

Debe considerarse también dentro del ámbito de la responsabilidad civil, la indemnización de los perjuicios sufridos directamente

(6) Enrique Ferri.- Ob. Cit. por A. Velez Maricondi. Pág. 11

(7) F. Arilla Bas.- El Procedimiento Penal en Méx. -- Págs. 35,36.

por la víctima a consecuencia del delito. El concepto de perjuicio, para Bernardo de Quiroz, se diferencia del daño por dos aspectos principales: los daños son simultáneos con el delito; los perjuicios son disminuciones de los ingresos. Pero al penalista no le importa mucho definir por sí lo uno y lo otro pues este tema incumbe a los civilistas.

Por consiguiente, según lo expuesto, si de todo delito de daño nacen dos acciones una penal y otra civil, surge el corolario de que toda persona responsable criminalmente de un delito de daños lo es también civilmente. (8)

Aunque no necesariamente pues ya hemos señalado que hay delitos que no producen daño alguno en la persona o bienes del sujeto pasivo y por lo tanto no dan lugar a la pretensión reparadora.

En resumen, podemos distinguir dos tipos de daños originados por el delito: un daño causado a la colectividad y un daño causado a la persona física o moral. Aquel es siempre moral o psicológico y el segundo, material o moral, o ambas cosas a la vez.

A cada una de estas dos órdenes de daños corresponde una acción: la que tiende a castigar al delincuente que es la acción penal, y la que tiende a obtener la reparación del daño individual, llamada acción resarcitoria.

Indudablemente que la primera debe ser ejercitada por el representante social ante el órgano jurisdiccional; en tanto que el criterio para determinar el ejercicio de la acción resarcitoria no es unánime en la doctrina jurídica. Gran parte de esta considera que el interés que promueve al resarcimiento es de carácter individual y que por lo tanto la acción encaminada a obtener la reparación debe ser ejercitada por la víctima del delito.

Otros, se manifiestan en franca oposición a este criterio, argumentando que la responsabilidad civil delictual, supone la existencia del delito, y por consiguiente tratándose de un hecho que es fuente común de responsabilidades de diferente orden, es lógico que esté ligado a la acción penal, y su ejercicio corresponda al Ministerio Público.

Ambos criterios doctrinales han servido de base para orientar las legislaciones de diversos países, entre ellos el nuestro por lo que considero necesario que para comprender el sistema adoptado por nuestra ley penal, nos aboquemos brevemente al estudio de la naturaleza jurídica de la reparación del daño, a través de estas dos principales corrientes de la doctrina jurídica, la clásica y la positivista.

3.- NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

a) la Reparación del Daño en la Doctrina Clásica.

Esta doctrina parte de la idea de que cuando la venganza privada es substituída paulatinamente por la venganza pública y va distinguiéndose una prevalectencia de los intereses públicos sobre los privados, correlativos al fortalecimiento del poder del Estado, "la acción penal se distingue y separa de la civil, tanto por la diversa naturaleza de los intereses que ellos tienden a satisfacer como por los diferentes fines que persiguen.

Según esta corriente la acción penal "tiende a satisfacer el interés público, mediante la imposición de una pena al culpable del delito, la acción civil trata de satisfacer el interés privado de la víctima, mediante un resarcimiento del daño ocasionado por el acto ilícito" (9).

La acción penal, dice R. Augusto de León, " es una exigencia de justicia social del resorte del Derecho Público; en tanto que la Civil es del dominio del Derecho Privado".(10)

Por lo tanto los titulares de esas acciones son distintos, la pretensión penal es ejercitada por el Ministerio Público en contra del imputado y la pretensión resarcitoria corresponde a la víctima del delito y se dirige contra el imputado o la persona que aparece como civilmente responsable.

En consecuencia siendo diferente la pretensión de las dos acciones, la de reparación podrá ejercitarse independientemente a elección del titular, pues su ejercicio no se encuentra subordinado a la acción penal.

En resumen, para esta doctrina, la finalidad que persigue la acción penal y la resarcitoria es diferente: el castigo del culpable, una; el resarcimiento del daño, la otra. La primera pertenece al campo del Derecho Público y su ejercicio debe estar encomendada al representante social; la segunda debe hacerse valer dentro del Derecho Privado en forma independiente por la víctima del delito.

Inspirándose en los postulados de esta doctrina surge, actualmente, una nueva corriente llamada PRIVATISTA, que abundando en los argumentos comentados, pugna por la separación de las dos acciones, penal y resarcitoria, y a la que nos referiremos más adelante en este trabajo.

(9) A. Velez Maricondi.- La Acción Resarcitoria.- Pág. 11.

(10) R. Augusto de León.- La Acción Civil Derivada del Delito.- Pág. 13.

b) La Reparación del Daño como Pena Pública.

Ante el hecho establecido y aceptado, por gran parte de la doctrina jurídica, de que del delito pueden surgir dos pretensiones, la punitiva y la reparadora, y que la una es de naturaleza distinta a la otra por el interés que protegen y que por lo tanto, la acción que da lugar respectivamente, se debe hacer valer en jurisdicciones distintas, Penal y Civil.

Un sector de la doctrina, denominado positivista, inconforme con este criterio llamado tradicionalista, consideró que la reparación del daño debía tener el carácter de pena pública, por estimar como ineficaz la acción civil dirigida a la reparación. Toda vez que, según es ta corriente, si bien los jueces condenaban al pago de los perjuicios abstractamente considerados, el lesionado o sus herederos se abstendían a sujetarse a las contingencias de un juicio civil para la restitución o fijación de una indemnización, para la cual la protección estatal les facultaba, o el responsable ante el riesgo de la ejecución se insolventaba mediante transacciones simuladas, que hacía nulo el derecho de las víctimas a la reparación.

Esta doctrina incluía entre sus postulados la indemnización de los perjuicios causados por el delito, como institución de defensa social y derecho público. Y amparó la acción aunque bajo la denominación de civil, con la tutela jurídica y estatal, en cuanto sostiene que a los funcionarios del Ministerio Público incumbe la obligación de intervenir si el lesionado se abstiene a hacerlo.

La reparación, para esta doctrina positivista, es una forma de sanción pecuniaria en favor del lesionado por el daño a él causado; como la pena es la sanción por el daño a la sociedad a consecuencia de la violación de la norma jurídica impuesta por la autoridad del Estado.

Esta doctrina revolucionaria, que se propuso convertir un asunto privado en función pública, ha sido defendida por Ferri, Garófalo, Prins, principalmente entre otros.

Para Ferri, "existe un error al separar de una manera radical los medios civiles de los medios penales, puesto que concurren juntos a la defensa de la sociedad." (11)

Pues considera este autor que el principio clásico de que la

reparación de los daños causados por el delito es una obligación civil y privada del delincuente y de que debe estar por consiguiente, completamente separada de la condena penal, la ha conducido al olvido en la práctica judicial. Toda vez, que, según esta doctrina, los individuos perjudicados, obligados a constituirse en parte civil, con gastos anticipados y de provocar siempre un pleito, han tenido que abandonar la esperanza de verse indemnizados de los daños materiales y morales que han sufrido, y se contentan la mayor parte de las veces con alguna miserable transacción, como una concesión puramente benévola del delincuente.

De donde ha resultado, señala Prins "que los tribunales funcionen como si no existiera la víctima del delito" (12). Nadamás justo, para los positivistas que indemnizar a las víctimas del delito por el daño y por la angustiosa situación producida por los actos del delincuente, así lo considera Bentham al afirmar que " el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó "(13).

En base a las afirmaciones expuestas esta corriente consideró que así como el delito determina una reacción social bajo la forma de un aislamiento indeterminado del delincuente, cuando el acto es grave y el agente es peligroso, así también debe determinar una reacción social defensiva bajo la forma de una reparación del daño. Reparación que se debería agregar al aislamiento, cuando éste fuera, o que subsista sola, cuando constituya defensa suficiente.

Estas ideas llevó a los partidarios de esta doctrina a luchar por obtener un procedimiento más efectivo en las legislaciones, con qué lograr la reparación de los daños causados al ofendido por el delito, y pugnar por que el resarcimiento del daño se convirtiera en una función del Estado, que su finalidad fuese de interés público y social.

Y no dudaron en equiparar la reparación del daño a la pena estimando que ambos, no son más que dos formas de la reacción social contra el delito, son de naturaleza pública, en otros términos, que la obligación resarcitoria debe ser impuesta, como una función del Estado, lo mismo que la pena.

En resumen para esta corriente positivista, si bien admite que el hecho antijurídico puede dar lugar a dos pretensiones jurídicas una penal y otra resarcitoria, no admite, sin embargo, la naturaleza privada de esta última, antes más bien considera que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y que por lo tanto la acción

que se intenta hacer valer, para obtener la indemnización, debe ser ejercitada de oficio por el Ministerio Público, y no quedar su ejercicio en manos del ofendido, por considerar que éste en la mayor de las veces no ha logrado que se le haga justicia.

-
- (12) Erins, citado por A. Vélez Maricondi. La Acción Resarcitoria. -- Pág. 12.
- (13) Bentham, citado por A. Vélez Maricondi. Ob. Cit. - Pág. 13.

c) La Reparación del Daño Como Pena Privada.

Siguiendo los lineamientos de la escuela clásica de separar las dos acciones provenientes de delito y de ejercitarlas en diferentes jurisdicciones, esta corriente jurídica trata de demostrar que la acción resarcitoria debe ser una pena privada y no de carácter público, como lo ha pretendido la corriente positivista, la cual como ya lo apuntamos, ha servido de base a las legislaturas de diversos países incluyendo el nuestro.

Sin dejar de reconocer los buenos propósitos que han animado a esta corriente filosófica, A. Velez Maricondi dice "la verdad es que este criterio de transformar una obligación en una pena pública, para que de oficio se ejercite por el Ministerio Público ante los tribunales penales, a dado por resultado que el ofendido o sea el que resiente el daño causado por el delito, se vea privado de una acción que está en su interés ejercitar o no" (14) Por otra parte, añade este jurista, esta situación solo ha dado lugar, en la mayor de las veces a que al culpable del delito se le imponga una doble penalidad, o bien quede sujeto al pago de la reparación del daño, aunque el hecho delictuoso que se le imputa quede sin efecto por una sentencia absolutaria o amparado por una causa de justificación.

Basandose en este criterio buena parte de la doctrina jurídica no esté completamente de acuerdo en la forma de pensar positivista, por considerar que sí existe una diferencia sustancial entre la pena y la reparación del daño provenientes de la misma causa.

De acuerdo con lo expuesto Castellanos Tena dice que, "en realidad por su naturaleza, la reparación del daño no puede ser una pena; pues ésta se extingue por la muerte del sentenciado, lo cual no ocurre con la reparación del daño, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 91 del Código Represivo. Si admitiéramos como pena pública, continúa diciendo el notable jurista, tal reparación, se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la Constitución. Por lo que urge retornar a los sistemas anteriores, dejando al campo del Derecho Civil el resarcimiento de los daños causados por el delito." (15)

En esta idea por demostrar que la acción resarcitoria no

(14) A. Velez Maricondi.- La Acción Resarcitoria.- Pág.11.

(15) F. Castellanos Tena.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.-

puede ser una acción de carácter público, como la penal, A. Vélez Maricondi, afirma que la acción penal se distingue y separa de la civil, tanto por la diversa naturaleza de los intereses que ellos tienden a satisfacer como por los diferentes fines que persiguen. Pero según este jurista trata de una distinción sustancial, porque se tiene en cuenta para establecerla, el contenido de ambas acciones, o sea, la pretensión jurídica que con ellas se hace valer. (16)

De conformidad con los principios ya señalados de la doctrina clásica, esta corriente afirma que mientras la acción penal, tiende a satisfacer el interés público, mediante la imposición de una pena al culpable del delito, la acción civil procura satisfacer el interés privado de la víctima, por obra de un resarcimiento del daño eventualmente causado por el mismo hecho. La primera tiene por contenido una pretensión jurídica penal; la segunda, una pretensión resarcitoria.

Según esta doctrina, la acción resarcitoria es independiente de la acción penal en un sentido sustancial; así como la reparación del daño privado no está comprendido en la pena, por las siguientes razones:

a) Tienen distinto contenido, pues la acción civil sirve para hacer valer una pretensión reparatoria de derecho privado, mientras que con la acción penal se hace valer una pretensión represiva que se basa en el Derecho Público.

b) Una de ellas no involucra a la otra, pues ejercer la acción resarcitoria no significa ejercer la acción penal, ni viceversa.

En consecuencia, sus titulares deben ser distintos, la pretensión penal debe ser deducida por el ministerio Público en contra del inculcado; y la pretensión resarcitoria debe ser deducida por el damnificado y se dirige contra el imputado o la persona que aparece como civilmente responsable.

Además siendo la acción reparatoria una acción civil, para esta corriente considera, que debe tener todas las características que se atribuyen a las demás acciones civiles, o sea: es un derecho potestativo frente al obligado, renunciable en cualquier momento y que admite transacción; será también transmisible a los herederos del ofendido, y ejercitable contra los del culpable, o contra terceros civilmente responsables y frente a personas exentas de responsabilidad criminal.

.....

(16) A. Vélez Maricondi.- La Acción Resarcitoria.- Pág. 11.

En nuestro Derecho Positivo, no obstante que a la reparación del daño se le considera como pena pública, subsisten algunas de estas características, propias de las acciones civiles, mencionadas; lo que pone de manifiesto el carácter de su naturaleza privada.

Por otra parte N. Alcalá Zamora y C. considera que resulta erróneo, el interés de los positivistas al presentar como pública e irrenunciable la acción reparatoria; porque si consideran a la acción como un puro concepto procesal, está demás declarar que es pública, porque todas las acciones de todas las ramas del Derecho Procesal tienen ese carácter, toda vez que se dirigen al Estado para obtener la actuación de sus órganos jurisdiccionales. Y si se refieren a la pretensión que aquélla haga valer, aparte de la confusión de ambos conceptos, en nada esencial se diferencia la pretensión concerniente a la responsabilidad civil derivada del delito, de las demás pretensiones de Derecho Privado. En cuanto a declararla irrenunciable, señala este jurista, se trata de una afirmación intrascendente, porque se pretende obligar al ofendido, aún en contra de su voluntad, a percibir una indemnización; y lo que es más a falta de reclamación por el perjudicado, la indemnización pasará al Estado, incurriendo éste en el exceso de la doble sanción, resultado económicamente beneficiado.¹⁸ Perdiendo la reparación del daño en esta forma, considero, su carácter para transformarse en una multa.

Ahora bien, como se recordará la teoría positivista equipara la reparación del daño a la pena, estimando que ambas no son más que dos formas de la reacción social contra el delito, y por lo tanto ambas son de naturaleza pública. Es decir, que la obligación resarcitoria debe ser impuesta como una función estatal lo mismo que la pena. Aquí, afirma esta corriente privatista, radica el error sustancial, por las siguientes razones:

Si en la evolución del Derecho Penal se ha logrado trazar con nitidez la distinción entre la pena y la reparación del daño, alejándose así de la confusión primitiva que prevalecía, esto no se debe a un impulso creador que sea extraño a la realidad, por lo contrario la distinción es tan solo una consecuencia de lo que existe entre el derecho público y el privado, cada una de las cuales tiende a la tutela inmediata o directa de diversos intereses.⁽¹⁷⁾

.....
(17) Soler, S. - Derecho Penal Argentino, T. II - Pág. 56.

(18) N. Alcalá Zamora y C. - Derecho Procesal Penal.- T. II - Pág. 95.

Coincidiendo con esta afirmación, Calamandrei señala que la tutela misma es diferente en ambos campos del Derecho, porque es distinto el interés inmediato que la determina. (19)

Para Manzini la sanción penal tiende a tutelar directamente intereses colectivos, aún cuando se refleje en una protección mediata de intereses individuales. En cambio, el Derecho Privado tutela intereses individuales mediante el establecimiento de verdaderos derechos subjetivos, los cuales se caracterizan por la preeminencia de la libre voluntad del individuo a cuya disposición esta la norma jurídica. (20)

Pues como escribe Calamandrei, el ofendido es libre de invocar o de no invocar en favor propio la protección jurídica que el Estado está dispuesto, si él la reclama, de modo que el Estado sienta como público el interés en la observancia de esta norma jurídica, solo en el momento y a condición de que tal observancia sea reclamada por el titular del interés pretendido.

En resumen, para esta doctrina privatista, la reparación es y será siempre un derecho subjetivo del ofendido, yo diría una pretensión jurídica de acuerdo a nuestro derecho positivo que se acoge a la teoría moderna de derecho procesal; porque el derecho debe reconocer y tutelar el interés de aquél.

También se pone de manifiesto que el resarcimiento depende exclusivamente de la voluntad individual, de que sea o no reclamada por el ofendido.

Por último, para esta corriente, la acción resarcitoria debe desenvolverse en la esfera de la libertad concedida al individuo; mientras la acción penal, lleva el sello invariable de la obligatoriedad, conque es impuesta a los órganos del Estado.

.....
(19) Calamandrei, Ob. Cit. por A. Vélez M. - Ob. Cit. Pág. 21.
(20) Manzini, Ob. Cit. por A. Vélez M. - Ob. Cit. Pág. 20.

C A P I T U L O I I

LA REPARACION DEL DAÑO EN LA CODIFICACION MEXICANA.

- a) Código Penal de 1871.
- b) Código Penal de 1929.
- c) Código Penal de 1931.

Orientada en los principios de la doctrina jurídica e interesada por dar una mejor efectividad a la reparación del daño emanada del delito, la legislación penal mexicana incorporó dentro de sus normas, primero los principios de la escuela clásica; substituyéndolos más tarde, aunque no del todo, por los sustentados por la corriente positivista que constituyen el fundamento del Código actual; a ambos criterios nos referiremos a continuación.

CODIGO PENAL DE 1871. Tomando como base los principios de la escuela clásica, y en lo particular siguiendo los lineamientos marcados por el Código Español, el Código penal de 1871, separó la responsabilidad penal de la civil, dejando al interés del ofendido la acción reparatoria (Art. 308), la cual era como cualquier otra acción civil, transigible y compensable.

En la exposición de motivos del Código Penal de 1871, Martínez de Castro al referirse a la naturaleza privada de la acción resarcitoria, consideraba, que nadie tenía mayor interés en que la reparación del daño se hiciera efectiva que el directamente afectado, sus herederos o representantes; por lo tanto se dejaba en manos del ofendido su ejercicio o su renunciabilidad. (21)

Es decir, según este criterio, el ejercicio de la acción resarcitoria dependía fundamentalmente del interés que manifestaba el ofendido en que le fuera reparado o indemnizado el daño ocasionado en su persona o patrimonio.

De tal suerte que si el ofendido no manifestaba ese interés o renunciaba a su pretensión de verse restituido, no había causa que perseguir.

La responsabilidad civil en materia criminal estaba ampliamente tratada en el Código Penal de 1871, en el libro segundo de dicho ordenamiento, el que a su vez se le subdividía en seis capítulos: (22)

EL PRIMERO consideraba, que la responsabilidad civil proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, consistía en la obligación que tenía el responsable de:

- I La restitución.
- II La reparación.
- III La indemnización.
- IV El pago de los gastos judiciales que el ofendido hubiere hecho para hacer efectiva la responsabilidad civil Art.301.

(21) Martínez de Castro.- Código Penal de 1871.

(22) Código Penal de 1871.

