



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Acatlán"

División de Ciencias Jurídicas

**LA REPARACION DEL DAÑO COMO
PENA PUBLICA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

Margarita Juanita Picazo Sánchez

ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1982



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA

I N T R O D U C C I O N

El Derecho sustantivo y adjetivo penal, se ocupan del estudio del delito y de los medios jurídicos adecuados para imponer al sujeto que delinque las medidas de defensa social que la propia legislación punitiva establece. El estudio frío y científico del delito a nada conduciría si se quedara solo en meras elucubraciones tebrizantes sin utilidad social; del estudio de esos medios se ocupa el procedimiento penal que como derecho instrumental, diseña los caminos para la concreción del derecho penal sustantivo al caso concreto.

El análisis de los sujetos que intervienen en el drama del delito se impone como una necesidad, tanto, por que el conocimiento de ellos determina su participación y función en el proceso, como por que uno de los fines de este lo constituye sin lugar a dudas el conocimiento de la personalidad del delincuente, ello, con el objeto de estar en posibilidad de que el juzgador establezca el quantum de la pena o la medida de seguridad procedente dentro del contexto de una legislación punitiva humanizada.

Las corrientes criminológicas hicieron eco en la legislación adjetiva y sustantiva de 1931, al rodear al procesado de mecanismos de protección, abriéndole el camino a una total readaptación social (beneficios procesales y penitenciarios); pero esto que es en cierto aspecto laudable, en otro, tales medidas conducen a la exageración, al considerar al sujeto que delinque como enfermo social, olvidando que por una parte, estas medidas no pueden aplicarse indiscriminadamente so pena de caer en un exagerado positivismo para negar el libre albedrío y por otra, la posición criminológica desdeña con singular despropósito el estudio del delincuente intelectual o político, frente al cual no ha sabido dar una respuesta satisfactoria.

. . .

Sin embargo, la preocupación de la doctrina y la legislación por el -- activo del delito, no ha tenido como objeto al ofendido o a la víctima respec-- to de la cual a puesto de manifiesto su olvido y omitido su tratamiento, aún cuando las corrientes victimológicas han hecho en este renglón un avance considerable para puntualizar su situación frente al delito y personas como -- Mendelshon hayan querido elevarla a la categoría de disciplina autónoma y ver a la víctima como la criminología al delincuente, desde una perspectiva multi-- disciplinaria.

Sabemos que nuestra legislación positiva en este punto no ha sido dise-- ñada con la atingencia deseada, por lo que desde una perspectiva de protec-- ción a la víctima del delito propongo en este trabajo una reforma legislativa adecuada respecto del resarcimiento del daño causado por el delito que preten-- dió el legislador al darle el carácter de pena pública.

En el primer capítulo me ocupo de la estructura general del procedimiento pe-- nal para que dentro de una correcta sistemática encuentre su participación en el mismo el ofendido por el delito dentro de la dinámica procesal para reclamar-- el resarcimiento.

En el capítulo segundo pretendo establecer la distinción entre la culpa penal y la culpa civil que es según Manzini una zona gris del derecho, respecto de-- la cual la doctrina ha puesto de manifiesto su total discrepancia, distinción que por otra parte se impone necesaria ante el problema de la cosa juzgada y -- la posibilidad de una doble vía de reclamación judicial.

En el capítulo tercero analizo el problema de la prejudicialidad en el proce-- dimiento penal para establecer la prioridad de jurisdicciones cuando el resar-- cimiento del daño puede surgir de un hecho que es posible contemplarlo con do-- ble perspectiva (penal y civil), respecto de la cual adopto la Tesis de la -- Prejudicialidad Penal Absoluta.

Finalmente, en el capítulo cuarto analizo la justificación de la reparación del daño como pena pública y pongo de manifiesto la evidente manquedad que en este ámbito tiene la legislación adjetiva y sustantiva, pero propongo las reformas legislativas correspondientes y un sistema que le dé al ofendido la posición procedimental que le pertenece que se ha hecho nugatorio ante el monopolio absoluto del Ministerio Público en el ejercicio de la acción procesal penal y la práctica viciosa de los tribunales que en esta materia da mucho que decir.

Sin haber pretendido agotar el tema propongo mi opinión -- en puntos concretos con el deseo vehemente de que se reforme la legislación en la forma que propongo para lograr igualdad procesal en función de un principio elemental de justicia que merece el ofendido ante una legislación incompleta pero susceptible de perfeccionarse.

Margarita Picazo S.

Otoño 1982.

C A P I T U L O P R I M E R O

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO PENAL

- 1).- Etapas que comprende
- 2).- Intervención del Ofendido por el Delito en el procedimiento penal
- 3).- La Sentencia Penal y la Reparación del Daño por el Delito.

1).- ETAPAS QUE COMPRENDE EL PROCEDIMIENTO PENAL

Como sabemos, el procedimiento penal está constituido por una serie de actos de carácter procesal concentrados entre sí en relaciones de causalidad y finalidad que llegan a un punto culminante, éste consiste en una sentencia que va a resolver una litis planteada al órgano jurisdiccional, el órgano jurisdiccional es a su vez el instrumento a través del cual el Estado va a cumplir uno de sus fines fundamentales como es la administración de justicia. En este sentido, decimos que las normas del derecho procesal penal tienen carácter instrumental en virtud de que son el medio a través del cual el Estado va a concretar la tutela penal o bienes jurídicamente protegidos,

En este orden de ideas, el procedimiento penal lo podemos observar como una serie de actos que son realizados por los sujetos que participan en el proceso; el órgano jurisdiccional, el inculcado por el delito, el Ministerio Público y el ofendido, por otra parte obser

vamos que esta serie de actos, estan estructurados en un orden de carácter técnico que se denominan etapas -- procesales.

El procedimiento penal contemplado en su estructura externa se inicia desde el momento en que la autoridad competente tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso y procede a investigarlo, hasta que el organo jurisdiccional pronuncia su sentencia en al que va a determinar si los hechos denunciados constituyen delitos y si las personas que eventualmente pueden estar involucradas en el mismo son responsables de su comisión y en su caso su grado de participación en el hecho delictuoso. En este orden de ideas, participan en la trama procesal los sujetos de éste, a cada uno de -- ellos les asiste el derecho de realizar los actos procesales para determinar su situación jurídica dentro del mismo.

Así, el inculpado por el delito tiene el de recho a que se le reciban las pruebas que ofrezca para su defensa, el Juez, está obligado a recibirlas y a darles su justo valor en la sentencia, el Ministerio Público

tiene la obligación de proseguir el ejercicio de la acción penal y solicitar que en su caso se declare extinguida la acción, cuando se den las hipótesis previstas en la Ley; el defensor está obligado a prestar asistencia técnica al inculcado y al ofendido finalmente, tiene derecho a acreditar todos los elementos que sirvan al juzgador para determinar la reparación del daño ocasionada por el delito en su persona o en sus bienes.

El drama del procedimiento penal es como podemos observar, completo y requiere de la participación de todos los sujetos relacionados con una cuestión fáctica tipificada en la Ley como delito; en esa virtud, se impone señalar, cuales son las etapas del procedimiento penal para poder determinar la participación de sus sujetos en esa relación fáctica o procedimental concretamente, en qué momento procesal el ofendido o la víctima por el delito pueden aportar al Ministerio Público y al Juez, los elementos de prueba suficientes que determinen la reparación del daño.

El Código Federal de Procedimientos Penales señala que el procedimiento se divide en cuatro etapas:

- 1a. LA AVERIGUACION preboa a la consignación a los tribunales, llamada también Fase Procesal y como sabemos, tiene por objeto que el Ministerio Público en ejercicio de su función investigadora, recabe las pruebas indispensables para acreditar el cuerpo del delito y la presunta o probable responsabilidad de las personas involucradas en el hecho;

- 2a. LA INSTRUCCION que comprende, aquéllas diligencias practicadas por los Tribunales después de que el Ministerio Público ejerció la acción penal, a fin de que dando igualdad procesal a los sujetos relacionados con el hecho delictuoso, aporten las pruebas conducentes a demostrar según el caso la culpabilidad o la inocencia o la reparación del daño;

- 3a. EL JUICIO, en esta etapa el Ministerio Público y la Defensa, fijan en forma definitiva los puntos del debate así como-

la valoración de las pruebas aportadas por los sujetos del proceso y que llevan al órgano jurisdiccional a obtener su convicción que se va a exteriorizar en la sentencia respecto y la cuestión planteada, finalmente;

- 4a. LA EJECUCION, que pertenece más al derecho penitenciario que al derecho procesal, toda vez que es el Poder Ejecutivo por conducto de la Dirección General de Prevención y readaptación social es el encargado de ejecutar las sanciones impuestas.

Sin embargo, algunos autores como Alberto González Blanco, señalan que si bien no existe acuerdo en la doctrina acerca de si es posible o no dividir el proceso en períodos, indica que ello depende del sistema procesal de que se trate, por lo que respecta al nuestro, no existe inconveniente en admitir distintos períodos dentro de su desenvolvimiento pero a condición de que esa distinción sólo se admita para el

...
efecto de su tramitación, ya que como consecuencia de tal tramitación, debe existir unidad en todos los actos procesales por el fin que persiguen ya que a la postre, esos períodos constituirán una sola unidad que no es otra que el procedimiento penal propiamente dicho (1)

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no establece expresamente ninguna distinción legal a este respecto, pero Don Manuel Rivera Silva señala que en el examen global en su texto se pueden distinguir las siguientes etapas :

El período de la diligencias de la Policía Judicial que terminan con la consignación; el período de la Instrucción que principia cuando el detenido queda a disposición de las autoridades judiciales y termina con la resolución dictada en el plazo de 72 horas; el período del juicio, que va desde el auto de formal prisión o de sujeción a proceso hasta que se dicta la sentencia y considera a su vez; que para efectos didácticos se puede hacer la división de los períodos --

(1) GONZALEZ BLANCO ALBERTO. El Procedimiento Penal Mexicano Ed. Porrúa. Méx. 1975. pág. 37.

siguientes:

- I. *Instrucción;*
- II. *Período preparatorio del juicio;*
- III. *Discusión o audiencia; y*
- IV. *Juicio o sentencia.*

No obstante ello, el propio González Blanco, menciona que a su parecer solamente cabe admitir dentro del desenvolvimiento penal tres períodos que son:

- A).- EL DE AVERIGUACIÓN PREVIA, QUE TIENE POR OBJETO PREPARAR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y COMPRENDE DESDE LA DENUN CIA O QUERELLA HASTA LA CONSIGNACIÓN EN SU CASO A LA AUTORIDAD JUDICIAL - COMPETENTE;
- B).- EL DE LA PREPARACIÓN DEL PROCESO QUE COMPRENDE, DESDE EL AUTO DE RADICACIÓN QUE RECAE A LA CONSIGNACIÓN HASTA LA DETERMINACIÓN QUE DEBE DICTARSE DENTRO DE LAS 72 HORAS A PARTIR -

DE LA CUAL, SE RESUELVE SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL DEL INCLUPADO PARA LOS EFECTOS DEL PROCESO Y QUE SON: a).- El auto de formal prisión - b).- el auto de sujeción a proceso y, c).- el auto de libertad; EL PROCESO - ESTRICTO SENSU, COMPRENDE, DESDE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECIÓN A PROCESO, HASTA LA SENTENCIA QUE RESUELVE TANTO LA RELACIÓN PROCESAL ORIGINADA POR EL DELITO COMO TAMBIÉN IMPONE LA SANCIÓN QUE DEBE APLICARSE, DEBIÉNDOSE EXCLUIR LA ETAPA DE LA SENTENCIA EN VIRTUD DE QUE LA MISMA NO COMPRENDE ACTOS DE TIPO JURISDICCIONAL PORQUE NO SON REALIZADOS POR ORGANISMOS DE ESTA CATEGORÍA, ADEMÁS, PORQUE HABIENDO SIDO DEFINIDA EN LA SENTENCIA LA ACCIÓN DERIVADA DEL DELITO, EL PROCEDIMIENTO QUE LA ORIGINÓ HA DEJADO DE TENER EXISTENCIA COMO TAL. (2)

GUILLERMO COLIN SANCHEZ, señala que la acción penal da vida al proceso y para que pueda ser ejercitada será indispensable preparar durante su ejercicio la etapa denominada averiguación previa, una vez que

(2) GONZALEZ BLANCO ALBERTO. op. cit. pág. 40.

...

realiza lo anterior, el Ministerio Público está en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional que a partir de ese momento serán los actos persecutorios que caracterizan al período de la instrucción; de esta manera el segundo período será la instrucción; el tercer período es el del juicio, en el cual la acción penal obliga a que se concreten en definitiva los actos de acusación al igual que los actos de defensa; finalmente, vendrá la --sentencia que va a concluir el proceso; a su vez, la instrucción este tratadista la divide en tres partes :

La primera, desde la resolución conocida como auto de inicio de radicación o cabeza de proceso, hasta el auto de formal prisión o auto de formal prisión con sujeción a proceso, la segunda, principia con el auto de formal prisión o con el de sujeción a proceso y concluye con el auto que declara agotada la averiguación; la tercera, principia con el citado auto y termina con el auto que declara cerrada la instrucción y el último auto dará surgimiento al juicio. (3)

(3) COLIN SANCHEZ GUILLERMO.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa. México 1979. pág. 203.

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ señala que tratándose del procedimiento ordinario bajo el régimen de enjuiciamiento mixto el esquema a base de dos etapas procedimentales se ha extendido universalmente. En Derecho Italiano el Procedimiento Ordinario se divide en período de instrucción y de juicio, integrado este último con autos preliminares de debate y de ejecución. (4)

El Derecho Español distingue entre instrucción, fase intermedia, juicio oral y ejecución de la pena, de manera que es uniforme la existencia de la fase instructoria con carácter preparatoria a la de juicio en que se decide por lo que respecta al fondo, ésta es asimismo, la situación en el Derecho Mexicano.

Es opinión generalizada que la averiguación previa es una etapa de naturaleza eminentemente administrativa, en donde se va a preparar el ejercicio de la acción penal o el no ejercicio, que se traduce en el sobreseimiento administrativo, regularmente denominado de archivo; sin embargo, suele otorgarse a la --

(4) GARCIA RAMIREZ SERGIO. Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa. México 1979. pág. 96.

averiguación previa la acepción sinónima de preparación del ejercicio de la acción penal e inclusive, se preten de dividirla de la siguiente manera :

Primera Etapa. La averiguación previa - en la práctica en el Distrito Federal es el trámite que se sigue ordinariamente - ante la Agencia Administrativa del Ministerio Público hasta la revisión del caso en la mesa de perfeccionamiento de la -- averiguación sea en el Departamento de - averiguaciones previas que corresponda, ó bien en el Sector Central de la Procura- duría del Distrito; la segunda fase de - la averiguación esté constituida por las diligencias practicadas en aquella o en esta, hasta que se elabore la presencia- de consignación o de archivo; la tercera comprende el conjunto de actos que me--- dlan entre la formulación de la ponencia y la determinación correspondiente.

...

Se dice que con la consignación se inicia el trascendental período de la instrucción, que es para algunos autores como Eugenio Florian, la parte del proceso en donde se va a determinar en definitiva la existencia del delito y la responsabilidad del presunto encausado. (5)

Ahora bien, en este orden de ideas, estimo que la etapa más importante del procedimiento penal es la instrucción en la que desafortunadamente el ofendido -- por el delito puede participar solo como coadyuvante -- del Ministerio Público; ya mencionaré en el inciso siguiente como la defectuosa estructura de nuestro procedimiento penal impide al ofendido por el delito por una errónea interpretación del artículo 21 Constitucional - participar activamente desde la averiguación previa en la aportación de pruebas que lleven a acreditar tanto - la responsabilidad como la reparación del daño.

Ahora bien, la instrucción como he señalado si guiendo a Carlos Franco Sodi, tiene por objeto recoger las pruebas necesarias para conocer la verdad histórica,

(5) FLORIAN EUGENIO. Principios de Derecho Procesal Penal. Trad. de Leonardo Prieto Castro y F. Ed. Bosch. Barcelona 1933. pág. 50.

que es el fin específico del proceso penal y en esta idea coinciden la generalidad de los autores así como también tiene por objeto el conocimiento de la personalidad del procesado. (6)

La doctrina coincide en dividir el período instructorio en etapas :

Al primer período se denomina etapa de preparación del proceso con motivo de las reformas de 1961 al Código Penal del Distrito Federal; el segundo período de la instrucción, se extiende necesariamente hasta el auto que la declara cerrada y deben ser éstas las dos partes en que suele dividirse.

Por lo que respecta al período del juicio, ha sido también por la doctrina objeto de división y se ha pretendido subdividirlo en algunas Subfases o a descomponerlo en fases mayores de la instructoria; así, es frecuente hablar del período preparatorio cuyo principal elemento está dado por las conclusiones, el período de audiencia que señala el auto -

(6) FRANCO SODI CARLOS. El Procedimiento Penal Mexicano. Ed. - Porrúa. México 1957. pág. 70.

...

de señalamiento para ésta como la vista de la causa y de la fase de juicio y sentencia comprensiva de los actos a realizar entre la elaboración de la ponencia y la sentencia misma.

A partir de las reformas de 1971, algunas consideraciones de esta naturaleza carecen de razón de ser, - ya que en el procedimiento sumario, en el propio auto de admisión de pruebas, se fija la fecha de audiencia, sin embargo, la división del procedimiento a que hago referencia en esta tesis profesional comprende únicamente las etapas del juicio ordinario que es en la que podríamos decir descansa toda la estructura del procedimiento penal, amén de la existencia de procedimientos particulares o especiales también contemplados en nuestro ordenamiento procesal penal.

Atento a lo anterior, considero que es técnicamente útil la división del Procedimiento penal en etapas o fases, a fin de poder determinar la participación de cada uno de los sujetos del proceso principalmente el ofendido y señalar las funciones del organo jurisdiccional y el fin mismo que persigue éste, consistente en el esclarecimiento de los hechos.

2. LA INTERVENCION DEL OFENDIDO POR EL DELITO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Como sabemos la comisión de un delito presupone la existencia de una conducta de acción u omisión que produce un resultado dañoso al titular de bienes jurídicamente protegidos, a este sujeto que soporta la conducta se le ha llamado pasivo u ofendido, sin embargo, se distingue entre el ofendido y la víctima, ya que por ofendido debemos entender, la persona física o moral que directamente la lesión jurídica en aquéllos bienes tutelados por el derecho penal, en tanto que por víctima es aquel sujeto o sujetos que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resultan afectados con la ejecución del hecho ilícito.

La intervención del ofendido en el procedimiento penal ha tenido cambios notables que corresponden a la evolución de las tendencias doctrinales imperantes en el desenvolvimiento histórico procesal.

En épocas primitivas, ante la inexistencia de una verdadera regulación jurídica, el ofendido se ve precisado a hacerse justicia por sí mismo, se entendía que el daño - causado solamente se puede subsanar con otro daño, sin embargo, este procedimiento en ocasiones rebasaba el estricto campo de lo equitativo, pues las nuevas ofensas inferidas, a su vez, daban lugar a nuevas acciones delictuosas.

En una etapa más avanzada, de la comisión de un delito, surgía la facultad del ofendido de acusar, así, el derecho romano, viene a establecer limitaciones, pues sólo podía ser acusador el ofendido, su familia, o sus representantes.

Tiempo después, un Órgano del Estado vino a sustituir al ofendido en esa actividad, colocándolo en la mayor parte de las legislaciones en un plan completamente secundario.

No ha faltado quien considere inadecuado que el Ministerio sea el titular de la acción penal y que el ofendido carezca de tales facultades, sin embargo, la justificación de ese sistema se basa en la consideración de que la sustitución del Ministerio Público al ofendido en la - - -

persecución del delito obedece al deseo de evitar el desbordamiento de pasiones y venganzas privadas si bien, tal afirmación es una cuestión discutible y a ella me refiero en el presente trabajo de Tesis profesional.

La intervención del ofendido en el procedimiento penal ha variado notablemente según los sistemas procesales adoptados por las diversas legislaciones, la potestad del ofendido en el ejercicio de la acción reparadora del daño, va desde aquellas Legislaciones que le otorgan la facultad en el ejercicio de dicha acción reparadora, hasta aquellas otras, que le niegan total intervención al ofendido en el procedimiento penal y en consecuencia, a la reclamación del resarcimiento.

Resulta curioso observar cómo el desplazamiento del ofendido en el procedimiento penal por la intervención del Ministerio Público ha ido avanzando a medida que esta Institución evoluciona hasta obtener el monopolio absoluto.

Algunos autores como José Guarneri, señalan que el motivo por el cual algunos países amplían el ámbito de los acusadores, estriba en la desconfianza en el Ministerio Público, en el temor de su posible parcialidad y favoritismo en el ejercicio del monopolio de la acción penal, la preocupación por las posibles influencias del poder ejecutivo, el

propósito de robustecer la intervención de los particulares en la justicia punitiva, lo cual, ha motivado la tendencia a reconocer el concurso de la parte ofendida en las formas de la acusación privada principal y en la acusación privada accesoria como ocurre en Inglaterra y Austria. (7)

Señala, que la restricción en la intervención de las partes en el procedimiento penal se traduce en una mayor amplitud de facultades asumida por el Ministerio Público en menoscabo de la capacidad procesal del ofendido, éste es característica de los estados totalitarios.

El llamado binomio Ofendido-Ministerio Público representan una contradicción de intereses, en cuanto a la facultad de accionar toda vez que al ofendido se le tacha en su intervención procesal por el peligro que pudiera existir en el mismo, como la idea de venganza o un afán de lucro inmoderado y dado que también de éste, a su vez, se puede válidamente sospechar.

De la eficacia en su representación en la acción reparadora es muy corriente y difundido el desfavor hacia estas intervenciones de los particulares, a quienes no parece-

(7) GUARNERI JOSE. Las partes en el Proceso Penal. Ed. José - Cajica Jr. Puebla. México 1952. pág. 62 y 63.

oportuno permitir que manifiesten los deseos de venganza las tentativas de especulación patrimonial, etc. que pueden inducir a deformaciones y artificiosas escenas espectaculares.

En estos casos, se tiene la impresión de que el controlador acaso es más peligroso que el controlado, de todos modos, la crítica demoledora tal vez y sin el tal vez, ha ido más allá de lo justo, lo cierto es que no está exenta de preocupaciones pues el método consiste en concentrar en el Ministerio Público el monopolio de la acción penal excluyendo toda intervención al ciudadano, de modo que no pueda haber proceso si el órgano de la acusación pública se rehusa a promoverlo. Tales preocupaciones no son infundadas si se reflexiona que el Ministerio Público según los regímenes procesales de inspiración francesa depende del poder ejecutivo, por tanto, en la práctica es innegable el peligro nada abstracto de la influencia directa de la institución en los asuntos de justicia-punitiva, cuestión que resulta absurda y peligrosa. (8)

(8) GUARNERI JOSE. Opus Cit. pág. 67.

De la comparación de los diferentes sistemas - - procesales implantados, se puede reducir que el derecho de acción del ofendido en lo que toca a la reparación del daño asume las siguientes variantes:

- 1).- *Sistemas que otorgan al ofendido la acción persecutora y reparadora del delito.*
- 2).- *Sistemas que permiten al ofendido - la acción principal y la reparadora, conjuntamente con una institución - persecutora del estado;*
- 3).- *Sistemas que establecen el monopolio de la acción persecutora a favor de una Institución del Estado y dejan - la reparadora a favor de la parte civil u ofendida;*
- 4).- *Sistemas que niegan en absoluto la - intervención al ofendido en toda acción ejecutora y reparadora del daño, y con mayor razón en la persecuto--
ria.*

Dentro del primer sistema, la doctrina señala - por antonomasia a la Legislación Inglesa en la que tradicionalmente se otorga a los particulares ofendidos por el delito la titularidad del derecho subjetivo de acción, -- que obedece básicamente al arraigo que en ese país tiene el concepto de libertad, el estricto respeto que los ciudadanos se tienen entre sí y la relación que guardan con el Estado.

El derecho de accionar de los particulares en la persecución penal, opera indistintamente en los delitos perseguibles de oficio ó a instancia de parte.

Como podemos advertir, esta forma de accionar en el derecho inglés se conserva desde sus orígenes hasta nuestros días, de manera semejante al sistema del antiguo derecho romano.

La acción penal se ejercita ante órganos jurisdiccionales organizados por el Estado y aún cuando se estructura en una acción particular (*del ofendido por el delito*) ella es eminentemente pública pues su publicidad deriva de que su ejercicio se hace a nombre de su Rey.

Por la especial idiosincracia del pueblo inglés, celoso de su libertad y respetuoso de sus derechos, ha logrado perdurar tal sistema que presuntamente ha resultado eficaz, pues según ellos, el sistema del acusador privado coloca a las partes procesales en un plano de igualdad que no se logra si quien acusa es un órgano dependiente del Estado que tendría por el solo hecho de serlo, predominio sobre el imputable.