Lo que significaba que la responsabilidad civil se derivaba de todo hecho u omisión contrarios a una ley penal en cuya virtud se hubiere usurpado una cosa ajena, o causado sin derecho, daños y perjuicios a otro, ya sea por el mismo autor del hecho u omisión, o por otro que teniendolo bajo su autoridad y pudiendo impedirlo no lo hubiere hecho (Art. 326).

De lo que se deduce que la sola infracción de la ley penal no podía producir una responsabilidad civil, sino que se necesitaba que hubiera habido la usurpación de una cosa ajena, o bien que se hubiera causado daños o perjuicios sin derecho al ofendido; o que pudiendo impedirlos el responsable se hubieren causado por persona que estaba bajo su autoridad. También se tenía en cuenta si el que causaba los daños lo hacía al ejercitar un derecho legítimo, entonces no estaba obligado a la responsabilidad civil.

Se consideraba también en este primer capítulo que la aplicación de la pena correspondiente a un delito es de Derecho Público, por lo tanto la parte ofendida nada podía hacer; su perdón no impedía la aplicación o disminución de la pena.

Por el contrario por lo que respecta a la responsabilidad civil, en la que el ofendido podía manifestar su voluntad de acuerdo a su interés, podía condenar o arreglar la responsabilidad civil en un orden enteramente privado y convencional, y por lo mismo solo se procedía judicialmente a instancia suya (Art. 308). Toda vez que consideraba a la reparación del daño como parte del patrimonio del ofendido, solo éste podía ejercitarla, y si la renunciaba quedaba extinguida y nadie y por ningún título podía hacerla valer, salvo el caso de terceros afectados indirectamente por el delito, los que si podían ejercer esa acción civil.

EL SEGUNDO CAPITULO, trata sobre la computación de la responsabilidad civil, para ello y considerando, como ya lo referimos que el derecho a la indemnización formaba parte del patrimonio del que lo tenía, quién por lo mismo podía ejercitarlo, como otro cualquiera bajo las inspiraciones de su interés particular, así lo establecía el Art. 313 del mencionado ordenamiento, que al respecto señalaba en su primera parte que los jueces que conocieran en los juicios sobre responsabilidad civil procurarían que su monto y los términos del pago fueran fijados, en principio, por convenio de las partes.....

Es decir que la primera base que determinaba el monto de la responsabilidad, se basaba unicamente en la voluntad de las partes, y

solo en defecto de ese convenio, prevenia el citado obreramiento, inter-
vendría la autoridad judicial conforme a los lineamientos que estipula
ba el mismo Código.

EL TERCER CASO, se refería a las personas civilmente responsa-
bles en materia criminal. Esta responsabilidad podía ser de dos clases:
directa, es decir, por hechos u omisiones propios; o indirecta, esto es
por hechos u omisiones ajenas, (Art. 316).

La primera, procedía de delito y aún no existiendo éste tenía lu-
gar aquella en todos los casos en que el agente causara sin derecho al-
gún dano o perjuicio. Esta última circunstancia, según J.M. Lozano, era
lo que esencialmente caracterizaba a la responsabilidad civil. Poco im-
portaba que se tratara de un delito intencional o de un delito de sim-
ple culpa (22).

Por lo que respecta a la responsabilidad civil y no criminal pro-
veniente de hechos u omisiones ajenos, el Código Penal de 1871, esta-
blecía con precisión quienes eran responsables por la conducta delicti-
va de otro, (Arts. 329 a 348), fundando en algunos casos la responsa-
bilidad civil en la culpa que pudieran tener por la negligencia, des-
cuido, falta de prudencia, de reflexión o prevención, de ignorancia o
impericia. Lo que se cargaba al responsable no era directamente el he-
cho u omisión ajenos que daba lugar a la responsabilidad civil, sino la
poca diligencia y cuidado que había empleado en evitarlos. Esa culpa,
según el jurista ya citado, podía ser leve o grave, podía importar una
responsabilidad criminal; pero independientemente de esa apreciación,
daba lugar a la responsabilidad civil.

Esta responsabilidad indirecta presentaba las siguientes caracte-
rísticas, (Arts. 322 a 335) :

PRIMERA, si el demandado probaba que no tuvo culpa alguna, que no
pudo evitar que el delito se ejecutara, o que ignoraba su comisión, que
daba libre de responsabilidad.

SEGUNDO, la obligación de las personas que respondían por los ac-
tos de los que estuvieren bajo su responsabilidad, no imputaba la que -
directamente contraía el autor del hecho, y el perjudicado podía exi-
gírsela de éste o de aquellos.

Algunas veces la responsabilidad del autor del delito tenía caracte-
ter de secundaria o subsidiaria, de manera que solo podía hacerse efec-
tiva en defecto de las personas a quienes imponía la ley la obligación
de cubrirla.

TERCERO, la responsabilidad civil importaba una obligación solidaria para todos los que la contraían.

Además el Código de 1871 consideraba dentro de las obligaciones que contiene la responsabilidad civil, la de pagar los gastos judiciales a cargo de quienes se les hubiera seguido proceso criminal o el juicio de responsabilidad criminal. Preveía también que la responsabilidad civil se extendiera aún a aquellos que no tuvieran intervención directa o indirecta en el hecho u omisión que dió lugar; cuando hubiese resultado beneficiado de los efectos del delito.

Así mismo establecía este ordenamiento, una indemnización a favor del que hubiera sido absuelto no por falta de pruebas que lo condenaban, sino en virtud de haberse comprobado su inocencia, pues era evidente que había sufrido daños y perjuicios a consecuencia calumniosa y nada más justo en base a la equidad que se le indemnizara por el daño y los perjuicios sufridos. Y si el acusado lo pedía, el juez fijaba en la sentencia, el monto de esa responsabilidad por los daños y perjuicios que se hubieren causado.

Dicha indemnización podía hacerse: 1o. Por el fondo común de indemnizaciones; 2o. Por el quejoso o denunciante; 3o. Por los funcionarios públicos, cuando en ejercicio de sus funciones hubieren hecho calumniosa la acusación, (Art. 344 y sig.)

Por último en este capítulo se señalaba que la muerte del responsable no extinguía la obligación civil, esta pasaba a sus herederos, los que estaban obligados a cubrirla, hasta donde alcanzara los bienes heredados, (Art. 349).

EL CUARTO CAPITULO, consideraba la división de la responsabilidad civil entre los responsables, (Arts. 350 a 355), (23).

Así establecía que, cuando varias personas fueran condenadas por el mismo hecho u omisión, todas y cada una de ellas estarían obligadas por el total monto de la responsabilidad; y el demandante podía exigirla de todos mancomunadamente, o de quien más le conveniera; pero si no demandaba a todos, podían los que pagaban, repetir de los otros la parte que estos debían satisfacer.

De ese modo quedaba determinada claramente la naturaleza de las obligaciones solidarias o mancomunadas; es decir podía exigirse su cumplimiento en su totalidad, a todos los obligados o cualquiera de ellos; obtenido el pago de uno, quedaba extinguida la obligación de la reparación; aunque quedaba subsistente aquella, para con los obligados entre sí, a efecto de que pudiera hacerse la división entre e-

llos;

Si la ley no hacía designación de la cuota que correspondía a cada responsable, quedaba entonces a cargo del juez penal señalarla, en proporción a las penas que hubiere impuesto; y los de lo civil en proporción a las impuestas por aquellos o a las que debían imponerse, si no estuvieren decretadas todavía por el juez respectivo. Y en el caso, de que no debiera imponerse pena alguna porque los acusados fueron criminalmente irresponsables, la responsabilidad civil se dividía a prorrata entre aquellos.

De lo expuesto se refiere que si la responsabilidad civil era una consecuencia natural de la responsabilidad penal; podía tener lugar la primera aunque no existiera la segunda, o se declarara que el hecho u omisión de que nace no constituía un delito.

Por lo tanto, para este ordenamiento, la declaración de la responsabilidad civil no suponía necesariamente que precediera la de responsabilidad criminal; por lo que la primera podía demandarse ante el juez penal en forma de incidente o ante el juez de lo civil con total independencia. Sin que por ello pudiera decirse, según J. M. Lozano (24), que el juez de lo civil carecía de jurisdicción por tratarse del conocimiento de delitos, cuyo exámen, averiguación y castigo era competencia de los jueces de lo criminal. La realidad era que el juez civil no iba a juzgar de los hechos criminales, ni a sujetarlos a su apreciación jurídica; por solo incidencia, y solamente por eso, para el efecto de declarar la responsabilidad civil, conocía de ellos, y su apreciación solo versaba en si se habían causado sin derecho por parte del agente o responsable los daños y perjuicios cuya reparación o indemnización se demandaba.

CAPITULO QUINTO, aludía al modo de hacer efectiva la responsabilidad, (Arts. 356 a 362) (25).

Señalaba el Código de 1871 que la responsabilidad civil podía hacerse efectiva en los bienes del responsable, si éste los tenía, y hasta donde alcanzaran; por lo que si eran insuficientes, prevenía el citado ordenamiento, se tomaba lo fultante de la siguiente manera:

Primero, del 25 por ciento destinado para este fin, del producto del trabajo del reo.

Segundo, si aún fultaba para cubrir la responsabilidad civil y el responsable había cubierto ya su condena, se le obligaba a dar,

(23) Cfr. Código Penal de 1871.- Ob. Cit.

(24) Cfr. J.M. Lozano.- Ob. Cit.- Págs. 822-23

(25) Cfr. Código Penal de 1871.

hasta el total pago de ella, las mensualidades que al juicio del juez podían satisfacer después de cubiertos sus alimentos y los de su familia. Esto último no impedía que el responsable si llegaba a adquirir, más adelante, bienes suficientes para cubrir la responsabilidad civil, el ofendido podía hacer efectivo su derecho, obligando al responsable a hacer el pago de lo aún adeudado en una sola exhibición.

Finalmente si el responsable era condenado a la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de los gastos judiciales, y no tenía bienes suficientes para cubrir todas esas responsabilidades, se daba preferencia a los pagos en el orden anotado. La multa impuesta se hacía efectiva en último lugar.

EL CAPITULO SEXTO, trataba de la extinción de la responsabilidad civil y de las acciones para demandarla, (Arts. 363-379) (26).

Considerada la responsabilidad civil como una obligación de carácter privado y que por lo tanto pertenecía al Derecho Privado, la acción para demandarla, por lo tanto, se extinguía de igual forma que las demás acciones del Derecho Privado. Es decir admitía el pago, la remisión o condonación, la prescripción, compensación, etc. Esta última no era aplicable tratándose de restitución.

Por lo que toca a las formas de extinción de la acción penal como la amnistía, ésta extinguía la acción criminal y la pena pero dejaba a salvo los derechos de tercero, aún cuando el mismo ordenamiento establecía que cuando se tratara no de restitución, sino de reparación de daños, indemnización de perjuicios o de pago de gastos judiciales, el reo podía quedar absuelto al pago de ellos por la amnistía.

Por lo que toca al indulto, éste en ningún caso extinguía la reparación ni las acciones para exigirla.

La prescripción de la acción para demandar la responsabilidad civil comenzaba a correr desde que se causaba el daño, se interrumpía por el procedimiento criminal; y una vez dictado sentencia, empezaba a correr de nuevo.

En resumen, para el Código de 1871 la Responsabilidad Civil: PRIMERO, se derivaba de todo hecho u omisión contrarios a una ley penal, en cuya virtud se hubiere usurpado una cosa ajena, o causado sin derecho daños y perjuicios a otro, ya sea por el mismo au-

tor del hecho u omisión, o por otro que teniéndolo bajo su autoridad y pudiendo impedirlo no lo hubiera hecho.

SEGUNDO, la reparación del daño podía subsistir aunque la responsabilidad penal había desaparecido.

TERCERO, el monto de la responsabilidad se basaba en la voluntad de las partes y solo en defecto de ese convenio intervenía la autoridad judicial.

CUARTO, la responsabilidad podía ser de dos clases: directa, es decir, por hechos u omisiones propias; indirecta, esto es, por hechos u omisiones ajenas.

La primera procedía de delito y aún faltando éste tenía lugar aquella, cuando el agente causara sin derecho algún daño o perjuicio. La segunda, provenía de hechos u omisiones ajenos, el Código Penal de 1871 la fundamentaba en la culpa la cual podía ser leve o grave; es decir se tomaba en cuenta la poca diligencia y cuidado que el obligado había empleado en evitarlos.

QUINTO, la muerte del responsable no extinguía la obligación civil, ésta pasaba a sus herederos, los que estaban obligados a cubrir la, hasta donde alcanzara los bienes heredados.

SEXTO, estaban obligados a la reparación todos y cada uno de los sujetos que hubieron sido condenados por el mismo hecho u omisión.

SEPTIMO, la responsabilidad civil podía demandarse ante el juez penal en forma de incidente o ante el juez civil con total independencia.

OCTAVO, la responsabilidad civil se hacía efectiva en los bienes del responsable, hasta donde alcanzaran, si eran insuficientes se tomaba lo faltante en los términos del mismo ordenamiento.

NOVENO, considerada como una obligación de carácter privado, la responsabilidad civil, se extinguía de la misma manera que las demás acciones civiles.

CODIGO PENAL DE 1929.

Inconforme con el sistema adoptado por el Código de 1871, la doctrina jurídica, en la exposición de motivos del Código de 1929, establecía que los juicios en que se orientaba la tesis de la Reparación del Daño del Código Penal de 1871 eran incorrectos, pues el hecho de que dos lesiones de derecho se calificaran por medio del reactivo de la previsión, de civil una y de penal otra, no se deducía que un delito fuera a la vez un fenómeno civil y penal y originara dos acciones, la pública y la privada. Si como lo pretendía la escuela clásica, decía Almaraz en sus comentarios al Código Penal de 1929 (27), la piedra de toque para calificar de civil o de penal una lesión jurídica era la previsión, cuando resultara clasificada como penal sólo debía procederse a declarar que la acción que originaba era pública, y con ésta se remediaran todos los daños causados, tanto los públicos como los privados.

Se consideraba también por esta corriente que si la doctrina clásica afirmaba que todos los actos imprevisibles o inevitables por la simple previsión eran penales, y si el delito no podía evitarlo el Estado, con mayor razón el ofendido, que no disponía de los recursos y, ni tenía la obligación de aquél, para impedir la comisión de los hechos delictivos.

por otra parte, el mismo Estado que debería velar por los intereses de la justicia, abandonaba al ofendido a sus propias fuerzas y al fallo de un tribunal civil distinto; y además exigía una prima al delincuente en forma de multa, que ingresaba a sus arcas, aunque el delito fuera un robo a un particular o un daño en propiedad ajena. Es decir, el Estado aprovechaba un descuido suyo, como era el de evitar el delito y el perjuicio de un individuo a quien debía proteger, para lucrar.

Para esta doctrina no existía distinción cualitativa entre los derechos civil y penal, no eran dos funciones diversas, sino dos manifestaciones de una misma función social; por lo que el fenómeno civil podía transformarse en penal y la acción privada en pública.

Sin embargo, en este análisis de diferenciación, esta corriente admitía que si no existía diferencia cualitativa entre los delitos penales y los civiles, si podía haber una diferencia cuantitativa valorada por el grado de temibilidad, por el estado peligroso del sujeto. Es decir, que la buena o mala fe en el incumplimiento de las obligaciones serían

causa de disminución de energías sociales, según el grado de temibilidad que cada uno representaba. Cuando intervenía el dolo aumentaba la desconfianza social, entonces se exteriorizaba el estado peligroso del delincuente y su temibilidad revelada así hacía que interviniera la defensa social; como en el homicidio por ejemplo, en que la temibilidad es mayor que en otros delitos, puesto que se trata de fuerzas personales que pueden dirigirse contra cualquiera y el campo de destrucción es, así ilimitado.

Aceptada, por la doctrina de 1929, el principio de defensa social, automáticamente desaparecía la distinción cualitativa entre la acción civil y la penal y entre lesiones civiles y penales de derecho, y por lo tanto no podía sostenerse una distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, ya que la responsabilidad para esta nueva doctrina, era única.

Consideraban que si el daño causado por un hecho calificaba la temibilidad de un individuo y caracterizaba el acto como penal o civil, y no existiendo distinción cualitativa entre el fenómeno civil y el penal tampoco podía haberla entre reacción civil y reacción penal de modo que no podían percibir por que el delito podía generar una acción privada y otra pública, independientes en su forma y en su ejercicio. Por lo tanto, se concluía, para que fuera completa la reacción de la defensa social, para que no siguieran produciéndose los efectos nocivos del delito, debían confundirse en la acción pública que persigue al delincuente: la reparadora del daño causado y la defensiva del estado peligroso revelado.

El objeto defensivo de la sanción para el Código de 1929 consistía en evitar, después de cometido el delito, futuras pérdidas de fuerzas y en reponer las energías destruidas. Esto solo podía lograrse cuando al delito sucedía como reacción no solo la pena sino también la reparación del daño causado. Por lo que el particular no podía ser árbitro de la existencia social, no debía dejarse a su voluntad y a sus medios el hacer efectiva la acción reparadora del daño causado por el delito; ésta ni no más bien debería considerarse como una función social, por la misma razón con que lo era la imposición de la sanción.

Basándose en este criterio, el Código Penal de 1929 establecía:

Primero, que "la reparación del daño formara parte de toda san-

(28) Cfr. Código Penal para el D. y T.F. 1929. Biblioteca Fac. de Derecho.- Pág. 73 a 78.

ción proveniente de un delito y consistía en la obligación que el responsable tenía que hacer:

- I.- La restitución;
- II.- La restauración y
- III.- La indemnización. (Art. 291)

Segundo, reconocía que los perjuicios podían ser materiales o no materiales:

I.- Los materiales, sufridos por el ofendido o sus herederos, como consecuencia del delito, y

II.- Los no materiales, causados en la salud, honra, reputación y en el patrimonio moral del ofendido, o de sus deudos. (Art. 301)

Tercero, disponía que la acción de reparación del daño debería seguirse de oficio por el Ministerio Público, en todo caso. (Art. 319)

Cuarto, incongruentemente dió acción al ofendido y a sus herederos para demandar dicha reparación, cesando entonces la intervención del Ministerio Público, (Art. 320), y quedando en manos de los particulares el ejercicio de una acción pública. (Art. 320)

Quinto, la reparación se haría efectiva al delincuente aún contra la voluntad del perjudicado, ya que aquella formaba parte de la sanción, que era una función social. (Art. 321)

Sexto, el indulto, la condena condicional y la libertad preparatoria; así como cualquier otra gracia, no podía concederse, sino estaba cubierta la reparación del daño. (Art. 242 Frac. IV y 34 Frac. I).

Séptimo, establecía una tabla de indemnizaciones, que según opinión de Carrancá y Trujillo (29), " Constituya un desacierto, la que podría tener su antecedente en el Fuero Juzgo y en las XII Tablas".

CODIGO PENAL DE 1931.

El Código Penal vigente tratando de mejorar el criterio sostenido por el Código Penal de 1929 y orientado por completo en la doctrina positivista, estableció que la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; pero agrega el mismo ordenamiento, (Art. 34), que cuando la misma reparación deba exigirse a tercero, entonces tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales (30).

Es decir, para el Código Penal actual la reparación del daño tiene carácter de pena pública cuando el que debe cumplirla es el mismo infractor de la norma; pero cuando la reparación deba ser cumplida por otra persona (Tercero), tendrá el carácter de responsabilidad civil y se demandará en forma de incidente ante el Juez Penal que sigue el proceso correspondiente.

En esta forma la doctrina penal trata de superar las dificultades consecuentes de elevar a pena pública, derivada de un delito, la reparación; pues si ésta se considera como una pena solo podrá imponerse a la persona del infractor, nunca a terceros, dado el principio de la personalidad de la pena.

Sistema que es criticado por algunos juristas como Carrancá y Trujillo, el cual considera que mediante esta forma, solo se trató de obviar esas dificultades porque en realidad éstas son insuperables si la reparación se considera siempre como una pena pública, y darle naturaleza civil a la que deba exigirse a terceros es negarle aquel carácter (31).

Abundando en la crítica a este sistema, I. Villalobos considera que con ello se incurre en una falta grande, pues si equivocado había sido afirmar que una cosa es lo que no es, en peores condiciones se coloca quien sostiene que la cosa es y no es de acuerdo con un criterio convencional. La reparación de los daños, por el origen de éstos y por el beneficio que viene de facilitar y apoyar su reclamación, puede turbar los montes de quienes oigan decir, que a veces es pena y a veces no lo es; como si propusiéramos que a un tercero ajeno a un delito se le arrestara o se le redujera a prisión, afirmando que para estos terceros tales medidas no son penas, se causaría una reacción uniforme de protesta por

(30) Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. - 1984. - Pág. 18. -

(31) R. Carrancá y T. - Ob. Cit. - Pág. 804., 3o. Pfo.

una postura lógica, que se tendría como un subterfugio arbitrario. La prisión y los azotes son penas, dice el jurista, solo aplicables a los responsables del delito; la reparación del daño, en cambio es una sanción civil aún cuando se diga lo contrario, y por eso se explica que se reclame de quienes tengan responsabilidad de ese género, aún cuando no la tengan penal (32).

A su vez Castellanos Tena, refiriéndose al tema nos dice que si admitiéramos como pena pública la reparación, se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la constitución. Por lo que urge, --- agrega, retornar a los sistemas anteriores, dejando al campo del Derecho Civil el resarcimiento de los daños causados por el delito (33).

A hora bien, ¿ Por qué el Código Penal vigente mantiene su actitud de considerar como pena pública la reparación del daño, desoyendo la crítica de la doctrina jurídica? ¿ Considera la legislación vigente, que en esta forma el daño que sufra el ofendido está mejor garantizado? ¿ Por qué no se deja al campo del Derecho Civil la reclamación de los daños que pueda sufrir la víctima del delito, o los terceros que se ven perjudicados por la comisión de éste?

Tal es el planteamiento sobre el cual gira brevemente el trabajo de esta tesis: " Estudio Jurídico de la Reparación del Daño ".

- (32) I. Villalobos .- Derecho Penal Mexicano .- Edit. Porrúa, S.A. Edic. 2a.- Méx. 1960 .- Pág. 597.
- (33) F. Castellanos Tena .- Derecho Penal .- Edit. Porrúa, S.A. Edic. 2a.- Edición 2da.- Méx. 1985 .- Pág. 321.

C A P I T U L O I I I

- 1.- CARACTERISTICAS DE LA REPARACION DEL DAÑO EN EL CODIGO PENAL DE 1931.
 - a) La restitución.
 - b) La Indemnización.
 - c) La reparación del daño en los delitos cometidos por servidores públicos.
- 2.- DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL.
- 3.- SUJETOS OBLIGADOS A LA REPARACION DEL DAÑO.
 - a) Sujeto activo del delito.
 - b) Incidente exigido a terceros.
- 4.- EL OFENDIDO EN EL PROCEDIMIENTO.

1.- ASPECTOS QUE COMPRENDE. Orientado en los principios de la escuela positiva como lo hemos apuntado, el Código Penal vigente considera a la reparación del daño como pena pública y la regula en el capítulo V de su ordenamiento referente a las sanciones pecuniarias, (34) y comprende:

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

II. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.

Estas dos fracciones comprenden plenamente el contenido de la teoría de resarcimiento de daños y perjuicios.

LA RESTITUCION. Para la doctrina penal la restitución consiste en la reintegración del estado de cosas existente con anterioridad a la violación de la ley (restitutio in pristinum). Puede tener por objeto las cosas muebles sustraídas o arrebatadas y las cosas inmuebles adquiridas mediante la acción delictiva. En este caso, según F. Antolisei, la restitución no es una acción reparatoria propiamente dicha, según se considera generalmente, sino que se comprende entre las sanciones denominadas de coerción directa o ejecución. Es el restablecimiento del "status quo ante": el obligado, restituyendo lo que quitó, no hace más que cumplir con el deber que ya antes le incumbía, (35).

A su vez E. Florian considera que el resarcimiento puede tener lugar de dos formas:

1o. El objeto de la acción puede consistir en la restitución de la cosa en cuanto el delito haya consistido en la sustracción de la misma y sea posible la recuperación. Se trata de volver las cosas a su estado anterior. Es el resarcimiento del daño en forma específica.

2o. O bien, el objeto de la acción puede ser el resarcimiento del daño en sentido propio cuando no sea posible la restitución o la reconstitución de las cosas en su estado anterior, o cuando el delito haya consistido en apropiación o menoscabo o destrucción de un bien no susceptible de reposición. En este caso el resarcimiento se presta en un equivalente del bien perdido o menoscabado o del interés dejado de percibir, en forma de dinero o algo semejante; (36).

(34) Cfr. Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Ob. Cit. - Pág. 17

(35) F. Antolisei. - Manual de Derecho Penal, Traduc. por Juan del Rosal y Angel Torio. - Edit. UTREA. - Edic. - Pág. 584.

(36) E. Florian. - Elementos de Derecho Procesal Penal. - Edit. Barcelona Traducción al Derecho español por L. Prieto. Pags. 209 a 212.

Luego de acuerdo con esta consideración que hace la doctrina jurídica, la restitución en sentido estricto, siempre tendrá por objeto el restablecimiento de una cosa en su estado anterior al delito, es decir volver al mismo estado de cosas anterior al hecho ilícito, y solo cuando no fuese posible la devolución de la cosa al ofendido, por haberse destruido o perdido, entonces el resarcimiento se traduce en el pago del precio de la misma, por concepto de daños y perjuicios.

LA INDEMNIZACION DEL DAÑO MATERIAL Y MORAL.

DAÑO MATERIAL. Basándose en los lineamientos del Derecho Civil, la doctrina penal establece que la indemnización del daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito al modificar una situación jurídica existente; y su cuantificación será la que resulte de la comparación entre la situación anterior al delito y la resultante de él. El daño material representa de este modo, la cuantificación pecuniaria de la diferencia entre ambas situaciones; diferencia que debe probarse en Autos, (37).

Para Román Lugo el daño material consiste en " el menoscabo directo que se ha sufrido en el patrimonio, lo mismo que las ganancias lícitas que el perjudicado dejó de obtener", (38).

Con una mejor técnica jurídica el Código Civil para el D.F. en su Art. 2108, señala que se entiende por daños " la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación".

Y se entiende por perjuicio "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación", (39).

Definido pues el Daño Material por el derecho Privado, el derecho Penal se limita a señalar, por no pertenecer a su campo, que cuando el daño proviene de delito será causa de indemnización y por lo tanto el responsable está obligado al pago de los daños y perjuicios causados a la víctima o a su familia. Esta última es substituida por el de parte ofendida en el Art. 35 del C. Penal, lo que considero más propio pues así se comprende no solo a los familiares, sino a todos aquellos que por alguna razón dependían económicamente de la víctima del delito, (40).

(37) R. Carrancá y T.- C. Penal Anot. - Edic. 11a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1985. - Pág. 158.

(38) Román Lugo, Cit. por R. Carrancá y T.- C. Penal Anot.- Pág. 158.

(39) C. Civil para el D.F. - Porrúa, S.A. - Méx. 1967.- Pág. 373.

(40) Cfr. Código Penal para el D.F., Ob. Cit. - Pág. 19

DAÑO MORAL. El código Penal vigente considera que la reparación comprende también la indemnización por los daños morales causados a la víctima o a su familia.

Orientando lo que debe entenderse por daño moral, -- Cuello Calón dice que éstos pueden ser de dos clases: la primera -- comprende aquellos como el descrédito que disminuye los negocios, -- los disgustos que debilitan la actividad personal y aminoran la capacidad para obtener riquezas, es decir son daños morales que causan una perturbación de carácter económico y cuya evaluación aproximada es posible. En este caso se considera que la reparación tendrá entonces su fundamento, no en el daño moral, sino en las perjudiciales consecuencias patrimoniales en que se concreta.

La segunda clase de daños morales, considera este autor, se producen a consecuencia del delito y se limitan al dolor, la angustia, a la tristeza, pero sin que la aflicción moral tenga repercusión alguna de carácter económico, y es en esta clase de daños donde las opiniones de la doctrina se dividen:

Unos niegan que pueda tener lugar la reparación en esta clase de daños, argumentando que no es posible que pueda establecerse una relación entre el daño moral y su equivalencia económica, que de admitirse la reparación en este caso tendría más el carácter de pena que el de resarcimiento.

Contrarios a esta opinión otros argumentan, que la ley que ordena el resarcimiento de los daños patrimoniales causados por el delito no debe exceptuar los causados al patrimonio más sagrado, el patrimonio moral; y consideran que la determinación de un daño no es otra cosa sino la determinación de las modificaciones producidas en nuestros goces; el delito, dicen, ha producido dolores, ansias, tristezas, y sin con el dinero no es posible devolver la alegría perdida y el bienestar moral gozado antes del delito, con él se puede obtener el medio para procurarse nuevos goces que compensen los que fueron arrebatados por el hecho delictuoso, (41).

La Jurisprudencia Mexicana considera que por daño moral se entiende " el perjuicio que resulta a una persona en su honor, en su reputación, en su tranquilidad personal o en la integridad espiritual de su vida. Los daños morales son aquellos sufrimientos que no son de orden físico, penas subjetivas de carácter íntimo, que no pueden ponderarse, medirse ni probarse por medio de los senti-

des. La palabra daño no supone tan sólo alteraciones en el sistema - visible de las cosas sino también en el sistema invisible de los sentimientos, (42).

Cabe señalar aquí que los daños morales no pueden valorizarse en peso y medida, y que la misma Jurisprudencia Mexicana considera que " Su repercusión económica no es posible medirla y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización, tomando en cuenta, conforme al Art. 31 del C.P., la capacidad económica del responsable, la naturaleza del daño que sea preciso reparar y las demás -- constancias relativas que obren en el proceso" (43).

Como se observa en esta Tesis de la Jurisprudencia Mexicana, la estimación de la reparación que deba hacerse por este tipo de daños es diferente y menos real a la que correspondería tratándose de daños materiales, dando el caracter subjetivo de los daños morales; pero como dice Cuello Calón si con el dinero no es posible de volver la alegría perdida y el bienestar moral gozado antes del delito, permite cuando menos, a la víctima o a la parte ofendida por el delito, procurarse nuevos gozes que compensen, en alguna forma, aquellos que fueron dañados por el delito.

LA REPARACION DEL DAÑO EN LOS DELITOS COMETIDOS POR -- SERVIDORES PUBLICOS.

Las recientes reformas al C. Penal vigente, (44), consideran que en los delitos cometidos por servidores públicos como -- son: Ejercicio indebido de servicio público, Abuso de autoridad, Coacción de servidores públicos, Uso incesido de atribuciones y facultades, Concusión, Intimidación, Ejercicio abusivo de funciones, Tráfico de influencia, Cohecho, Peculado y Enriquecimiento ilícito; la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y comprenderá además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito, (45). Considerando que la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá

(42) A.J., t. XIX, pág. 749.- Ob. Cit. por R. Carranca y T. -- C. Penal Anotado.- Edit. Porrúa, S.A. -- Edic. II.- Méx. 1985.- Pág. 160.

(43) A.J., t. IX, pág. 328 -- Cit. por R. Carranca y T. C. Penal Anot. Pág. 160.

(44) "Diario Oficial" de la Federación del 13 de enero de 1984.-

(45) C. Penal, para el D.F.- Porrúa, S.A. -- Edic. 39a. -- Méx. 1984

dar lugar a una agravación de la pena.

Con esta disposición obviamente se pretende prevenir a quienes por la naturaleza de su trabajo están entro de la consideración de servidores públicos y que aprovechando su cargo incurran en alguno de los delitos previstos en el título X del ordenamiento penal vigente, y cuyas consecuencias repercuten gravemente en la sociedad. Sin embargo, la sanción de la agravación de la pena, va más allá del fin primordial de la Reparación que es la restitución o indemnización de la cosa o bien dañado por el delito en sentido estricto sensu, es más bien una multa aunada a la Reparación e impuesta por el Estado para este tipo de delitos.

DISPOSICIONES DE CARACTER GENERAL.

ART. 31 será objeto de estudio en el IV capítulo de esta Tesis.

Art. 32 se hará referencia a él más adelante en este capítulo dentro del título " Sujetos obligados a la reparación del daño"

LA REPARACION COMO OBLIGACION PREFERENTE. El Art. 33- del ordenamiento penal vigente establece que, " La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales"

Este caracter preferente que tiene la obligación de reparación, se hace prevalecer aún sobre los intereses que pudiera tener el Edo. en la sanción pecuniaria, como se desprende del Art. 35 del ordenamiento penal vigente, "... Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso a prorrata entre los ofendidos. ...", (46). Es obvio que estas disposiciones están orientadas a proteger el interés o intereses del ofendido por el delito; aún cuando esta obligación reparatoria se ve limitada o condicionada al cumplimiento de otras que el Edo. considera prioritarias, como son el pago de alimentos y el de salarios, que tienen a su vez preferencia sobre ella.

Esta disposición que comentamos es semejante a la establecida en el C. Penal de 1929, con la salvedad de que por las recientes reformas en nuestro ordenamiento represivo, se sustrae a la obligación de proporcionar alimentos y a las que se desprenden de las relaciones laborales, del caracter de obligación preferente que se le da a la reparación del daño respecto a las demás obligaciones contraídas con posterioridad al delito.

Sin embargo surge la cuestión de que si el delito afectó la vida o el patrimonio de quien proporcionaba los alimentos a los que dependían de él; ¿ éstos, deberán ver satisfecha su demanda de reparación por el daño o perjuicios sufridos y que han afectado sus necesidades más inmediatas, hasta que estén satisfechas en - (46) C. Penal para el D.F. -- Edit. Prreda, S.A. -- Edic. 39a. -- Méx. 1984. -- Pág. 19.

primer término las obligaciones que la ley considerara como excepciones?

Creemos que cuando el daño ocasionado por el delito afectó también la satisfacción de necesidades vitales, como las que se exceptúan por la ley, la reparación para cubrir éstas no debe perder su carácter de obligación preferente.

EXIGIBILIDAD DE OFICIO DE LA REPARACION. De la exposición que hicimos en el capítulo II, debemos recordar que el sistema de la legislación de 1971, solo se condenaba a la reparación a instancia de parte y era precisamente el ofendido, quien erigiéndose en parte civil, ejercitaba su acción privada y llevaba el peso relativo a su condición de parte en el proceso. Señalamos que este sistema fue duramente atacado por la escuela positivista, al considerar que el Edo. poco hacía por el ofendido y que éste quedaba abandonado a su suerte.

Así el Código de 1929 influido por esta corriente filosófica y tratando de corregir el sistema, por primera vez entregó la acción reparatoria al Ministerio Público pero a la vez mantenía en su derecho de ejercitar la acción reparatoria al ofendido si el lo estimaba conveniente; cesando entonces la intervención del Ministerio Público. Lo cual provocó confusión en el sistema y críticas al mismo, porque al ejercitar la acción el particular el Ministerio Público se veía desplazado del procedimiento.

El Código de 31 tratando de corregir esta situación ambigua deja exclusivamente en manos del Ministerio Público la acción reparatoria, revistiendo ésta el carácter de pena pública, y permitiendo como lo veremos más adelante, que el ofendido pueda coadyuvar con el Ministerio Público y el Juez Instructor en la búsqueda de datos que condujeran a demostrar la culpabilidad del acusado en lo que a la reparación del daño se refiere, según la disposición del Art. 9º del C. de Proc. Penales para el D.F., (47). Coadyuvancia que también está prevista, por las recientes reformas hechas al ordenamiento penal, dentro de las disposiciones del Art. 34, " la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales" (48)

Como consecuencia de esto, la acción de resarcimiento-

- (47) C. de Proc. Penales para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. - 32a. - Méx. 1984. - Pag. 11.
- (48) C. Penal para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 39a. :- Méx., 1984. - Pag. 18.

se confunde con la de persecución, y el representante social, pide - al presentar sus conclusiones, se aplique la pena de reparación al responsable.

Buena fue la intención que animó al legislador de 1931 de proteger a la víctima del delito mediante la oficiosidad de la acción; sin embargo ha resultado duramente criticado este sistema, pues se argumenta que se deja exclusivamente en manos del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, suprimiendosele al ofendido o a sus familiares, la posibilidad de ejercitarla directamente; pues nadie tendría mayor interés en verse restituido de sus derechos o indemnizado de los daños y perjuicios ocasionados por el delito que el propio ofendido.

T. Olea y Leyva nos dice que la conciencia social en este punto ha cambiado, a la par de las necesidades de una época un tanto materialista; hoy son muy pocas las víctimas que renuncian a la reparación. Pero el Ministerio Público encargado o titular de la acción respectiva no siempre rinde las pruebas sobre el monto y existencia del daño y frecuentemente se ha hecho notar que si bien en las sentencias se condena a penas corporales mayores de dos años, se absuelve al de la reparación por falta de pruebas, y esto es grave, porque una sentencia que absuelve del pago del daño, impide, como cosa juzgada erga omnes, llevar esa acción civil a la jurisdicción respectiva.

El remedio, para este jurista que critica la titularidad del Ministerio Público para ejercitar la acción de reparación del daño proveniente de delito, está en dejar expeditos sus derechos a las víctimas, cuando quieran hacerlos efectivos por sí mismos. "Conciliando así los fines de ambas acciones se impide por una parte, que se niegue a las víctimas del delito su intervención plenaria en el proceso penal, pues negarles esa intervención no va de acuerdo ni con la Constitución que protege los derechos patrimoniales, ni con las mismas disposiciones penales -ope legis- que, por una parte les concede derecho de allegar pruebas en el proceso y el de apelar de las resoluciones que afecten sus intereses. Estos derechos los garantiza la ley de Amparo en sus Arts. 5 y 10 cuya efectiva y racional observancia requiere una interpretación más objetiva de la Corte Suprema de Justicia que armonice con la Ley y doctrinas sociales" (49).

(49) OLEA Y LEYVA, TEOFILO. El Resarcimiento del Daño a las Víctimas del Delito. Edit. Jus. México.

S. García Ramírez al referirse al tema, en lo que el llama Debate sobre el Régimen Mexicano, señala que algunos consideran que la reparación como pena pública no significa progreso, sino regresión en el desarrollo de las instituciones jurídicas; olvida la verdadera naturaleza del deber de resarcimiento y entrega su exigencia a una acción, la penal, que no debe operar en este terreno; argumentan también que en la práctica ha sido poco eficaz la intervención del Ministerio Público en la reclamación de resarcimiento; y agregan, que la limitación del papel procesal del ofendido, en orden al resarcimiento, favorece la venganza privada, (50).