No obstante lo anterior, existen en el sistema inglés, órganos especializados en la acción penal, como las ligas o asociaciones, que representan a los particulares en la acusación; los CORONERS que persiguen hechos de sangre; el solicitador y el ATORNEY GENERALES que se encargan de representar en la acusación a los intereses de la corona en delitos que comprometen la seguridad del Estado o que perturban la administración pública; el Director Of Public Persecutions, que acciona también bajo la vigilancia del ATORNEY GENERAL en auxilio del acusador privado en asuntos importantes o difíciles, bien, supliendo su ausencia o abandono de la acción.

No obstante lo anterior, en todos los casos podemos observar, que los intereses del ofendido en el ejercicio de su derecho a la reparación del daño causado por el pleito se encuentra ampliamente garantizados con una plena capacidad de parte procesal.

El segundo sistema mencionado, lo encontramos en el sistema penal español, aún, cuando conserva excepciones de acción del ofendido que se semejan a las características del sistema inglés en cuanto hace a aquellos delitos que se persiguen por querrela de parte tales como la calumnia, injurias, adulterio o amancebamiento, etc. en los que el acusador privado actúa en el ejercicio pena, y reparado ra con total independenciam del órgano judicial oficial acusador del Estado denominado Ministerio Fiscal.

En Estados Unidos y en España "... rige, en distinta medida un sistema de creación pública popular; la participación de los ciudadanos se autoriza, sin perjuicio de la acción del Ministerio Público. Se realiza más rectamente el enlace de la función estatal con la de los particulares, porque se ha establecido aquél organismo específico de la acusación, pero siempre bajo la idea de que los individuos puedan cooperar, en representación de la colectividad, ejerciendo la acción penal." (9)

El rasgo característico se encuentra en que los delitos perseguibles de oficio existe la acción popular del acusado particular que actúa conjuntamente con el Ministerio Fiscal

(9) VELEZ MARICONDE ALFREDO. Derecho Procesal Penal. Ed. Lerner. Bs. As. T. I. pág. 275 y 276. citado por Rogelio Vazquez - Sánchez. El ofendido en el delito y la reparación del daño. - Méx. 1981. pág. 85 y sigs.

en el ejercicio de la acción punitiva y reparadora; existe también en ese sistema, el llamado actor civil que se erige en el proceso penal como parte contingente que ejercita únicamente la pretensión del resarcimiento del daño, dentro de éste, se menciona el sistema alemán y austriaco en los que se observa, que se puede perseguir privadamente la acción principal en los delitos perseguibles por querrela de parte y que subsidiariamente puede también el particular ejercitar la acción penal en los delitos perseguibles de oficio cuando el Fiscal se abstiene de seguir la acción penal que les encomienda como ocurre en el sistema austriaco, o bien, adherirse a dicha acción principal como acontece en el sistema alemán. (10)

Dada la importancia que ha asumido el desarrollo procesal en Argentina no obstante sus variantes en cuanto a la unificación de su sistema, la generalidad de sus principios codificados en las diversas provincias y capitales de este país dentro de ese sistema la acción penal por regla general corresponde al Ministerio Público que es un organismo judicial pero sin funciones jurisdiccionales, comparte también el ejercicio de esa acción principal el querellante

(10) VAZQUEZ SANCHEZ ROGELIO. El Ofendido por el Delito y la Reparación del daño. México 1981. pág. 84 y sigs.

particular en forma autónoma y accesoria. Y no obstante - que excepcionalmente el Ministerio Fiscal ejercita también la acción civil en representación del ofendido la regla es de que su acción compete al actor civil que resulta ser el ofendido o damnificado por el delito que la reclama ante el propio órgano jurisdiccional represivo aunque su naturaleza sea privada y patrimonial.

El tercer sistema lo encontramos en la Legislación Italiana en donde la acción penal pertenece al Estado y la ejercita fundamentalmente el Ministerio Público, pudiendo ser sustituido en forma subsidiaria por el pretor, la administración y el intendente de finanza.

Por lo que respecta a la acción accesoria, ésta tiene carácter privatista y se promueve por el ofendido in dependientemente de la acción principal y ante las autoridades civiles aún cuando pueda también exigirse en el mismo procedimiento penal. En el sistema francés que se podría incluirlo dentro de esta clasificación, la acción penal es ejercitada principalmente por el Ministerio Público incitado por el órgano jurisdiccional, la administración y los indicados, pudiendo también el ofendido tener intervencción en la acción penal hasta el grado de obtener la citación directa de parte, en lo que respecta a simples faltas-

o contravenciones castigadas con pena correccional, pero sin poder conducir la acción hasta el final. En lo que concierne a la acción civil las facultades de la parte privada son plenas.

Finalmente tenemos, sistemas en los que se niega - en forma absoluta al ofendido su intervención en el ejercicio de la acción penal persecutora y reparadora del daño, así encontramos que este es el sistema seguido por la Legislación penal mexicana y por aquellos sistemas de carácter absolutista que impiden toda participación al ofendido en el ejercicio de la acción pública y de la acción reparadora; si bien, en el derecho patrio existe la excepción en cuanto a que la responsabilidad civil pueda exigirse en el incidente correspondiente encuentra no obstante supeditada la misma a la actividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional represivo, y aún más, en la legislación federal objetiva penal, se le niega al ofendido expresamente el carácter de parte en el procedimiento penal.

Las bases del procedimiento judicial penal de la URSS y de las Repúblicas Federadas aprobadas por el Soviet Supremo el 25 de diciembre de 1938 señala en su artículo - 2° al hablar de la víctima lo siguiente:

SE RECONOCE COMO VÍCTIMA A LA PERSONA QUE A CONSECUENCIA DE UN DELITO HA SUFRIDO UN DAÑO MORAL O MATERIAL.

EL CIUDADANO RECONOCIDO COMO VÍCTIMA A CAUSA DEL DELITO O SU REPRESENTANTE :

- a).- *Pueden hacer deposiciones relativas al proceso;*
- b).- *Ofrecer pruebas;*
- c).- *Formular peticiones;*
- d).- *Conocer los autos desde el momento en que termine la discusión preparatoria;*
- e).- *Participar en el examen de las pruebas en la Instrucción Judicial;*
- f).- *Plantear recusaciones;*

- g).- *Recurrir contra las actuaciones de la persona que efectúa la investigación, del Juez Instructor, del Fiscal y del Tribunal,*

- h).- *Intervenir e interponer recursos contra la sentencia o las decisiones del Tribunal y disposiciones del Juez Popular.*

En los casos previstos por la Legislación de las Repúblicas Federadas, la víctima tiene derecho a sostener la acusación judicial, personalmente o a través de su representante.

El artículo 25 al hablar del demandante civil señala que la persona que haya sufrido daños materiales a causa de un delito tiene derecho, durante la tramitación del proceso criminal:

A PRESENTAR CONTRA EL REO O LAS PERSONAS QUE DEBAN RESPONDER ECONÓMICAMENTE DE SUS ACTOS UNA DEMANDA CIVIL QUE SE SUSTANCIA-
RÁ CON EL TRIBUNAL CONJUNTAMENTE CON EL -
PROCESO CRIMINAL.

EL DEMANDANTE CIVIL O SU REPRESENTANTE
TIENEN DERECHO A:

- a).- *Presentar pruebas;*
- b).- *Formular peticiones;*
- c).- *Participar en la vista judicial;*
- d).- *Pedir al órgano de investigación al Juez Instructor y al Tribunal que adopten medidas para el aseguramiento de la demanda presentada por ellos.*
- e).- *Sostener la demanda civil;*
- f).- *Conocer los datos del expediente desde el momento en que se agote la instrucción preparatoria;*
- g).- *Plantear reacusaciones;*
- h).- *Interponer recursos contra las actuaciones, contra el encargado de la investigación, contra el Juez Instructor, y el Tribunal;*

i).- *Recurrir contra la sentencia o las --
decisiones de este último en la parte
que afecta a la demanda civil.*

La situación del ofendido en el procedimiento -
penal es variable en función de los sistemas procesales -
adoptados por las diversas legislaciones, en el procedi--
miento penal mexicano se dice que el ofendido es un suje-
to procesal, que tiene derechos que deducir que así lo re
conocen la Ley y las existencias del procedimiento ya que
desde la averiguación previa realiza actos encaminados a
lograr la responsabilidad del imputado, sus diversas in--
tervenciones demuestran que al realizar actos jurídicos -
quedan vinculados con las personas que intervienen en el-
proceso, su carácter de parte sólo lo adquiere cuando de-
manda la reparación del daño a terceros obligados, previa
la promoción del incidente respectivo ya que el ofendido-
es quien deduce un derecho para obtener la reparación y -
por ello es parte, como lo tiene también el tercero obligado
a pagar aquella reparación por ser la persona en contra
de la cual el derecho de la víctima se deduce.(11)

(11) FRANCO SODI CARLOS. op. cit. pág. 20.

No obstante tal afirmación, la condición protectora del ofendido en el procedimiento penal mexicano es más aparente que real, su participación en el procedimiento es tan ilógica como absurda, su intervención en la averiguación previa, se reduce a la presentación de la denuncia, de la querrela sin que el Instituto amniformo de representación social, le dé intervención en la recepción de datos probatorios y en el proceso, quedan a su caprichoso arbitrario ofrecerlos, lo que resulta ridículo.

Sólo tiene carácter de parte cuando promueve la reparación del daño en el incidente respectivo en los casos que es exigible a terceros, pues teniendo la reparación el carácter de pena pública le niega toda participación al ofendido en un ambiente de notoria injusticia e inseguridad procesal y como si esto no fuera suficiente, el Legislador Federal le niega expresamente el carácter de parte, cuestiones a que me referiré más adelante.

3.- LA SENTENCIA PENAL Y LA REPARACION DEL DAÑO

Como he mencionado, el proceso penal, está constituido, por un conjunto de actos vinculantes y vinculados entre sí, que se expresan en relaciones de tipo formal y que se dirigen a definir relaciones de derecho penal sustantivo, y se habla del objeto del proceso como el tema que el Juez ha de resolver en la sentencia.

De la comisión de un hecho delictuoso, - nace una relación de orden público entre el Estado y el sujeto objeto de la imputación para que una vez demostrada su responsabilidad se le impongan las penas ó medidas de seguridad que correspondan.

Pero paralelamente a la vinculación pública de reproche penal, surge otra relación que consiste - en la obligación de resarcir el daño causado por el delito y que según nuestra Legislación tiene doble naturaleza:

- a).- *Como pena pública cuando es exigible directamente al responsable del delito y;*

- b).- De responsabilidad civil cuando es exigible a terceros obligados.

En este orden de ideas, el proceso tiene un objeto principal y un objeto accesorio, el primero, es de orden público y está regido por dos principios:

- 1.- La indisponibilidad de la materia contenida en el proceso que se expresa en la idea de subordinación de las partes o la jurisdicción, ya que su prestación ante el ejercicio del derecho de instar del sujeto de la acusación persigue dos finalidades:

- a).- La imposición al responsable de la sanción ó medida de seguridad individualización concreta de la Ley Penal y

- b).- Decisión de todas las cuestiones jurídicas planteadas en el proceso (determinación del cumplimiento de la hipótesis-

de facto provistas de la Ley Penal.

Se procura así, la satisfacción del interés social mediante la reparación del derecho social violado inspirado en un elemental principio de defensa colectiva contra el delito como perturbador del orden social.

2.- *La inmutabilidad del objeto del proceso en términos de la relación sustancial penal que solo será definida en la sentencia, aún cuando - - excepcionalmente al órgano de acusación eventualmente la puede concluir mediante el desistimiento de la acción penal cuestión aunque criticable, está prevista en la legislación. (12)*

(12) VELAZQUEZ JUAN C/ Elementos de Derecho Procesal Penal. En Prensa México 1982. pág. 185.

En cuánto al llamado objeto accesorio del proceso, lo entendemos como la relación jurídica de orden patrimonial que se expresa en la necesidad de reparar la arbitrariedad por los Tribunales. El Estado tutela los intereses de la sociedad frente al delito. De esta manera, el elemento autoritario solo sirve de complemento para que se cumpla el mandato de la Ley, por lo que la decisión no es un acto personal emanado de la voluntad personal del Juez que no esté en la obligación de fundar, sino un proceso de inteligencia que debe traducirse en la aplicación de la Ley Penal al caso concreto. La sentencia al representar la voluntad del Estado, se traduce en un conjunto de razonamientos y fórmula legales, que deben ser fielmente observadas.(13)

La sentencia penal, como acto que concluye la instancia, asume diversas modalidades, según que condene (condenatorias); absuelva (absolutorias), resuelva un aspecto incidental en el proceso (interlocutorias) ó bien lo concluye en lo principal, (definitivas) pero en todo caso será un documento de orden lógico y real y no sólo de índole jurídico-formalista.

(13) GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. Principios de Derecho Procesal Penal. Porrúa. México 1967. pág. 233.

La naturaleza de la sentencia penal, como acto procesal que resuelve un conflicto intersubjetivo de intereses debe tener firmeza y permanencia en cuanto a las relaciones que define, debe constituir la verdad-legal absoluta con validez permanente frente a otros -- conflictos de intereses que pueden eventualmente plantearse en el mismo sentido ó por las relaciones conexas a ella, lo que nos lleva a plantear el problema de la validez absoluta de las relaciones definidas en la sentencia penal frente a conflictos de intereses de otra naturaleza.

La sentencia penal como acto conclusivo del proceso vendrá a decidir dos cuestiones fundamentales:

- a).- *La existencia o inexistencia de la relación sustancial penal con sus efectos consecuentes. (pena ó medida de seguridad); y*
- b).- *La necesidad del resarcimiento del daño causado por el delito, en una relación eminentemente patrimonial (pública ó privada).*

La sentencia penal según Hugo Rocco es el acto intelectual por medio del cual el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, declara la jurídica que otorga el derecho violado y aplica la sanción que corresponda al caso concreto. (14)

El proceso penal requiere la definición cabal de los problemas ético-jurídicos que constituyen su objeto. Esta decisión representa un elevado interés social, porque tiende a la protección del derecho violado y al mantenimiento del equilibrio jurídico, el tribunal al encontrarse investido de la función de juzgar, - representa el interés de la sociedad y debe regir sus procedimientos por las normas legales, es decir, el problema de la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material que es necesario tratar de determinar para los efectos de este trabajo recepcional, toda vez, que en mi concepto, la sentencia penal debe definir y precisar en forma permanente y definitiva las relaciones de derecho penal sustantivo, a fin de que técnicamente no pueda presentarse en la práctica una declaración judicial-civil contradictoria en función de la reparación del daño con una declaración contradictoria penal que también obligan al resarcimiento a que me referiré a continuación.

(14) ROCCO HUGO. Derecho Procesal Civil. Trad. Felipe J. Tena - Porrúa. Méx. 1939 págs. 586.

C A P I T U L O S E G U N D O

RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

- 1).- Elementos de la Responsabilidad Penal y Civil
- 2).- La Culpa Penal y la Culpa Civil
- 3).- Efectos Civiles y Penales de la Sentencia
- 4).- La Cosa Juzgada en Materia Penal.

1). ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

Sabemos que la actividad humana en sus múltiples relaciones realiza actividades y actos de carácter lícito o ilícito, estos actos, pueden ocasionar consecuencias dañosas a personas o a bienes ajenos, dichas consecuencias dañosas fueron contempladas en el Derecho Civil bajo la teoría de la responsabilidad objetiva llamada también teoría de la responsabilidad objetiva llamada también teoría del riesgo creado, que fue considerada desde sus orígenes fuente de obligaciones y que se expresaba en la fórmula de que aquél que hiciera uso de cosas peligrosas, tiene obligación de reparar los daños que cause aunque haya procedido lícitamente.

Este principio que ya existía en el Código Civil Ruso y que fué el antecedente del artículo 1903 de nuestro Código Civil, encierra una fuente de obligaciones distinta a la responsabilidad por culpa o dolo, en el caso de la responsabilidad objetiva se parte de la hipótesis de que la fuente de las obligaciones es el uso ilícito de cosas peligrosas que por el hecho de causar un daño obligan al que se sirve de ellas y que puede ser el

...

propietario, el usufructuario, el arrendatario o el usuario en general, a reparar el daño que se cause por el uso de las mismas; atento a ello, se puede decir que la responsabilidad objetiva tiene los siguientes elementos :

- 1.- *El uso de cosas peligrosas*
- 2.- *La existencia de un daño de carácter patrimonial.*
- 3.- *La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.*

Ahora bien, tomando en cuenta que exclusivamente se parte de esta relación causal existente entre el -- hecho o sea el uso de cosas peligrosas y el daño producido se le ha llamado teoría de la responsabilidad objetiva para distinguirla de la denominada responsabilidad subjetiva, de la cual, se parte de un elemento estrictamente personal bien sea la negligencia, la culpa o el dolo del autor, en cambio, como he mencionado en la teoría de la responsabilidad objetiva se prescinde de este elemento subjetivo o interno para tomar en cuenta solo un conjunto de

...

datos de carácter objetivo consistente en el uso de cosas peligrosas, en el hecho de que causan un daño de carácter patrimonial y en la relación causal que he mencionado entre el hecho y el daño. A la teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de teoría de responsabilidad por el riesgo creado denominación propuesta por Ripert Y que se concreta ya sea por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas, en sí mismas que han hecho nacer un riesgo para los demás.

Conforme a esta teoría, toda actividad que crea un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de probar que hubo culpa de su parte; el individuo que por su actividad puede procurarse algún provecho es justo que repare el daño que ocasiona por esta actividad, situación que se enunciaba con la expresión latina "ubi emolumentum ibi onus" . A todos los provechos deben corresponder todas las pérdidas consecuentes; la responsabilidad por el riesgo creado es contrapartida del provecho que produce el empleo de cosas peligrosas, el empleo de estas por sí mismas no pueden constituir una -

...

culpa, nada hay de irreprochable en la conducta pero siempre existe un riesgo que cuando origina daños sirve de -- fundamento para su reparación, de manera que la responsabilidad por el riesgo creado tiene un fundamento económico conforme al principio de que las ganancias y las pérdidas en cualquier actividad deben corresponderse y uno de carácter social que se basa en un principio de solidaridad respecto del reparto de las pérdidas.

En este orden de ideas, algunos autores como Francisco H. Ruiz señalan que la teoría del riesgo creado exige, para que nazca la responsabilidad:

- 1.- *El uso de una cosa peligrosa o el ejercicio de actividades reputadas por la Ley como peligrosas.*
- 2.- *La realización de un daño.*
- 3.- *Una relación de causa a efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado. No se toma en cuenta en esa teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente. (15)*

(15) H. RUIZ FRANCISCO. Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia T. VIII abril-junio 1946. pág. 466 y 467.

...

Ahora bien, hasta aquí podemos decir que por lo que respecta a la obligación de reparar el daño causado por el acto o actos lícitos que se realizan, por el empleo de cosas consideradas como peligrosas ya sea por la forma en que se utilicen o porque sean peligrosas de acuerdo a su naturaleza, es indudable que existe la obligación de reparar los daños que resulten.

En contrapartida de ésto, aparece la doctrina de la culpa denominada, Teoría Subjetiva de la responsabilidad, que se ocupa de estudiar los actos ilícitos como fuente de las obligaciones, es decir, determinar la responsabilidad civil proveniente de un delito o de un cuasi delito en la colocación que se fijó de estas figuras jurídicas.

Sabemos que la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones, hacía la distinción de los contratos, los delitos, los cuasi-contratos y los cuasi-delitos, que en Derecho Romano se reconoció al delito como fuente de obligaciones independientemente de la pena o sanción pública; generalmente el delito implicaba un daño hacia un patrimonio y por lo tanto la repa-

...

ración del mismo originaba una obligación, ya sabemos que los romanos no tenían la noción abstracta del contrato - como tampoco la tenían del delito al distinguir los delitos en públicos y privados según que la pena con que se sancionaba el acto ilícito se impusiese en interés del -- Estado y tuviese carácter público y se estableciese en -- provecho de la persona ofendida, así, los romanos no aplicaban la denominación del delito en el campo del derecho-privado a todo acto . proveniente de un hecho ajeno, solamente algunos hechos generadores de la obligación de reparar el daño causado se les consideraban como delitos privados como por ejemplo, el hurto, la rapiña, el danmun - i-niuria dantu, la iniuria, es decir, figuras concretas y - específicas; al lado de las acciones que derivan de estos-actos tenían otros remedios más generales otorgados al -- perjudicado por el acto ilícito que no figuraban en las - especies mencionadas como la "actio doli" que se daba para - todo caso de conducta dolosa, pero la laguna que deja aquella incompleta enumeración de los delitos no puede ser -- colmada por faltar la idea abstracta y general del delito del que carecían.

...

Así, en el Derecho Romano cuando el daño era de carácter patrimonial daba nacimiento a una especie de multa que permitía reparar el daño pero la Ley imponía al responsable una pena pecuniaria que era superior al daño causado; de esta manera, el delito fue en derecho romano una fuente indirecta de obligaciones siempre y -- cuando el daño causado lesionara intereses que no pudieran referirse directamente a un monto económico, solo implicaba un acto ilícito que originaba la pena o sanción pública siendo del exclusivo resorte del derecho penal.

ROBERTO RUGGIERO, señala que algunos tratadistas afirman, que para los romanos existía el cuasi delito siempre que se respondía por un hecho ajeno y delito -- cuando el hecho ilícito era propio y era llamado a responder su autor a la reparación. (16)

En el Derecho Francés el término cuasi delito -- fue aceptado al igual que el cuasi contrato, en la doctrina el cuasi delito es un hecho que causa un daño patrimonial que se realiza sin la intención de perjudicar pero -- que supone una falta de previsión o de cuidado lo que dió-

(16) DE RUGGIERO ROBERTO. Instituciones de Derecho Civil Vol. II Madrid. 1931 pág. 644.

...

lugar a que se distinguiera entre el dolo y la culpa de la siguiente manera : EL DELITO ES UN HECHO DOLOSO, EL HECHO LLAMADO CUASI DELITO, ES UN HECHO CULPOSO,

El delito supone la intención de dañar, el cuasi delito implica una simple falta en la que no hay intención de dañar pero que tiene consecuencias perjudiciales para un patrimonio por falta de previsión o de -- cuidado. Dicho criterio ha sido tradicional en derecho -- francés para diferenciar el delito del cuasi delito y -- desde el punto de vista penal también sirvió para distin -- guir el delito intencional y el delito de culpa.

De esta manera, en el derecho francés vemos -- que se consideró que la materia de delitos y cuasi deli -- tos como fuentes de las obligaciones era el fundamento o el apoyo del derecho civil que tiene relaciones con el -- penal, pero que este derecho le importa únicamente la -- sanción pública ya que el derecho civil le toca regular -- la reparación del daño es decir, reglamentar la obliga -- ción nacida de un delito o de un cuasi delito y no fue -- sino hasta el Código de Napoleón cuando se sintió la --

...

necesidad de verificar la distinción entre el delito penal y el delito civil lo mismo entre el delito de culpa y el cuasi delito.

El delito penal supone un hecho doloso que -- causa daño, que se realiza con el propósito de perjudicar pero se distingue del civil en que necesariamente debe estar sancionado con una pena por una Ley penal, en cambio el delito civil según el Código de Napoleón se -- considera como un hecho ilícito es decir, un hecho doloso que causa daño, que se realiza con intención de perjudicar pero que no tiene una sanción en la Ley Penal; de esta manera, se puede formular por consiguiente una distinción entre hechos ilícitos que tienen sanción en la Ley Penal y que son los delitos y hechos ilícitos que no tienen sanción penal pero que causan un daño de carácter patrimonial, los delitos civiles, pero se advirtió que había delitos que importaban tanto al derecho penal como al derecho civil porque se trataba de hechos ilícitos que causaban un daño patrimonial y por eso interesaban al derecho civil y además estaban castigados por una norma del derecho penal.

En mi concepto, éste es el punto neurálgico, en donde la Legislación ha fallado, es el punto de partida que ha olvidado precisar la doctrina en virtud de que encontramos que en una conducta de carácter ilícita se encuentra sancionada tanto desde el punto de vista penal como una sanción pública, como desde el punto de vista civil con la obligación privada de reparar el daño causado; señalar cual es la verdadera posición que debe adoptar tanto la Legislación como la doctrina, es una cuestión que pretendo exponer brevemente en este trabajo recepcional que encierra serias dificultades.

Sin embargo, se señala que era fácil la distinción entre estas figuras, si nos colocamos en los extremos, es decir, por una parte, hechos ilícitos que no causan daño patrimonial pero que estuvieran reprimidos por la Ley Penal y por otra, hechos ilícitos que causaran daño patrimonial que no tuvieran esa sanción, sin embargo, la mayoría de los hechos ilícitos no presentaban estas características extremas, sino que tenían ambas, es decir, eran hechos ilícitos que causaban daño sancionados por la Ley Penal e interesaban por consiguiente tanto al Derecho Penal

...

como al Derecho Civil para la reparación del daño y en mi concepto es una cuestión que en el momento actual no se ha determinado.