Por su parte, agrega este autor, los partidarios del sistema seguido por la ley mexicana consideran que el daño privado que deriva del delito tiene fuente pública, y pública es, por tanto, su naturaleza, no se le puede equiparar al emanado del ilícito civil, debido a este razonamiento, es pertinente que sea el Ministerio Público quien exija el resarcimiento; también piensan los seguidores de este sistema, que la intervención del Ministerio Público en ese dominio ampara mejor los intereses de la víctima, generalmente carente de recursos económicos para reclamar directamente la reparación del daño.

Almaraz que critica este sistema por la inseguridad y el desconocimiento de los motivos que se tuvieron para establecer la reparación del daño en el derecho Penal, dice que el principio, de orden práctico, consiste en no dejar desamparadas a las víctimas de los delitos entregándolas al procedimiento lento, costoso e inseguro ante los tribunales civiles. Agrega este autor, que la naturaleza de la reparación hace que dependa, de modo exclusivo, del perjudicado, de los daños que sufrió y que deben repararse en su totalidad de ninguna manera del obligado a la reparación, (51).

Por su parte S. García Ramírez cree que la reparación del daño " puede y debe asegurarse sin necesidad de desnaturalizar a la obligación correspondiente convirtiéndola en pena pública y en trascendental". Y con ese fin sugiere la adopción de un sistema similar al español, en lo procesal no en lo sustantivo, a fin de que la reparación sea reclamada de oficio por el Ministerio Público.

(50) S. García Ramírez.- D. Procesal Penal.- Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 3a. - Méx. 1930.- Págs. 216, 217.

(51) Almaraz, Citado por S. García Ramírez.- D. Procesal Penal.- Ob. Cit. - Pág. 218.

co, sin perjuicio de la acción civil Principal del ofendido, ni de - que éste se oponga, eficazmente, a la reclamación de resarcimiento - intentada por el Órgano público.

En este mismo sentido, el autor cita el proyecto de - Código Penal para Veracruz de 1979, el cual conserva como sanción pe - cuniaria, propiamente a la de multa, y a la reparación del daño la - considera como una consecuencia, no penal, del ilícito en que se ha - incurrido; por lo que el procedimiento, que el proyecto prevee, para - hacer efectivo el pago de la reparación del daño, por la vía del en - juiciamiento criminal, es que ha instituido una acción reparadora -- principal en manos de quien tenga derecho al resarcimiento, y ante - la deficiencia de éste, o a petición de él, se establece una acción - subsidiaria en poder del Ministerio Público. De esta manera, se res - tituye a la reparación del daño su auténtica naturaleza jurídica, de - carácter civil, y se permite la intervención del Ministerio Público - en el acto mismo de la reclamación, cuando ésta, por diversas razo - nes, no pueda ser eficazmente exigida por quien tenga derecho para - hacerlo, (52).

Lo cierto es que la reparación del daño parece no ga - rantizarse con uno u otro sistema, pues como dice García Ramírez "nin - guno de ellos puede resolver el escollo más importante que surge en - esta materia, : la insolvencia del inculpado". Por eso, agrega este - autor, lo verdaderamente indispensable es procurar la eficacia de - las medidas cautelares en el proceso y proveer aún adecuado régimen - de trabajo del delincuente, en prisión o en libertad, y a la oportu - na distribución del producto de dicho trabajo que en la actualidad - es ilusoria.

Por otra parte debe tomarse muy en cuenta que el mayor - porcentaje de las personas sujetas a proceso o sentenciadas son in - dividuos de baja instrucción y escasos recursos económicos, lo que - los convierte en insolventes y en consecuencia se ven imposibilita - dos de cumplir con la reparación del daño.

Por lo que en el cumplimiento de esta obligación ci - vil, además de las medidas cautelares que se proponen, se hace nece - sario tomar muy en cuenta la capacidad económica del obligado a la - (52) S. García Ramírez.- D. Proc. Penal.- Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 3a. - Méx. 1980. - Pág. 220.

reparación, como lo preveía el Art. 31 del Código Penal vigente antes de la reciente reforma sufrida en su ordenamiento, (53). Solo de esta manera, creemos, será más factible lograr el cumplimiento de la pretensión reparatoria por el delincuente o tercero obligado.

Por otra parte, la rehabilitación del reo no se veía tan condicionada por las medidas cautelares que se imponen con el fin de garantizar la reparación del daño. Todo esto hace indispensable retornar a los lineamientos del Art. 31 del código Penal vigente anterior a la reforma.

DISTRIBUCION DEL IMPORTE DE LA SANCION PECUNIARIA ENTRE EL ESTADO Y LA PARTE OFENDIDA. La ley penal vigente establece textualmente en el Art. 35 que: " El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos!

Cabe señalar que la ley penal, en su Art. 29, previene medidas substitutivas de la multa, para hacerla cumplir cuando no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, (54); lo cual no puede aplicarse a la reparación que por su naturaleza privada, la obligación de reparar el daño al ofendido solo podrá hacerse en los términos del Art. 30 del ordenamiento penal vigente, y no podrá substituirse por otras medidas al igual que la multa.

Continuando con el ordenamiento que comentamos, (Art. 35, C. Penal vigente), éste dispone: " Si la parte ofendida renuncia a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia ", (55).

Que el importe de la reparación se haga a favor del Edo. cuando el ofendido no tenga interés en ella, sólo se explica por el carácter de pena pública que tiene la reparación y que como tal no puede dejar de aplicarse. Este criterio debe admitirse si el (53) C. Penal para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 29a. - Méx. - 1076 .- Pág. 17.

(54) C. Penal para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 39a. - Méx. - 1984. - Pág. 16.

(55) C. Penal para el D.F. y vigente, Ob. Cit. - Pág. 19.

obligado a la reparación es el propio autor del delito, quien entonces sufrirá la pena que le es impuesta por el tribunal y por consiguiente la de la reparación. Pero si el obligado al resarcimiento es un tercero, Vgr. el padre que responde por el hijo menor de edad; el tutor por su pupilo, etc., la reparación en este caso no tiene el carácter de pena pública porque en cierto modo no han cometido ningún delito, aún cuando por disposición de la ley ellos deban responder por los actos de las personas que están bajo su custodia, (Art. 32 del C. Penal vigente), y para exigirles el cumplimiento de la obligación se ejercita contra ellos una acción civil no penal, como lo previene el Art. 34 de la Ley Penal vigente, (56). En esta situación el tercero obligado debería quedar liberado de la obligación reparatoria no sólo con el ofendido, por la renuncia que este hace de ella, sino también con el Estado por no tener el carácter de sanción pública que deba aplicarse.

En cuanto a la disposición del último párrafo de este artículo, (35 C. Penal), da a entender que siendo la reparación del daño parte de la sanción pecuniaria, (la otra es la multa), en cierto modo garantiza la obligación de resarcimiento; pero el Código de Procedimientos Penales para el D.F., al referirse a este supuesto, - en su Art. 570 dispone que "... el juez o tribunal enviará el certificado de depósito o el testimonio de la hipoteca a la autoridad administrativa local, para su cobro" (57). Lo que entraña, dice R. Carrancé y Trujillo, " Una evidente contradicción, en la que atendiéndose a la naturaleza de ambos preceptos, el procesal debe ceder en favor del penal, ya que no se trata propiamente de una cuestión de naturaleza procesal" (58). Criterio al que nos adherimos por considerar que es la disposición del Código Penal la más acertada en beneficio del ofendido.

- (56) C. Penal para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 39a. - Méx. 1964.- Pág. 18.
(57) C. de Procedimientos Penales para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. Edic. 32a. - Méx., 1964. - Pág. 118
(58) R. Carrancé y Trujillo.- D. Penal Mexicano, Parte General. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 13a. - Méx., 1964.- Pág. 806-807

LA REPARACION DEL DAÑO COMO OBLIGACION MANCOMUNADA Y - SOLIDARIA. La Ley Penal vigente, en su artículo 36,previene, " Cuando varias personas cometan el delito, ... en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como mancomunada y solidaria", (59).

Se observa en esta disposición, que dada la naturaleza civil de la reparación del daño, la ley penal tiene que recurrir al campo del D. Privado para exigir el cumplimiento de la obligación reparatoria cuando varias personas cometen el delito, y a través de las figuras jurídicas de la mancomunidad y la solidaridad exige el cumplimiento de la obligación reparatoria a cada uno la parte que le corresponde o bien a cualquiera de ellos el monto total de la obligación; dejando de ser la pena en este caso de carácter público, para pasar al campo del derecho privado; I. Villalobos al referirse al tema dice, " lo raro es que, considerando a la reparación como una pena pública, se diga a continuación que la deuda por esta última se deberá considerar como mancomunada y solidaria", (60).

Siendo la mancomunidad y la solidaridad, pues, figuras jurídicas del Derecho Civil, recurrimos a este campo para explicar las. El Código Civil vigente, en su artículo 1934, dice: " Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad. El crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros" (61).

Y " Además de la mancomunidad, habrá solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida", (62).

" La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes", (63).

La naturaleza solidaria de la obligación, dice González de la Vega en sus comentarios al Código Penal vigente, " implica la facultad de exigir su monto total a cualquiera, sin perjuicio de que el que pague pueda repetir contra los otros en la parte proporcional que les corresponda", (64).

(59) C. Penal para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 39a. - Méx. - 1984.- Pág. 19.

(60) I. Villalobos.-

(61) Código Civil para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 49a. - Méx. 1981. - Págs. 353, 354.

(62) Código Civil para el D.F. - Edit. - Ob. Cit. Pág. 354.

(63) Código Civil para el D.F. - Ob. Cit. - Pág. 354.

Disposición que encuentra su fundamento en los artículos 1909 y 1999 del Código Civil vigente, (65).

De este modo la responsabilidad solidaria de reparar el daño alcanza a todos los que intervinieron en el delito en las formas previstas en el artículo 13 del Código Penal. Y se reafirma el carácter civil de la pena de reparación, lo cual no hubiera sido posible con la ficción dada de pena pública.

COBRO DE LA REPARACION DEL DAÑO. El artículo 37 del Código Penal vigente previene que " El cobro de la reparación del daño se hará efectivo en la misma forma que la multa "; aún cuando el mismo ordenamiento penal no indica la forma en que se hará efectiva esta última para hacer lo mismo con la reparación del daño (66). Sin embargo se deduce que en uno y otro caso el Estado ejerce la facultad económica coactiva cuando el sentenciado se negare a pagar la multa o la reparación del daño, para lo cual la Dirección General de Servicios coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, permite el trámite correspondiente, toda vez que de acuerdo con su competencia legal corresponde " Vigilar la ejecución de las sanciones impuestas por las autoridades" (Art. 674, Cod. de Proc. Penales vigente) (67).

LA REPARACION DEL DAÑO COMO UNA OBLIGACION CONDICIONAL. El artículo 38 del Código Penal vigente establece, " Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte" (68).

Cabe señalar que por disposición constitucional (Art 18), se considera al trabajo y al estudio como base de readaptación social del delincuente, y sobre la base de este lineamiento constitucional el Código Penal, en su artículo 81, señala que " Todo reo privado de su libertad y que no se encuentre enfermo o inválido, se ocupará en el trabajo que se le asigne", (69).

- El producto que obtiene el preso por su trabajo la -
- (64) F. González de la Vega. - Comentarios al Código Penal, citado por R. Mejía Troy. - Ob. Cit. - Pág. 44.
 - (65) Código Civil para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 49a. - Méx. 1931. - Pág. 354, 356.
 - (66) Código Penal para el D.F. - Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 39a. - Méx. 1934. - Pág. 19.
 - (67) Código de Procedimientos Penales para el D.F. - Edic. 32a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx., 1934. - 136
 - (68) Código Penal para el D.F. - Ob. Cit. Pág. 19
 - (69) Código Penal para el D.F. - Ob. Cit. - Pág. 31

misma Ley Penal en su Art. 82, previene la forma en que aquel quedará distribuido, " Los reos pagarán su vestido y alimentación en el reclusorio con cargo a la percepción que tengan por el trabajo que desempeñen. El resto del producto del trabajo se distribuirá, por regla general, del modo siguiente:

I. Un 30 por ciento para el pago de la reparación del daño;

II. Un 30 por ciento para el sostenimiento de los dependientes económicos del reo;

III. Un 30 por ciento para la constitución del fondo de ahorros del mismo, y

IV. Un 10 por ciento para los gastos menores del reo,"-
(70).

Debe entenderse claramente que el porcentaje 30 por ciento, destinado al pago de la reparación del daño no lo es en cuanto al producto del trabajo sino de lo que queda después de haberse descontado los gastos por concepto de vestido y alimentación del reo; la ley no aclara cuanto va a hacer el porcentaje que por estos conceptos deba descontarse del producto del trabajo del reo; pues cuando se señala que se destinará un 30 por ciento a la reparación del daño de lo que queda después de haber descontado lo que ya hemos señalado, dejá mucho que desear en cuanto que se pueda lograr satisfacer al ofendido del daño material o moral que sufrió a causa del delito.

Por lo mismo y previniendo el legislador que la reparación del daño no podría ser satisfecha completamente por este medio añáde más adelante en el precepto que comentamos, (Art. 38 de la Ley Penal), " ... el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte"; y como ya lo señalamos en el comentario al artículo anterior, corresponde a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social vigilar el cumplimiento de esta obligación.

Cabe señalar que el reo declarado responsable por sentencia ejecutoria puede verse liberado:

a) Por virtud de la libertad preparatoria, Art. 84 -
frac. III del Código Penal.

b) Por virtud de la condena condicional, Art. 90 Frac. I inciso e), y Frac. II inciso e), del Código Penal.

(70) Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. -
Méx., 1984. - Pág. 31.

c) Por el cumplimiento de la condena, que extingue el derecho de ejecución penal.

d) La ejecución penal, también puede extinguirse por la muerte del delincuente quedando subsistente la obligación de la reparación del daño, Art. 91 del Código Penal. (71).

Todas estas formas previenen que se cumpla con la obligación de resarcimiento cuando éste no ha sido satisfecho con el porcentaje del trabajo del reo, destinado para ello.

Agregaremos brevemente que de estas formas previstas por la ley para garantizar la reparación solo la libertad preparatoria y la condena condicional permiten garantizar en forma estricta la obligación resarcitoria, pues obliga al delincuente, que desca acogerse a este beneficio a cumplir previamente con los requisitos que se exijan.

En cuanto a las otras dos formas señaladas de extinción de la ejecución penal, percibimos que la obligación a la reparación subsiste, aún cuando el reo hubiere cumplido su condena o hubiere muerto durante su confinamiento; lo que en este último caso la obligación pasa a los herederos de su patrimonio, según R. Carrancá y Trujillo " por constituir una deuda hereditaria grave el haber del de cujus al pasar a sus sucesores" (72), lo cual resulta desconcertante pues el legislador tal vez llevado por sus deseos de procurar la satisfacción reparatoria, hace a un lado el principio de la personalidad de la pena, (Art. 10 del Código Penal), y de la prohibición de la trascendencia, (Art. 22 de la Constitución Política); y como cualquier obligación de carácter civil la extiende a los herederos del patrimonio del delincuente fallecido.

Nosotros consideramos que al extinguirse la ejecución penal por la muerte del delincuente, debería también extinguirse la obligación a la reparación toda vez que ésta, no hay que olvidar, es considerada como una pena pública por el propio ordenamiento penal, y no como una obligación propiamente de carácter civil aún cuando esa es ciertamente su naturaleza.

(71) Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx., 1984., - Pág. 36.

(72) R. Carrancá y Trujillo. - Código Penal Anotado. - Edic. 11a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1985. - Pág. 262.

2. SUJETOS OBLIGADOS A LA REPARACION DEL DAÑO.

a) Sujeto activo del delito.

Ya hemos visto que de la comisión de un delito nace y na responsabilidad penal y una obligación de reparar el daño causado a cargo del autor del hecho delictuoso, luego aquél, sujeto activo del delito, deberá responder a lo previsto en el artículo 30 del Código Penal; a si mismo cuando fueren varios los responsables, la obligación a la reparación se considerará como mancomunada y solidaria, (- Art. 36 del Código Penal) (73).

Ahora bien la responsabilidad penal es personalísima, - pues según nuestro ordenamiento legal, " aquella no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados - por la ley" (Art. 10 del Código Penal). Es decir, de acuerdo con lo que señala este precepto nadie puede responder penalmente por hechos ajenos; por lo que fuera del delincuente no se impondrá pena alguna a obligar a la reparación del daño a un individuo, que no fuere el autor del delito, excepto en esto último, en los casos especificados -- por la ley, (74). Esta disposición legal encuentra su base en el artículo 22 Constitucional cuando prescribe " Quedan prohibidas las penas trascendentales ", (75) -

Por pena trascendental se entiende, dice R. Carrancá y Trujillo, la que trasciende de la persona responsable de un delito en cualquiera de las formas de participación, a quien no lo es. El Artículo 22 Constitucional establece a esto una prohibición absoluta. Por ello ninguna Ley puede acoger excepción alguna, a menos que incurra - en inconstitucionalidad, (76).

Conforme a este mandamiento constitucional las penas - sólo serán aplicables directamente al o los responsables del delito, - los que también estarán obligados de responder con sus bienes de la - reparación del daño que del delito derive.

b) Incidente exigido a terceros.

Aun cuando claramente la Constitución y el Código Penal establezca la personalidad de la pena, encontramos que tratándose (73) Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx., 1984. - Pág. 19.
(74) Código Penal para el D.F. - Ob. Cit. - Pág. 9.
(75) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. - Edic. - la. - Edit. Trillas. - Méx., 1983. - Pág. 25.
(76) R. Carrancá y Trujillo. - Cód. Penal Anotado. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1965. - Pág. 53.

de la reparación del daño si existe trascendencia de la sanción cuando aquella deba ser exigida a terceros no responsables penalmente, pero si civilmente, a si lo establece el Código Penal en su Art. 32 en la forma siguiente: " Están obligados a reparar el daño en los términos del Art. 29,

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 discípulos 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.

Se exceptúa de esata regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI) El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados. (77).

En todos estos casos de obligación reparatoria, sólo se explica que un tercero deba cumplir con la sanción pecuniaria porque ésta conserva su naturaleza civil y aún cuando pudiera ser demandada por el Ministerio Público, sólo procederá hacerse en forma de incidente que deberá promoverse durante la instrucción, ante el Juez que conoce del procedimiento.

Una vez cerrada la instrucción el ofendido del delito sólo podrá demandar la reparación mediante un juicio de carácter civil ante los tribunales correspondientes; es decir la víctima no pierde su pretensión reparatoria. Con fundamento en el artículo 1910 del Código Civil vigente, la responsabilidad podrá exigirse como consecuencia (77) Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1984. - Pág. 17, 18.

cia de todo acto ilícito, siguiendose los trámites y forma que preceptúa.

Es evidente que en nuestro derecho positivo la reparación del daño aunque se ha revestido del carácter de pena pública, no pueda ser considerada siempre como tal y se mantenga como lo que es - una institución de Derecho Privado, a lo que ni Ceniceros y Garrido - pueden pasar por alto al señalar que " El legislador se vió en la necesidad de crear un sistema mixto porque constitucionalmente no es posible, teniendo la reparación el carácter de pena pública, exigirse a tercero sin juicio en su contra" (78).