En las legislaciones a que me estoy refiriendo se pretendió resolver este problema y se quiso reglamentar la reparación del daño; así, en derecho francés - para los delitos penales dejan al derecho penal y la indemnización para el derecho civil, por consiguiente, la pena era el fundamento de la sanción penal y la reparación del daño era competencia del derecho civil, de manera que se pretendió una clasificación de esta manera:

- 1.- Hechos ilícitos que son delitos desde el punto de vista penal que no causan un daño y que por lo tanto no interesan al derecho civil.
- 2.- Hechos ilícitos que causan daño patrimonial ya que no tienen sanción penal, pertenecen exclusivamente al derecho civil para reglamentar la obligación nacida de los mismos.

3.- Hechos ilícitos que causaban daño patrimonial y que además tienen una sanción pública. Se divide la materia para dejar al derecho penal la organización de la sanción pública y el civil la reparación del daño.

4.- Por último, se distinguieron hechos ilícitos que no causan daño y que tampoco tienen sanción penal, que no interesan al derecho penal ni al derecho civil.

De manera que podría afirmar que al derecho penal no le compete; porque no puede aplicar una pena si no hay Ley que la establezca y además un hecho ilícito no puede ser delito sino está catalogado como delito expresamente. Por otra parte, al derecho civil tampoco le importan estos hechos ilícitos que no causan daño porque el delito civil se presenta como fuente de obligaciones única y exclusivamente para reparar el daño causado y sino llegó a causarse el daño tampoco es materia de reglamentación civil, no habrá obligación nacida de este acto ilícito.

...

Algunos tratadistas como Planiol, señalan que hay ausencia de delito civil en ciertos delitos del Derecho Penal por ejemplo, un hecho puede ser un delito desde el punto de vista de la represión en que es perjudicial o sin ser intencional y en sentido inverso, hay delitos civiles no reprimidos por el derecho penal, un hecho puede constituir un delito civil sin ser un delito penal y para ello basta que sea ilícito y perjudicial aunque no esté penado por -- las leyes represivas, como por ejemplo, el dolo en los contratos, la ingratitud del donatario castigada sólo con la pena civil consistente en la revocación de la donación y finalmente señala, que hay coincidencia común de las dos legislaciones, que a pesar de ésto, la mayoría de los delitos civiles son al mismo tiempo delitos criminales como los atentados contra las personas es decir, los homicidios las injurias, la difamación, los robos, etc. (17)

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 301 señala que la responsabilidad civil proveniendo de un hecho u omisión contrarios a una Ley Penal consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer :

(17) PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Obligaciones. Traduc. José M. Cajica Jr. Puebla 1945 pág. 503.

...

I.- *La Restitución.*

II.- *La reparación.*

III.- *La Indemnización*

IV.- *El pago de gastos judiciales*

Señalaba del artículo 302 al 309 lo que debíamos entender por cada una de estas figuras es decir, la restitución, la reparación, la indemnización, y el pago de gastos judiciales.

De esta manera nuestra legislación se complica, porque en el Código Penal de 1871 estimó que esta materia de responsabilidad originada por hechos ilícitos deberá estar incluida dentro del Derecho Penal y la Comisión pensó que era preferible modificar el sistema del derecho -- frances y reglamentar en el Código Penal la responsabilidad civil nacida del delito, por este motivo los códigos-civiles de 1870 y despues de 1884 sólo contienen algunas-reglas en materia de responsabilidad civil por hechos ilícitos, pero las fundamentales con toda la teoría romana -

...
y francesa a este respecto las encontramos como he mencionado en el Código Penal de 1871.

En el Código a que me he referido de 1871 se --
presentó el problema en el caso de que cuando el hecho ilí
cito no está catalogado en la Ley Penal como delito pero -
que origina un daño patrimonial si podía reglamentarse por
el Código Penal o por el Código Civil y que sí podía exis-
tir responsabilidad civil aunque no hubiera delito, la Co-
misión resolvió este problema señalando que la responsabi-
lidad civil no suponía necesariamente la penal pero que --
podría absolverse al delincuente, sin embargo condenársele
a una reparación del daño, situación que en mi concepto -
desde su planteamiento fué absurda y permanece en nuestra-
Legislación.

Posteriormente, se pensó que analizando las dis-
posiciones del Código Penal de 1871 la distinción entre --
estas figuras no era clara ya que no aclaraba el caso de -
sí cuando no existía responsabilidad penal podría haber --
responsabilidad civil y para el caso de extinción penal o
de la pena, sí se señaló claramente que subsistía la res--
ponsabilidad civil. Como la responsabilidad penal puede -

no existir ya sea porque no haya delito o ya sea porque existiendo ése se hubiese presentado alguna causa excluyente de responsabilidad algunos autores como Borja Soriano señalan que los elementos que la responsabilidad delictuosa son los siguientes :

- 1.- *La acción u omisión sin derecho;*
- 2.- *La usurpación de una cosa ajena o existencia de un daño o perjuicio;*
- 3.- *Relación de causalidad entre el hecho delictuoso y el daño ó perjuicio.*
- 4.- *El hecho u omisión personal del responsable o de otra persona que está bajo su autoridad cuando aquél pudo impedir el daño o perjuicio y en cuánto a la responsabilidad civil y criminal menciona el autor citado, que el artículo 327 del Código Penal señala que siempre que se-*

...

verifique alguna de las condiciones de dicha disposición incurrirá el demandado en responsabilidad civil ya sea que se le absuelva de toda responsabilidad criminal o que se le condene, que ni la amnistía ni el indulto extinguen la responsabilidad penal, pero cabe hacer notar que para que haya responsabilidad civil se requiere la existencia de un delito, si un Juez en proceso penal resuelve que determinado hecho no es delito ya no puede basarse en ese hecho una responsabilidad civil. (18)

Se elaboró una clasificación distinta a la anterior de los años 1870 a 1929 en que entró en vigor el citado Código Penal de ese año y tal clasificación se hizo según la doctrina de los siguientes términos:

- a).- DELITOS DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL, es decir, hechos dolosos que causaban daño patrimonial y que por lo tanto -- caían dentro de las prescripciones - del Código Penal, de manera que la reparación del daño le competía al Código Penal y podría existir responsabilidad civil aunque no existiera la penal cuando obraba en beneficio del acusado alguna excluyente de responsabilidad, -- pero siempre se partía del supuesto de la existencia del delito; en este orden de ideas, se comprendían por lo tanto aquellas conductas señaladas como delitos que implicaban un daño patrimonial y que obligaban al autor a reparar lo aunque fuese inocente por existir alguna causa de licitud.
- b).- HECHOS ILICITOS QUE CAUSABAN UN DANO - PATRIMONIAL, QUE NO ERAN DELITOS PENALES ¹ que por consiguiente el Código Penal de 1871 no ocasionaban una responsabilidad

...

civil reconocida por el mismo ordenamiento y que caían bajo las prescripciones de los Códigos de 1870 y de 1884 que señalaban una sanción para los hechos civiles de carácter ilícito que originaban un daño patrimonial.

De manera que la competencia se definía en el sentido de que cuando un delito causara un daño patrimonial era el Código Penal el que prescribía la responsabilidad penal y que tratándose de hechos ilícitos que causaban el daño patrimonial que no eran típicados como tales la responsabilidad se llevaba al campo del derecho civil, y

- c) CUASI DELITOS PENALES O DELITOS DE CULPA, por lo que se refiere a ellos, se procedió de la misma manera ya que el Código Penal de 1871 hacía la distinción al igual que en nuestro Código Vigente entre delitos intencionales y de culpa y que el inten-

cional suponía el dolo o sea el propósito de causar el daño, por lo que la idea de cuasi delito y la idea de culpa, tenían total correspondencia o equivalencia en el citado ordenamiento.

- FINALMENTE, LOS CUASI DELITOS CIVILES O SEA LOS HECHOS CULPOSOS QUE NO TENIAN UNA SANCION DE CARACTER PENAL, eran regulados por el Código Civil de 1880 y 1884 por lo que se dejó la reglamentación de esos Códigos aquellos cuasi delitos que no tenían sanción penal.

Como podemos observar, la posición de nuestros anteriores Códigos es tan desafortunada como el criterio adoptado por la Legislación vigente, en aquélla se partía de la noción dada por el derecho romano cuando hablaba de las fuentes de las obligaciones y se llegaba a establecer una distinción artificiosa para pretender ubicar ya sea en el ámbito penal o civil según los casos la conducta ilícita penal, pero quedaba fuera de toda consideración los delitos culposos a los que como he mencionado en esta tesis se les ubicaba en el ámbito del cuasi delito, ----

cuestión ésta que resultaba absurda pues al igual que en nuestra Legislación vigente se establecía una dupli- cidad de acciones la penal y la civil para un mismo -- acto de conducta.

Nuestra Legislación vigente pretendiendo ha- cer o clarificar estos puntos de vista y hace la clasi- ficación para distintas clases de hechos ilícitos de la siguiente manera :

- a) *DELITO PENAL.- Es un hecho doloso que causa daño sancionado por el Código Penal y que tiene además una pena una sanción pecuniaria, esta definición -- del delito es para el efecto civil de la responsabilidad y no para caracteri- zar la naturaleza penal del mismo.*

- b) *DELITO CIVIL.- Es un hecho doloso que causa daño y que no está sancionado - por el Código Penal que por lo tanto sólo tiene como consecuencia la repara- ción del daño pero no una pena o san- ción pública.*

...

- c) CUASI DELITO PENAL.- Hecho culposo que -- causa daño, que está sancionado por una -- norma del Código Penal que en conse---- cuencia tiene una pena y una sanción pe-- cuniaria consistente en la reparación - del daño.

- d) CUASI DELITO CIVIL.- hecho culposo que -- causa un daño que no tiene sanción penal -- y que solo engendra responsabilidad civil.

- e) HECHOS ILICITOS QUE NO SON DELITOS PENALES NI CIVILES.- Por que no tienen sanción pú-- blica y porque no originan daño de carácter patrimonial o moral; por consiguiente, no -- son fuentes de obligaciones desde el punto de vista civil.

- f) HECHOS ILICITOS QUE NO SON SANCIONADOS PE-- NALMENTE QUE NO CAUSAN UN DAÑO PATRIMONIAL PERO SI MORAL.- No son fuentes de obliga-- ción porque el Código Vigente sólo permite reparación cuando existía además del daño--

...

patrimonial. un daño moral.

- h) PARA EL CODIGO CIVIL, es necesario, agregar una última clasificación o sea, los hechos ilícitos dolosos ó culposos que causan daño patrimonial y moral a la vez y que no tienen sanción en la Ley Penal.

La teoría subjetiva de la responsabilidad como he mencionado se funda en un elemento de carácter psicológico que consiste en la intención de dañar teniendo como base principal el delito, es decir, obrar con dolo o bien proceder sin la intención de dañar pero con culpa por que no se hayan tomado las precauciones debidas ó porque se incurra en descuido, negligencia, o falta de previsión, lo que constituye la base en la responsabilidad de los llamados cuasi delitos, tanto desde el punto de vista penal como civil, por ello he mencionado que la doctrina ha denominado a esta modalidad de la conducta teoría subjetiva de la responsabilidad ó doctrina de la culpa, entendiendo la noción de culpa en su sentido más general

...
tanto, cuando hay dolo es decir, intención de dañar como cuando existe simplemente falta de precaución cuidado-negligencia, es decir cuando existe culpa propiamente dicho.

2). LA CULPA PENAL Y LA CULPA CIVIL

Ya he mencionado que la teoría subjetiva de la responsabilidad se funda en un elemento de carácter psicológico que consiste precisamente en el resultado dañoso ocasionado por un acto intencional o culposo pero que a consecuencia del mismo existe la obligación de resarcir.

En relación a lo anterior, se plantea la problemática de distinguir entre la culpa civil y la criminal.

En efecto, Enrique Altavilla señala que -- la lesión a un bien, ya se trate del patrimonio o las -- personas suscita distintas reacciones de diversa importancia, según vaya contra intereses públicos ó privados, --

...
forma típica de un interes público es la que ejerce la-
jurisdicción penal.

El ataque a ese interes adquiere diver-
sa gravedad según se derive de una conducta intencional
destinada a producir un resultado o bien, de una conduct
ta culposa, que se realiza en desobediencia de las nor-
mas que regulan la vida civil, es decir, ya sea que se-
distinguen no solo en forma cualitativa sino también --
cuantitativa, en realidad -dice este autor- la culpa
ocupa en la escala de los actos reprobables un púesto -
inferior al lugar que ocupa el dolo.

De ahí la necesidad de defensa, que está
confiada a distintos órganos jurisdiccionales que aplican
leyes distintas civiles o penales pero que se inspiran -
en criterios fundamentalmente idénticos para proteger de
rechos cuya tutela hace posible la convivencia armónica-
de la sociedad, la protección que ejerce imponiendo de--
terminadas maneras de obrar por medio de preceptos por -
sí mismos incoloros pero a los cuales les dá especial co
lorido la sanción ya sea civil o penal con que es amena-
zado, el controvertor de la norma al unirse el precepto y
la sanción forman la norma jurídica.

...

La unidad fundamental de derecho, induce a opinar que el elemento síquico y animador de la conducta dolo o culpa es fundamentalmente idéntico en el derecho penal y en el derecho civil que Manzini, señala -- que única es la noción de dolo y única también la de culpa tanto para el derecho penal como para el derecho civil, pero no todo hecho doloso culposo produce las mismas consecuencias jurídicas, " No se trata de una causalidad distinta, sino de una misma causa que apreciada de distinta manera produce distintos efectos jurídicos.

Para ilustrar lo anterior, este autor señala algunos elementos de carácter diferencial entre las figuras que se analizan :

El delito impone una sanción que aflige al individuo generalmente en su libertad, en el proceso penal el hombre es el individuo tomado en cuenta no sólo por lo que ha realizado sino por lo que puede realizar en el futuro y a ésto el Derecho Penal le denomina peligrosidad, de manera que la imposición de una pena supone el conocimiento síquico de la personalidad del culpable en

...
su ser real y en su ser posible, de ahí que la tendencia del derecho penal sea llegar a través de la individuación del reo a una mayor subjetivación, alejándose cada vez más de las formas de responsabilidad objetiva." (19)

El Derecho Civil no tiene importancia - el conocimiento de la personalidad del autor del daño, - pero el daño ilícito o injuria es siempre considerado - como efecto de fuerza síquica y física, de modo que interesa considerar si el movimiento que ha ocasionado un cambio físico jurídicamente apreciable se deriva de algún movimiento muscular dirigido por la voluntad, así - mientras normalmente la sanción penal es heterogénea -- del derecho violado, la civil es homogénea respecto del daño ocasionado hasta el punto de llegar a hablarse de - resarcimiento en forma específica, el ilícito civil se - torna con frecuencia en una disminución patrimonial y - la sanción tiende a resarcirlo, de modo que cambia de - sitio y puede decirse que pasa de un conflicto entre -- hombres a un conflicto entre patrimonios; ello induce - al Juez en ocasiones por un sentimiento de equidad y -

(19) MANZINI VINCENZO. Trattato di Diritto Penale Milan 1933. T. I. No. 260. IV.

...
aún fuera de los casos de responsabilidad objetiva previstas por el Código a imponerle resarcimiento también al inculpable apoyado en que han sancionado ese criterio la justicia reparadora, al admitir el resarcimiento del incapaz o inimputable que tiene la imposibilidad de realizarlo y del que ha obrado en el caso de necesidad.

Señala que el dolo civil en su contenido psicológico se distingue en algunos aspectos del dolo penal y apunta algunos elementos de diferenciación :

- 1.- El Código Civil al hablar de que el hecho doloso o culposo que -- cause un daño a otras personas - obliga a resarcirlo ubica en un mismo nivel al dolo y a la culpa, pues ambos dan origen a una misma sanción que consiste en la reparación, de manera que no se le puede imponer un resarcimiento mayor del daño, si éste es de la misma intensidad.

...

2.- El Código Civil al dar la noción del dolo como causa que vicia el consentimiento en las obligaciones, exige daños que sin ellos - la otra parte no hubiera contratado, ello obliga a abordar la compleja noción romanística de la denominada "ASTUCIA", "SAGACIA", "MAQUINACION", "FALACIA", empleada para engañar, burlar y embaucar y a la de estafa penal que es el medio típico de la comisión del delito de fraude.

La influencia del Derecho Romano ha sido tan importante en este aspecto que ha hecho acoger a veces una noción unilateral del dolo en cuanto a que ésto se le -- contrapone frecuentemente la violencia, limitando así el significado de aquel a la conducta fraude, así, el Código habla de violencia y de dolo en la aceptación

...
de la herencia, en la renuncia de las disposiciones testamentarias, en la división y de al algunos otros aspectos de la vida civil, de manera que el dolo aparece como un elemento sicológico pues consiste en la intención mientras que la violencia y el fraude son modos de operar que revelan la intención y por lo tanto el dolo.

3.- En otros casos, aunque no se use la palabra dolo se da la noción de él, al prohibirle por ejemplo al propietario que realice actos que no tengan otro fin que el de perjudicar y causar molestias a otras personas como en el caso de emulación.

La noción común del dolo la podemos diferenciar con Guarneri (20), en que excepcionalmente el dolo civil tiene un fin perverso en tanto que -

(20) GUARNERI GIUSEPPE. Diritto Penale e Influenze Civilistiche Milan. 1947. pág. 147.

para Josserand el Derecho Civil está influido por un dolo de mayor intensidad. (21)

De esta manera se plantea la problemática de distinguir en definitiva entre el dolo civil y el dolo penal.

Travuchi cuando habla sobre el dolo respecto a los vicios del consentimiento, se refiere fundamentalmente al elemento intención que en Derecho Civil distingue el dolo de la culpa, mencionando que son requisitos de la intención conocer la falsedad de las representaciones que se produzcan y considerar posible el resultado efectivo de los artificios sobre la voluntad ajena." Aunque se advierte que en este concepto falta el elemento finalístico que anima la intención.

Otro autor señala, que el incumplimiento doloso se caracteriza por el elemento intencional de la voluntariedad y del conocimiento, como puede advertirse, la doctrina no precisa los conceptos de estas figuras, de suerte que ha venido a crear una mixtura entre dolo y culpa que como dice Barassi constituye una tercera categoría por el conocimiento y la voluntad sin

ocurrir al "ANIMUS" es decir a la intención. (22)

Se aceptaba la concepción del dolo de representación ya rechazado en el Código Penal y en la doctrina, en opinión de Altavilla, en los hechos ilícitos se requiere una voluntad dirigida hacia el resultado al igual que en las causas que rigen el consentimiento y en los actos de emulación. Se vuelve a la noción del Derecho Romano que entendía el dolo como intención dirigida a realizar el efecto antijurídico del hecho, es decir, como voluntad de daño. (23)

Chirone señala que de manera exacta ha sido calificado de culposo el acto cometido sin ninguna intención de hacer daño y si el agente responde de él es porque debe desplegar con mayor cuidado y mayor diligencia para conocer la gravedad del hecho en sí mismo y para antever las naturales consecuencias y lo que en este caso constituye la responsabilidad no es la voluntad de causar daño como en el dolo, sino la falta de diligencia; citando a Ruggiero indica que el elemento intencional de la voluntad y del conocimiento es lo que distingue el elemento doloso del culposo, porque cuando en el

(22) QUINTANO RIPOLLES opus cit. pág. 148.

(23) ENRICO ALTAVILLA. La culpa Ed. Temis. Bogotá 1958 pág. 205.

...
acto humano se produce daño falta el elemento de la -
perversa intención que es característico del comporta-
miento doloso, que sin llegar a faltar el elemento de
la voluntad del agente se tiene la figura de la culpa,
indicando que para la noción del dolo no es indispensa-
ble la necesidad de causar daño ya que es suficiente -
querer producir el resultado, concluyendo que también-
en el derecho civil la previsión debe clasificarse en
la noción de la culpa y no en la del dolo, no basta -
la previsión, también se requiere la voluntad de cau-
sar daño. (24)

De esta manera, se plantea el problema-
causal y se analiza si en el Derecho Civil y en el Dere-
cho Penal tienen distintos aspectos.

Algunos autores como Antolisiei indican
que un resultado se considere en derecho penal y no en
derecho civil como efecto de una culpa y como afirma -
Guarneri defensor de la opinión contraria el Legisla--
dor pudiera haber dado normas contrarias pero no lo ha
hecho como lo demuestra la terminología utilizada, pues
también el Derecho Penal se inspira en la teoría de la
causalidad adecuada y el derecho privado se inspira en

(24) CHIRONI. La culpa en Derecho Moderno Madrid. 1898. pág. 50.

la " CONDITIO SINE ECUANON".

Sin embargo, el fenómeno físico de la causalidad aunque sea en sus normas jurídicas, debe estar alejado de toda indagación relativa al elemento psíquico, la utilización de la previsibilidad impone un distinto examen comparativo entre los dos derechos y llevando el problema a la noción de causa se hacen algunas distinciones :

- a).- Se habla de causa única en virtud de que en todo fenómeno hay siempre concurrencia de factores físicos y complejos, en la causa única se utilizan diversos criterios para buscar su eficiencia por ejemplo la inmediatez y la contextualidad o bien alguna proporción entre los sucesos en que se revele la adecuación de la causa respecto a especiales contingencias por ejemplo, un fósforo encendido es causa de un incendio si es arrojado a un pajar y no lo es si se arroja lejos

...
de todo elemento combustible lo cual tiene repercusiones sobre el elemento síquico de la previsibilidad.

b).- Se habla también de causas concurrentes preexistentes o simultáneas que dan origen a la responsabilidad, para precisar, se han fusionado como elementos concausales logrando en su conjunto la adecuaación necesaria, teniendo distintas consecuencias jurídicas ya que en el Derecho Penal la eficacia causal, puede influir sobre las distintas penas infringidas a los partícipes y cuando el nexo causal es diverso en Derecho Civil, también lo es el Derecho Penal, es decir, por cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito influye el nexo causal en diversa medida también en el resarcimiento.

...

c).- Causas supervenientes. en las que el Código Penal excluye el nexo causal, cuando por sí solas han sido suficientes para producir el resultado ; a este respecto, - Guarneri señala que es preciso en este caso, que una nueva serie to me el sitio de preponderancia neta, de modo que aparezca como úni ca y verdadera causa del resulta do en el sentido de que la nueva serie causal tome el puesto de la primera, se objeta que la Institu ción de las culpas crea un elemen to diferencial lo cual es cierto y únicamente en las consecuencias civiles de delitos que causan da ños recíprocos, en el Derecho Pe-- nal no es admitida la compensa--- ción por razones de política cri minal, porque la culpa de la víc tima como sabemos en concurrencia con el damnificante podrá tenerse

...

en cuenta para la pena y el dolo tendrá importancia como atenuante pero nunca eliminará la responsabilidad del autor del daño; por lo que hace al delito de omisión, solamente en sentido normativo se puede hablar de eficiencia causal en la omisión, en cuánto se presupone un especial deber de obrar derivado de una disposición jurídica especial, de esa manera se crea nexo causal con el resultado que no se haya impedido, ya he señalado que en este orden de ideas, no hay omisión culposa sino cuando se tiene el deber, cuando se tiene la obligación de hacer, cuando se ha omitido.

Tomando en cuenta lo anterior, en la culpa penal como en la civil es preciso que el daño derive de una conducta ilícita; en el concepto de culpa considerada

...

en su generalidad y de modo abstracto, existe el alejamiento de una regla dada de conducta imputable a la persona que está obligada a observarla y la ilicitud consiste no solamente en obrar, en hacer, sino también en dejar de hacer, pero cabe preguntar lo que debemos entender por conducta ilícita, ya que el término ilícito es sinónimo de antijurídico. Algún Sector de la doctrina cree que no es lo mismo, en virtud de que una conducta negligente imprudente que revela impera y que pudiera considerarse ilícita por su potencialidad nociva, no es antijurídica cuando no se opone a ningún precepto jurídico, de esta suerte en el ilícito civil como en el delito culposo puede suceder que la conducta sea por sí misma antijurídica si se opone a alguna norma del Derecho, pero solo se hace punible o capaz de imponer una sanción civil cuando produce un resultado determinado, cuando se viola nada más que una norma de experiencia - la conducta será tan solo ilícita y únicamente al producirse el resultado se volverá antijurídica.

Por lo que se puede decir, que en la culpa civil se puede aceptar el criterio conforme al cual la conducta se reviste de ilicitud o de antijuricidad cuando se realiza un daño a causa de una negligencia -

...
imprudencia o impericia o por la no observancia de leyes reglamentos órdenes o normas disciplinarias, de manera que del precepto de la conducta ilícita o antijurídica se transforma en justificada ó legítima cuando existe una de las causas previstas por el Derecho.

A mayor abundamiento, se habla en Derecho Penal de la responsabilidad penal proveniente de un hecho ajeno al responsable de resarcirlo, por regla general el responsable penal de un hecho ilícito es el único que tiene la obligación de resarcirlo sin embargo en derecho penal también se contempla el problema del resarcimiento del daño ocasionado por un tercero, fenómeno denominado civil.