A hora bien, ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad de los terceros?. Sobre esta responsabilidad de hechos ajenos se ha discutido y se discute en la doctrina civilista tratando de encontrar cual sea el fundamento jurídico de la responsabilidad, sin que a la fecha se pueda decir, comenta L. Muñoz, que se haya elaborado una teoría general aceptada y considera que respecto a la responsabilidad de los padres y tutores, así como la que corresponde a quienes tienen a su cargo la educación escolar o profesional de los menores, ninguna duda cabe de que tienen fundamento racional; y que en consecuencia, la ley no podrá por menos que tenerlo en cuenta para imponer la obligación de responder. Si ocurre daño, éste debe ser cargado a cuenta de la responsabilidad de los padres, tutores o maestros, en virtud de que hubo por parte de ellos negligencia, culpa o descuido en vigilar a los sometidos a su custodia. Pero no sucede lo mismo cuando estos hechos son imputables a personas que se encuentran en una relación jurídica de carácter laboral con el responsable. Pues se trata de una responsabilidad sin imputabilidad, responsabilidad por hecho ilícito de un tercero que no puede serle imputable a quien ha de satisfacer la indemnización por los daños causados.

Hay que observar, dice L. Muñoz, que dicha responsabilidad es directa y no subsidiaria; y de ahí que la ley someta directamente al pago de los daños al responsable no imputable, sin exigir la excusión de los bienes del causante imputable.

Explicar en que se fundamenta esa responsabilidad sin-imputabilidad, agrega ese autor, ha dado origen a diversas teorías, - (78) Luis Garrido y J. Angel Ceniceros. La Ley Penal Mexicana. -Ob. - Cit. por R. Mejía Proy. - Reparación del Daño en Materia Penal - Tesis Prof. No. 2. - Méx. 1959. - Pág. 51, 52.

las que sólo por vía de información enunciaremos sin tratarlas ampliamente por no ser tema de esta tesis:

a) Teoría de la Culpa Presunta. Dice que al lado de la responsabilidad por hechos propios existe la responsabilidad por hecho ajeno que se impone cuando entre el autor material del hecho y él que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir que si hubo daño, éste debe atribuirse, más que al autor material, al descuido de vigilancia de otra persona.

b) Teoría del propio Interés. Boffio, (Citado por L.-Mañoz, Ob. Cit.), fundamenta la teoría con esta frase " El comisionado obra en interés del principal, cumple una comisión, un encargo por él, en su exclusivo provecho".

c) Doctrina Clásica de la Culpa " Invigilando". Señala esta doctrina que el responsable incide en culpa por negligencia en la elección o en la vigilancia del que causó el daño. Doctrina que inspira nuestro Código Civil de 1928.

De acuerdo con esta doctrina, en la responsabilidad del Estado quedan comprendidos todos los órganos de la administración pública.

d) Teoría de la Responsabilidad Objetiva. Esta doctrina excluye el dolo y la culpa como fundamento de la responsabilidad de la persona física y moral que por sí o por otro causa daños materiales o morales a otra persona, por actos que se ejecutan en beneficio de la primera y en perjuicio de la segunda; (Art. 1913 del Código Civil), (79).

Concluimos diciendo que la reparación del daño exigible a terceros conserva su carácter eminentemente privado y que por lo tanto presenta las características y rasgos que hemos apuntado al comentar en el primer capítulo el Código de 1871. Por lo tanto corresponde a la víctima del delito ejercitar la acción de resarcimiento en contra del tercero obligado, y si el ofendido renunciare a su acción, esta renuncia en todo caso debe favorecer al tercero exonerándolo de toda obligación; y no como lo previene el párrafo tercero del artículo 35 del Código Penal vigente, cuando dice " Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado(80).

(79) L. Mañoz. - Comentarios del Código Penal para el D. y T. F., Vol. V. - Edic. Lex. - Méx., 1951. - Pág. 377 Pfo. 2o.

(80) Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1984. - Pág. 19

3.- EL OFENDIDO EN EL PROCEDIMIENTO.

Después de haber analizado como se constituye el obligado a la reparación del daño, nos preguntamos, ¿ qué papel desempeña el ofendido dentro del procedimiento?, o más claramente, ¿ qué le es permitido actuar para procurar ser efectivamente restituido en sus derechos o indemnizarlo en los daños sufridos?.

Ya hemos expresado que dado el carácter de pena pública de la reparación del daño, el Ministerio Público es el único facultado para exigir el cumplimiento de la obligación reparatoria. Por lo que dentro del proceso penal el ofendido no tiene ningún carácter, es decir no se le considera como parte y en consecuencia no podrá demandar el pago de daños y perjuicios.

En virtud del principio de la oficialidad en nuestro país, dice Arilla Bas (81), " ... el ejercicio de la acción penal se reserva a un órgano estatal, por lo tanto el ofendido no es parte del proceso penal, ni aún para demandar el pago de la reparación del daño, que debe ser hecho por el delincuente, pues dado el carácter de pena pública de ésta, debe ser solicitada por el Ministerio Público". Así lo señala el Art. 141 del Cód. de Proced. Federal (82), " La persona ofendida por el delito no es parte en el proceso penal, pero podrá coadyuvar con el Ministerio Público, proporcionando al juzgador por conducto de éste o directamente, todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio"; y aunque el Cód. de Proc. Penales local no se encuentra expresado en los mismos términos, se entiende así por la redacción de su Art. noveno que dice (83), " La persona ofendida por un delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño". Ambos preceptos aún cuando señalan que el ofendido no es parte del procedimiento, permiten que éste actúe como coadyuvante del Ministerio Público en lo que respecta a la reparación del daño.

Cabe señalar que la coadyuvancia, y según se desprende de los Arts. del ordenamiento penal que la previenen, solamente puede constituirse durante la instrucción. A tal conclusión lleva la men -

- (81) F. Arilla Bas.- El Procedimiento Penal en México.- Edic. 5a. - Edit. Mexicanos Unidos, S.A. - Méx., 1974.- Pág. 36.
(82) Cód. Federal de Proc. Penales.- Edic. 32a. - Edit. Porrúa S.A. Méx., 1984. - Pág. 184.
(83) Cód. de Proc. Penales para el D.F.- Edic. 32a. - Edit. Porrúa S.A. - Méx., 1984. - Pág. 11

ción " juez instructor " del Art. noveno del Cód. de Proc. Penales para el D.F., y con posterioridad al auto de formal prisión, que es el que señala el delito por el que se ha de seguir el proceso y comprueba su cuerpo.

Sin embargo nos planteamos esta reflexión, cuando la ley faculta al ofendido para constituirse en coadyuvante y con tal carácter puede ministrar al Juez instructor datos que permitan establecer la culpabilidad del acusado para justificar la reparación del daño; ¿ no estará entonces actuando como parte en el procedimiento?. No hay que olvidar que dentro de la función persecutoria la de investigar y de proporcionar pruebas acusatorias le compete exclusivamente al Ministerio Público en ejercicio de su acción pública y que el particular que solo representa intereses privados no tiene porque intervenir en una actividad que corresponde a un órgano del Estado.

Sobre este mismo problema si el ofendido es parte o no en el procedimiento resulta también interesante señalar lo que establece el Código de Procedimientos Penales para el D.F. al tratar de los recursos. En su Art. 415 dice " que la segunda instancia sólo se abrirá a petición de parte legítima....." ; y el Art. 417 del mismo ordenamiento establece, " Tendrán derecho de apelar:

I. El Ministerio Público;

II. El acusado y su defensor;

III. El ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta", (84).

Analizando la redacción de este precepto nos pregunta - mos, ¿ cuándo el ofendido interpone la apelación lo hace en los términos expuestos, es decir como parte legítima, o como coadyuvante de la acción persecutoria del Ministerio Público?; ¿ en tal forma que si éste desiste de la acción, puede aquél continuarla en lo que se refiere a sus intereses?. Entonces la apelación del ofendido, está sujeta al hecho de que el Ministerio Público siga o no ejerciendo su acción y sólo en el caso de que el Ministerio Público no apele podrá hacerlo el particular; pero al ejercitar este derecho ¿ no se estará constituyendo en parte procesal?, contrario a los principios ya señalados por (84) Cód. de Proc. Penales para el D.F. - Edic. 32a. - Edit. Porrúa, - S.A. - Méx., 1984. - Pág. 90 - 91.

el Derecho Penal; ¿ o es que acaso la actividad persecutoria del Ministerio Público termina en la primera instancia, pudiendo continuar la de este modo el ofendido?.

De este breve análisis de la coadyuvancia y la apelación como facultades legales que tiene el ofendido por el delito para procurar el pago de la reparación del daño, observamos que resultan contradictorias a la misma Ley Procesal (Arts. 2o. y 3o.) y aún a nuestra Ley Máxima (Art. 21) (85); por lo que se requiere una reforma del citado ordenamiento procesal para que en una forma más clara y técnica, de acuerdo a los lineamientos penales y constitucionales determine cual debe ser la actuación del ofendido dentro del procedimiento penal.

Sin embargo por lo que respecta a nuestro objeto de estudio, la coadyuvancia y la apelación se presentan como dos recursos que tiene el ofendido para lograr de los tribunales que se obligue al delincuente a restituirle de la cosa obtenida por el delito, o al pago del precio de la misma; o bien a la indemnización por el daño material o moral y de los perjuicios causados a que tenga derecho.

(85) Código de Proc. Penales para el D.F. - 32a. Edic. - Edit. Porrúa S.A. - Méx., 1984 - Págs. 9 y 10.
Cons. Polit. de los E.U.M. - Edic. 1a. - Edit. Trillas - Méx. - 1983. - Pág. 21

C A P I T U L O I V

- 1.- REQUISITOS PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA Y EL CUANTUM DE LA REPARACION DEL DAÑO.
 - A) EN LOS DELITOS CON DOLO:
 - a) Delitos que proporcionan un enriquecimiento ilgitimo al activo.
 - b) Delitos que no proporcionan un enriquecimiento ilegítimo al activo.
 - B) EN LOS DELITOS CON CULPA.
 - C) EN LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES.
- 2.- LA REPARACION DEL DAÑO EN LAS CAUSAS EXCLUYENTES DE - RESPONSABILIDAD.
- 3.- FORMA DE EXTINGUIRSE LA REPARACION DEL DAÑO.

1.- REQUISITOS PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA Y EL CUANTUM DE LA REPARACION DEL DAÑO.

La culpabilidad puede presentar diversos grados: dolo-culpa y preterintencionalidad. " La acción (acto u omisión) a de - contener uno u otra para hacer a alguien responsable a título de culpable y, por tanto, para constituir posible, aunque no necesariamente (p.e. caso de legítima defensa) delito" (86).

El código penal en su Art. 8c. considera tres grados - de la culpabilidad al establecer que los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
 - II. No intencionales o de imprudencia;
 - III. Preterintencionales. (87).
- A. En los delitos con dolo.

Parece que para nuestra ley penal, dice Carrancá y Trujillo " ... el dolo puede ser considerado en su noción más general - como intención, y esta intención a de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser voluntaria la acción deberá ser calificada por la dañosa - intención para reputarsela dolosa. Obrará con dañada intención aquél que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, re = presentándose las circunstancias y la significación de la acción. Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionadamente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo" (88).

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en " ... - la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso" (89).

Luis Jiménez de Asúa lo define como " ... la producción de un resultado antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" (90).

- (86) R. Carrancá y Trujillo. - Derecho Penal Mexicano, Parte General Edit. Porrúa, S.A. - Edic. 13a. - Méx. 1980 - Pág. 425.
- (87) Cód. Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Pág. 9.
- (88) R. Carrancá y Trujillo. - Ob. Cit. - Págs. 425, 426.
- (89) E. Cuello Calón citado por Castellanos Pena. - Lineamientos de Derecho Penal. - Edic. 3a. - Edit. Jurídica Mexicana. - Méx. - 1965. - Pág. 305.
- (90) L. Jiménez de Asúa, Cit. por Castellanos Pena. - Ob. Cit. Pág. 306.

El Código penal Vigente en su artículo 90. al referirse a este tipo de delitos dice: " Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley." (91).

En lo que a la reparación del daño se refiere en este tipo de delitos, deberá considerarse en la aplicación de las sanciones penales, además " de la naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño causado..." - Art. 52 Frac. 1a. (92). Por consiguiente la reparación será fijada - por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, (Art. 31 del Cód. Penal vigente); y tomando en cuenta las condiciones económicas del sujeto, (Art. 52 Frac. 2a. del Cód. Penal vigente) (93).

La Ley y la Jurisprudencia son unánimes al señalar que el daño causado a consecuencia del delito deba probarse en autos, - pues de lo contrario no se podrá condenar al delincuente al pago del resarcimiento por ser violatoria de garantías. Así lo consideran estas tesis de la Suprema Corte de Justicia:

" Es violatoria de garantías la sentencia que, estiman do que en el proceso no se probó el monto de la reparación del daño, condena al acusado a cobrarla por el monto que se determine en incidente posterior, ya que éste equivale a darle una segunda oportunidad de probar lo que en el proceso no comprobó". (Directo 5046/1954 la. SALA. - Boletín 1956, Pág. 713).

" No puede válidamente condenarse a un acusado a la reparación del daño, si no quedó establecido el monto de éste, pues en todo caso la sentencia debe determinarla con las pruebas existentes, o de lo contrario absolver de dicha pena pecuniaria." (Directo 3507 /1961. - la. SALA. - Boletín 1962, Pág. 66) (94).

Además si bien a los jueces corresponde fijar el monto de la reparación, sabemos que la función de aportar los elementos necesarios encaminados a probar la culpabilidad del delincuente y la extensión del daño causado por la comisión del delito, corresponde -

(91) Código Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1984. - Pág. 9.

(92) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit. - Pág. 23

(93) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit. - Págs. 17 y 23.

(94) Jurisprudencia Y Tesis Sobresalientes de la S.C.J de la Nación- 1955-1966. - la. SALA Penal. - Edit. Mayo. - Méx. 1964. - Págs. 804, 807.

al Ministerio Público, por lo que si éste Órgano no lo hace el Juez no podrá de acuerdo a su criterio, condenar al pago de la reparación al inculpado. Lo que es puesto de manifiesto por la misma Jurispru - dencia:

" Aún cuando la reparación afecta exclusivamente el patrimonio del ofendido, como el Código Penal del Distrito Federal y - Territorios Federales, y los de algunos Estados, lo consideran penapública, el ejercicio de la acción reparadora queda incluido en las facultades que el Art. 21 Constitucional confiere al Ministerio Público; por lo que, cuando éste no solicita la condenación al pago de aquélla, y el Juez lo decreta, viola las garantías consignadas en el Art. 21 de la propia Constitución y por ello debe concederse el amparo, para el efecto de que sea reparada esa violación". (Directo 71-45/61. - la. SALA. - Informe 1962, Pág. 62.) (95).

Por lo que es de entenderse que los Jueces sólo están llamados a decidir las controversias que se les plantean legalmente, y en caso contrario deben silenciar el aspecto indicado.

Por último si al fijarse la reparación no se toma en cuenta las condiciones económicas del sujeto obligado, será también, dice la Jurisprudencia, violatoria de garantías:

" La cuantía de la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente será fijada por los jueces de acuerdo con la "capacidad económica del obligado" siendo conculcatoria de garantías la sentencia que condene a cuantía que rebasa dicha capacidad". (Directo 4918/1959. - la. SALA. - Informe 1962, Pág. 61. (96)

En síntesis para la fijación del monto de la reparación los jueces deben considerar: el daño que sea preciso reparar, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso y además atenderán a las condiciones económicas del sujeto obligado. Si bien esta última consideración, las condiciones económicas del sujeto obligado, la Ley Penal vigente en su Art. 39, las previene para que el juzgador, teniendo en cuenta esta circunstancia y el monto del daño, pueda fijar plazos para el pago de la reparación de éste, los que en su conjunto no excederán de un año, (97); pero de ningún modo alude a la-

(95) Jurisprudencia y Tesis sobresalientes de la S.C.J. de la Nación. - 1955-1966. - la. SALA Penal. Edit. Mayo. - Méx. 1964 - Pág. 806.

(96) Jurisp. y Tesis Sobresal. - 1955-1966. - Ob. Cit. - Pág. 816.

(97) Cód. Penal para el D.F. - 39a. Edic. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx., 1984. - Pág. 19.

capacidad económica que dejó de ser considerada por el Art. 31 del Código Penal vigente, como elemento necesario para fijar la reparación, esto es al sujeto delincuente no se le podía exigir más de lo que era incapaz de dar, (98); antes mas bien el mismo Art. 39, faculta al Juez para exigir garantía del cumplimiento de la obligación reparatoria si así lo considera conveniente.

a) Delitos que proporcionan un enriquecimiento ilegítimo al activo.

Como ya se señaló, el Art. 31 del Código Penal vigente no contempla actualmente la capacidad económica como requisito indispensable para fijar la reparación del daño por el Juez, como se consideraba anteriormente a su reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, y lo que daba lugar a severas críticas por la doctrina, como la del penalista Ignacio Villalobos - que dice, " En la necesidad de ser consecuentes consigo mismo y habiendo afirmado que la reparación del daño es una pena pública, no vacilaron ya los legisladores en sostener (Art. 31) que la reparación debe ser fijada en atención a la capacidad económica de quien ha de pagarla, con lo cual se legalizó la falta de reparación o el imponer un remedo de la misma en esa gran mayoría de casos de insolvencia que motivaron los esfuerzos para remediar el mal ingente constituido por la ausencia de satisfacción a los perjudicados" (99). Lo que propiciaba según esta doctrina y el decir de algunas tesis de la Jurisprudencia un enriquecimiento ilegítimo sobre todo tratándose de delitos patrimoniales, V.gr. " En los delitos patrimoniales contra las personas, el juzgador no debe tomar en cuenta las circunstancias económicas del acusado para los efectos de la reparación del daño en su aspecto restitutorio, que en todo caso deben decretarse; porque lo contrario implicaría favorecer un enriquecimiento ilícito en beneficio del delincuente", (A. Directo 1325/1962. - la. SALA. - Boletín 1962, Pág. 541). Pero al suprimirse el requisito de la capacidad económica previsto en el Art. 31, como ya se señaló, no se contempla esta posibilidad de enriquecimiento ilegítimo, al menos en los delitos de daño material o de orden patrimonial en los que la reparación que deba hacerse comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito y de no ser posible, el pago del precio de la misma, (Art. 30 Frac. I).

(98) Cód. Penal para el D.F. - 39a. Edic. - Edit. Porrúa S.A. - Méx. 1984. - Pág. 17.

(99) I. Villalobos. - Derecho Penal. - Edic. 2a. Edit. Porrúa, S.A. Méx. 1960. - Pág. 597.

(100) Jurisp. y Tesis Sobres. de la S.C.J. de la Nación. - 1955-1966. la. SALA PENAL. Edit. Mayo. - Edic. Méx. 1964. - Pág. 541.

De la misma manera no se considera la posibilidad de enriquecimiento ilegítimo en lo que toca a la reparación del daño que de ban hacerla los servidores públicos, previsto en el Art. 30 Frac. III del ordenamiento penal vigente, por los delitos señalados en los Arts. del 214 al 224 del mismo ordenamiento (101); donde además de abarcar la restitución de la cosa o de su valor, comprenderá también hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

Caso contrario ocurrirá cuando la reparación del daño material no corresponde en la medida que fuere posible al restablecimiento de la situación anterior al delito, y se condena al reo al pago de gastos que están más allá de los estrictamente necesarios para cubrir la reparación, favoreciendo en este caso con el enriquecimiento al sujeto pasivo del delito.

Considerando estas situaciones expuestas es de desearse que para evitar un beneficio económico tanto al activo del delito como a la víctima del mismo, es necesario que la condena a la reparación del daño, sea estricta, de manera de procurar que la víctima sea resarcida cabalmente, apegado a las pruebas procedentes con el objeto de que la estimación del juzgador respecto del daño a reparar, sea equitativo.

Aun cuando ya se dijo que por las reformas hechas al Código Penal y publicadas en el Diario Oficial el día 13 de enero de 1984, desaparece la capacidad económica del delincuente como requisito para fijar la reparación, no se ha prescindido de ella sobre todo en lo que toca a la indemnización del daño moral, a que se refiere el Art. 30 Frac. II, del ordenamiento Penal vigente (102), pues los daños morales no es posible valorizarlos, en este caso el Juez atendiendo a su criterio y atinado juicio fijará la cuantía de la reparación que deba ser hecha por el delincuente observando el requisito mencionado.

En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia cuando señala: " Al exigir como requisito indispensable la capacidad económica del inculcado, se refiere exclusivamente a los casos en que es menester reparar el daño moral, dado que en este respecto el juzgador no tiene otra base para fijar su monto que su prudente arbitrio, en donde aparece como índice de gran trascendencia la situación económica del acusado y no en casos en que

(101) Cód. Penal para el D.F. - Edición 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1984. - Págs. 70 a 79.

(102) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit. - Pág. 17

la condena se refiere a la reparación del daño material, cuyo monto se encuentre debidamente acreditado en autos, tanto en el dictamen pericial sobre el valor de los daños causados, como por los documentos exhibidos y que demuestran los gastos erogados por los ofendidos con motivo del delito, que hacen prácticamente innecesario atender a la capacidad económica del obligado, si se tiene en cuenta sobre todo que la reparación del daño es una pena pública y que el condenado a cubrirla puede posteriormente si es insolvente en el momento de la sentencia, obtener bienes o ingresos suficientes para tal fin", (A. Directo 8773 /1962. - Primera SALA. - Sexta Epoca, Vol. CXV. - Segunda Parte, Pág. 49.) (103).

En síntesis podemos decir que al suprimirse del Art. 31 el requisito de la capacidad económica del ofendido, para fijar la reparación desaparece también la posibilidad de un enriquecimiento ilícito a favor de aquel, que era provocado por una restitución incompleta o un pago que no fuera suficiente para cubrir el valor del bien destruido por el delito. No así tratándose del daño moral en que la capacidad económica del delincuente es tomada en cuenta por el Juez por las razones ya expuestas.

b) Delitos que no proporcionan un enriquecimiento ilegítimo al Activo.

Al reformarse el Art. 31 del Código Penal vigente y permitir que la reparación comprenda lo que normalmente corresponde al restablecimiento anterior al daño ocasionado por el delito, sin proporcionar ventaja al activo en detrimento del sujeto víctima del delito, indudablemente que no existirá enriquecimiento ilegítimo en favor de aquél; y se restablecerá la mejor medida el orden jurídico vulnerado por el acto ilícito.

B. EN LOS DELITOS CON CULPA.

Cabe señalar que la intención o la falta de intención en la producción del resultado de un hecho ilícito, redundará en que una conducta antijurídica se califique como dolosa, de imprudencia o preterintencional, tal lo considera la Ley Penal para el D.F. en su Art. 80. Siendo el segundo tipo de delitos los que ahora nos toca analizar en relación con la reparación, debemos señalar que el Código Penal para

(103) Jurisprudencia y Tesis sobresalientes de la S.C.J. de la Nación. 1966-1970. - Actualización II Penal. - Edit. Mayo. - Méx. 1968. Pág. 817.

el D.F. en su Art. 9o. al referirse a este grado del delito dice: -
"Obra imprudencialmente el que cause un resultado típico incumpliendo-
un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales -
le imponen" (103).

Por lo que toca a la doctrina al referirse a la culpa la define de este modo:

"Los delitos de imprudencia se caracterizan por la falta de previsión y de intención, por haber producido un resultado no pre-
visto ni querido, pero que es efecto necesario de la imprudencia (Cul-
pa), lo que justifica la imputación legal", (R. Carrancá y Trujillo) -
(104).

"Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la dili-
gencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la
ley"; (Cuello Calón) (105).

"Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado -
que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever", (Edmundo-
Mezguer) (106).

De una u otra forma definida la culpa por la doctrina, -
se observa en estos conceptos como característica común de los delitos
culposos la falta de intención y previsión para producir un resultado
antijurídico, si bien éste existe y deberá el infractor responder por-
él. En la medida en que deberá responder el activo por este tipo de de-
litos ha llevado también a la doctrina a considerar diversos grados de
la culpabilidad que en una u otra forma han orientado nuestra legisla-
ción penal, así R. Carrancá y Trujillo (107), nos dice que " desde el
Derecho Romano se ha considerado que la culpa o imprudencia es grave -
cuando el resultado ha podido ser previsto por el común de los hombres,
por ser normalmente previsible. Es leve cuando la capacidad de prever-
el resultado solo es posible en hombres diligentes. Y es levisima cuan-
do sólo lo es en los extraordinariamente diligentes. Los grados de la-
culpa, como se advierte, son necesariamente individualizables, pues su
adecuación va de lo abstracto a lo concreto. La especie consistente en
la culpa levisima, según la comunis opinio, debe pasar sin sanción pe-
nal, pues rebasa la capacidad normal humana media de previsión. Las o-
tras dos, según las soluciones clásicas, deben ser objeto de sanción -
(103) Cód. Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx.
1984. - Pág. 9.
(104) R. Carrancá y Trujillo. - Derecho Penal Mexicano, P.G. - Edic. 13a.
Editorial Porrúa, S.A. - Méx. 1980. - Pág. 439.
(105) Cuello Calón, Cit. por F. Castellanos Tena. - Lineam. Elemen-
de Der. Penal - Edic. 3a. - Edit. Jurídica Mexicana. - Méx. 1965
Pág. 312.

inferior a la que correspondería al delito doloso, siendo mayor la de la culpa grave que la de la leve!"

En nuestro Derecho, en el Art. 60 del Cód. Penal vigente, se distingue entre culpa leve y grave cuando se deja su calificación al prudente arbitrio del Juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el Art. 52 y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. Si para ello bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;

III. Si el inculcado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios;

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos, ... (108).

Se observa también en el primer párrafo de este artículo 60 que se analiza al referirse a la aplicación de las sanciones en los delitos de imprudencia, " con prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva para ejercer profesión u oficio" (109); que no alude a la pena de reparación, parece que ésta no tendrá aplicación alguna. Sin embargo, aún cuando no es mencionada expresamente, la pena reparatoria, por la ley, implícitamente está comprendida dentro de esta disposición, pues recordemos que el delito, doloso o culposo, ocasiona dos tipos de daños, el que se infringe a la sociedad y que quebranta el orden jurídico, y el daño que se ocasiona al particular (material o moral, o ambos), y que por lo tanto la penalidad que se aplique no solo deberá comprender aquella que tiene a reprimir el delito, sino también la de reparar el daño causado. - El criterio de la jurisprudencia sobre este punto es el siguiente:

" Proceda condenar a la reparación en todos los delitos. El hecho de que el artículo 60 del código Penal para el D.F. solo ex - (106) Edmundo Mezguer, Cit. por F. Castellanos Tena. - Ob. Cit. - Pág. 313.

(107) R. Carrancá y Trujillo. - Cód. Penal Anotado. - Edic. lla. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1985. - Pág. 201.

(108) Cód. Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. - 1984. - Pág. 25.

presa que los delitos por imprudencia se sancionarán con prisión de tres días a cinco años de prisión y suspensión hasta de dos años o privación definitiva de derechos para ejercer profesiones y oficios, sin referirse a la reparación del daño, no implica en manera alguna que legalmente no proceda condenar a esa reparación, ya que la regla general, de acuerdo con nuestra actual legislación, es que todos los delitos se sancionen con la reparación del daño, sin que sea necesario repetir esto en cada disposición; sobre todo, si, como en el caso de delitos por imprudencia, estos no se consideran como entidad delictiva independiente, como tipo de delito, sino que son una especie de la culpabilidad, como lo es también el dolo, la preterintencionalidad, etc." (110). (A. Directo 6434/1957. - Primera SALA. - Boletín 1958. - Pág. 325

Ahora bien en cuanto a la forma de determinar el monto de la reparación del daño en este tipo de delitos por imprudencia, si bien la penalidad es menor a la que corresponde a los delitos intencionales, no sucede lo mismo tratándose de la reparación, la que no debe resultar disminuida o afectada por este grado de la culpabilidad, aun cuando ya no se advierta de manera expresa en el Art. 61 del ordenamiento penal por la reforma sufrida (Diario Oficial del 13 de enero de 1984), y en el que claramente se señalaba que se exepuaba a la reparación del daño de la disminución que sufrían las penas por delitos de imprudencia respecto de los demás delitos intencionales (111); y que permitía prevenir que el delincuente no resultara beneficiado en modo alguno, con este grado de culpabilidad, de su obligación reparatoria. Criterio que debe seguir prevaleciendo aun cuando ya no se contenga expresamente, lo contrario constituiría un enriquecimiento ilegítimo a favor del activo y del cual ya hemos hablado ampliamente al hacer referencia a la reparación del daño en los delitos intencionales.

Cabe señalar también que para garantizar el cumplimiento de la reparación del daño con motivo de este tipo de delitos por imprudencia, el artículo 31 en su párrafo 2o. establece: " Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación" - (109) Cód. Penal para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1984. - Pág. 25.

(110) Jurisp. y Tesis Sobres. de la S.C.J. de la Nación. - 1955-1966. la. SALA PENAL. - Edit. Mayo. - Edic. - Méx. 1964. - Pág. 541.

(111) Cod. Penal para el D.F. - Edic. 29a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1976. - Pág. 25.

(112). Sin embargo a pesar de la disposición de este precepto, lo cierto es que nada se ha hecho por reglamentar la forma en que deba garantizarse la reparación cuando proviene de delitos por imprudencia, lo cual deja sin efecto dicha disposición. Siendo verdaderamente necesario que cuando menos en materia de accidentes automovilísticos, que cada día se incrementan en forma alarmante ocasionando innumerables pérdidas de vida y daños materiales, se le prestará mayor atención, creando un seguro obligatorio a cargo de los automovilistas, que cubriera el monto de los daños ocasionados, siendo dicho seguro una forma de garantizar la reparación que deba ser hecha como resultado del acto imprudencial.

Al referirse al tema R. Carrancá y Trujillo dice: "en muchos países, particularmente los europeos, funciona un seguro obligatorio de accidentes administrado por el Estado y que todo automovilista debe contratar como inexcusable requisito para poder transitar en el país manejando vehículos con motores de explosión interna. No obstante que desde 1931 está en pleno vigor el Art. 31 del código Penal aún el Ejecutivo Federal no le ha dado cumplimiento reglamentando un seguro que pudiera ser semejante al que existe en otros países" (113).

C. EN LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia, dice el artículo 9 del Código Penal (114); y en el que podemos observar estos elementos:

a) Que se cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, (Conducta dolosa).

b) Que se produzca por imprudencia, (Conducta culposa).

En el primer elemento, dice Castellanos Tena, el resultado sobrepasa la intención. En el segundo, el hecho se cometió incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen (115).

Cabe señalar algunas opiniones de la doctrina sobre este tipo de delitos preterintencionales:

Sebastian Soler, en su obra Derecho Penal Argentino, al referirse a este tipo de delitos considera que en tales casos es necesario

- (112) Cód. Penal para el D.F.- Ob. Cit.- Pág. 17.
(113) R. Carrancá y Trujillo.- Código Penal Anotado.- Edic. 11a. Editorial Porrúa, S.A. México.-Méx. 1965.- Pág. 167.
(114) Cód. Penal para el D.F.- Ob. Cit.- Pág. 9.
(115) F. Castellanos.- Licam. Elemen. de Derecho Penal.- Edic. 3a.- Edit. Jurídica Mexicana.- Méx. 1965.- Pág. 180.

sario que exista una relación de causalidad entre el resultado producido pero no querido y la conducta encaminada a causar un daño menor; sin embargo aclara que no pueden imputarse como delitos preterintencionales los casos en que el resultado se ha producido por conexión de la acción con un hecho accidental. A su juicio las relaciones fortuitas, accidentales u ocasionales constituyen una serie nueva que ni en las figuras calificadas por el evento pueden imputarse, precisamente por que no puede decirse que exista la relación de producción a que la ley se refiere.

Censura la idea de admitir la responsabilidad sin culpa en una relación que Antolisei llama ocasional y Hippel fortuito incalculable (116). No es posible, dice Sebastián Soler, responder por el caso fortuito, si por tal ha de entenderse precisamente aquello, que no podía ser previsto. Para afirmar la causalidad, según este autor, basta decir que lo que sucedió razonablemente podía suceder. Considera también, que la importante limitación a las responsabilidades por estos hechos viene por aplicación de los principios generales de la culpabilidad; no admitiendo que exista razón alguna que funde un caso de responsabilidad objetiva (117).

Contrario a esta doctrina E. Cuello Calón, considera que el hecho de que algunos penalistas ven en la preterintencionalidad una clase de delitos mixtos de dolo y culpa, dolo en el acto inicial, culpa en el resultado no querido, no es justo, existe un delito doloso, pues el agente ha querido la producción de un determinado resultado delictivo, herir, maltratar; por otra parte no es posible atribuir un mismo hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa). Cuando el posible resultado no querido directamente, sea previsto y aceptado por el agente, el hecho constituirá el delito realizado imputable a dolo eventual. Para que exista la preterintencionalidad, según este autor, es preciso que la gravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes jurídicos o sobre bienes del mismo género que los lesionados por el acto inicial; pero si el agente causa un daño esencialmente diverso del resultado querido, el resultado es imputable a culpa y no a preterintencionalidad (118).

Por lo que toca a nuestra ley penal, ya lo señalamos, -

(116) Antolisei, Hippel Cit. Por Sebastián Soler- Ob. Cit. Pág. 334

(117) Sebastián Soler.- D. Penal Argentino, t.I.- 3a. Reimpresión.- Tipográfica Edit. Argen. - Buenos Aires, 1956.- Pág. 334.

(118) E. Cuello Calón.- D. Penal.- Edic. 9a.- Edit. Nacional.- Méx, - 1961.- Pág. 404.

sario que exista una relación de causalidad entre el resultado producido pero no querido y la conducta encaminada a causar un daño menor; sin embargo aclara que no pueden imputarse como delitos preterintencionales los casos en que el resultado se ha producido por conexión de la acción con un hecho accidental. A su juicio las relaciones fortuitas, accidentales u ocasionales constituyen una serie nueva que ni en las figuras calificadas por el evento pueden imputarse, precisamente por que no puede decirse que exista la relación de producción a que la ley se refiere.

Censura la idea de admitir la responsabilidad sin culpa en una relación que Antolisei llama ocasional y Hippel fortuito inculcable (116). No es posible, dice Sebastián Soler, responder por el caso fortuito, si por tal ha de entenderse precisamente aquello, que no podía ser previsto. Para afirmar la causalidad, según este autor, basta decir que lo que sucedió razonablemente podía suceder. Considera también, que la importante limitación a las responsabilidades por estos hechos viene por aplicación de los principios generales de la culpabilidad; no admitiendo que exista razón alguna que funde un caso de responsabilidad objetiva (117).

Contrario a esta doctrina E. Cuello Calón, considera que el hecho de que algunos penalistas ven en la preterintencionalidad una clase de delitos mixtos de dolo y culpa, dolo en el acto inicial, culpa en el resultado no querido, no es justo, existe un delito doloso, pues el agente ha querido la producción de un determinado resultado delictivo, herir, maltratar; por otra parte no es posible atribuir un mismo hecho a dos causas psicológicas distintas (dolo y culpa). Cuando el posible resultado no querido directamente, sea previsto y aceptado por el agente, el hecho constituirá el delito realizado imputable a dolo eventual. Para que exista la preterintencionalidad, según este autor, es preciso que la gravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes jurídicos o sobre bienes del mismo género que los lesionados por el acto inicial; pero si el agente causa un daño esencialmente diverso del resultado querido, el resultado es imputable a culpa y no a preterintencionalidad (118).

Por lo que toca a nuestra ley penal, ya lo señalamos, -

(116) Antolisei, Hippel Cit. Por Sebastián Soler- Ob. Cit. Pág. 334

(117) Sebastián Soler.- D. Penal Argentino, t.I.- 3a. Reimpresión.- Tipográfica Edit. Argen. - Buenos Aires, 1956.- Pág. 334.

(118) E. Cuello Calón.- D. Penal.- Edic. 9a.- Edit. Nacional.- Méx, - 1961.- Pág. 404.

considera en el último párrafo del artículo 9, que hay preterintencionalidad cuando se causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia, esto es cuando el resultado supera a la intención, pero es consecuencia de la falta de previsión.

Ahora bien en cuanto al monto de la reparación del daño que por este tipo de delitos debe corresponder, ya se dijo al tratar los delitos imprudenciales que la ley penal (Art. 60) no hace referencia expresa sobre la sanción de reparación del daño que corresponde a este tipo de delitos, tan solo se limita a señalar en la Frac. VI del Art. 60, que en caso de preterintencionalidad el Juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional (119), pero como también ya lo apuntamos al hablar de los delitos de imprudencia, la reparación no debe resultar disminuída por este grado de la culpabilidad, aún cuando no se admita de manera expresa en el ordenamiento penal, por el contrario el monto de la reparación deberá estimarse en función del daño material o moral ocasionado por el delito, independientemente de la interpretación técnica jurídica que se hace en este tipo de delitos para la aplicación de las sanciones, es decir se estará al resultado típico y no a la intención inicial que se tuvo para producirlo; en todo caso hay que recordar que la reparación será fijada por los jueces de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso (Art. 31 del C. Penal), y según el daño que sea preciso reparar.

2. LA REPARACION DEL DAÑO EN LAS CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.

Las circunstancias excluyentes de responsabilidad como - las denomina el Código Penal en el capítulo IV del título I, también - han sido llamadas por la doctrina Causas que excluyen la Incriminación, por considerar este nombre más adecuado (120).

Para que la acción que se realiza constituya delito, señala R. Carrancá y Trujillo, " se requieren, entre otros elementos, la culpabilidad y la antijuridicidad y para que sea sancionada además la punibilidad, faltando alguno de ellos la acción dejará de ser incriminable. Las causas que excluyen la responsabilidad penal significan que la acción no es culpable o antijurídica o punible, y de aquí que la doctrina distinga diversos grupos de ellos; causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad y causas de justificación; a las que se añaden las excusas absolutorias, que son causas de impunidad por virtud de las cuales los sujetos determinados que incurrir en las infracciones amparados por ellas se benefician con la remisión de la pena" (121)

Recordemos que todo delito causa un daño individual o directo y un daño social o indirecto. El primero lo recibe el pasivo - en forma de lesión, sea corporal, patrimonial o moral. El segundo la sociedad; y por último el orden público, - mal del primer orden y mal del segundo orden - de que habló Bentham. El daño social atrae la sanción; el individual es resarcido con la restitución y la reparación de los daños materiales y morales causados, lo que se logra mediante la adecuada indemnización, (122). En el primer caso la responsabilidad penal que pudiera presentarse por el daño social ocasionado desaparece, cuando la acción que lesionó el bien jurídico está amparada por un excluyente de responsabilidad. En el segundo, no sucede lo mismo pues la exención de responsabilidad criminal no origina siempre la exención de responsabilidad civil.

a) EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Son causas de justificación, dice F. Castellanos Tena, - "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, re-

(120) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit. - Pág. 11
(121) R. Carrancá y Trujillo. - D. Penal Méx., T. GI. - Edic. 13a. - Editorial Porrúa, S.A. - Méx. 1980. - Pág. 451.
(122) R. Carrancá Y Trujillo. - Ob. Cit. - Pág. 460.

sulta conforme a Derecho", (123).