De esa manera, el responsable penal sólo podrá ser una persona física por el hecho propio, sin embargo, en ocasiones se responde por el hecho ajeno cuando media entre el ejecutor material del acto ilícito y el obligado a resarcirlo una relación de dependencia; por ejemplo, el hijo menor que toma un revolver que han dejado en custodia, el padre responderá por su falta de custodia a título de culpa como de causa concurrente

...
con el resultado de modo directo; en el Código Penal se ha introducido una forma de responsabilidad indirecta - por medio de la Institución de las obligaciones civiles de las multas infringidas por contraversiones a personas dependientes de otra y de las obligaciones civiles de las personas jurídicas por el pago de multas contravencionales, pero en esa fórmula la conmutación de la multa en caso de insolvencia del imputado y del que responde por el, alcanza siempre al autor del hecho.

La responsabilidad civil que naturalmente se refiere a la que se deriva de un delito se distingue por dos criterios fundamentales, en primer lugar, - la posibilidad de responsabilidad a una persona jurídica y la responsabilidad indirecta o mediata por un hecho ajeno.

La responsabilidad indirecta se deriva - de una relación de jerarquía en la que se impone la -- obligación al superior de elegir a los dependientes en función de las actividades a las que se van a dedicar - para que si en su ejercicio causan resultados dañosos -

el Derecho les impone la obligación de resarcirlos.

Amén de las múltiples consideraciones que la doctrina señala en estos casos, tomando en cuenta -- los elementos de la culpa civil y de la culpa penal en síntesis debo decir, que atendiendo al criterio de estos autores, entre el ilícito civil y el ilícito penal no hay un criterio distintivo sustancial, que la diferencia es únicamente de carácter formal, pues el delito es perseguible con pena, es decir, los intereses jurídicamente protegidos pueden suscitar reacciones de carácter público, de ahí la necesidad de la intervención del Estado para castigar a su violador con una sanción más enérgica como es la penal que acompaña sin sustituirla a la sanción civil del resarcimiento y entonces se hablará de delito y si solamente hay una sanción civil, - el Estado faculta al damnificado para exigir el resarcimiento limitándose a facilitarle los medios para que obtenga el reconocimiento de su derecho y la ejecución de la sentencia; el que sea un criterio cuantitativo más - que cualitativo se deriva de la observación de que el Estado inspirándose en criterios mínimos de interés ha establecido que algunos delitos sean perseguibles por querrela del agraviado y algunos otros sean perseguibles de oficio.

...

Para ese grupo de autores no existe distinción entre el ilícito civil y el delito, pues apuntan que la única distinción la podemos encontrar en que en el delito la conducta afecta relaciones de carácter público y como consecuencia se impone una sanción más enérgica en tanto que en el delito civil la conducta produce resultados individuales y por ello la sanción es menos enérgica otorgándosele asimismo (en el caso del delito civil) al particular, la posibilidad de demandar individualmente el resarcimiento en tanto que en el derecho penal es el Estado encargado de imponer oficiosamente dicho resarcimiento.

Lo anterior, no nos ilustra respecto de los delitos de querrela necesaria en los que la Ley otorga al particular y la facultad de mover al organo persecutorio para que investigue y los persiga, pues en los delitos de querrela también se encuentra el interes de la colectividad en la persecución de los hechos delictuosos, pues serfa absurdo pensar que la posibilidad de mover al organo persecutorio es una facultad exclusiva de los particulares-

...
en virtud de que el bien jurídico que protege la norma penal se anida en valores individuales, tal criterio resulta absurdo en virtud de que no existe un criterio diferenciador respecto de lo que debemos entender interés privado, e interés público, toda vez que por otra parte dicho concepto ha constituido una división arbitraria que no tiene actualmente una clara explicación.

Es este uno de los temas más importantes dentro de la teoría del Derecho, fundamentalmente dentro de la dogmática civil y penal se plantea la necesidad de diferenciación.

El tema planteó grandes polémicas a partir de 1889 sin embargo parece ser que el tema adquirió tanta importancia que en él se pueden distinguir varias posiciones doctrinales :

- 1.- La que sostiene un criterio de diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal.

...

2.- La que sostiene la fusión fundamen-
tal unitaria del Derecho y por en-
de la ilicitud con su actividad, -
estructura y función en sus diver-
sas ramas lo que no excusa frecuen-
tes conexiones e interferencias.

3.- La que sostiene el criterio de que la
responsabilidad sin culpa ha de valer
como un lazo de unión entre el Derecho
Civil y el nuevo Derecho Penal, esta
posición podríamos denominarla ecléc-
tica.

La tesis de la unidad conceptual de lo cul-
posø como sabemos es predominante publicista, pues encon-
tramos una creciente tendencia de diferenciación contem-
plada en determinados sectores del derecho privado, hasta
borrar las clásicas distinciones que ya se hacfan entre -
lo contractual y lo extracontractual, añadiendo a ello la
tendencia de introducir en la noción de culpa civil los -
elementos subjetivos de antijuricidad e imputación psico-
lógica de origen penalista.

...
El subjetivismo y muy singularmente la teoría iniciada por Sadini tuvo su inmediato reflejo en la noción unitaria de la culpa, pues si se entendía el Derecho como un poder del sujeto y su voluntad, es evidente que la culpa hubo de contemplarse como una consecuencia de ese poder de la voluntad de carácter personalista, así, algunas personas como Zitelmann aprovechan la dirección subjetiva y conductista definiendo la culpa como la dejación del cuidado exigible equivalente a un insuficiente dominio de las fuerzas anímicas que determinan una conducta causante de daño, en el mismo sentido Regelfberger la define como el incumplimiento negligente de un determinado deber de cautela, conforme a semejantes postulados llegó el Código Civil alemán y además el criterio jurisprudencial de esta Legislación concretamente alemana hablaban de culpa como de "cautela exigible" y no como la usual.

Atento a lo anterior, podemos observar que científicamente encontramos que la teoría unitaria de la culpa se orienta en dos sentidos : *el deseo de subjetivizar la culpa civil o bien el de objetivizar la criminal, el primero lo siguieron los* -

...
unitaristas alemanes de Derecho Privado, concretamente los positivistas con Zitelmann a la cabeza que vinieron a apoyarse en ideas más afines al Derecho Penal que al Civil, dado que en el Derecho Civil predominaron las concepciones subjetivistas y el penal las objetivistas.

Así encontramos que en Alemania, la culpa está definida en el Código Civil de 1896 mientras que el Código Penal de 1871 no define lo que es de la culpa, cuestión ésta, que explica que la corriente unitaria se inició en Alemania al lado de los jusprivatistas; los penalistas por su parte ante la ausencia de una dogmática incidieron en la mayor diversidad de conceptos que en algunas ocasiones se alejaban del Derecho Civil sin respetar la tradición jurídica de esa área del derecho, como podemos observar en Binding quien asume una posición eminentemente civilista insistiendo en otorgar a lo culposo una caracterización meramente negativa de ausencia de dolo.

Por otra parte, también Binding, tiene una tendencia más positivista con el inconveniente de aceptar el unitarismo de Zitelmann tal vez por el

...
desinterés que tienen los positivistas hacia los valores de culpabilidad, que fue lo que le sirvió a este autor para apartarse del tecnicismo civil.

Por el contrario, en Italia encontramos que la culpa está definida en el Código Penal en su artículo 43 y no lo está en el Código Civil.

Los partidarios de la unidad conceptual prefirieron el enfoque objetivo presindiendo del elemento subjetivo de la culpabilidad, por otra parte, Romano Di Falco para defender la noción unitaria de culpa la encuadra en una noción de carácter procesal consistente en la unidad de jurisdicción con los argumentos que inciden claramente en la petitio principium finalmente para Silvio Ranieri, posee la culpa una esencia única que permite la reducción de consideraciones unitarias ya que tienen la misma naturaleza -- porque coinciden sus elementos sustanciales como son la unidad de acto jurídico, la unidad de daño resarcible aunque sea irrelevante la diversidad de las consecuencias producidas. (25)

(25) ROMANO D; FALCO. *Proceso Penale e azidani civile e amministrative* Milan 1943. pág. 89.

...
Lo mismo se puede decir en Italia en donde es evidente el predominio de la unidad conceptual en estas dos figuras y asimismo en España encontramos igual criterio, pues aunque un sector de la doctrina opina en forma diferente, también es cierto que la mayoría de los autores coincide en la existencia de un criterio unitario.

Quintano Repolles señala que en su concepto, lo ilícito tiene naturaleza formal, es decir, adopta la idea de lo contrario al Derecho mientras -- que la forma de culpabilidad en que ello se valora -- presupone por ello mismo, operaciones arqueológicas y normativas de conducta humana, que aunque por un origen común permiten y hasta imponen estimaciones distintas.

Este autor que sostiene un criterio --- ecléctico, parte de la idea unitaria en donde la culpa civil y la culpa penal en su origen no se distinguen, aunque si lo van a hacer en la producción de -- sus consecuencias, éstas pueden tener carácter subjetivo u objetivo y de ello, se puede partir para lograr

...
una posible diferenciación que ya señalaba Hegel, posibilitando incluir en el ámbito de la ilicitud civil - todo lo que vulnera un derecho subjetivo y en lo penal lo que viola un derecho objetivo; sin embargo, esa tesis diferencial tiene su origen en juristas de corte - civilista como Unger y Zucker, criterio obviamente rechazado por penalistas italianos como Giuseppe Maggiore y en España como Silva Melero y como Mester en Alemania. (26)

Dentro de las corrientes que sostienen la diferenciación con base en el hecho subjetivo y objetivo encontramos que aunque tal criterio es poco aceptable principalmente en España la teoría de la diferenciación alcanza diversas modalidades como es el caso del - subjetivismo puro, según el cual, la culpa civil vulneraría un derecho subjetivo personal y la penal un derecho subjetivo del Estado; esa teoría podemos decir que tiene un origen voluntarista, que se apoya en un concepto pragmático y de él, se derivan las teorías de - - - Sabigny y de Jiering que adolecen de imprecisión y dan lugar a inacabables discusiones.

(26) QUINTANO RIPOLLES opus cit. pág. 143.

Otro criterio de diferenciación que --
comparten los positivistas estriba en la peligrosi--
dad; aduciendo que en la culpa civil no existe otra--
perturbación que la del sujeto pasivo de la infrac--
ción mientras que en la culpa penal, el ámbito de la
peligrosidad es netamente social interesando al or--
den jurídico como a un todo.

Sin embargo, esa teoría no puede des--
virtuar a la experiencia ya que en la práctica, son--
frecuentes las culpas plenamente civiles con conse--
cuencia de perturbación social más honda y trascenden--
te que la imprudencia criminal mejor caracterizada --
como en el caso del accidente laboral fortuito.

Atento a lo anterior, también se apunta
la posibilidad de diferenciación entre esas figuras --
tomando en cuenta las consecuencias fácticas del ac--
to, pues en la culpa penal cabe posibilidad de flexi--
bilidad en eventos de puro riesgo en tanto que no ocu--
rre lo mismo tratándose de la culpa civil, finalmente
se señala que la culpa civil dá origen a una indemni--
zación de daños y perjuicios y que la culpa penal da--
origen a una pena llevando la idea pragmática más --

...

allá de su justa apreciación.

Se aduce finalmente una posición normativa entre la culpa civil y la culpa penal en cuanto que se toma en cuenta la génesis de la acción o bien a la norma como valoración ulterior de la misma, es decir, a la función de la tipicidad de legal o el concepto genérico resulta esencial tomando en cuenta la naturaleza de la infracción del deber jurídico exigido puesto que no cualquier infracción requiere estimativa jurídica ya que debe tratarse de una concreta -- infracción a un deber jurídico ; si el deber jurídico citado está protegido por una norma civil la infracción será de esa naturaleza surgiendo el delito civil en tanto que si el deber está consagrado por una norma sería delito criminal.

Se sostiene otro criterio que se basa en la mayor extensión normativa de los ámbitos penales y civil, se sostiene la exigencia de un factor -- subjetivo ideal de conducta imprudente, más bien una tipicidad concreta requerida a la hipótesis intencional, es decir, el condicional obliga a insertar la culpa criminal en un espacio reducido de acciones u omisiones voluntarias penadas por la Ley lo que suce-

...
de en la culpa civil, debiéndose tomar en cuenta que no es suficiente que la culpa criminal encarne formalmente en una tipicidad concreta pues debe estar indisolublemente vinculada a la exigencia suprema de la culpabilidad que no acontece en Derecho Civil y a mayor abundamiento la idea de la culpa civil y la penal discrepan sustancialmente tratándose de la responsabilidad por tercero.

Atento a lo anterior, encontramos que Brins, Manzini y Guarneri sostienen que el concepto de culpa penal es independiente del concepto de culpa civil, de manera que encontramos que la imprudencia en lo civil es objetiva y abstracta en tanto que en la criminal es ineludiblemente personal y concreta.

Así encontramos en forma panorámica la problemática cuestión del tratamiento que se da a la culpa, dicho tratamiento no obedece solamente a razones teóricas, sino fundamentalmente a razones de orden práctico en que se va a traducir el ejercicio de la acción civil cuando se haya declarado en el juicio criminal la existencia de la culpa o bien la demostración de su cuantificación con el objeto de reparar el

daño causado por el delito.

Los criterios de diferenciación entre la culpa civil y la culpa penal por lo menos doctrinalmente adolecen de un criterio generalmente aceptado pues las consecuencias tanto en el ámbito puramente civil como en el ámbito penal exige una específica determinación a fin de que el pasivo del delito esté en posibilidad de determinar la acción para reclamar la acción del daño y el procesado no vaya a ser objeto de exigencia de reparación, ante una posible doble vía que indiscriminadamente la Ley -- le pueda otorgar al ofendido o a la víctima del delito.

3). EFECTOS CIVILES Y PENALES DE LA SENTENCIA

Es evidente, que tanto la sentencia penal como la sentencia civil producen diversos efectos tratándose de la reparación del daño que ha tenido su origen en la comisión de un hecho delictuoso.

...
Ya he mencionado que la sentencia penal al igual que la civil es el acto jurisdiccional por excelencia que va a resolver un conflicto planteado al organo jurisdiccional, los efectos de la sentencia en materia civil llevan a la condena del pago de lo reclamado mientras que la sentencia penal descansa en la declaración de responsabilidad penal y en la consiguiente condena al resarcimiento del daño causado por el delito.

Los efectos penales de la sentencia por lo que respecta a los daños, plantea la problemática de precisar si la condena a la reparación debe estar subordinada a la sentencia de responsabilidad o si la conducta ilícita que ha producido un resultado dañoso de orden civil no sea exigible en la sentencia penal y en cambio sea exigible en materia civil con base en la teoría responsabilidad subjetiva y del riesgo creado.

...

Desde luego encontramos que el proceso civil y el proceso penal tienen carácter heterogéneo, que las resoluciones de la justicia penal como he -- mencionado, no pueden tener otro alcance que el de - declarar la responsabilidad criminal y la civil inhe - rente a un hecho delictivo sin prejuzgar en ningún - caso y mucho menos en el de absolución, si tienen o no otras valoraciones jurídicas cuya calificación y efectos hayan de ser apreciados por los tribunales - de otro orden, distinguiéndose los delitos penales - como aquellas conductas antijurídicas que violan el - derecho subjetivo público y que son acreedores a una sanción privativa además de una sanción civil y los - delitos civiles como actos antijurídicos pero que so - lo lesionan derechos subjetivos privados en los que - se impone únicamente la indemnización de daños y per - juicios. Este criterio que ya bosquejaron los auto -- res a los que me he referido anteriormente cobra par - ticular importancia tratándose de la naturaleza y de los efectos de la sentencia de carácter penal.

La sentencia criminal especifica y declara la responsabilidad civil ex delicto y tiene en el -

orden civil y en el jurisdiccional un neto valor de cosa juzgada, si bien ese concepto lo voy a apuntar en los siguientes capítulos, me obliga a plantear - cual es el criterio que debe adoptar la Legislación frente a una declaración de irresponsabilidad respecto a la reparación de daños ocasionados por conductas ilícitas que han sido calificadas como no delictuosas o bien en qué situación jurídica quedan la exigencia de la reparación de un daño en función de la no declaración de responsabilidad por errores judiciales que implican la desprotección de los ofendidos por el delito ante los procedimientos civiles de daños y perjuicios de por sí largos y tortuosos y -- que hacen que la tutela penal a los bienes jurídicos resulte nula.

Ante esta alternativa en la presente - tésis propongo la revisión legislativa de los efectos jurídicos de la sentencia por lo que hace a la reparación del daño, puesto que la misma debe de obedecer - a un criterio eminentemente público y no privatista - del derecho civil, pues el procedimiento penal debe -

...
estar investido de la suficiente garantía y seguridad para poder determinar en él mismo junto con la responsabilidad por el ilícito penal las consecuencias dañosas y su reparación que fueron ocasionadas por el delito.

La doctrina pretende tapar la deficiencia de la Ley aduciendo que cuando en el proceso criminal se declara la misma, queda intocable para ser reclamada en el proceso civil cuestión ésta que resulta absurda; de manera, que encontramos que en los efectos penales, la reparación del daño tratándose de absoluciones están indeterminadas ya sea por no probarse los hechos o por no probarse la culpabilidad resultando absurdo la división de jurisdicciones en esta noción de la culpa penal y la culpa civil.

4). LA COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL

La cosa juzgada según Eduardo Pallares, en la autoridad y la fuerza que la Ley atribuye a la

...
sentencia ejecutoria, mencionando que Autoridad es la necesidad jurídica de que lo fallado en la sentencia se considere como irrevocable e inmutable ya en el juicio en que aquella se pronuncie ya en juicio diferente, que la fuerza consiste en el poder coactivo del que dimana de la cosa juzgada es decir, que debe cumplirse lo que ella ordena.

Las 7 partidas Ley 2a. Título 22 Partida 3a. dan la definición de sentencia, diciendo que es la decisión legítima del Juez sobre la causa controvertida en su tribunal, Escriche comenta la definición, diciendo que se llama así, porque la palabra sentencia procede del vocablo latino -- sintiendo ya que el Juez declara lo que siente según lo que resulta del proceso.

Para Manresa y Navarro la sentencia es el acto solemne que pone fin a la contienda judicial decidiendo sobre las pretensiones que han sido objeto del pleito, es el acto sobre el cual el Estado a través del organo jurisdiccional destinado a tal fin aplica la norma al caso concreto --

...
declarando que tutela jurídica concede al derecho objetivo a un interés determinado.

Para Chiovenda, la sentencia es la resolución del Juez que acogiendo o rechazando la demanda afirma la existencia o inexistencia de una voluntad concreta de la Ley que garantiza un bien o lo que es igual respectivamente, la existencia o inexistencia de una voluntad de la Ley que le garantice un bien al demandado; la sentencia penal será el acto jurisdiccional por medio del cual al Estado concreta la tutela o bienes jurídicos determinados imponiendo una pena al controvertor, una medida de seguridad y la obligación de sarcir el daño causado por el delito. (27)

La doctrina señala que hay dos clases de esa cosa juzgada de los que se desprende la sentencia: *la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, la primera, consiste en la fuerza y la autoridad que tiene una sentencia ejecutoria en el juicio en que se pronuncia pero no en el juicio diverso y la cosa juzgada material es la contraria a la anterior y su eficacia -*

(27) PALLARES EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil Ed. Porrúa México 1976. págs. 720 y sigs.

...
trasciende a toda clase de juicios, la primera puede ser destruída mediante los recursos extraordinarios que otorga la Ley contra las sentencias ejecutorias y según otros autores, mediante la promoción de un juicio autónomo que nulifique la sentencia base de la cosa juzgada, distinción importante desde el punto de vista técnico como práctico ya que la cosa juzgada material además de los efectos procesales produce efectos de naturaleza sustancial.

La cosa juzgada es una Institución en virtud de la cual, emanan diversos efectos de carácter trascendental, constituye un título legal irrevocable y en principio inmutable que determina los derechos del actor y del demandado que tienen su base en lo fallado por el Juez como título fundatorio de estos derechos puede hacerse valer no solo ante las autoridades judiciales o bien ante el Tribunal que pronunció la sentencia ejecutoria.

En cuanto a su naturaleza existen varios criterios entre los que cabe destacar, la tesis del --cuasi contrato, la tesis de la presunción juris et de

...
jure, de que lo resuelto por la sentencia condenatoria es la verdad, la tésis sostenida por Sabigny de que es una ficción de verdad que radica en la parte positiva de la sentencia; la opinión de Carnelutti - que menciona que la esencia de la cosa juzgada consiste en un mandato individual y concreto complementario del general y abstracto que contiene la Ley -- que el Juez aplica en el fallo y la opinión de Alfredo Rocco para quien la sentencia se caracteriza porque lo decidido en ellas es inatacable y no puede -- ser revocado posteriormente por ningún recurso ni -- otro medio de impugnación.

Lo anterior que aparentemente se enfoca con simpleza en virtud de que está determinado con toda precisión en el proceso civil - no lo está en el - proceso penal pues un sector de la doctrina ... niega la existencia de la cosa juzgada en materia penal.

Esa doctrina la encontramos con cierta - importancia en Italia en donde Giovanne Leone sostiene que el problema es más virulento en el proceso penal -

...
que en el proceso civil ya que la incidencia del interés de la colectividad a que se castigue al culpable y que se declara inocente al que lo sea, en el proceso civil aún existiendo un interés de la colectividad a que la distribución de los bienes de la vida se haga conforme a derecho queda muy mediatizado por el interés de las partes y ello que se expresa en la aplicación del principio dispositivo.

La cosa juzgada trata de solucionar el problema de seguridad jurídica pretendiendo impedir un nuevo proceso y una nueva sentencia correspondiente hablándose en este sentido de la cosa juzgada como un remedio a la inseguridad jurídica ante la imposibilidad de posibles sentencias contradictorias.

Por una parte podemos encontrar que una sentencia declare la irresponsabilidad por un hecho ilícito y que una sentencia civil de reparación e indemnización del daño causado por el mismo hecho produzca la condena a su resarcimiento.

En efecto, la cosa juzgada puede entenderse en un sentido formal o en un sentido material. En un sentido -- formal la cosa juzgada consagra al principio de que la --- sentencia no puede ser impugnada, bien porque el recurso - sea improcedente o porque aún siéndolo, hayan transcurrido los términos señalados en la Ley para promoverlos, hecha - excepción a nuestro juicio de amparo directo.

En sentido material hay cosa juzgada, cuando la --- sentencia tiene carácter de irrevocable y se inspira en el principio " NON VIS IN IDEM ". " LA EXCEPTIO REI JUDICATE HABETUR, " impide que se reviva el proceso sobre los mis-- mos hechos. El impedimento es absoluto y se funda según la doctrina en el principio de que quien ha sido absuelto, no pueda ser sometido nuevamente a juicio por una razón supe-- rior de derecho público, pues la posibilidad de la perpetua repetición de los procesos, sería fuente inagotable de in-- quietudes individuales y de perturbación social.

Amén de que me inclino por la tésis de Arturo Rocco respecto de la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, men-- cionaré brevemente que al respecto existen entre otras, las-- siguientes teorías:

- 1.- La llamada teoría clásica que se atribuye Savigni llamada teoría de la ficción de -
verdad;
- 2.- La teoría de la presunción absoluta de -
verdad que se atribuye a Pothier; y
- 3.- La teoría de Arturo Rocco denominada, teo
ría de la certeza o de la voluntad autori
taria del Estado. (28)

La teoría de la autoridad de la cosa juzgada es de origen muy antiguo, la descubrimos por primera vez en las Leyes del Manú en la India y en Derecho Romano, ya Cicerón y Quintiliano se referían a las máximas y brocardos gravados con las siguientes expresiones: RES IUDICATA; NON VIS IN IDEM; EXCEPTIO REI IUDICATAE; RES IUDICATA PRO VERITATE HABETUR; RES INTER ALIOS JUDICATA ALIIS NON PREIUDICARE; - tales principios entre otros vivieron y florecieron hasta los digestes y las instituciones de Justiniano. (29)

(28) VELAZQUEZ M. JUAN. op. cit. pág. 220

(29) ROCCO ARTURO.- Trattato della cosa giudicata como causa di estinzione dell'azione penale. Modena 1900. págs. 3 4 y sigs.

La " RES JUDICATA PRO VERITATE HABETUR " es para Chiovenda el fruto marchito de un equívoco debido a la - pobre inteligencia de los textos romanos, a la influen-- cia del Derecho Germánico y de las ideas escolásticas, - tratando de crear una verdad formal o ficticia, que ampa- rase la autoridad de la cosa juzgada frente a la verdad- real; además según el mismo autor ALEMENDIGEN señaló : -
" *El fundamento jurídico de la cosa juzgada, no está en la necesidad de la seguridad definitiva, sino en la san- tidad del Estado y en la sabiduría de su elección; está en la necesidad de venerar en los órganos de sus leyes - (los jueces), la misma justicia personificada, la misma- ratio loquens, que los ciudadanos deben reconocer en el - Estado como órgano de la vida jurídica.* (30)

No obstante lo anterior, Tuozzi señala que en rea- lidad el corpus iuris romano lejos de contener los gérme- nes de una teoría, que funde la autoridad de lo juzgado - sobre una presunción de verdad, contienen simplemente una similitud que hiciera evidente la eficacia Erga Omnes de- los fallos sobre cuestiones de estado. (31)

(30) CHIOVENDA JOSE. Principios de Derecho Proc. Civil. Madrid 1941 Tomo II Vol. I pág. 413 y 414.

(31) TUOZZI. Autorita della cosa giudicata. Turin 1900 págs. 10 y sigs.

Para Svigny, la cosa juzgada se define como la fuerza legal de la sentencia que no consiste sino en la ficción de la verdad, por virtud de la cual, la sentencia pasada en cosa juzgada está garantizada contra toda tentativa futura de impugnación ó de invalidación, se trata de un derecho formal en oposición al derecho efectivo real, por eso en fuerza de tal ficción, la sentencia injusta adquiere valor constitutivo del derecho; -- ésto es, puede suceder, que un derecho inexistente anteriormente, sea generado ex novo, o que un derecho existente sea destruído, disminuído ó modificado en su contenido y se basa en la hipótesis de que la sentencia -- puede ser errada y trata de justificar esta posibilidad mediante una ficción.

Contra esta teoría se mencionan las críticas siguientes :

- a).- *La ficción y la verdad, no pueden coincidir pues los errores judiciales quedarían por sí mismas convalidadas en función de su propio imperio;*

- b).- Se ha fijado el carácter declarativo de la sentencia, opuesto al carácter constitutivo en la sentencia;
- c).- La invocación de un derecho formal y de un derecho material de derecho justo y de derecho injusto, son contrasentidos, conceptos irreductibles, dentro del orden jurídico.
- d).- En el proceso civil, no es fin la verdad real, la objetiva, porque los medios de conocimiento y la inteligencia humana lo prohíben, por lo que la sentencia debe -- contener y puede solamente contener la -- verdad subjetiva, la certeza, " QUE REPRESENTA EL EQUIVALENTE DE LA REALIDAD", la verdad absoluta y objetiva no existe, y -- así, debe preguntarse: ¿ cómo será posible asignar al proceso civil, en calidad -- o fin jurídico, la obtención de aquella -- verdad (objetiva), que está afuera de toda posibilidad humana?, en esa virtud, --

aparece como ilógico y antijurídico querer que un valor relativo y falible, como es el derivado del conocimiento humano, se convierta en verdad absoluta, total, incontrovertible.

- e).- Por que la teoría reseñada se afianza en el posible error, y justifica por ese error con una ficción de verdad, no la sentencia errónea, sino todas las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada; ficción que, como aparece con evidencia, califica anticipadamente de injusta y contraria al derecho la sentencia, de falsa declaración concreta de la voluntad del Estado, cuando precisamente sólo los órganos jurisdiccionales dentro del procedimiento señalado en la Ley, son los capacitados, para realizar tal evaluación querida por el Estado y si ella falta, cualquiera estimativa en contrario, es ajurídica, inoperante en el ámbito del derecho, de manera que la sentencia, no crea el derecho, sino que exclusivamente lo reconoce como preexistente. Los eventuales casos de error,

por buena ó mala fé, contenidos en la sentencia que adquiere autoridad de cosa juzgada, - son previstos por el Legislador, estableciendo el contradictorio, la igualdad de las partes; consiguientemente, fundar la autoridad de la cosa juzgada en el error es contraria a la base del Derecho. (32)

Para Sabigny la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada queda protegida contra toda tentativa de modificaciones, lo que lleva a admitir que una sentencia injusta llegue a tener un valor constitutivo de derechos lo cual resulta - - inaceptable para el derecho procesal penal que busca como finalidad práctica el conocimiento de la verdad real o material.

La teoría de la presunción de verdad, es sostenida por Pothier quien señala que la cosa juzgada consiste en que se presume que la sentencia una vez que es inatacable, contiene la verdad objetiva de hecho y de derecho, engendra una presunción Jure et de Jure. Para Pothier entonces, la autoridad de la cosa juzgada hace presumir verdadero y equitativo todo lo que está contenido en la sentencia y esta presunción, siendo Jure et de Jure, incluye toda prueba en contrario; Res iudicata pro veritate accipitur.

(32) JUAN R. PALACIOS. La cosa Juzgada citada por J. Velázquez op. cit. pág. 492.

Esta teoría de la presunción de verdad parte de la hipótesis no de ficción, sino de probabilidad de que la sentencia, no contenga error, y transforma esta simple hipótesis en presunción absoluta (Jure et de Jure)

La teoría de Pothier es adoptada en el Código Civil de Napoleón, pues en su artículo 1350 señala :
"... es presunción legal la autoridad que la Ley atribuye en presunción absoluta. (Jure et de Jure)

Tal Tesis es objetable si tomamos en cuenta que la posibilidad, no puede ser fuente de certeza en un orden eminentemente lógico y racional, pues sólo por defecto, se puede buscar en una idea de justicia la tutela del derecho.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, en la exposición del motivo señala que "cuando han concluido todas las impugnaciones, la sentencia de mérito no es posible ya de modificación o sustitución; se tiene entonces una verdad formal que por la esencial función pacificadora del fallo, corresponda o no a la realidad jurídica que debía protegerse, esto es, ya se considere justo ó injusto,-

debe valer como verdad material, fuera del proceso en las relaciones humanas.

El artículo 354 del citado ordenamiento señala lo siguiente :

" La cosa juzgada es la verdad legal y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la Ley"

Tal criterio es tomado de Pothier, sin embargo, - el mismo no tiene relevancia en el ámbito laboral en que la Suprema Corte de Justicia ha señalado, que las juntas fallan a verdad sabida y buena fe guardada. Es decir, - este Instituto desaparece en el procedimiento laboral; - el proceso para nada sirve carece de finalidad y no adquiere relevancia jurídica, lo que lleva al absurdo de establecer que la cosa juzgada tiene un sentido relativo y ello, repugna con su propia naturaleza, pues ella, es el soporte de la seguridad jurídica como el contenido o fuerza que cohesiona un sistema jurídico determinado.

Para la teoría de la certeza o de la voluntad au-

toritaria del Estado sostenida por Arturo Rocco, el fundamento de la autoridad de la cosa juzgada, no debe buscarse en el elemento lógico de la sentencia sino en el volitivo. El fallo debe cumplirse porque la voluntad del Juez es la fuerza incastrable del poder del Estado.

La eficacia de la cosa juzgada se extiende a todas y cada una de las cuestiones debatidas en el Juicio pero requiere que la sentencia anterior, haya sido dictada por autoridad competente.

Para Hugo Rocco, el Instituto de la cosa juzgada, debe considerarse como un fenómeno procesal, como obligación de no juzgar nuevamente una controversia entre los mismos sujetos, cuando fue objeto anteriormente de un juicio; como un límite impuesto por la Ley a la actividad de los órganos jurisdiccionales, una vez que ha sido realizada, cumpliendo su función de cognición del derecho, como la liberación de una obligación jurídica " OBLIGACIÓN DE LA JURISDICCION CIVIL EN EL ESTADO DEL ACERTAMIENTO," por ello la sentencia no ha de estudiarse en sí misma sino en relación con el derecho de acción y con la obligación del Estado a prestar la jurisdicción, así, tiene carácter absoluto (LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA) , relevable de - -

oficio, porque representa, la causa normal de extinción del derecho de acción y la satisfacción de la obligación del Estado de prestar su jurisdicción al mismo tiempo -- que su agotamiento, de la misma manera que el Estado tiene de sujetar a las partes al proceso civil.

En conclusión, la sentencia vale por dos motivos:

- 1.- *Porque es la voluntad del Estado declarada conforme a las leyes y,*
- 2.- *Porque contiene la verdad, la certeza de - la que se no se puede dudar,*

Si esta voluntad pudiera ser cambiada continuamente, jamás se consolidarían los estados jurídicos y las relaciones humanas; de ahí que el derecho contenido en la -- sentencia en aplicación de las normas genéricas, mudaría -- como las variaciones de criterio de los Tribunales creando inseguridad jurídica. Precisamente para hacer cesar la du da, para terminar con la incertidumbre, se concede el dere cho de acción y por tanto el proceso, y esa cuestión, si - pudiese revivir de continuo, impediría el hacer práctica y efectiva la Ley.

Ahora bien, la autoridad de la cosa juzgada en materia penal sufre dos excepciones:

- 1.- La destrucción de la eficacia de la sentencia cuando el derecho sustantivo quitó a la conducta el carácter delictivo que la norma anterior establecía.

Artículo 57 del Código Penal:

" Cuando una Ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito, que otra Ley anterior le deba, se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando, y a los condenados que se hallan cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas y cesaran su derecho todos los efectos que éstas y los procesos debieron producir en lo futuro."

- 2).- La retroactividad de la Ley Penal en beneficio del procesado:

Artículo 56 del Código Penal.

"Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre el se pronuncia, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en otra Ley vigente al cometerse el delito ó la sustituyan con otra menor, se aplicará la nueva Ley."

"Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se hubiere impuesto una sanción corporal, se dictare una Ley que dejando subsistente la sanción señalada al delito, sólo disminuya su duración, si el reo lo pidiere y se hayare en el caso de la nueva Ley, se reducirá la sanción impuesta, en la misma proporción en que estén el mínimo de la señalada en la Ley anterior y el de la señalada en la posterior."

Por lo anterior, considero válida la teoría de Rocco, en virtud de la cosa juzgada debe crear certeza absoluta e inconvencible ya que constituye la personificación del Estado

en el órgano jurisdiccional en la búsqueda del principio superior de seguridad jurídica.

Por ello la autoridad de la cosa juzgada debe tener estos elementos:

- 1.- *Por su contenido o extensión, absoluta (en cuanto a las relaciones en ella resueltas),*
- 2.- *Por su validez, general a todos los procesos relacionados con los mismos hechos.*
- 3.- *Por su firmeza permanente, es decir inmutable al crear relaciones jurídicas nuevas (aún incluidas en esta las declarativas que son en última instancia constitutivas por voluntad de la Ley.*

Resulta de lo anterior que la opinión de la Suprema Corte de Justicia es errónea, cuando sostiene que las actuaciones en el ramo penal no hacen prueba en el proceso civil, la que resulta absurdo y equivale a someter el proceso penal

de orden público, al civil que es de interés privado, debiendo siempre aquel preponderar sobre éste en razón de la naturaleza jurídica de las relaciones que define.

C A P I T U L O T E R C E R O

EL PROBLEMA DE LA PREJUDICIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

- 1).- Antecedentes y Concepto
- 2).- Clasificación
- 3).- Efectos de las cuestiones prejudiciales.
- 4).- La Prejudicialidad Penal Absoluta
- 5).- La Suspensión del Procedimiento - Civil por una cuestión prejudicial Penal.

1).- ANTECEDENTES Y CONCEPTO

Como he mencionado el problema de la reparación del daño se presenta en nuestra Legislación confuso e incompleto en virtud de que tanto la Legislación Penal como la civil no determinan expresamente la vía concreta y exclusiva de reclamación y dejan al ofendido en imposibilidad de defensa, pues tal indeterminación legislativa da lugar a instancias diversas de carácter procesal que hacen ilusorio su derecho para obtener dicha reparación causada por el delito.

Como sabemos, el artículo 29 de nuestro Código Punitivo, señala que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño; que cuando la reparación del daño deba ser hecha por el delincuente, tendrá el carácter de pena pública; pero cuando la misma se exija a terceros obligados, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos del Código de Procedimientos Penales.

En este orden de ideas, la reparación del daño adquiere dos modalidades :

a).- Dentro del proceso, cuando es exigible al encausado y entonces tendrá el carácter de pena pública o de responsabilidad civil si es reclamable a terceros obligados, en el proceso, entonces procederá la vía civil bajo el título de responsabilidad objetiva por riesgo creado.

Por otra parte, el artículo 30 del mismo ordenamiento indica que la reparación del daño comprende, la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible ésto, el pago del precio de la misma y la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, asimismo en el artículo 31 dispone que la mencionada reparación será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagar. De esta manera la reparación del daño se eleva a la categoría de pena pública que se va a aplicar en caso de condenación, atendiendo a las siguientes circunstancias:

a).- Al daño material causado, a la capacidad económica del obligado; de esta manera nuestro Código Penal al darle a la reparación del daño el carácter de pena pública lo hace, atendiendo no al interés del sujeto dañado sino a la situación económica del obligado a pagarla, adoptando así criterios de política criminal al establecer la relatividad del pago de la reparación del daño en función a su naturaleza de pena pública en perjuicio del ofendido.

Lo anterior resulta contradictorio ante el derecho que tiene el ofendido para acudir a la vía civil, pues en esa Legislación no se atiende a la capacidad económica del obligado sino que expresamente señala que dicho daño causado, será reparado en función del propio daño sin tomar en cuenta la capacidad económica del obligado, existiendo en relación a un mismo hecho, un criterio diferente que contradice ostensiblemente su contenido:

En efecto, el artículo 1910 del Código Civil, así como el artículo 1913 señalan que 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 que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos - por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la co---rriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas está obligado a responder del daño que cause aunque no obre ilícitamente, a menos que demuestre que ese daño se produjo por causa, por culpa o por negligencia inexcusable de la víctima.

Atento al contenido de estos preceptos del Código Civil se puede decir que el que obre en forma lícita o en forma ilícita y cause daño está obligado a reparar ese daño, además el artículo 1915 del propio ordenamiento civil establece que la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior-cuando ello sea posible o en el pago de los daños y perjui--cios y que cuando el daño que se cause a las personas produzcan la muerte, la incapacidad total permanete parcial, - -

permanente total, temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto en la Ley Federal del trabajo, y por lo que hace al cálculo de la indemnización que corresponda, se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo más alto que corresponda a la región en vigor y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo, asimismo que en caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Por otra parte, el artículo 1916 señala que independiente de los daños y perjuicios materiales, el Juez puede acordar a favor de la víctima, de un hecho ilícito o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho; que esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil, etc.

Es decir, el artículo 1916, del Código Penal deja a criterio del Juez condenar a la reparación moral de la víctima por medio de una indemnización equitativa sin establecer los parámetros de su cuantificación, cuestión que resulta a todas luces absurda y contradictoria con el contenido del mismo ordenamiento.

Atento a lo anterior, en relación a la reparación del daño se plantea el problema de establecer con -

precisión cuales son los efectos que pueden tener las llamadas cuestiones prejudiciales en el procedimiento penal, en atención a ello me referiré brevemente a éstas.

Como sabemos, en la Legislación Romana encontramos los más definidos antecedentes del fenómeno de la prejudicialidad toda vez que las cuestiones llamadas prejudiciales eran materia de numerosas acciones denominadas *pariudicialibus actiones*, que se otorgaban a cierta clase de personas que ocupaban determinada posición familiar dentro de la singular organización de la familia romana. De la especial organización de la célula familiar y la particular formación de la antigua sociedad romana es por la que explicamos la cantidad de acciones perjudiciales que se otorgaban de las cuales dan testimonio la mayoría de los tratadistas que se ocupan de esta materia.

En la rara estructura social y familiar de la sociedad romana encontramos la unidad familiar herméticamente formada con una serie de relaciones centralizadas en el *pater familia* esta posición tenía efectos en relación a la persona y a los bienes de cada uno de sus componentes; en medio de tal organización política y social la familia pareció como unidad monolítica en la que el pater,

constituía un pequeño monarca, dueño de los bienes, patrón de los esclavos, clientes y titular de los derechos patronales sobre los libertos; encerraba en su cetro, en su unidad de poder, la patria potestas sobre sus hijos y nietos, mantenía amplio poder sobre su esposa y sus muebles, podía imponer asimismo la pena de muerte a los sometidos a su potestas.

El pater familias era la única persona que tenía plena la capacidad jurídica y procesal, de manera que todos los miembros de la familia, sean hijos, esposa, esclavos, clientes o libertos, nietos y nueras dependían de él y sólo podían participar de la vida jurídica a través de sus designios omnipotentes; cuando por alguna circunstancia alguno de los miembros de la familia querían reclamar algún derecho, solo con la autorización del pater podía acudir al *iudex* en demanda de una decisión que le permitiera intentar con posterioridad determinado juicio; los esclavos, los hijos, esposa, la nuera, solamente adquirían para el patrimonio del pater es decir, era un medio a través del cual el pater adquiría bienes cuyo fondo acrecentaba ya fuera por su trabajo o por cualquier otro título gratuito.

Atento a lo anterior, se comprende que existieran numerosas acciones prejudiciales, pues constituían un procedimiento previo para que el *alieni juris* pudiera

cobrar cierta independencia frente a los poderes totales - del pater. El orden de las relaciones de los *alienijuris* - estaba completamente jerarquizado como he mencionado en ma nos de su omnimoda voluntad que solamente la magistratura - podía alterar previos ciertos requisitos y solemnidades.

Refieren los tratadistas que las relaciones - de los pater familias con los diversos miembros de *su domus* son los siguientes :

- a).- Sobre los clientes. El paterfamilias - tiene un poder patronal que se acerca mucho al poder antiguo del señor sobre sus libertos. Muchos autores creen - que originalmente la categoría de los - clientes se compone precisamente de an tiguos esclavos.
- b).- Sobre los esclavos. El paterfamilias - tiene un poder comparable al que tiene sobre la propiedad privada con las sal - vedades arriba expuestas;
- c).- Sobre los libertos. El pater familias - ejerce el jura patronatus ya expuesto,

d).- Sobre su esposo y nueras. El paterfamilias tiene la manus;

e).- Sobre los hijos y nietos. El Pater familias tiene la patria potestad. (33)

En el Derecho Romano como sabemos, las acciones prejudiciales se caracterizaban porque en ellas se trataba de probar o verificar la existencia de una circunstancia especial como por ejemplo, cuando se quería acreditar que una persona era libre o esclava ingenua o liberta, de estas acciones no solamente eran titulares aquellos que estaban sometidos al imperium de un pater familias sino también este último en los casos que habiendo salido de su dominio uno de *alienie iuris* por cualquiera de los diversos modos que consagraba la Ley Romana o de hecho, se convertía en titular de la acción para reclamar de su emancipado el cumplimiento de ciertas prestaciones a su favor, oportunidad en la cual comparecía como demandante pero en un juicio previo, primero para comprobar su situación jurídica y posteriormente

(33) Floris Margadant Guillermo. Derecho Romano. Edit. Esfinge México. 1965. pág. 143 a 145.

para intentar el juicio correspondiente por el cual podría obtener el cumplimiento de las consecuencias derivadas del primer reconocimiento prejudicial.

En ese derecho encontramos como puede observarse, multiplicidad de acciones prejudiciales y ello se explica por el significado que se le daba entonces a la acción como contenido jurídico procesal, pues ella surgía cada vez que el Magistrado autorizaba a una persona para que acudiera a un juicio con el fin de reclamar un derecho.

Dentro de este panorama, en el que encontramos un mundo formado en el orden político y en el de las relaciones privadas por poderes exorbitantes del titular de la familia o de la *domus*, había que buscar fórmulas especiales que permitieran la proyección al exterior a alguno de los miembros de la familia que se vieran en la necesidad de reclamar una contra prestación que no emanara directamente del pater; de ahí encontramos el origen de las numerosas acciones prejudiciales que vienen a constituir el antecedente inmediato de las cuestiones prejudiciales.

si bien, su contenido es diverso y distinta su finalidad - atento a las distintas situaciones políticas y sociales - que separan nuestras legislaciones de la Legislación Romana.

Tomando en cuenta que quien tenía plena capacidad jurídica era el pater, encontramos que estas acciones prejudiciales eran parte de un proceso especial y previo, - el cual nacía solo para reclamar de alguien determinada -- prestación específica y constituía el llamado *preajudicium* por medio del cual se buscaba comprobar la existencia de determinada situación jurídica que le daba a una persona el derecho de reclamar a otra algo, cuya declaración se obtenía en el fallo favorable que diera la Magistratura en el proceso previo.

El *praejudicium* era una *actio* con que el actor demanda que se fije o compruebe si existe o no un hecho o una situación jurídica; estas acciones son frecuentemente preparatorias de otros procesos y constituyen un procedimiento previo. (*praejudicium*). El actor puede afirmar por ejemplo que el demandado es un liberto pues como podía entenderse, había tantas acciones, cuantos derechos subjetivos existieran o situaciones de hecho que el Magistrado consideraba dignos de amparo.

Algunos autores también señalan que " el derecho romano a diferencia de lo que en la actualidad acontece, no estableció una sola clase de procedimiento dentro del derecho privado para regular la actividad de los órganos jurisdiccionales, sino que procedió a crear tantas acciones cuantos eran los intereses a tutelar, de manera que cada una de las relaciones estuvo amparada por su propia acción protectora. Derecho subjetivo y acción defensora, constitulan una unidad inseparable, a tal punto que la existencia del derecho dependía casi exclusivamente de la acción específica que lo protegía. Esta modalidad hizo que el Derecho Romano diera cabida a tantas y numerosas acciones como variados fueron los derechos subjetivos admitidos por el Jus Civile y distintas las acciones situaciones de hecho amparadas por el pretor, dando lugar a que la jurisprudencia clásica encaminara especialmente su labor al estudio de las diversas clases de acciones porque en ellas se condensaba y agotaba el contenido de cualquier derecho o situación de hechos desconocidos o violados por un tercero." (34)

En síntesis podemos decir, que en ese derecho las cuestiones prejudiciales están relacionadas con -

(34) PEÑA GUZMAN Y ARGUELLO. Derecho Romano Edit. Tea. Bs. As. 1966 Tomo I pág. 464.

ciertas situaciones de hecho o de derecho que debían ser -
previamente reconocidas, antes de que alguien pudiera asu-
mir la posición de demandante en un juicio ulterior.

Las llamadas *praeiudicialibus actiones* sur-
gen en el derecho de familia relacionadas con problemas -
del estado civil o con cuestiones patrimoniales y según su
naturaleza, originaban acciones prejudiciales de familia,-
de estado o de patrimonio.

Con tales acciones no se buscaba obtener una
sentencia de condena y por eso en ellas, generalmente no -
figuraba el nombre del demandado, Gayo en sus institutas-
señala, que se habla de una categoría especial de acciones
que son las prejudiciales (*Praeiudicialibus actiones*) o-
sea a aquellas que se caracterizan porque su fórmula no --
contiene más que una (*intentio*): Por cuanto que con ellas
se trata de verificar solo una determinada circunstancia co-
mo para determinar si una persona era ingenua o liberta ó -
bien, cualquier otra cuestión relativa al Estado de las per
sonas, el importe de la dote, como condición indispensable-
y previa para el ejercicio de otra acción principal. Aten-
to a tal criterio, estas acciones prejudiciales constituían
un presupuesto de una acción posterior que tenía ó podía -
agotar el demandante, siempre y cuando hubiese tenido resuel-
ta a su favor la declaración de esta cuestión previa.

Entre este tipo de acciones prejudiciales se pueden citar como las más importantes :

- a).- *Las acciones liberalis causa, que se promovían para que una persona fuese declarada libre o esclava, - se otorgaban al que reclamaba que una persona que pasaba por libre- fuera declarada esclava suya y - que al que pasando por esclavo se dirigía a la justicia para que -- fuera declarado libre.*

- b).- *Las denominadas ingenuitatis causa, que se otorgaban a cualquier persona ingenua o manumitida de un determinado patrón a fin de que se obtuviera una declaración en este sentido.*

Otro grupo de acciones llamadas prejudiciales, aparte de las ya citadas, encontramos las denominadas *actio partu agnoscendo*, que se otorgaban a la mujer contra el marido para que se le reconociese como suyo al hijo que había dado a luz y se confería también al jefe de-

familia para que reconociera como padre de su hijo o para que se le desconociera la calidad de tal a quien pasaba - como su hijo; todas estas declaraciones previas constituían presupuestos para el ejercicio de acciones posteriores por eso encontramos que la noción de la acción prejudicial aparece por primera vez en el derecho romano como intento para que los miembros de la *domus* pudiesen ejercitar una acción posterior previa la declaración de una situación jurídica determinada como presupuesto de la misma.

Las acciones prejudiciales se distinguían de las comunes porque como he mencionado, su fin era lograr - un solo pronunciamiento del Juez respecto de determinada - cuestión que podía ser como el fundamento de un juicio ulterior. Consecuentemente, no perseguían la condena sino - que podían considerarse más bien como la autorización para acudir a un *iudex* (juez) (35)

Las acciones prejudiciales relacionadas con - cuestiones patrimoniales como sabemos fueron abundantemente reglamentadas en el Derecho Romano, entre otras podríamos - citar la *actio praeiudicium quanta dos sit* y la que se daba a los *sponsores* con el fin de que se hiciera constar que el

(35) PEÑA GUZMAN Y ARGUELLO. op. cit. Tomo II pág. 464.

acreedor había hecho sus manifestaciones de acuerdo con la Ley. *Actio Praeiudicium An Ex Lege Ciceraya Praedictum Sit.*

Atento a lo anterior, se puede decir, que en el Bajo Imperio, la fuerza de la Legislación Romanística, -- las acciones así denominadas, tenían por objeto una autorización para confrontar una situación de hecho o de derecho que sería el fundamento de una legislación posterior, en nuestras legislaciones éstas se intentan para decidir y juzgar relaciones de las cuales puede derivar una decisión que origina otras situaciones de derecho que pueden corresponder su conocimiento a funcionarios de diferentes jurisdicciones como el caso que examino sobre la reparación del daño civil y la reparación del daño penal; tal problema se viene planteando en atención a que ello, contradice la unidad de la decisión jurisdiccional por el criterio estatal para resolver una determinada situación de hecho.