Según la definición de A. Kohler, citado por R. Carranca y Trujillo, las causas de justificación son las que, " excluyen la anti-juridicidad de la conducta que entra en el hecho objetivo determinado en una ley penal". Como consecuencia al concurrir una de estas causas la acción imputable resulta realizada con derecho, pues no ha sido contraria a él;..." (124).

Son causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo, (125).

Tratándose de las causas de justificación, dice Cuello - Calón, " la exención de responsabilidad penal va acompañada de la exención de responsabilidad civil y la razón fácilmente se comprende pues el que obra conforme a derecho no causa a otro ningún perjuicio ilegítimo y no se concibe en tal caso indemnización alguna" (126).

F. Castellanos Tena nos dice, que las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, y por eso son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Las otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor.

Las causas de justificación son reales, favorecen a cuántos intervienen, Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrea ninguna consecuencia, - ni civil ni penal, (127).

Al respecto R. Carranca y Trujillo participa de la misma opinión y nos dice que; " si al causarse un resultado lesivo no se obró anti-jurídicamente, sino conforme al derecho, la acción que no constituyó en sí misma delito no puede acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, ni para el actor principal ni para los copartícipes; - pero agrega este autor, civilmente solo cabe una excepción, señalada por el Art. 1911 del Código Civil: " Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercito a fin de causar el daño, sin utilidad para (124) A. Kohler, Cit. por R. Carranca y Trujillo. - D. Penal Méx., - t. II. - Edic. 6a. - Edit. Antigua Librería Robredo. - Méx. 1964 Pág. 20.

(125) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit., Pág. 11.

(126) E. Cuello Calón. - D. Penal. - Edic. 9a. - Editora Nacional. - Méx., 1961.- Pág. 653.

el titular del derecho" (128).

En síntesis para la doctrina y nuestra Ley Penal, quien obra con una causa de justificación, no incurre en responsabilidad penal ni civil por quedar excluida la antijuridicidad de una conducta típica, y por tanto no da lugar a la reparación del daño.

b) EN LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Causas de inimputabilidad, son " aquellas en que si bien el hecho es intrínsecamente malo, contrario al derecho, no se encuentra sujeto de delito en condiciones de serle atribuible el acto realizado, por no concurrir en él el desarrollo o la salud mentales, la conciencia o la espontaneidad" (L. Jiménez de Asúa) (129). Dicho de otro modo según R. Carrancá y Trujillo, son aquellas en que faltan en el sujeto las condiciones de capacidad penal necesarias para que la acción pueda serle atribuida; penalmente el sujeto no existe como sujeto de imputación moral.

Para Castellanos Tena las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad, (130). Para este mismo jurista se consideran causas de inimputabilidad: estados de inconciencia, el miedo grave o el temor fundado y la sordomudez.

Por lo que toca a la naturaleza jurídica que se le da a la inimputabilidad, ya señalamos al hablar de las causas de justificación que F. Castellanos Tena (ob. Cit. Pág. 238) considera que es de carácter subjetivo, y a diferencia de las justificantes que se refieren al hecho y no al sujeto y que por excluir la antijuridicidad no acarrear consecuencia ni penal ni civil, la inimputabilidad, como la inculpabilidad y las excusas absolutorias, por su carácter personal si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil.

La doctrina y la legislación penal de otros países, sin embargo, no ha sido uniforme con este criterio de interpretación, así E. Cuello Calón al referirse al tema nos dice: " tratándose de las causas de inimputabilidad, la cuestión no parece tan llana. En este punto las legislaciones siguen diversos criterios, unas como el Código Civil

- (127) F. Castellanos Tena.- Lineam. Elemen. de D. Penal.-2la. Edic.- Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1985.- Pág. 185.
(128) R. Carrancá y Trujillo.- D. Penal Mexicano, P. G.- Edic. 13a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1980.- Pág. 461.
(129) L. Jiménez de Asúa, Cit. Por R. Carrancá y Trujillo.- Ob. Cit. - Pág. 458.

francés (Arts. 1382 a 1386) fundan la responsabilidad civil sobre el dolo o la culpa y sin la concurrencia de uno de estos elementos declaran que no hay responsabilidad. Otras legislaciones, como el Código Civil alemán (Art. 829), Código Civil austriaco (Art. 1310), Ley Suiza de Obligaciones (Art. 58); fundamentan la responsabilidad civil sobre la relación de causalidad material y por tanto fuera del dolo o de culpa, es decir en el criterio que hoy se denomina de responsabilidad sin culpa. De manera, que mientras conforme a la legislación francesa no es posible exigir responsabilidad civil al inimputable criminalmente (locos, menores, etc.) puesto que obró sin dolo ni culpa, conforme a los mencionados códigos alemán, austriaco y suizo, los inimputables deberán reparar los daños que causaron" (131).

De acuerdo con el criterio sustentado por estos últimos R. Carrancá y Trujillo dice: "no obstante la inimputabilidad del sujeto, ello no ha impedido que se cause un daño lesivo de un bien jurídicamente protegido, aún cuando el hecho no tenga relevancia penal para la persona, es lógico que si la tenga civil, obligando a la consecución de indemnización por daños y perjuicios, cuando no sea posible restablecer la situación anterior al daño (Art. 1915). La comisión de regla análoga en nuestros ordenamientos penales no obsta para que las consecuencias civiles de los daños penalmente inimputables puedan ser también exigidas, de acuerdo con el Art. 1910 del código Civil: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima"; y con el Art. 1911: "El incapaz que cause daño debe repararlo". La naturaleza civil de esta obligación es obvia y por ello se rige por los preceptos del respectivo ordenamiento, a pesar de la omisión de la ley penal al respecto, (132).

Observamos que la inimputabilidad del sujeto, hace desaparecer la responsabilidad de éste, pero no su obligación a la reparación de los daños ocasionados por su acción antijurídica. La responsabilidad reparatoria subsiste, dicen los penalistas comentados y así lo previenen nuestra ley penal en sus Arts. 15 Frac. II: "Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del

- (130) F. Castellanos Tena.- Lineam. Elemen. de D. Penal.- Edic. 3a. Edit. Jurídica Mexicana.- Méx. 1965.- Pág. 286.
- (131) E. Cuello Calón.- D. Penal.- Edic. 9a.- Edit. Nacional.- Méx. 1967.- Pág. 353.
- (132) R. Carrancá y Trujillo.- D. Penal Méx.- P. G. - Edic. 13a.- Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1960. - Pág. 460, 461.

hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente; y 32: " Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

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 discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

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 se-
gundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI. El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados? (133); porque su naturaleza es de carácter civil y debe cumplirse con la obligación al cometerse el delito. Lo cual, si bien justifica su intención por resarcir a la víctima del delito, no deja de ser incomprensible la estimación que de la reparación hacen, para considerarla unas veces como pena pública, y otras para regresarla al campo del Derecho Civil dejándola fuera de las reglas penales.

c) EN LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD.

Se ha definido la inculpabilidad como la ausencia de culpabilidad, aunque para algunos penalistas como Jiménez de Asúa (Cit.- por F. Castellanos Tena Ob. Cit. Pág. 321.), esta definición resulta tautológica, y con una concepción normativista de la culpabilidad dice (133) Cód. Penal para el D.F. - Edic. 39.- Edit. Porrúa, S.A.- Méx. - 1984.- Pág. 17.

que, " la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche". F. Castellanos Tena, al referirse al tema señala que, " lo-cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad" (134); toda causa que elimine a alguno de estos elementos o ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Se consideran causas de inculpabilidad el error, que afecta al elemento intelectual y la coacción sobre la voluntad, que afecta al elemento volitivo.

A diferencia de la ignorancia, que es carencia de conocimiento señala R. Carrancá y Trujillo (D. Penal, Ob. Cit. Pág. 245, t.I), el error es el falso o equivocado conocimiento de algo.

Para su estudio la doctrina divide al error en error de hecho y de derecho, el de hecho se clasifica en esencial y accidental. Solo puede ser causa de una eximente, el error esencial de hecho, pero como dice Porte Petit (Cit. por Castellanos Tena, Ob. Cit. Pág. 324), debe ser invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa.

Por lo que a la reparación del daño concierne en esta eximente del delito, la inculpabilidad a que da lugar el error esencial de hecho, prevalece el mismo criterio que señalamos al hablar de la inimputabilidad, esto es que si bien la inculpabilidad del sujeto hace desaparecer la responsabilidad penal, la responsabilidad civil subsiste y el sujeto activo deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados por su acción antijurídica en los términos del Art. 1910 del Cód. Civil para el D.F. y a lo previsto en el Art. 34 último párrafo del Cód. Penal vigente: " Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobre seimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente".

d) EXCUSAS ABSOLUTORIAS O CAUSAS DE IMPUNIDAD.

La función de las excusas absolutorias es excluir la aplicación de la pena; constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Para F. Castellanos Tena " son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena" (135). Para los autores alemanes las causas de impuni-

(134) F. Castellanos Tena.- Elemen. de D. Penal.- Edic. 2da.- Edic. Porfiriana S.A. de Edic.- Méx., 1985.- Págs. 277, 280, 281.

(135) F. Castellanos Tena.- Ob. cit.- Pág. 278.

dad son causas personales que excluyen la pena, y según la definición de Mayer (Cit. por R. Carrancá y Trujillo), " son causas que dejan subsistir el carácter delictivo del acto; y no hacen mas que " excluir la pena? Su fundamento se encuentra en la utilitates causa o utilidad social de remitir la pena, en vista de las consecuencias indeseables que acarrearía su aplicación, lo que hace aconsejable la impunidad de la acción que por otros conceptos sería inculpinable (136).

Son algunas especies de excusas absolutorias consignadas en el Código Penal para el D.F.: (137)

Art. 375 " Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia". Lo que F. Castellanos Tena llama excusa en razón de la mínima temibilidad.

Art. 333 " No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación". Excusa en razón de la maternidad consciente dice F. Castellanos Tena.

Art. 15 Frac. IX " Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de:

a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, y

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad". La cual para el jurista antes mencionado, representa una verdadera excusa absoluta fundada en la no exigibilidad de otra conducta.

En cuanto a la reparación del daño que deba darse en estas eximentes de punibilidad, dice R. Carrancá y Trujillo al referirse al tema, " resulta igualmente aplicable el criterio que se tuvo para la inimputabilidad e inculpabilidad, es decir ello no obsta para que

(136) R. Carrancá y Trujillo.- D. Penal Mexicano.- Edic. 13a.- P.C. - Edit. Porrúa, S.A.- Méx. 1980.- Pág. 458.
(137) Cód. Penal para el D.F.- Edic. 39a.- Edit. Porrúa, S.A.- Méx. - 1984.- Págs. 48, 113, 12.

las consecuencias de los daños civiles endemnicantes se mantenga por idénticas razones, no obstante estar ausente la consecuencia penal" - (138).

Sin embargo creemos que no en todas las causas de excusas absolutorias puede exigirse la obligación civil, si bien se ha causado un daño lesivo de un bien jurídicamente protegido y que por razones de utilitates causa se remite la pena, por la misma causa no puede exigirse una reparación del daño o indemnización por daños y perjuicios, como es el caso de la maternidad consciente o aborto por imprudencia, donde la madre sufre ella misma las consecuencias de la pérdida del hijo, y si el Estado le exime penalmente por considerar absurdo reprimirla por la misma razón no debe quedar obligada al pago de una reparación civil.

Tan poco debe proceder la reparación del daño tratándose del encubrimiento de parientes y personas afines, pues se considera que el móvil que guió a delinquir al sujeto es repetable y noble ya que lo hace impulsado por valores de amistad y de lealtad, y la sociedad que sería la perjudicada por la comisión de este delito, que el Edo. por las razones señaladas en el caso anterior ha dejado impune, no puede sancionarlo con una reparación civil.

3. FORMAS DE EXTINGUIRSE LA REPARACION DEL DAÑO.

Son formas previstas por la ley para extinguir la responsabilidad penal: el cumplimiento, la muerte del delincuente (Art. 91 del C.P.), la amnistía (Art. 92), el indulto (Art. 94 del C.P.), el perdón del ofendido (Art. 93 del C.P.), la rehabilitación (Art. 99 del C.P.) y la prescripción (Art. 100 del C.P.) (139). Pero la responsabilidad que deriva de la reparación del daño, y que tiene como causa el mismo delito que dió origen a la responsabilidad penal, no desaparece, la ley penal la deja subsistir aunque la acción penal o la pena hayan desaparecido, mediante alguna de las formas citadas, no obstante su carácter de pena pública.

Relativamente y en forma muy excepcional la ley penal permite, en determinadas circunstancias, que la reparación del daño se extinga del mismo modo que la responsabilidad penal, a la que aluden los Arts. 91 a 100 del Código Penal y a los que brevemente nos referiremos.

CUMPLIMIENTO DE LA PENA. De hecho la primera causa de la extinción de la pena es su cumplimiento; pero en cuanto a la obligación civil la ley penal previene en el Art. 38 que " Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad penal pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte" (140).

MUERTE DEL DELINCUENTE. Modernamente, dice R. Carrancó y trujillo, " unas legislaciones establecen que por causa de muerte, la extinción abarca a todas las penas impuestas; y otras, por el contrario, mantienen vivas las penas pecuniarias". En nuestro derecho, sólo subsisten algunas de éstas, como lo es la reparación del daño, previsto en el Art. 91 del Cód. Penal vigente, (141), " La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito ...".

AMNISTIA. Mediante esta forma se extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresare, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen (139) Cód. Penal para el D.F. - Edic. 39.- Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1984.- Pags. 36, 37, 38.
(140) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit. Pág. 19.
(141) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit. Pág. 36.

guen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito (Art. 92 del Cód. Penal para el D.F.) (142).

A diferencia del indulto, la amnistía (a, sin; mnemeo,- recordar) borra toda huella del delito, mientras que aquel sólo la penna. Es decir si la amnistía afecta la acción punitiva, como si esta no se hubiere cometido, lógicamente deben desaparecer también todos sus efectos sin posibilidad de que susistan. Según Dorado Montero (Cit. por R. Carrancá y T. Ob. Cit. t.II, Pág. 265), la consecuencia de la extinción de la acción en estos casos debe ser, la devolución de las multas, costas y demás gastos procesales que hubiere sufrido el amnistiado así como abonarle los sueldos, emolumentos y demás que hubiere dejado de percibir.

En nuestro derecho, como se ha visto, sólo se mantiene viva la reparación del daño cuando la ley que concede la amnistía lo prevenga así, pues de lo contrario se considerará extinguida. Sin embargo creemos que aunque la ley no lo exprese o haya una renuncia manifiesta a la reparación civil por el ofendido, la obligación reparatoria debe subsistir. Es decir los favorecidos por la amnistía, como lo expresara Garófalo (Cit. por R. Carrancá Y T. Ob. Cit. t.II) (143), " deben, en todo caso reparar el daño causado por los delitos cometidos".

INDULTO. Sólo procede, señala la ley penal (Art. 94), -- cuando se ha dictado una sanción impuesta en sentencia irrevocable. -- Es decir, el indulto extingue el cumplimiento de la pena impuesta por la sentencia, pero no sus efectos, siendo uno de ellos la obligación de reparar el daño (Art. 98); excepto cuando aparezca que el condenado es inocente (Art. 96) (144), aún cuando la ley penal no lo señale expresamente.

PERDON Y CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. En lo que a este modo extintivo de la responsabilidad penal se refiere, es causa de extinción del derecho de acción, pero no del de ejecución, excepto el delito de adulterio (Art. 276). El Art. 93 del Cód. Penal previene: -- " El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia- (142) Cód. Penal para el D.F. - Ob. Cit. - Pág. 36. (143) D. Penal Méx. - R. Carrancá y Trujillo.- P. G.- Edic. 13a. - Edit. Porrúa, S.A. - Méx. - 1980.- Pág. 831. (144) Cód. Penal para el D.F.- Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A.- Méx. 1984.- Págs. 37, 38.

en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento" (145).-

Son delitos que se persiguen por querrela: "El daño en propiedad ajena, cuando no pasa de 100 veces el salario mínimo ó, con motivo del tránsito de vehiculos cualquiera que sea el valor del daño (Art. 62); El Estupro (Art. 263); El Adulterio (Art. 274); De las injurias, difamación o calumnia (Art. 360), (146)

Aún cuando el Art. 93 de la Ley Penal no alude expresamente a la reparación del daño, es claro que se refiere a ella como requisito condicionante para otorgar el perdón en su último párrafo, cuando dice textualmente: " El perdón sólo beneficia al inculpado cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor" (147).

Sin embargo pensamos que no sólo en este caso de copartícipes debe operar la reparación del daño como requisito indispensable para otorgar el perdón, sino también debe exigirse previamente al otorgamiento de éste, aún cuando se trate solamente del mismo inculpado, pues como lo señalamos al hablar de la amnistía, lo menos a que puede quedar obligado el delincuente a cuyo favor se otorga el perdón es pagar la reparación o indemnización civil, según sea el caso, por el daño causado intencional, de imprudencia o preterintencionalmente.

REHABILITACION. La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviere suspenso, (Art. 99 del Cód. Penal); y atendiendo a lo que establece el Cód. de Procedimientos Penales, la rehabilitación sólo procede cuando se ha extinguido la sanción privativa de la libertad del reo, o bien se le ha conmutado la pena o concedido el indulto, (Arts. 603, 604, 605) (148).

Si recordamos que tanto el cumplimiento de la condena como el indulto no extinguen la reparación del daño, tampoco la rehabilitación la extinguirá; más aún creo que la reparación del daño deberá ser necesariamente satisfecha previamente por el reo que pretenda solicitar la rehabilitación de sus derechos civiles o públicos, para que aquella pueda proceder.

(145) Cód. Penal para el D.F. - Edic. 39a.- Edit. Porrúa, S.A. - Méx. 1984. - Pág. 37.

(146) Cód. Penal para el D.F. Ob. Cit. - Pags. 26, 99, 101, 119.

(147) Cód. Penal para el D.F.- Ob. Cit.- Pág. 37.

PRESCRIPCIÓN. Al efecto el Art. 103 del Cód. Penal señala: " Los términos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquél en que el condenado se sustraiga a la acción de la autoridad, si las sanciones corporales, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria", (149). Cuando proceda la prescripción, dice F. Arilla Bas (154), debe solicitarse del tribunal que dictó la sentencia, teniendo muy en cuenta que el término a que alude el Art. 103 debe contarse desde el siguiente día a aquél en que el condenado se fugó del establecimiento penitenciario, si se hallaba recluso en él, o se dictó la orden de reaprehensión para cumplir la condena si se encontraba en libertad provisional", (150).

De acuerdo con el artículo 113 del Código Penal, la sanción pecuniaria prescribirá en un año. En virtud de que dicha sanción origina un derecho de crédito (a favor del Fisco, si se trata de multa y del ofendido si se trata de reparación del daño), dice F. Arilla Bas (151), "el cómputo del término extintivo solamente podrá contarse a partir del día en que los beneficiarios, Fisco o particular, tengan conocimiento del propio derecho, es decir, a partir de la notificación respectiva. Como, por otra parte, en el caso de que el ofendido renuncie a la reparación del daño, ésta se aplica al Estado, según ordena el artículo 35 del Código Penal, resulta que para que opere la prescripción de la mencionada sanción pecuniaria, en caso de renuncia del beneficiario, tendrá que transcurrir otro término de un año, contado a partir de la notificación al Estado de dicha renuncia, (152).

La resolución que declare o no prescrita la pena, es obviamente, acto jurisdiccional y no administrativo".

De todas estas formas señaladas por la Ley Penal para extinguir la responsabilidad penal, ninguna de ellas, excepto esta última, extinguen la obligación a la reparación del daño, esta subsiste aunque la responsabilidad penal haya desaparecido mediante alguna de las formas ya citadas, no obstante su carácter de pena pública. Sólo a través de la prescripción, dentro de las formas señaladas por la Ley es posible que se extinga la obligación a la reparación del daño.

(148) Cód. de Proced. Penales para el D.F. - Edic. 32a. - Edit. Po - rruá, S.A. - Méx., 1984.- Págs. 123, 124.

(149) Cód. Penal para el D.F.- Ob. Cit.- Pág. 39.

(150) F. Arilla Bas.- EL Proced. Penal en México.- Edic. 5a.- Edit. - Editores Mexicanos Unidos, S.A.- Méx., 1974.- Pág. 205.

(151) F. Arilla Bas.- Ob. Cit.- Pág. 205.

(152) Cód. Penal para el D.F.- Ob. Cit.- Pág. 19.

CONCLUSIONES.

1.- En las primeras civilizaciones se podía reemplazar la pena por una suma de dinero sin que ésta fuera una reparación del daño más bien una compensación.

2.- En el Derecho Romano la acción penal tenía a veces una función resarcitoria, y en otras tenía una función mixta en parte penal y en parte resarcitoria.

3.- Los primeros gérmenes de separación de la acción penal y acción civil se encuentran en el Derecho Canónico.

4.- En el Derecho moderno se consideró que el delito podía dar lugar al nacimiento de dos acciones, una de tipo penal y otra de tipo civil. Esta dicción dió lugar al surgimiento de dos corrientes la llamada Escuela Clásica y el Positivismo.

5.- La antijuridicidad en la especie penal produce dos órdenes de daño; un daño colectivo constituido por la perturbación y alarma que el delito produce, y un daño individual originado a la víctima del delito.

6.- Son dos los intereses vulnerados por la comisión del delito: el interés público que demanda medidas de defensa social y el interés privado que pugna por la reparación del daño que se le causó, sea físico o moral.

7.- Se distinguen dos tipos de daños originados por el delito: un daño causado a la colectividad y un daño causado a la persona física o moral, a las que corresponde una acción, la que tiende a castigar al delincuente, que es la acción penal, y la que tiende a obtener la reparación del daño que es la acción resarcitoria.

8.- El criterio para determinar el ejercicio de la acción resarcitoria no es unánime en la doctrina jurídica.

Para la doctrina clásica la finalidad que persigue la acción penal y la resarcitoria es diferente, el castigo del culpable una, el resarcimiento del daño la otra. La primera pertenece al campo del derecho público y su ejercicio está en manos del representante social, y la segunda debe hacerse valer dentro del Derecho Privado en forma independiente por la víctima del delito.

9.- Para la corriente positivista, si bien admite que el hecho antijurídico puede dar lugar a dos pretensiones jurídicas una penal y otra resarcitoria, no admite, sin embargo, la naturaleza privada, de esta última, más bien considera que la reparación del da-

No tiene el carácter de pena pública y que por tanto la acción que se intenta hacer valer debe ser ejercitada por el Ministerio Público.

10.- Según la doctrina Privatista, la reparación es y será siempre un derecho subjetivo del ofendido, una pretensión jurídica de acuerdo a nuestro derecho positivo que se acoge a la teoría moderna de derecho procesal. La acción resarcitoria debe desenvolverse en la esfera de la libertad concedida al individuo, mientras que la acción penal, lleva el sello invariable de la obligatoriedad, conque es impuesta a los órganos del Estado.

11.- Siguiendo los lineamientos de la escuela Clásica y en particular los marcados por el Código Español, el Código Penal de 1871, separó la responsabilidad penal de la civil, dejando al interés del ofendido la acción reparatoria, la cual era como cualquier otra acción civil, transigible y compensable. La responsabilidad civil podía demandarse ante el juez penal en forma de incidente o ante el juez civil con total independencia.

12.- El Código Penal de 1929 estuvo orientado por los principios de defensa social; según esta doctrina no existía distinción cualitativa entre la acción civil y la penal, y entre lesiones civiles y penales de derecho, y por lo tanto no podía sostenerse una distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, ya que la responsabilidad para esta doctrina era única.

Admitía sin embargo una diferencia cuantitativa entre los delitos penales y los civiles, valorada por el grado de temibilidad, por el estado peligroso del sujeto; cuando intervenía el dolo aumentaba la desconfianza social y su temibilidad hacía que interviniera la defensa social. Pero incongruentemente dió acción al ofendido y a sus herederos.

13.- El Código Penal vigente de 1931 orientado por la doctrina positivista, estableció que la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la reparación deba exigirse a tercero, entonces tendrá el carácter de responsabilidad civil. Sistema que ha sido muy criticado por la doctrina jurídica, por que el mismo contradice el carácter de la pena, es decir unas veces es pública, cuando se aplica al delincuente, y otras veces es privada, cuando se exige a terceros.

También se ha criticado el carácter trascendental de esta pena, prohibida por la Constitución, pues no debe pasar de la persona o bienes del delincuente, (Art. 22 Const.).

14.- La restitución en sentido estricto, siempre ten-

drá por objeto el restablecimiento de una cosa en su estado anterior al delito, y solo cuando no fuese posible la devolución de la cosa al ofendido, por haberse destruído o perdido, entonces el resarcimiento se traduce en el pago del precio de la misma, por concepto de daños y perjuicios.

15.- Cuando el daño proviene de delito será causa de indemnización y por lo tanto el responsable está obligado al pago de los daños y perjuicios causados a la víctima o a su familia (parte ofendida).

16.- El Código Penal vigente considera que la reparación comprende también la indemnización por los daños morales causados a la víctima o a su familia. Sin embargo su repercusión económica no es posible medirla y su monto e importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. Serán los jueces a quienes corresponda señalar la cuantía de la indemnización tomando en cuenta lo que señala el artículo 31 del Código Penal vigente.

17.- Se observa que la sanción de la agravación de la pena, de la reparación del daño, por los delitos que cometan los servidores públicos, va más allá del fin primordial de la reparación que es la restitución o indemnización de la cosa o bien dañado por el delito en sentido estrictu sensu, es más bien una multa aunada a la reparación e impuesta por el Edo. para este tipo de delitos.

18.- El carácter de la reparación como obligación preferente que le da la ley, obedece a que ésta trata de proteger el interés o intereses del ofendido por el delito; aún cuando la obligación reparatoria se vea limitada o condicionada al cumplimiento de otras que el Edo. considera prioritarias, como lo son el pago de alimentos y salarios.

19.- La acción reparatoria, según la Ley Penal vigente, es de carácter público, por lo tanto corresponde ejercitarla al Ministerio Público, pudiendo coadyuvar con éste el ofendido, sus derechos habientes o sus representantes en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

La titularidad de la acción reparatoria a favor del Ministerio Público, ha sido criticada por considerar que el representante social no rinde siempre las pruebas sobre el monto y existencia del daño dando lugar a que se absuelva al delincuente a la reparación por falta de pruebas. Impidiendo al ofendido, por el carácter de cosa juzgada, erga omnes, de la resolución; ejercitar la acción reparatoria en la jurisdicción civil.

Es evidente la incongruencia que plantea la Ley Pe -

nal al no permitir la intervención plena del ofendido al procedimiento y la facultad que le concede para allegar pruebas en el proceso y el de apelar las resoluciones que afecten sus intereses (Arts. 5 y 10 de la Ley de Amparo); así como con la Constitución que protege los derechos patrimoniales.

Se hace necesario que en el enjuiciamiento del orden criminal se instituya una acción reparadora principal en manos de quien tenga derecho al resarcimiento, y sólo ante la deficiencia de éste, o a petición del mismo, se establezca una acción subsidiaria en poder del Ministerio Público.

20.- Que el importe de la reparación se haga a favor del Estado cuando el ofendido no tenga interés en ella, sólo se explica por el carácter de pena pública que tiene la reparación y que como tal no puede dejar de aplicarse. Pero si el obligado al resarcimiento es un tercero, la reparación entonces no tiene el carácter de pena pública, estará sujeta al Derecho Civil, en este caso el tercero obligado debe quedar liberado de la obligación reparatoria, no sólo con el ofendido por la renuncia que éste hace de ella, sino también con el Edo. por no tener el carácter de sanción pública que deba aplicarse.

También resulta evidente que cuando el ofendido renuncia a la reparación y el importe de ésta se aplica al Estado, entonces aquella, toma el carácter de una multa, produciéndose en consecuencia la aplicación de una doble sanción al delincuente.

Existe una contradicción en lo dispuesto en el último párrafo del artículo 35 de la Ley Penal que en cierto modo garantiza la obligación de resarcimiento, con el artículo 590 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. cuando dispone que el Juez o Tribunal enviará el certificado de depósito o el testimonio de la hipoteca a la autoridad administrativa local, para su cobro.

21.- La responsabilidad solidaria de reparar el daño alcanza a todos los que intervinieron en el delito en las formas previstas en el artículo 13 del código Penal, y reafirma el carácter civil de la pena de reparación, la cual no hubiera sido posible con la fijación de pena pública.

22.- Corresponde al Edo. ejercitar la facultad económica coactiva cuando el sentenciado se negare a pagar la multa o la reparación del daño.

23.- La forma en que la Ley Penal (Art. 82), previene la distribución del producto del trabajo de los reos, resulta para la reparación del daño imprecisa e insuficiente para el pago de la misma.

24.- 24.- La libertad preparatoria y la libertad condicional garantizan la obligación resarcitoria, pues obligan al delincuente, - que desea acogerse a este beneficio a cumplir previamente con los requisitos que se señalan.

25.- Es sujeto activo del delito el responsable o responsables de la comisión u omisión de una conducta o hecho delictuosa en los términos del artículo 13 de la Ley Penal; y estará o estarán obligados a la reparación del daño en la forma prevista por los artículos 31 y 36 del mencionado ordenamiento.

26.- La reparación del daño exigible a terceros concierne su carácter eminentemente privado, por lo tanto corresponde a la víctima del delito ejercitar la acción de resarcimiento en contra del tercero obligado (Art. 532 C.P.P.) - Y si el ofendido renunciare a su acción, ésta renuncia en todo caso debe favorecer al tercero exonerándolo de toda obligación, y no como lo previene el párrafo tercero del Art. 35 de la Ley Penal que ordena, deba hacerse a favor del Estado.- De lo contrario la reparación se transforma en una multa, pena pecuniaria, que se aplica indebidamente a quien no ha delinquido; trascendiendo la pena, prohibida por el artículo 22 de la Constitución.

27.- La coadyuvancia y la apelación, en la reparación del daño, se presentan como dos recursos que tiene el ofendido para lograr de los tribunales que se obligue al delincuente a restituirle de la cosa obtenida por el delito, o el pago del precio de la misma; o bien la indemnización por el daño material y moral y de los perjuicios a que tenga derecho.

Si bien éstos recursos que tiene el ofendido para procurar el pago de la reparación del daño le favorecen, resultan contrarios a la misma Ley Procesal (artículos 2o. y 3o.), y a nuestra Ley Máxima (Art. 21 Const.), porque lo convierten en parte procesal.

28.- En los delitos intencionales deberá considerarse en la aplicación de las sanciones penales, además de la naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño causado. Y para la fijación del monto de la reparación los jueces deben considerar, el daño que sea preciso reparar, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso.

29.- Al suprimirse del artículo 31 del código Penal, - el requisito de la capacidad económica del ofendido, para fijar el monto de la reparación desaparece también la posibilidad de un enriquecimiento ilícito a favor de aquel, que era provocado por una reg

titución incompleta o un pago que no fuera suficiente para cubrir el valor del bien destruido por el delito. No siguiéndose el mismo criterio tratándose del daño moral, en que la capacidad económica del delincente es tomada en cuenta por el juez, el daño moral no es posible valorizarlo y queda sujeto su monto al prudente arbitrio del juez.

30.- Si bien la reparación del daño debe ser exigida en la comisión de un delito, no todos éstos producen un enriquecimiento ilícito a favor del delincuente y en detrimento de la víctima del delito, tal es el caso del delito de injurias, amenazas, lisonjes, etc.

31.- Aun cuando el artículo 60 del código Penal en su párrafo no alude textualmente a la sanción reparatoria en los delitos por imprudencia, implícitamente está comprendida dentro de esta disposición, pues el delito ocasiona dos tipos de daños: el que se ocasiona a la sociedad, y el daño que se ocasiona al particular (material o moral), y por lo tanto la penalidad que se aplique no sólo será la que tienda a reprimir el delito, sino también la de reparar el daño causado.

32.- Si bien la penalidad es menor en los delitos por imprudencia a la que corresponde a los delitos intencionales, no sucede lo mismo tratándose de la reparación, la que no debe resultar disminuida por este grado de la culpabilidad, aún cuando ya no se advierte de manera expresa en el artículo 61 del ordenamiento penal por la reforma sufrida, y que permitiera prevenir que el delincuente no resultara beneficiado en modo alguno, de su obligación reparatoria.

33.- Es necesario que se cupla lo dispuesto por el artículo 31, 2o. párrafo, para garantizar administrativamente mediante seguro la reparación del daño proveniente de delitos por imprudencia; sobre todo de manera particular por lo que toca a los daños que se producen en accidentes automovilísticos que ocasionan cada vez más innumerables pérdidas de vidas y daños materiales.

34.- Aún cuando la Ley Penal, en su artículo 60, señala que en el caso de preterintencionalidad el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional; no sucede lo mismo, pensamos, tratándose de la sanción reparatoria, pues como lo dijimos al hablar de los delitos de imprudencia, la reparación no debe resultar disminuida como la responsabilidad penal por este grado del delito, aún cuando no se señale de manera expresa en el ordenamiento penal, por el contrario el monto de la reparación deberá estimarse en función del daño material o moral ocasiona

do por el delito, independientemente de la interpretación técnica jurídica que se hace en este tipo de delitos para la aplicación de las sanciones; observándose además lo que dispone el Art. 30 Frac. III de la ley penal.

35.- Quien obra con una causa de justificación, no incurre en responsabilidad penal ni civil, no da lugar a la reparación del daño excepto cuando se trata del abuso de un derecho (Art. 1912- del Cód. Civil).

36.- La inimputabilidad del sujeto hace desaparecer la responsabilidad penal de éste, pero no su obligación a la reparación de los daños ocasionados por su acción anti-jurídica, por lo tanto que dan obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29 del código Penal.

37.- La inculpabilidad, a que da lugar el error esencial de hecho, hace desaparecer la responsabilidad penal, pero no la responsabilidad civil y el sujeto activo deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados por su acción anti-jurídica, en los términos del artículo 1910 del código Civil para el D.F., y a lo previsto en el Art. 34, último Pfo., de la Ley Penal para el D.F.

38.- La reparación del daño subsiste en las llamadas ex causa absolutorias, pero en algunos casos creemos no puede exigirse la obligación civil, por las mismas razones de utilitatis causa que se remite la sanción penal, como es el caso de la maternidad consciente o aborto por imprudencia, y del encubrimiento de parientes y de personas afines.

39.- La reparación del daño sólo es posible que se extinga a través de la prescripción, dentro de las normas señaladas por la ley, y en algunos casos se extinguirá también a través de la amnistía y la renuncia que de ella haga el interesado. Fuera de estos casos la obligación reparatoria subsiste, aunque la responsabilidad penal haya desaparecido mediante alguna de las formas previstas por la ley, no obstante su carácter de pena pública.

40.- Finalmente concluimos diciendo que la medida en que la reparación del daño cumpla con su objetivo, de que el ofendido por el delito se vea restituido del daño que se le ocasionó, dependerá en gran parte no de la naturaleza de la institución y doctrinas ex puestas en esta tesis, sino principalmente del interés, la responsabilidad profesional y actitud honesta de las instituciones que tienen en sus manos la acción persecutoria y la administración de justicia, ha

ciendo realidad la máxima de Ulpiano, " *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*

BIBLIOGRAFIA

1. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. Derecho Procesal Penal, t. II. Edit. Guillermo Kraft LTDA. - Argentina, 1945.
2. ALMARAZ. Exposición de Motivos del Código Penal de 1929. México, 1931.
3. ANTOISEI, F. Manual de Derecho Penal, traducción directa del italiano, por Juan del Rosal y Angel Torio. Edit. UTHEA. Argentina 1960.
4. ARILLA BAS, FERNANDO. El Procedimiento Penal en México. Edic. 5a. Edit. Mexicanos Unidos, S.A. - México, 1974.
5. BERNALDO DE QUIROZ, C. Derecho Penal, Parte General. Edit. José-M. Cajica Jr. - México, 1949.
6. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Edic. 13a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1980.
7. CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. Edic. 21a. - Edit. Porrúa, S.A. - México - 1985.
8. CODIGO CIVIL para el D.F. - Edic. 49a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1981.
9. CODIGO CIVIL para el D.F. y Territorios Federales. - Edic. 9a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1967.
10. CODIGO PENAL ANOTADO. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Edic. 11a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1985.
11. CODIGO PENAL de 1871.
12. CODIGO PENAL para el D.F. - Edic. 39a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1984.
13. CODIGO PENAL para el D.F. y Territorios Federales. Edic. 20a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1971.
14. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES para el D.F. - Edic. 32a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1984.
15. CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal, t. I. - Edic. 9a. - Editora Nacional. México, 1961.
16. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edic. 1a. Edit. Trillas. México, 1983.
17. FLORIAN, EUGENIO. Elementos de Derecho Procesal Penal, traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro. Bosch. Edit. Barcelona.
18. GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Derecho Procesal Penal. Edic. 3a. - Edit. Porrúa, S.A. - México, 1980.
19. JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1955-1966. 1a. Sala Penal. Edit. Mayo. México 1964.
20. JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION 1966-1970. Actualización II Penal. Edit. Mayo México, 1968.

21. LEON, R. AUGUSTO DE. La Acción Civil Derivada del Delito. Edit. - Tipográfica Nacional. Guatemala, 1964.
22. IOZANO, J.M. - Derecho Penal Comparado, o al Código Penal del D.F. y Territorios de la Baja California. Edit. Imprenta del Comercio de Nabor Chávez, México, 1874.
23. MUROS, LUIS. Comentarios del Código Penal para el D.F. y Territorios Federales, Vol. V. - Edit. Lex. - México, 1951.
24. OLEA Y LEYVA, TEOFILO. El Resarcimiento del Daño a las Víctimas del Delito. Edit. Jus. México
25. PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano, traducción - de la novena edición francesa por José Ferrandez González. Edit. Nacional. México, 1963.
26. SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino, t. II. Tercera reim- presión. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1956.
27. VELEZ MARICONDI, A. La Acción Resarcitoria.
28. VILLALOBOS, IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Edic. 2a. - Edit. - Porrúa, S.A. - México, 1960.