En cuánto a su concepto la palabra perjudicial sabemos deriva de latín " *Praeiudicialis* " que quiere significar según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, todo aquello que requiere o pide una decisión anterior y previa a la sentencia de lo principal. Dícese de la acción ó -

excepción que ante todas las cosas se debe examinar y definir. En síntesis, es aquello que precede al juicio. Para el derecho procesal equivale al incidente de previo y especial pronunciamiento referido íntegramente a la decisión del caso que se plantea por la necesaria influencia para ella. (36)

Deben ser decididas preliminarmente por las autoridades penales y no exigen más que una simple prioridad de tiempo en la decisión, según dicho autor, esta excepción prejudicial en sentido restringido es aquella que debiendo ser decidida preliminarmente es remitida por la jurisdicción de lo criminal a la jurisdicción civil, suspendiéndose entre tanto el procedimiento penal que quedará definitivamente extinguido con la sentencia favorable del Juez.

PUGLIA, estima que son cuestiones prejudiciales, todos los obstáculos que derivados de los derechos nacidos o por razón jurídica, tienden a suspender el curso de la acción penal.

PESCATORE llama cuestión prejudicial, a cualquier punto de derecho meramente civil, que se presente ante la jurisdicción penal en forma de controversia sincera-

(36) IDAGORRI DIEZ BENJAMIN. Instituciones de Derecho Procesal Penal Ed. Temis. Bogotá 1965. pág. 149.

y no simulada y que sean realmente susceptible de ser juzgada en opuestos sentidos aún por jueces imparciales y expertos, pudiendo por lo tanto dar lugar a fallos distintos según que se decidan por el Juez de lo penal o por otro que conozca de la causa.

VICENSO MANZINNI, tomando como punto de apoyo algunas opiniones doctrinales, indica que todas aquellas cuestiones sinceramente propuestas y no evidentemente infundadas que versen sobre una relación de derecho privado administrativo y que constituyen el antecedente lógico-jurídico de un delito o de una circunstancia de éste, se llaman prejudiciales al juicio penal, y constituyen un obstáculo real relativo al ejercicio de la acción penal.

La doctrina asimismo dá diversos conceptos de lo que debe entenderse por cuestión prejudicial de lo que debe entenderse por cuestión prejudicial entre ellos se pueden mencionar las siguientes:

MERLIN, llama cuestión prejudicial aquella que en un proceso debe ser juzgada antes que otra, porque esta carecerfa de objeto si fuere vencida en la contienda la persona que la sostiene.

LAGRAVEREND señala, que las cuestiones prejudiciales son aquellas cuya decisión preferente es necesaria para que pueda resolverse sobre las otras que en juicio se discuten y que éstas pueden quedar sin objeto si aquellas son resueltas en uno o en otro sentido.

MANGIN, despues de considerar como base de las mismas, aquellos hechos que por su naturaleza constituyen el antecedente lógico del delito, indica que la existencia de estos hechos anteriores, como elementos indispensables del ilícito penal que persigue el Ministerio Público representan necesariamente cuestiones que deben ser previamente resueltas a éstas cuestiones previas, las leyes y los jurisconsultos las llaman cuestiones prejudiciales.

HELIE, expresa que son cuestiones prejudiciales en materia criminal, todas las excepciones que suspenden la acción o el juicio de un crimen de un delito o de una mera contravención hasta la depuración de un hecho anterior, cuya apreciación sea una condición indispensable para el procedimiento o para el juicio.

CASTORI, señala la siguiente definición : se llaman excepciones prejudiciales en sentido lato, todas aquellas que deben lugar a una suspensión del término de la acción penal que constando la diligencia del excepcionamiento-

debe durar hasta que sea obtenido fallo irrevocable del Juez competente sobre la cuestión controvertida. (37)

De las definiciones anteriores, se desprende que de ordinario la doctrina confunde entre cuestión previa y cuestión prejudicial, que atento al término " *prejudicial*" debemos entender que son todas aquellas cuestiones que preceden al juicio o que son antes del juicio; ahora bien, el concepto de lo que debe entenderse por cuestiones prejudiciales debemos precisar en primer lugar, lo que debemos entender por la palabra juicio y posteriormente determinar si en un concepto estrictamente procesal, dichas cuestiones son anteriores o constituyen el presupuesto del ejercicio de la acción o son propiamente anteriores al juicio.

Según nuestro procedimiento penal patrio, si en tendemos que la etapa del juicio es un estadio posterior - - aquél en que el Ministerio Público formula sus conclusiones, - se puede decir que todos los actos o cuestiones anteriores de bemos entenderlas con carácter prejudicial; sin embargo, si -

(37) Citados por V. HOFFMAN. Tratado Teórico Práctico de las cuestiones prejudiciales en materia represiva según el Derecho Francés Tomo I. pág. 352.

entendemos por juicio todo el procedimiento solo podemos hablar de cuestiones que preceden al ejercicio de la acción penal y en nuestro caso no podríamos hablar de cuestiones prejudiciales porque éstas, caerían en todo caso fuera del procedimiento penal, por ejemplo : *la declaración de quiebra es imprescindible para que el Ministerio Público pueda ejercitar acción penal por quiebra fraudulenta, en este caso, dicha declaración aparece como una cuestión prejudicial y en este orden de ideas encontramos que no hay obstáculo para establecer las sinonimia entre cuestión previa y cuestión prejudicial.*

Sin embargo, el objeto de la presente tesis es establecer la importancia que una cuestión prejudicial puede presentar en el procedimiento penal, concretamente en la reparación del daño en el caso de la sentencia penal de condena que imponga la obligación de reparar el daño y que puede constituir una cuestión antecedente para demandar en la vía civil una segunda reparación cuestión que obviamente resulta incongruente en función a un principio de estricta justicia, ó en el caso de que una sentencia penal obligatoria determinó que el daño se produjo por culpa inexcusable de la víctima, tal afirmación del Juez Penal ¿ es válida en un juicio civil por responsabilidad objetiva o riesgo creado.?

2. CLASIFICACION

La doctrina ha hecho diversas clasificaciones de las cuestiones prejudiciales a las que me refiero brevemente y que desde luego considero más importantes :

- 1).- *Cuestiones prejudiciales a la acción y,*
- 2).- *Cuestiones prejudiciales al juicio.*

Esta división durante mucho tiempo fue aceptada, pero recientemente ha sido criticada en virtud de que con ella se confunde la acción con el procedimiento y que como he mencionado, utilizan como sinónimos el juicio y el procedimiento y éste con la acción misma; inclusive se puede decir, que esta clasificación es ilógica y contradictoria ya que el interés social que inspira a la acción penal tendría que estar en su caso subordinado a una cuestión de derecho como sería por ejemplo la quiebra fraudulenta incurriéndose así en el absurdo de estimar como cuestiones prejudiciales lo que no puede ser más que condiciones impuestas para proceder, no puede ejercitarse cuestión alguna que sea anterior a lo que no tiene existencia dentro del contexto del procedimiento penal, puesto que el civil quedaría -

libre de esto.

Respecto a las prejudiciales al juicio o sea las mencionadas en segundo lugar, resulta que son más bien cuestiones previas y que de ninguna manera tienen el carácter de excepciones como en las legislaciones de Francia, Italia y Bélgica toda vez que a semejanza de la Legislación Alemana y Austriaca puedan intentarse antes de iniciarse el juicio penal.

Se han dividido también, en :

- a).- *Cuestiones prejudiciales propiamente dichas y,*
- b).- *Cuestiones prejudiciales impropias*

Entendiéndose por las primeras, aquellas que tienen por objeto hacer inmutable el estado de la causa y las impropias aquellas que se establecen con distinto fin.

Se les ha clasificado también por la doctrina según desde tres puntos de vista a saber :

- a).- *Por razón de la materia;*
- b).- *Por el período de juicio en que pueden ser promovidas y*
- c).- *Por la autoridad encargada de decidir las.*

Esta clasificación es más convencional, ya - que como podemos observar, cada uno de las formas de clasificación propuesta puede admitir multiplicidad de sub clasificaciones en razón de cada materia, del período de juicio - o de la autoridad que las decide.

Finalmente, se pretende otra clasificación - de la siguiente manera :

- a).- *Excluyentes de la jurisdicción penal;*
- b).- *No excluyentes de la jurisdicción penal;*
- c).- *Determinantes de culpabilidad o de la inocencia y,*
- d).- *No determinantes de culpabilidad y de la inocencia.*

A las primeras se les clasifica de la siguiente manera :

- a).- Excluyentes por razón del influjo que pueden ejercer en el procedimiento ó en la resolución de la causa.

- b).- Excluyentes en razón de la materia, - hallándose en el primero de los casos las de culpabilidad y las de inocencia que influyen en el procedimiento - suspendiéndole y en la sentencia haciendo desaparecer el carácter criminal del hecho juzgable y la responsabilidad del presunto reo, como en la Legislación Mexicana en donde encontramos la resolución que resuelve el incidente por desvanecimiento de datos, también por razón de la materia tenemos las cuestiones patrimoniales, las del estado civil, las de propiedad, las de posesión, etc.

Sin embargo, se puede decir, que esta clasificación es también convencional, puesto que nuestra Legislación, adopta criterios diferentes en relación a este punto y con referencia a otras legislaciones.

3. EFECTOS DE LA CUESTION PREJUDICIAL

Sabemos que las cuestiones prejudiciales pueden tener efectos distintos en el procedimiento penal, --- planteándose de esta manera una posible contradicción o - conflicto de jurisdicciones civil y penal que es materia - de este trabajo recepcional.

A). TESIS DE FRANCISCO CARRARA

Al abordar la problemática del conflicto de - jurisdicciones, Francisco Carrara parte de la base; de que - tanto en lo criminal como en lo civil la sentencia que se - pronuncie produce los efectos de la cosa juzgada, pero úni - camente con relación al asunto que ha sido objeto principal de la controversia de acuerdo con las leyes que rigen la -- competencia. Considera que no ocurre lo propio en cambio - con lo que él llama " LOS IMPLÍCITOS "; que han sido sometidos simultáneamente el juzgamiento de lo principal y que - por lo tanto, no puede hablarse de cosa juzgada respecto de las cuestiones extrapenales que hubiera resuelto el Juez del crimen para decidir acerca de la cuestión pública que compe - te, como tampoco, lo habrá respecto de las cuestiones pena-- les que el Juez Civil hubiere resuelto incidentalmente para

juzgar sobre la cuestión civil sometida a su conocimiento.

Carrara apunta así, el problema de la prioridad de procesos, es decir, la supremacía del proceso penal frente al proceso civil y se inclina a considerar la prevalencia del penal siempre que se trate de juicios que tengan un mismo objeto y sobre el cual puedan pronunciarse - tanto el Juez Penal como el Juez Civil, pero que en cambio cuando se trate de casos en que uno de los dos pronuncia - un fallo (JUDICIUM) y el otro asume un conocimiento simplemente incidental (INCIDENTALIS COGNOMITIO) la cuestión debe someterse a aquel que sea competente por razón de la naturaleza del hecho, señalando que " *el juicio criminal es indudablemente anterior al juicio civil, pero cuando en el juicio criminal nace la necesidad de un conocimiento, puede cambiar en todo o en parte la suerte de la acusación se encuentra el perjuicio y precisamente si se trata de un perjuicio, debe tener la prioridad, más si al decidir este juicio el perjuicio no entra en la competencia del Juez del crimen : entonces no puede tomar conocimiento y la causa se encuentra frente a dos dificultades: o conculcar los derechos eventualmente nacientes en el juicio criminal cayendo en denegación de justicia, o autorizar al Juez del crimen para que resuelva la acción civil, violando las reglas de la competencia. Tratamiento no sólo útil y -*

provechoso sino también necesario, en tales circunstancias es que la prioridad ceda el paso y que el juicio civil adquiera prioridad respecto del penal. . . ." (38)

Como es de observarse, el punto de vista de Carrara solamente se orienta en función de encontrar la prelación del juicio penal y el juicio civil, de manera que para que surja este problema de prejudicialidad se requiere, que tanto sobre la cuestión principal sea civil ó penal como sobre la cuestión accidental que sobre aquella tiene influencia, existan dos acciones separadas en cada una de ellas. Se pide la resolución de ambas cuestiones, es decir, para que surja la cuestión prejudicial como problema jurídico, deben existir dos juicios, uno penal y otro civil y que la solución de uno de ellos incida necesariamente en la del otro, de esta manera, mientras las partes no hayan solicitado una solución o resolución judicial independientemente sobre la cuestión incidental el Juez ya sea penal ó civil, tiene la facultad para asumir el conocimiento de esa cuestión (INCIDENTALES COGNITIUM) y de pronunciarse sobre ella para el solo efecto de resolver el asunto principal que constituye el objeto del juicio que se somete a su jurisdicción.

(38) CARRARA FRANCISCO. Opúsculos de Derecho Criminal, Florencia 1911 Vol. VII. págs. 191 y sigs.

B). TEORIA DE VINCENZO MANZINI

Manzini hace la distinción entre cuestión preliminar y cuestión prejudicial, dice que la primera, no tiene ninguna resonancia en el fallo de la cuestión con la cual se relaciona, pues el merito del juzgamiento es independiente y generalmente controvertido, en tanto que la cuestión prejudicial, sí afecta la decisión que haya de tomarse respecto al problema jurídico con que se relaciona y puede presentarse aún despues de decidirse.

Reconoce que el contenido de la cuestión prejudicial es distinto del que pertenece a la cuestión principal materia del juicio pero que corresponde tambien al Juez de la controversia principal su resolución, aunque de acuerdo con las normas generales de la competencia ella debiera resolverse por otro Juez, tésis que se expresa bajo la fórmula clásica de que el Juez de la acción es el Juez de la excepción, solución que parece apropiada y que aunque el contenido de la prejudicial está regulado por una rama del derecho diferente de la relativa del contenido de la controversia principal, corresponde también al Juez de la controversia principal la decisión de la cuestión prejudicial ete rogénea que en otra forma según las ordinarias normas de la competencia debía de ser decidida por otro Juez.

Este concepto se suele expresar por medio de la fórmula: el Juez de la acción es también Juez de la excepción, fórmula no totalmente exacta (pues no -- siempre se trata de excepciones) pero que es útil como recurso nemotécnico. (39)

Para resolver el problema de la prejudicialidad señala el autor, que es necesario distinguir dos situaciones:

Que se trate de una cuestión prejudicial penal surgida dentro de un proceso civil o administrativo o de una -cuestión prejudicial civil (de derecho privado) que surja de un proceso penal, ya que en ambos casos suelen ocurrir ciertas consecuencias que son producto de la oportunidad en que se resuelvan.

Se trata de establecer las relaciones que deben mediar entre las varias jurisdicciones, según que la cuestión prejudicial haya sido ya decidida en sentencia definitiva o que se encuentre pendiente de decisión.

(39) MANZINI VINCENZO. Tratado de Derecho Procesal Penal. Bs. As. - Edit. Ejea. 1951. Tomo I. pág. 342.

Para el Derecho Italiano, se ha seguido el principio de la unidad de jurisdicción que se expresa en el sentido de que cualquiera que sea el Juez o cualesquiera que sea la competencia la función jurisdiccional es -- siempre única, de manera que el juicio determinado ante -- cualquier Juez no puede repetirse; este sistema acogido por la Legislación de la Península, se funda como he mencionado en la Unidad de Jurisdicción que implica la competencia para conocer toda cuestión homogénea o heterogénea necesaria para la decisión principal (*el Juez de la acción lo es también de la excepción salvo que la Ley disponga expresamente una forma distinta.*)

Sin embargo, para que el fallo penal que ha resuelto que la cuestión prejudicial se presentara nuevamente en una controversia civil o administrativa como en nuestro caso si se presenta la responsabilidad por culpa es un delito, también debiera presentarse como una acción de reclamación por responsabilidad civil objetiva, sería necesario desde el punto de vista de Manzini que se reunieran los siguientes requisitos fuera de los cuales no sería posible considerarla como definitivamente resuelta :

A).- Que se trate de una sentencia irrevocable de condena o de absolución o de un objeto de condena hecho ejecutivo.

Las sentencias sujetas aún a impugnación ordinaria y los decretos de condena contra los que sea oponible o se haya propuesto oposición, no tienen autoridad de cosa juzgada en el juicio civil o administrativo, cuando se trata de sentencia irrevocable de absolución ejerce ésta su efecto, aunque se haya motivado en una deficiencia de prueba; las sentencias de absolución pueden llevar a una declaración de certeza positiva o negativa de los hechos materiales por los que había sido requerido el imputado a responder, en ambos casos, el Juez Civil o Administrativo debe atenerse a esas declaraciones de certeza, si la sentencia de absolución depende de una causa de extinción del delito o de no punibilidad que presuponga la declaración de -

certeza de los hechos materiales atribuidos al imputado, esta declaración positiva de certeza no puede ser desconocida por el Juez Civil o Administrativo.

- B).- Debe tratarse como en el caso, de sentencia de una decisión irrevocable, revocada a consecuencia del juicio; esto es natural, ya que no tiene sentido que una decisión transitoria que no es resultado del juicio en que se ha controvertido la cuestión en que radica el problema de la prejudicialidad, sea obedecida y produzca consecuencias jurídicas.
- C).- La autoridad de la cosa juzgada de la decisión penal en el juicio civil o administrativo se limita a los hechos que fueron materia del juicio penal así, -- cuando el Juez Penal declara por ejemplo la existencia del dolo no puede el Juez Civil o Administrativo negarlo, -

sino únicamente declarar como existentes los hechos que el Juez Penal tuvo como inexistentes o viceversa, aunque está obligado a valorar los hechos declarados ciertos por el Juez Penal.

Esta fórmula Manzini se expresa, diciendo, que la autoridad de la cosa juzgada de la decisión penal en el --juicio civil o administrativo se limita a los hechos materiales que fueron objeto del proceso penal.

- D).- La cosa juzgada está limitada en los efectos al derecho, que se basa en la declaración de certeza de los hechos materiales que fueron objeto del juicio penal, pues carece de sentido que el efecto de la cosa juzgada se ex---tienda a hechos y derechos que se fundan sobre algo que no fue materia de lo controvertido.

Los hechos materiales son precisamente aquellos en que consiste objetivamente el delito o una circunstancia, la autoridad de la cosa juzgada de la decisión penal en el juicio civil o administrativo está ulteriormente limitada al juicio civil acerca de un derecho cuyo reconocimiento dependa de la declaración de certeza de los hechos materiales que fueron objeto del juicio penal.

E).- La libertad de prueba del delito en el proceso penal, no puede anular las normas relativas a la prueba que para sus fines especiales tiene establecido el derecho civil, así no sería justo dice el autor que el fallo penal que ha declarado la libertad de prueba sobre la existencia de la certeza de un hecho material, constituya fundamento aceptable para declarar la prueba de un derecho subjetivo de particulares condiciones probatorias conforme a las normas-

específicas del derecho civil, es decir, que la autoridad de la cosa juzgada de la decisión penal en el juicio civil o administrativo está siempre condicionada al hecho de que la Ley Civil o Administrativa no ponga limitaciones a la prueba del derecho controvertido; si se admitiera que el Juez Civil o Administrativo pudiera reconocer un derecho subjetivo a consecuencia de la declaración de -- certeza de los hechos materiales pronunciada por el Juez Penal en virtud de su plena libertad de prueba, se -- vendría a frustrar la prohibición de la Ley para recurrir en el juicio civil a determinados medios de prueba -- para demostrar la existencia del hecho de que se trata, prohibición que por contrario debe ser respetada mientras tengan vigor las leyes civiles -- que la establecen. Esta circunstancia de que ahora se trata, sirve para

determinar las consecuencias de la -
cuestión juzgada incidentalmente por
el Juez Penal y el influjo que tiene
el fallo propiamente penal sobre el-
juicio civil o administrativo con que
se relaciona la materia decidida. -
Sin esta distinción no podría confun-
dirse el efecto de la cosa juzgada en
cuánto a la cuestión prejudicial so--
bre litigio civil o administrativo ó el
efecto de la cosa juzgada plenamente-
decidida sobre el fallo penal sobre -
la nueva controversia que llegue a --
plantearse, cuestión que se relaciona
primordialmente con la libertad que -
tiene el Juez de fundamentar su con--
vicción sobre las pruebas producidas-
en el proceso penal, es decir, que la
sentencia penal no tiene fuerza de co
sa juzgada en el juicio civil, las --
pruebas producidas en el proceso penal
pueden servir de base al Juez Civil pa-
ra el fallo del problema privado mate-
ria del juicio respectivo, siempre que
la Ley Civil no lo prohíba de modo ex-
preso y directo.

La suspensión del juicio civil administrativo o laboral mientras se resuelve una cuestión prejudicial penal tiene su justificación según Manzini en lo siguiente:

a).- *La conveniencia de orden público de dictar fallos contradictorios que violarían el principio de la unidad de jurisdicción cuya vigencia constituye base fundamental del orden social, dado que permite impartir armoniosamente la administración de justicia.*

La unidicidad de jurisdicción tiene por objeto de que la jurisdicción se desarrolle unilateralmente sin decisiones que rompan su unidad o que enfrentadas dos decisiones como cosas antagónicas sean causa de anarquía y confusión en la conciencia de los ciudadanos y de perplejidad en las autoridades de ejecución de fallos; no es posible que para un Juez sea lícito aquello que una jurisdicción prohíbe o castiga, no se comprende dice Manzini, que aquello que es en jurisdicción conducta normal en otras sea juzgado como causa perturbadora del orden social.

- b).- En la necesidad de conveniencia de -
facilitarle al Juez Civil la declara-
ción de certeza de la verdad en la -
decisión de los conflictos jurisdic-
cionales de su competencia, de manera
que su fallo, está fundado sobre ba-
ses incontrovertibles o sea, sobre -
consideraciones que no pueden replan-
tearse por haber sido definitivamen-
te resueltas, por haberse pronunciado
una decisión antecedente que elimina-
toda posibilidad de discusión como -
quiera que han pasado en autoridad -
de cosa juzgada.
- c).- En la prevalencia de los intereses -
que le son propios a la acción penal,
pues por definición, esos intereses -
se relacionan con el orden público en
el sentido de que son fundamento de -
la paz social, de la convivencias co-
lectiva, de la armonía de las relacio-
nes ciudadanas que constituyen un con-
junto de condiciones que deben estar-

por encima de las conveniencias privadas de quienes se traban en una controversia, que solo contempla sus intereses personales, que la acción penal garantiza la supervivencia del conglomerado social y que tiene preminencia sobre las demás.

- d).- Es necesario que ella influya directamente en la exclusión de otra cuestión cualquiera.

De manera que para que una cuestión pueda -- considerarse como prejudicial de otra se necesita que ambas esten vinculadas en una relación causa o efecto, bien porque la primera le da nacimiento a la segunda, ahora por que la extingue o la modifica.

Finalmente señala como condiciones para la - suspensión de la controversia civil o administrativa por - una cuestión prejudicial penal las siguientes:

1. Que la cuestión prejudicial esté constituida por un hecho que la Ley Penal contemple expresamente como delito.

- 2.- Que el carácter del delito sea conocido por el Juez Civil como un hecho relevante, independientemente de que la parte interesada haya afirmado la existencia del mismo delito.
- 3.- Que el Juez Civil, Administrativo, Laboral, etc., declare el fallo del asunto penal que tendrá influencia en la decisión de la cuestión civil materia de su conocimiento, del caracación para la cual el Juez goza del más amplio arbitrio.
- 4.- Que este en curso o se inicie el correspondiente proceso penal para el juzgamiento y sanción del delito de que se trata.

Si bien en relación a este aspecto, existen divergencias acerca de las dos últimas, puesto que en las primeras se reconoce plenamente que ninguna relación de derecho privado puede cumplirse cuando tiene su origen en un delito, que ningún derecho ni su correlativa

relación pueden nacer a la vida jurídica cuando se fundan en un hecho violatorio de la Ley penal; de esta manera, - cuando la relevancia de un hecho ilícito trasciende sobre una fuente de obligaciones privadas, la ejecución y cumplimiento de estas últimas no puede realizarse mientras - la justicia criminal no se pronuncie y falle lo relativo al delito.

El fundamento lógico y jurídico de estas -- consideraciones es incontestable por lo cual cada vez que una relación jurídica tenga origen en el delito, la dilucidación de aquella debe quedar siempre subordinada a la decisión que sobre el delito hayan de tomar las autoridades competentes; en cambio, cuando se trata de la validez de las dos últimas condiciones surgen discrepancias de - fondo fundadas en que no permiten aceptarse como proposiciones de reconocimiento universal en cuanto a la potestad del Juez extra penal para declarar el influjo que puede tener el fallo sobre la decisión, influjo que puede - tener el fallo del asunto penal sobre la decisión de la - controversia sometida a su conocimiento, resulta que como el delito surge dentro del mismo proceso en que se debate la cuestión civil administrativa o laboral aunque su consumación sea precedente no se da la razón por la cual el-

Juez que conoce de estas cuestiones pueda negarse por ejem
plo a la suspensión del juicio materia de su conocimiento-
so pretexto de la ninguna influencia del delito en el fa--
llo de la cuestión materia de su competencia, haciendo -
uso para declararlo, el amplio arbitrio que se le confie-
re.

4. LA PREJUDICIALIDAD PENAL ABSOLUTA

Los que sostienen la prejudicial penal absoluta señalan que el principio general que el Juez que conoce de la acción también conoce de la excepción, afirman que el Juez Penal tiene capacidad para resolver cuestiones de naturaleza extra penal que surjan en el desarrollo proceso criminal en cuanto sea necesario para fallar el asunto sometido a su conocimiento.

Sostenedores de esta tesis es J. Hofman, para quien en el derecho filosófico, el Juez llamado a conocer de la infracción debe ser competente para decidir al mismo tiempo todas las cuestiones incidentales civiles y penales que puedan pronunciarse con motivo de una infracción siempre que no sean más que excepciones, es decir, defensas que el apremiado opone a la acción principal aunque por su naturaleza escape al Juez de la acción penal, si le fuesen sometidas por la acción principal e independientemente de todo hecho punible.

J. J. Haus a este respecto señala, que cuando la existencia de la infracción depende de un hecho cuya apreciación plantea una cuestión de derecho civil, los

tribunales penales tienen igualmente el poder de decidir esa cuestión, a menos que ésta, haya sido reservada a la jurisdicción civil por una disposición expresa de la Ley.

En este caso, la cuestión se hace prejudicial y el ejercicio o fallo de la acción pública se suspende hasta que el Tribunal Civil se haya pronunciado definitivamente para esta cuestión.

En Derecho Francés encontramos un sistema de envío obligatorio de las cuestiones relativas al estado civil de las personas a los tribunales civiles cuando ella se presenta en el curso de un juicio penal vinculadas con un hecho criminal; este sistema de fijar en la Ley las cuestiones prejudiciales para que éstas sean decididas previamente a la cuestión principal es quizá, la manera más correcta de enfocar el problema procesal de tan grande importancia y que durante tanto tiempo ha tenido perplejos a los procesalistas, pues en realidad, definidas previamente en una norma especial todas las cuestiones prejudiciales que en la práctica pueden suscitarse, se pondría coto a la divagación o a las interpretaciones caprichosas que en lo general sirven de pábulo a una dilatación exagerada de los litigios, por lo demás, el señala

miento legislativo de las cuestiones prejudiciales conduce a la especialización de la jurisdicción en esas materias lo que facilita su juzgamiento por funcionarios expeditos, que estarán en condiciones de señalar pautas seguras, mediante el trámite de un juicio breve y sumario que impida la prolongación indefinida de los pleitos en que se disputan aquellas cuestiones. (40)

Por otra parte, LUIGI LUCHINI afirma en relación a -
ésto, que para la existencia de algunos delitos es indispensable a veces que sean previamente comprobadas algunas circunstancias del hecho discutibles en materia de Derecho -- Privado. La autonomía y los supremos intereses representados por la acción penal requieren en el Magistrado Penal - la más amplia potestad de conocer y resolver cualquier controversia que surja en el procedimiento; pero la necesidad social de que ciertas delicadas relaciones jurídicas, de difícil demostración no sean sustraídas de aquellas especiales y singularísimas disciplinas probatorias, instituidas por las leyes particulares, en orden a tales relaciones y que serán incompatibles con las formas del proceso penal - o con su necesaria simplicidad y rapidez exige en tal caso, se suspenda el curso de la acción penal para proceder pre-

(40) J. J. HAUS. Principios Generales de Derecho Penal Belga. Gante 1879. Tomo II. pág. 382.

viamente a las comprobaciones de que se trate, con las normas y en las formas establecidas por esas leyes. Son estas las llamadas cuestiones prejudiciales que interrumpen el ejercicio de la acción penal en el sentido de que deben resolverse previamente y por obra del Magistrado Civil suspendiendo en tanta el ejercicio de aquella. (41)

En relación a la llamada prejudicialidad absoluta, existen serias objeciones a este punto de vista, señalando en primer lugar que este sistema conduce al enfrentamiento de las jurisdicciones, dada esta manera como los jueces interpretan la prueba y aplican los principios según sea la jurisdicción a que pertenezcan, como el caso en que al pronunciarse incidentalmente como sobre uno de los elementos del delito por ejemplo en el abuso de confianza entrega a título definitivo de dominio o a título precario no traslativo de dominio absuelve o condena a un procesado pero esa cuestión se vuelve a plantear como principal dentro de un juicio civil reivindicatorio y el Juez Civil decide de ese modo contrario declarando por ejemplo que la cosa mueble había entrado en el patrimonio de quien fuera condenado por el Juez Penal como responsable del citado delito de abuso de confianza, en este estado de cosas dice la doctrina, convendría preguntar si es posible

(41) LUCHINI LUIGI. Elementi di Procedura Penale. Firenze 1908. pág. 111.

que pueda presentarse una contradicción entre los dos fallos jurisdiccionales, en términos tales que las consecuencias - vengan a neutralizar el efecto de otro y si en caso de ser posible, existiría un procedimiento que eliminara él la posibilidad de contradicción. En primer término, considerando la diferente esfera de los pronunciamientos jurisdiccionales, se dice que nunca se daría el caso que de una sentencia civil viniera a interferir la ejecución de una sentencia penal en la que una de las dos partes en el juicio civil fue ra condenada y tampoco el caso de que una sentencia civil - de lanzamiento pudiera ser interferida en su ejecución por - causa de un fallo penal en que una de las partes hubiera sido absuelta dentro de un proceso de este orden, surgido como consecuencia del mismo bien, materia de la restitución.

Algunos autores como Mario Odérigo, señala que nunca puede ocurrir que una sentencia penal contradiga una - sentencia civil cuando el Juez Civil decide " PRINCIPALITER " acerca de la cuestión que anteriormente había sido estimada " INCIDENTER " por el Juez del crimen para el solo efecto de la represión, el conocimiento incidental que éste haya sido asumido respecto de la cuestión no produce cosa juzgada y - nadie pretenderá fundarse en él para hacer derivar otros -- efectos que no sean los que se incluyan en la parte dis- positiva de la sentencia del Juez de la represión, termina- les en cuánto a la condena o acusación y los civiles en - -

cuanto a la indemnización eventualmente reclamada y fundada en la existencia del delito; fuera de estos casos, la - - cuestión incidente no quedará prejuzgada y será reproponible, pero tratándose de efectos diversos no pondrá interferencia entre los pronunciamientos de ambas condiciona--les. (42)

También se indica que aunque los dos fallos - de jurisdicciones distintas se encuentren en alguna juris - dicción, ésta sería simplemente moral pero no jurídica pues no existiendo identidad de efectos ni de personas entre - - aquellas, podrá observarse una diversidad de apreciaciones más no decisiones jurídicamente excluyentes, porque las es - feras de sus jurisdicciones son por entero diferentes; a -- este respecto según Oderigo ambos fallos se sustentan en - criterios diferentes acerca de una misma cuestión, pero no - habría contradicción jurídica desde que el segundo Juez se - ha limitado a conocer (*incidenter*) incidentalmente acerca - de la cuestión sobre la cual el primero se veía pronunciado (*principaliter*) principalmente y ambos habrán valorado esa - cuestión de distintos ángulos y con fines también diversos. uno para juzgar el delito imputado y el otro para juzgar el

(42) ODERIGO MARIO. Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal. Bs. As. Edit. Ideas. pág. 107.

delito de calumnia que existiría ante la falsa imputación como se denomina en la Legislación bajo el nombre de falsas imputaciones.

Ahora bien, no debe descartarse que la contradicción ocurra en algunos casos cualquiera que sea la prerrogativa de que se le da al Juez para fallar la cuestión prejudicial penal.

Existen otras opiniones favorales a la prejudicialidad penal absoluta, de manera que encontramos relación a este problema criterios doctrinales en favor y criterios doctrinales en contra que no voy a tratar detenidamente por razones de espacio pero que sobre el particular, puedo concluir que no tienen razón aquellos autores que señalan que no puede haber contradicciones en ambas jurisdicciones - ya que unas ven el mismo hecho en forma incidental y el otro en forma principal, situación que a todas luces resulta contradictoria si tomamos en cuenta que la jurisdicción es la potestad que tiene el estado de decir el derecho en un caso concreto y que ésta debe tener como característica esencial, la unicidad de decisión que implica unicidad de criterio y unicidad en el conocimiento, en la obtención y en la valoración de la prueba, cuestiones éstas que en mi concepto

no han sido absolutamente determinadas por la doctrina y que la legislación mexicana adolece en este punto de graves defectos y serios inconvenientes como en la especie en donde se indica, que la reparación del daño es pena pública y que debe aplicarse en función a la capacidad económica del encausado y por otra, se señala que el ofendido tiene el derecho de demandar la reparación civil como consecuencia de un hecho lícito o ilícito pero en el que no se toma en cuenta la capacidad económica del demandado, sino la existencia del daño, resulta ello de la absurda incongruencia entre la reclamación que se hace al procesado por un delito y la reclamación que se hace al responsable de un acto ilícito en vía de responsabilidad civil, ambas cuestiones son aspectos de un mismo hecho y sobre los cuales la legislación debe unificarse para evitar las contradicciones existentes.

5. LA SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL POR UNA CUESTION PREJUDICIAL PENAL.

En relación a este problema ya he mencionado claramente, cual es la discrepancia doctrinal que existe - respecto a la prevalencia de la jurisdicción penal respecto de las otras jurisdicciones, discrepancia que se refleja tambien en los sistemas legislativos entre los que destaca el criterio de que el derecho penal es de orden público.

Son diversos sistemas los que han adoptado - las legislaciones en relación al problema de la prejudicialidad entre los que se pueden mencionar :

- 1.- *Sistema que acepta la prejudicialidad penal absoluta; a la que me he referido en puntos anteriores;*
- 2.- *Sistema que acepta la prejudicialidad civil absoluta, sistema a todas luces criticable porque subordina la Legislación Penal a cuestiones de orden - civil es decir una cuestión de orden público a una de interes privado.*

- 3.- *Sistemas que aceptan la prejudicialidad civil pero en forma obligatoria y limitada.*
- 4.- *Sistemas que establecen la prejudicialidad civil limitada tambien, pero potestativa o facultativa.*

En sistema de la prejudicialidad penal absoluta que la doctrina denomina " *de la soberanía o predominio de la jurisdicción penal*" el Juez de la causa es el que debe decidir todas las cuestiones prejudiciales que en la misma se promovieren y se apoya en el principio de que el Juez de la acción es el Juez de la excepción ya que el Juzgador al resolver la cuestión que contenga la acción debe resolver cuestiones conexas con el delito así como las incidencias y efectos del mismo; de manera que le corresponde el conocimiento de las cuestiones prejudiciales que en el procedimiento pudieran promoverse.

El segundo sistema o sea el de la prejudicialidad absoluta, por el contrario, el Juez de lo Civil ha de reservar siempre y en todo caso al Tribunal competente-

la resolución de toda cuestión que se plantee como prejudicial en el proceso penal; este principio que es criticable, se apoya en la idea de que el Juez de lo criminal no tiene conocimiento para juzgar y conocer respecto de las cuestiones no penales que se agiten entre las partes y - que es de absoluta necesidad que se suspenda el procedi- - miento criminal si no pudiera afirmarse la existencia del delito ó la culpabilidad del delincuente, ni pronunciarse sentencia sin que antes fuese resuelta alguna cuestión extraña al proceso penal, esta tésis es sostenida como he - mencionado por Francisco Carrara y Pescatore.

El tercer sistema denominado de la prejudi- - cial civil limitada y obligatoria, el Juez del delito de- - be someter las cuestiones prejudiciales a la decisión de- - la jurisdicción no represiva únicamente en determinados - casos, siendo competente para resolverlas en todos los de más, este criterio que pudieramos llamar mixto o eclécti- - co se puede denominar como el de "PREJUDICIALIDAD CIVIL - LIMITADA O PARCIAL", ya sea obligatoria ya potestativa, - porque en ella se comprenden los beneficios de uno y - - otro, toda vez que el Juez es competente ya que por regla general puede conocer de las cuestiones prejudiciales de-

orden distinto como sucede en el de la soberanía o predominio de la acción penal y únicamente por excepción debe o -- puede someter la decisión de las mismas a Juez extraño, según se previene si bien para todos los casos el de la prejudicialidad civil absoluta. Sostenedores de este criterio son GAROFALO y CARELLI, PARLATI, CASTORI y PUGLIA.

Finalmente, el cuarto sistema llamado de la - " PREJUDICIALIDAD CIVIL RELATIVA Y POTESTATIVA" en este, el Juez de lo Penal puede remitir al Tribunal competente para su fallo las cuestiones prejudiciales propuestas cuando lo crea conveniente. En este caso se somete y se deja a criterio del juzgador la responsabilidad de remitir la causa a - la jurisdicción respectiva para que sea resuelta por el - - Juez que corresponda en relación a la materia, criterio que es absolutamente criticable.

En relación a los sistemas anteriores sostengo que el criterio más aceptable es el criterio de la prejudicialidad penal absoluta por cuestiones de orden público ya que la acción penal es el medio que tutela el orden jurídico en general cualesquiera que sean las relaciones - laborales penales o civiles fiscales que se puedan trami-- tar ante la jurisdicción respectiva.

Para Arilla Baz, el ejercicio de la acción penal puede estar condicionado a una cuestión prejudicial; pero que no todas las cuestiones conocidas con este nombre, precedan al Juicio, pues algunas preceden al ejercicio de la acción y menciona las siguientes:

Según este autor, el artículo 112 del Código Penal que señala que " si para el ejercicio de la acción penal, exigiere la Ley, previa declaración de alguna autoridad, las gestiones que a ese fin se practiquen antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpen la prescripción y que tal declaración pueda provenir de una autoridad civil o administrativa.

Otro caso de cuestión prejudicial, lo encontramos en el artículo 270 del Código Penal que establece:

" cuando el raptor se case con la mujer ofendida, no se podrá proceder criminalmente contra él ó contra sus cómplices por rapto, salvo que se declare nulo el matrimonio.

Asimismo, el artículo 359 del Código Penal - constituye otra hipótesis de cuestión prejudicial al - ejercicio de la acción : " cuando haya pendiente un juicio en averiguación de un hecho imputado a alguien calumniosamente se suspenderá el ejercicio de la acción de calumnia hasta que dicho juicio termine.

Por otra parte, el artículo 111 de la Ley - de Quiebras y Suspensión de Pagos, establece que para proceder contra los responsables de los delitos de -- quiebra fraudulenta o culpable, se necesita que el - Juez competente (civil) haga la declaración de quie-- bra o de suspensión de pagos a cuyo efecto, aquél, - una vez hecha, la comunicará al Ministerio Público.

La declaración judicial de quiebra, obliga - al Ministerio Público a ejercitar la acción penal - - siendo aquella presupuesto de esta.

Que no existen cuestiones prejudiciales al - Juicio, toda vez que al artículo 151 del Código Fede-- ral de Procedimientos Penales no establece ninguna al- señalar que :

" cuando en un asunto penal, sea - - necesario comprobar un derecho civil se hará ésto por cualquier medio de prueba en el curso de la instrucción. La resolución dictada en el procedimiento Penal no servirá de base para el ejercicio de las acciones civiles que del derecho expresado pueden originarse; que las cuestiones prejudiciales son distintas de los obstáculos procesales que son causas de prosecución del procedimiento y que son posteriores al ejercicio de la acción penal. (43)

Por nuestra parte, considero que la unidad procesal en materia de resarcimiento, evita la doble vía procesal, tan inconveniente como innecesaria, pues los mismos hechos generan consecuencias jurídicas de la misma naturaleza y atento a ello, debe reformarse la Legislación en la forma a que aludiré en los capítulos subsiguientes.

(43) ARILLA BAZ FERNANDO. op. cit. pág. 63 y 64.

C A P I T U L O C U A R T O

LA REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA

- 1).- Concepto y Diferencias
- 2).- La reparación del daño como
Pena Publica
- 3).- La Duplicidad de Acciones y
Problemática que Presenta

1. CONCEPTO Y DIFERENCIAS

Ya he mencionado a lo largo de este trabajo, que nuestra Legislación punitiva en forma inexplicable adoptó el conjunto de teorías de orden criminológico para otorgar al delincuente los mayores beneficios de una política de readaptación social que el Estado debe realizar, se establecen medidas de índole procesal, de orden -- sustantivo y penitenciario que llevan al establecimiento de un marco de beneficios al delincuente, en cuanto al proceso, al cumplimiento de la sanción impuesta en la sentencia, ese marco de beneficios se - presenta desde un punto de vista objetivo como un engranaje de pro-- tección al sujeto que delinque pero se olvida la Legislación de una - protección adecuada al ofendido ó la víctima del delito; si sabemos que el delito produce alarma social no debemos olvidar que provoca - asimismo daños patrimoniales y morales en el sujeto pasivo no sólo - en su persona sino en su patrimonio y hasta en su reputación perso-- nal y social, en este orden de ideas me ocuparé brevemente de puntalizar algunos aspectos diferenciales en relación a las consecuencias que produce un hecho delictuoso.

Entendemos por resultado en su acepción más amplia, - la acción u omisión humana que causalmente producen en el mundo físico un conjunto de efectos naturales que se traducen en la modifica-- ción fenomenológica del mundo exterior y que es el resultado de la -

voluntad; en sentido estricto, la noción del resultado al prescindir de la conducta (activa y omisiva, que viene a constituir su presupuesto), se puede entender como el efecto material del comportamiento humano si bien, cabe mencionar, que no todo efecto natural de la acción humana puede jurídicamente integrar un resultado de orden material toda vez en los delitos de peligro, no podríamos encontrar la mutación en el mundo exterior.

De lo anterior se impone mencionar la noción jurídica de resultado con independencia del aspecto material o fenomenológico del mundo exterior, y en este orden de ideas encontramos que la noción jurídica de resultado se expresa como el efecto material de la conducta que la Ley ha tomado en cuenta para integrar el tipo penal según lo señala Antolisei cuando se refiere al efecto natural de la acción relevante. (44)

Sabemos que fue la doctrina alemana la que hizo la distinción entre resultado jurídico como una acepción meramente formal y resultado material como un concepto de índole objetivo o material, entendiendo el primero como la mutación o cambio en el mundo, ello nos lleva a distinciones y consecuencias diversas, según el punto de vista que se adopte.

Algunos autores como Juan José González Bustamante señalan que de aceptarse el concepto naturalístico o material deberá

(44). ANTOLISEI. La acción y el resultado en el delito. México 1959. - pág. 113.

llegarse lógicamente a concluir en la existencia de delitos sin resultado, toda vez que de acuerdo al tipo, no todas las acciones u omisiones del hombre producen un cambio o mutación en el mundo exterior; si adoptamos el criterio formal nos lleva a la afirmación de que todo el delito tiene un resultado jurídico con independencia de las circunstancias objetivas que se ocasionan con dicho resultado, concurran o nó otros de índole material. (45)

Asimismo se hace la distinción entre resultado y daño, señalándose que los tipos penales se pueden integrar con la pura conducta del sujeto, dando lugar a los llamados delitos formales con resultado puramente jurídico ó bien, delitos con resultado material derivados causalmente de la acción u omisión y entonces estamos ante los delitos materiales; si el elemento fáctico se hace consistir tanto en una conducta como en un hecho según las existencias del tipo, lógicamente el resultado del hecho al formar parte del hecho mismo forma parte igualmente del delito.

Sin embargo, no debe caérsele en error de identificar resultado y daño, pues el daño considerado como sinónimo de ofensa o de lesión se encuentra fuera del ámbito en el elemento fáctico, constituyendo un elemento o concepto eminentemente normativo que escapa a la limitada noción material de resultado; si bien, se discute el lugar que le corresponde dentro de una correcta sistemática, pensando algunos

(45) GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. El cheque, en su aspecto mercantil y bancario, su tutela penal. Porrúa México. 1961. pág. 99.

que el daño forma parte de la noción de antijuricidad por ser contenido y sustancia de ésta, en tanto que otros como Grispigni, le da igual contenido que el de la ofensa y lo coloca fuera del ámbito del delito, pues siendo éste último en su unidad y totalidad la ofensa de un bien jurídico, tal ofensa no puede ser uno de los elementos de aquel. (46)

Antolisei destaca con claridad la diferencia fundamental entre el resultado y el daño, diciendo que una cosa es la lesión del interés jurídico la cual si se quiere considerar bajo un aspecto -- causal debe ponerse en relación con el delito en su conjunto y otra diversa el resultado como efecto natural de la acción, que no es otra cosa que la mutación causal en el mundo exterior por el movimiento corporal del agente, por su parte, Grispigni se separa parcialmente de esta radical solución al considerar que cuando la ofensa del bien jurídico coincide con el resultado del hecho queda comprendido expresamente en la figura delictiva y constituye verdaderamente su meollo, si esto no se verifica y el bien jurídico queda fuera de la figura delictiva entonces de cualquier manera está próximo a ella inspirándole la vida y la función. (47)

En cuanto a la noción de daño, Arturo Rocco indica que en sentido general, daño es todo aquello que produce la pérdida o disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano, en tanto que en sentido jurídico el daño debe entenderse como la sustracción o disminución de un bien, el sacrificio o la - - -

(46) FILIPPO GRISPIGNI. La correspondencia al tipo descrito en una norma penal. Derecho Penal Contemporáneo No. 11. México 1965. pág. 46.

(47) ANTOLISEI. opus cit. pág. 138.

restricción de un interés humano, garantizado por alguna norma jurídica, sea objetivamente respecto al sujeto (interés o bien jurídico), - sea subjetivamente en la forma de un derecho subjetivo mediante el reconocimiento jurídico de la voluntad individual que aquel interés persigue. (48)

Para llegar a la elaboración del concepto de daño - tanto en sentido general como jurídico, el autor a que me refiero hace la distinción entre la noción "de bien" "utilizar" e "interés", - precisando que por bien debe entenderse todo lo que teniendo realidad para la conciencia del hombre es apto para satisfacer cualquiera de sus necesidades en tanto por utilidad comprende aquello que tiene la aptitud para satisfacer una necesidad humana, terminando por establecer que el interés es un juicio emitido por el propio interesado es decir, por quien está sujeto a una necesidad respecto a la utilidad del bien considerado para satisfacer su necesidad.

Por su parte, Francisco Carnelutti señala que lo - que se altera en el daño no es el bien sino el interés y de ahí que de fina el daño como una lesión de interés, haciendo la distinción clara entre bien e interés indica, que si el interés consiste en una relación entre hombre y bien, éste considerado como objeto del delito es precisamente el que resulta afectado con el daño, de manera que el daño se le

(48) ROCCO ARTURO L'OGGETTO DEL REATO E DELLA TUTELA GIURIDICA PENALE. México 1913. pág. 278.

puede considerar como la disminución o afectación del interés. (49)

La diferencia entre resultado material y resultado jurídico es evidente cuando el efecto o consecuencia de la conducta - consiste solamente en la situación de peligro creada para determinado bien jurídico, pues en tal hipótesis el peligro mismo constituye el resultado de la actividad o inactividad del sujeto.

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente-jurídico el resultado se traduce en estos casos, en una violación del-ordenamiento legal, pues si lo que se protege es la seguridad de ciertos bienes la situación de peligro abstracto ó concreto en que se les-coloca constituye ya por sí misma, una efectiva lesión al orden jurídi-co; se concluye de ésto que si bien el peligro es un resultado, su concepto no puede identificarse con el daño, en éste hay lesión de intere-ses y en aquél una probabilidad de daño ésto es, un peligro de lesión-de intereses.

Atento a ello, si entendemos por daño a la manera-de Rocco, toda disminución o menoscabo de un bien debemos concluir que esa disminución o menoscabo del bien jurídicamente protegido al reali-zarse la conducta delictuosa debe tener como contrapartida la reinte-gración de las cosas en el estado en que se encontraban lo que nos lle-va a establecer la necesidad de su reparación.

(49) CARNELUTTI FRANCESCO IL DANNO E IL REATO Padona 1926 pág. 13.

Por reparación debemos entender según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que dicha voz procede del Latín (de reparatio, reparationis; acción y efecto de reparar cosas materiales malhechas o expropiadas, como desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria) en sentido jurídico la debemos entender como reparación del daño, reintegración o sustitución de los valores patrimoniales o morales al Estado en que se encontraba antes del hecho delictuoso.

Es evidente que la comisión del hecho delictuoso va a producir daño público y daño privado; el daño público se ocasiona a la sociedad al causar alteración y alarma a la paz social, en tanto -- que el daño privado va a provocar alteración, disminución ó pérdida de bienes jurídicamente tutelados en el sujeto pasivo del delito.

En este orden, la doctrina pretende encontrar igualmente que la noción de daño, el concepto de ofendido; así, encontramos que algunos autores como Carrara que indican que el ofendido es el acusador natural, cuyo derecho deriva de la Ley natural suprema e inevitable, es aquél sujeto agraviado por el delito.(50)

Según Fenech, mira en el ofendido, al dañado o perjudicado por el delito es decir, el que padece la lesión jurídica en su persona o en sus bienes materiales o espirituales a consecuencia o en -

(50) CARRARA op. cit. pág. 370.

ocasión del hecho delictivo.

Francesco Carnelutti al hacer lo que denomina anatomía del delito, hace la distinción entre perjudicado paciente y ofendido, perjudicado para este autor, es la persona cuyo interpes ha sido le sionada por el delito, paciente es el hombre que constituye la materia del delito, de donde aparece que perjudicados en el delito pueden ser - varios sujetos, atento a extensión del daño.

Debido a este daño que implica una pluralidad de -- perjudicados -dice este autor- es solamente el ofendido sea la persona que está al otro lado del delito, perjudicado en cambio puede ser - solamente un cuerpo en tanto que ofendido no puede ser más que el espíri tu; así que, ofendido, no puede ser cualquier perjudicado sino un perjudicado persona física o jurídica cuya libertad choca con el delito, es - decir, para este autor el ofendido es el perjudicado en cuánto la Ley enco mienda a su juicio la disposición o el goce del bien agredido, en otras - palabras, en cuánto depende de su juicio el desarrollo del interés lesioni nado ya que una persona es ofendida por el delito en cuánto se le reco-- nozca un poder jurídico sobre el bien que constituye la materia; de lo - anterior se desprende que ofendido es toda persona a la que resulta un perju juicio económico ó moral con motivo de la comisión del delito y que funda menta el derecho al pago de la reparación del daño, que el ofendido en el delito no se identifica entonces solo con el sujeto pasivo del mismo-

sino que adquiere una connotación mayor si se considera que no siempre es la víctima la que sufre el daño sino además sus causabientes o derechohabientes.

El Código Distrital de Procedimientos Penales, en su artículo 264, al referirse al derecho de querrela, confunde al sujeto pasivo con la víctima al señalar que se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquella legalmente.

No obstante lo anterior, considero a diferencia de lo que indican los autores antes citados, que el sujeto pasivo del delito, es la persona física o moral que soporta en su persona o bienes la conducta delictuosa, ofendido, la persona física o moral que es objeto de la conducta criminosa y víctima, la persona física o moral que resiente la disminución moral o material de sus bienes como consecuencia del hecho delictuoso y además que éstos caracteres pueden residir una sola persona o en varias.

2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA PÚBLICA

Tradicionalmente los tratadistas del procedimiento penal, han insistido en que la reparación del daño constituye el objeto-accesorio del proceso y que el objeto principal radica en el conocimiento de la verdad histórica del hecho y de la personalidad del delincuente, en mi concepto, tal afirmación resulta errónea y viciosa si tomamos en cuenta que el daño causado por el delito adopta dos modalidades, una eminentemente pública de alarma social ó alteración del orden jurídico establecido y otra consistente en el menoscabo, la disminución o la destrucción de bienes personales o privados jurídicamente tutelados por el derecho; en este orden de ideas resulta incongruente afirmar que la reparación del daño viene hacer objeto accesorio del proceso pues son equivalentes, la reparación y la declaración de responsabilidad, ambas, como consecuencia del conocimiento histórico de los hechos, son a mi entender el contenido total del proceso y consecuentemente constituyen su objeto principal.

Ya he mencionado que el delito produce un daño público porque quebranta la tranquilidad social y el orden jurídico establecido, pero además origina otro daño de carácter patrimonial y quien lo causó está obligado a resarcirlo, Dicho daño patrimonial, no es necesariamente privado ya que afecta también el interés público que tiene el estado de evitar la realización de sentimientos de venganza, atento a ello, el Código Vigente de Procedimiento Penales dispone que cuando el Juez encuentre -

comprobado un delito, deberá dictar oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en el goce de sus derechos que estén legalmente justificados, quiere decir que cuando el delito se realiza y -- causa un perjuicio de orden patrimonial y moral debe procederse a su resarcimiento.

El Código Penal de 1929 estableció, que la reparación del daño cuando se demande al responsable del delito forma parte integrante de la pena y debe reclamarse por el Ministerio Público, dicha Legislación al ser sustituida por el Código Penal de 1931 reconoció a la reparación del daño al carácter de pena pública cuando se haga valer en contra del inculpado y de responsabilidad civil cuando se trate de reclamarla a los terceros obligados a dicho pago, de manera que sólo cuando se reclame al inculpado tendrá carácter de pena pública en cambio cuando se reclame a los terceros obligados a su reparación tendrá el carácter de responsabilidad civil y debe tramitarse en forma incidental.

Atento a lo anterior el Ministerio Público está obligado a demandar de oficio la reparación del daño en el proceso penal --- cuando tenga que hacerla efectiva en bienes del inculpado siempre que se trate de delitos que afectan el interés patrimonial.

Ahora bien, ya he mencionado que nuestra Legislación punitiva resulta incongruente e incompleta, en virtud de que si por una parte la penología se ocupa de la sanción corporal que ha de - - - -

corresponder al delincuente por delito cometido debería de la misma manera ocuparse de la sanción pecuniaria al delincuente a fin de resarcir a las víctimas del daño causado por el mismo tomando en cuenta su carácter de pena pública, sin embargo esto no ocurre en la mayoría de los casos.

Por lo que hace a su contenido, la doctrina se ha ocupado de establecer el límite de la citada reparación ya Francisco Carrara precisó que la reparación civil se obtiene según los casos de diversas maneras o con la reparación natural que consiste en la reintegración del derecho violado como sería por ejemplo, la restitución del objeto robado, el restablecimiento del lindero que se ha removido etc. o bien en la reparación pecuniaria cuando no pueda obtenerse la natural reintegración, bien por que el derecho violado sea de naturaleza no reintegrable caso en el cual el dinero representa el común de todos los valores y desempeña sus funciones con la reparación honoraria, cuando el delito haya ofendido el honor del ciudadano y se exija para éste una satisfacción especial..

Eusebio Gómez hace consistir la reparación del daño no sólo en el resarcimiento de los daños y perjuicios emergentes del delito sino también en las restituciones del autor que está precisado a efectuar, en los gastos de justicia, en la publicación de la sentencia condenatoria que algunas leyes establecen, como sanción etc; debe ser indemnizado el daño material y/o el daño moral. Define el daño - - -

material del pasivo del delito como aquél que de alguna manera directa o indirecta afecta el patrimonio exclusivamente y por eso dice que tal daño suele llamarse patrimonial y por lo que respecta al daño moral - indica que es el sufrimiento psíquico producido por el delito en la -- persona del ofendido; Manfredini coincide en señalar que el daño patrimonial es aquél que ataca a la personalidad psíquica, sea como actividad de sentimientos afectivos e intelectuales, sean en las relaciones - personales como en las ambientales. (51)

Ricardo Nuñez al hablar de este tema, indica que - el daño material es aquél que consiste en el menoscabo pecuniario y rogado al patrimonio de un tercero y que el daño moral es aquél que consiste y es causado solo como molestia producida a un tercero en su seguridad personal o en el goce de sus bienes o como lesión de sus afecciones legítimas y agrega que si la molestia o lesión se traducen materialmente por sus efectos en la actividad o descrédito del afectado - en su ser personal directamente damnificados por el delito sus víctimas o sea los entes físicos o colectivos sobre cuyas personas, cosas o derechos recae directamente el delito (daño material) o cuya seguridad personal o goce de los bienes o afecciones legítimas el delito ataca directamente (daño moral), son indirectamente damnificadas las personas que a raíz del delito sufrido por un tercero experimentan; estas personas - pueden integrar la familia de la víctima, es decir terceros. (52)

(51) GOMEZ EUSEBIO. Tratado de Derecho Penal T. I. Cía. Arg. de Ed. Bs. AS. 1939 pág. 642 y 643.

(52) NUÑEZ RICARDO. Derecho Penal Argentino Omeba T. II Bs. As. 1965. pág. 563 a 565.

Luzon Domingo citando Valverde señala que las obligaciones nacidas de los hechos ilícitos que producen daño a las personas y que suponen una falta contra la prohibición de no ofender (Meninen - - Laedere) es un principio que está basado en las normas fundamentales de la justicia y de la equidad, de donde se desprende que siempre que existe un daño, surge la necesidad de repararlo. " donde exista una ofensa - ésta se debe satisfacer en forma proporcionada y equitativa"; de ahí - que el autor de estos hechos ilícitos culposos o negligentes le nace la responsabilidad de repararlos, por ello la doctrina establece una fórmula genérica para cubrir la citada obligación cuando por cualquier hecho del hombre se causa menoscabo o lesión a bienes jurídicamente protegidos de otro sujeto. (53)

Juan Córdoba Roda al referirse al artículo 101 del Código Penal Español señala que la responsabilidad civil se circunscribe a tres extremos:

- a).- Restitución de la cosa.
- b).- Reparación del daño;
- c).- Indemnización de los perjuicios.

El primero de ellos es distinto a los otros dos y no ofrece ningún problema por ejemplo, la restitución como vuelta de la cosa al legítimo poseedor o propietario cosa realmente distinta a la

(53) LUZON DOMINGO MANUEL. Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal T. I. Ed. His-Europea. Barcelona 1960. pág. 476 y 477.

reparación y la indemnización de perjuicios que equivale dice este autor al menoscabo o deterioro de una cosa siempre que sea consecuencia de la infracción. (54)

González de la Vega por su parte, afirma que la restitución consiste en obligación de devolver la cosa obtenida por el delito con sus accesiones y sus derechos, de manera que comprobado éste, el Juez dictara la sentencia correspondiente ordenando la restitución y al mismo tiempo lo faculta dicho ordenamiento-positivo a dictar las providencias necesarias de la manera más rápida y eficaz para destituir al ofendido en el goce de sus dere--chos que estén plenamente justificados. (artículo 28 del Código - del Distrito y 38 del Código Federal de Procedimientos Penales).

La indemnización del daño material entendiendo por la palabra daño en su significado más extenso, - abarca según este autor, los daños y perjuicios, esdecir, - la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del ofendido por el delito, así como también, la privación de cual--quier ganancia lícita que debiera haber obtenido en los términos de los artículos 2108 y 2109 del Código Civil, citando a Carrancá y Trujillo menciona que por lo que hace a - los daños materiales es difícil establecer su estimación porque no -- son valuales en dinero pero que cuando la afección moral se traduce en decrecimiento del patrimonio económico es fácil la evaluación pero no así cuando es imposible de establecer en cuyo caso más que reparación existirá nueva pena.

(54) CORDOEA RODA JUAN. Comentarios del Código Penal T. II. Ed. Ariel Barcelona 1972. pág. 563.

GIOVANNI LEONNE, relaciona el concepto de -
daño, con la persona que sufre el delito y hace suya la
definición de Levy en los siguientes términos:

" Daño es cualquier privación o menoscabo
ó reducción de utilidad que el particular
venga a experimentar en su patrimonio a -
consecuencia del delito, y agrega que el
derecho a la restitución y al resarcimien
to del daño nace de cualquier reato, deli
to o contravención. (55)

Sin embargo, el concepto de daño moral, no se
encuentra bien definido pero algunos autores como Cuello
Calón da el concepto del mismo y que estimo el más co---
rrecto.

Para este autor los daños morales comprenden:

- a).- El descredito que disminuye los negocios,
los disgustos que disminuyen la activi--
dad personal y aminoran la capacidad para
obtener riquezas, es decir, todo aquello-
que causa una perturbación de carácter --
económico. La valoración pecuniaria de -
tales capítulos es más o menos posible;

(55) LEONE GIOVANNI. Tratado de Derecho Procesal Penal T. I.
Ed. Jur. Europa América Bs. As. 1963. pág. 470 y 472.

b).- El dolor, la angustia, la tristeza que produce el delito; en una palabra, la pura aflicción moral sin repercusión alguna de carácter económico.

En lo posible, la prueba pericial debe precisar también la existencia del daño moral y su valoración pecuniaria, correspondiendo al Tribunal la final calificación de la pericia.

El Código de Defensa Social de Cuba, en el artículo 114, enumera los varios casos que comprende la reparación del daño moral. (56)

Atento a lo anterior, la reparación del daño a cargo del delincuente como pena pública según González de la Bega, tiene las siguientes características:

I. ES DE ORDEN PÚBLICO EN VIRTUD DE QUE EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO ES UNA RELACIÓN DE DERECHO PÚBLICO.

(56) CARRANCA Y TRUJILLO op. cit. pág. 131.

- II. DEBE SER EXIGIDA DE OFICIO POR EL ÓRGANO ACUSATORIO.

- III. LOS OFENDIDOS PUEDEN APORTAR - LAS PRUEBAS CORRESPONDIENTES - PARA PROBAR LA CULPABILIDAD Y LA JUSTIFICACIÓN DEL DAÑO A REPARAR TENIENDO EL OFENDIDO LA FACULTAD DE APELAR DE LA SENTENCIA EXCLUSIVAMENTE DEL ORDEN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y SÓLO A ÉSTA.

- IV. ES INTRANSIGIBLE Y SU MONTO SE RÁ FIJADO POR LOS JUECES SEGÚN EL DAÑO A REPARAR ATENTO A LAS PRUEBAS Y A LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL OBLIGADO.

- V. ES RENUNCIABLE POR EL OFENDIDO PERO ELLO NO LIBERA AL RESPONSABLE YA QUE SU ÚNICO EFECTO CONSISTE EN QUE SE PUEDE APLICAR - AL ESTADO.

- VI. EL CRÉDITO POR LA REPARACIÓN-
DEL DAÑO ES PREFERENTE Y SE -
PAGARÁ ANTES - QUE CUALQUIER
OTRA DE LAS OBLIGACIONES POS-
TERIORES AL DELITO.
- VII. LA PREFERENCIA ES ABSOLUTA -
AÚN ANTE LA CONCURRENCIA DE -
CRÉDITOS DEL ESTADO POR LA PE
NA DE MULTA SI NO SE LOGRA HA
CER EFECTIVO TODO EL IMPORTE-
DE LA SANCIÓN PECUNIARIA SE -
CUBRIRÁ DE PREFERENCIA A LA -
REPARACIÓN DEL DAÑO.
- VIII. EL PROCEDIMIENTO PARA SU EFEC
TIVIDAD ES EL PROCEDIMIENTO -
ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN -
DENOMINADO PROCEDIMIENTO ECO-
NÓMICO COACTIVO.
- IX. EN CASO DE PARTICIPACIÓN DE -
VARIOS RESPONSABLES DEL DELI-
TO LA DEUDA DE LA REPARACIÓN-

DEL DAÑO ES MANCOMUNADA Y SOLIDARIA, LA PRIMERA IMPLICA LA OBLIGACIÓN DE EXIGIR EL MONTO A CUALQUIERA SIN PERJUICIO DE QUE EL QUE PAGUE PUEDA REPETIR CONTRA LOS OTROS EN LA PARTE PROPORCIONAL, ASÍ LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE REPARAR EL DAÑO ALCANZA A TODOS LOS QUE INTERVINIERON EN EL DELITO EN LAS FORMAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 3º

X. LA MUERTE DEL DELINCUENTE EXTINGUE LA ACCIÓN PENAL Y LAS ACCIONES PERO NO ASÍ EL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

XI. LA RESTITUCIÓN Y CONMUTACIÓN DE SANCIONES, LA LIBERTAD PREPARATORIA, LA CONDENA CONDICIONAL LA AMNISTÍA Y EL INDULTO NO EXTINGUEN NI LIBERAN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO. (57)

(57) GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. El Código Penal comentado Ed. Porrúa. México 1976. pág. 111.

La palabra daño, debe entenderse en un sentido lato y comprende los daños y perjuicios causados al ofendido en los términos de los artículos 2 108, 2 109 y 2 110 del Código Civil, que a la letra dicen :

Artículo 2 108 " se entiende por daños, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación."

Artículo 2 109 " se reputa perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita - que debiera haber obtenido con el cumplimiento de una obligación."

Artículo 2 110 " los daños y perjuicios - deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse."

En este sentido, el resarcimiento consiste en la restitución al ofendido en el disfrute de la causa ó derecho perdidos, si son cosas fungibles consiste en el pago del valor intrínseco de la cosa, si se trata de daños morales, la cuantificación debe estar en función de la apreciación que haga el órgano jurisdiccional y si son derechos, consiste en la restitución de su goce.

Mientras los daños materiales y los derechos son susceptibles de evaluarse para los efectos de la restitución, no ocurre lo mismo con los daños morales - que según la Suprema Corte de Justicia impiden cuantificación pecuniaria.

En efecto, la indemnización del daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito al modificar una situación jurídica existente en los términos que señala la Legislación Civil.

El artículo 1 915 del Código Civil se refiere al restablecimiento de la situación anterior al daño. La cuantificación del daño resulta de la comparación entre la situación anterior al delito y la resultante de él. El daño material representa la cuantificación primaria de la diferencia entre ambas situaciones; la diferencia que debe probarse en autos. La prueba pericial - deberá acreditar la existencia del daño y su cuantificación pecuniaria a los tribunales corresponde valorar - arbitrariamente el juicio pericial y resolver sobre la - obligación de pago por parte del delincuente según el - caso, las circunstancias económicas del mismo y del - ofendido a fin de que la indemnización sea equitativa.(58)

(58) GONZALEZ DE LA VEGA RENE. Comentarios al Código Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1975. pág. 68.

Por lo que hace al daño moral, el artículo 1916 y el 1928 del Código Civil, admite la posibilidad de condena, pero también no da elementos para fijar su monto.

Artículo 1916 " Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización, no podrá exceder de la tercera parte de lo que importa la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928."

Artículo 1928 " El Estado tiene la obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

Es indudable en mi concepto, que en tal disposición están comprendidos tanto los daños materiales como el daño moral.

Para Roman Lugo, el daño material consiste - -
" en el menoscabo directo que ha sufrido en el patrimonio
lo mismo que las ganancias ilícitas que el perjudicado de-
jó de obtener."

El Código de Defensa Social Cibano enumera los-
varios capítulos que comprende el daño material reparable
(artículo 113), así como el que comprende los perjuicios-
(artículo 115) (59)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta-
blece los criterios para pagar el resarcimiento material-
en los siguientes términos:

" El artículo 1915 previene que la reparación-
del daño, debe consistir en el reestablecimien-
to de la situación anterior a él y cuando ello
no sea posible, el pago de daños y perjuicios,
si del dictámen pericial aparece que a la víc-
tima del delito le ha quedado una debilidad ff-
sica permanente que la imposibilita para dedi-
carse a su profesión de médico dentista en la-
forma usual, lo cual indudablemente ocasionará
una disminución en sus ingresos con razón si -
no puede permanecer de pie, debe tenerse por -
probado que es imposible restituir a la vícti-
ma a la situación anterior que guardaba al ser
lesionada y procede la indemnización en el con-
cepto de responsabilidad civil."

(59) citados por Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal
Anotado. Ed. Porrúa. México. 1951. pág. 131.

" Si no se valoriza en autos la cosa destruída a consecuencias del delito, no están llenados los requisitos del párrafo 1 del artículo 31 del Código Penal." " en todos los casos de reparación del daño material o moral está sujeta a las prevenciones del primer párrafo del artículo 31 del C.P. es decir a la capacidad económica del obligado y a las pruebas obtenidas en el proceso, pues aunque es cierto, que la -- apreciación del monto del daño moral no está sujeta por su naturaleza misma a la -- prueba parcial, si son susceptibles de comprobación en el proceso las diversas circunstancias que permitan al juzgador, fijar ese monto, tales como la personalidad de la víctima del delito, su posición social, su educación e ilustración, el estado de su organismo, etc., circunstancias que unas son comprobables por peritos médicos y otras lo son por los demás medios de prueba que la Ley autoriza.

En consecuencia, si ninguna prueba existe en el proceso respecto de tales circunstancias, no se satisfacen las exigencias del primer párrafo del artículo 31 del Código Penal y debe absolverse al reo de la reparación del daño moral."

" Para la fijación de la reparación del daño, el Juez natural debe atender tanto al acusador como a la capacidad económica del obligado a pagarla, motivando y razonando suficientemente dicha condena."

" Debe fundarse y motivarse en su caso la condenación al pago de la reparación del daño moral."

" En toda sentencia condenatoria el juzgador debe resolver sobre la reparación del daño ya sea condenando ó absolviendo a pagar cantidad precisa; y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior."

" Sólo puede condenarse el pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido."

" La reparación del daño siendo como es una pena, no puede imponerse en forma abstracta e indeterminada en su extensión pero deja fuera de la jurisdicción de la autoridad judicial aqué su posterior concretación. (60)

Atento a lo anterior, observamos que la Suprema Corte de Justicia pretende establecer los criterios para reparar el daño moral, se habla de circunstancias pero deja al arbitrio del Juez su cuantificación, ello resulta incongruente, toda vez, que debe ser la propia Ley la que establezca los límites mínimos de su monto.

En efecto, el artículo 30 del Código Penal señala que la reparación del daño comprende :

(60) citada por CARRANCA Y TRUJILLO. op. cit. pág. 132.

- I. LA RESTITUCIÓN DE LA COSA OBTENIDA POR EL DELITO Y SI NO FUERE POSIBLE, EL PAGO DEL PRECIO DE LA MISMA;

- II. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MATERIAL Y MORAL CAUSADO A LA VÍCTIMA O A SU FAMILIA.

Del precepto mencionado, se desprende, que el daño moral, será resarcible simultáneamente al daño material y que sólo será susceptible de condena cuando se cause el ofendido ó su víctima y no proviene el resarcimiento cuando este daño se causa tanto al ofendido como a su familia, cuestión a todas luces injusta y criticable si tomamos en cuenta que tampoco establece las bases para su cuantificación.

" La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la opinión, de que los daños morales no pueden valorizarse en peso y medidas. Su referenciación económica no es posible medirla y su monto ó importancia pecuniaria no pueden quedar sujetas a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza, sería absurdo, dejarla a la - -

apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización, tomando en cuenta, conforme al artículo 31 del Código Penal la capacidad económica del responsable, la naturaleza del daño que sea preciso reparar y las demás constancias relativas que obren en el proceso. (A.J. t IX, pág 328.)"

" 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 en aquellos sufrimientos que no son de orden físico, - penas subjetivas de carácter íntimo, que no pueden ponderarse, medirse ni probarse por medio de los sentidos. La palabra daño, no supone tan solo alteración en el sistema visible de las cosas, sino también en el sistema invisible de los sentimientos. (A.J. t. XIX. pág. 749)."

" El ofendido quedó inutilizado para el servicio militar activo, por las lesiones que recibió, e imposibilitado para obtener ascensos a grado inmediato...; debe tenerse en cuenta que... no solo tienen consecuencias de orden económico, que pudieran ser reparadas al conceder la indemnización de los daños materiales, sino también se produjeron consecuencias de orden netamente morales, como fueron : no poder disfrutar de las prerrogativas y honores que son inherentes a las clases y jefes del Ejército Nacional etc.; ... todas estas circunstancias... se traducen en daños de orden moral, y es violatoria de garantías la sentencia de segunda instancia que absolvió del pago de los daños morales causados al ofendido. (S.J. t. LXIV. pág. 1224)."

En conclusión, la incongruencia legislativa radica en sus métodos de complementación a la idea re conocida de que el resarcimiento moral es pena pública; en efecto :

- A).- DEJA AL ARBITRIO DEL JUEZ SU APRECIACIÓN Y CUANTIFICACIÓN, QUE RESULTA EMINENTEMENTE SUBJETIVA;
- B).- CUANDO NO OBRAN PRUEBAS EN EL PROCESO DE SU MONTO, AUTORIZA Y ORDENA LA ABSOLUCIÓN;
- C).- SEÑALA QUE POR SU NATURALEZA NO ES CUANTIFICABLE,
- D).- REMITE EN SU CASO A LA JURISDICCIÓN CIVIL SU RECLAMACIÓN, Y HACE IMPOSIBLE SU SATISFACCIÓN DEJANDO AL OFENDIDO ANTE LA PRUEBA IMPOSIBLE DE ACREDITAR ELEMENTOS SUBJETIVOS EN UNA JURISDICCIÓN QUE POR SÍ MISMA ES FORMALISTA E INHUMANIZADA.

Atento a ello, la legislación punitiva resulta en este punto como he mencionado, contradictoria ó por lo menos incompleta y que podría subsanarse adoptando un método distinto que propongo en este trabajo recepcional.

La reparación del daño, la podemos enfocar, -- desde el punto de vista procesal y desde el punto de vista de su contenido, en cuánto al primero, señalaré cual sistema adopta la legislación y la forma de su reclamación:

Como sabemos, la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, así lo establece el artículo 29 del Código Penal en los siguientes términos.

ARTICULO 29 : la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación debe exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el condenado no pudiere pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, ó solamente pudiere pagar parte de ella, el Juez fijará en sustitución de - - ella, los días de prisión que corresponden, según las condiciones económicas del reo no excediendo de cuatro meses.

De lo anterior se desprende que la reparación del daño tiene doble carácter:

- a).- Pena pública cuando es exigible al procesado por el Ministerio Público dentro del proceso penal;
- b).- Responsabilidad Civil cuando es exigible a terceros en cuyo caso debe reclamarse en el incidente respectivo.

Ahora bien, el resarcimiento puede reclamarlo:

- 1.- El Ministerio Público en representación del Estado, al directamente responsable del delito;

- 2.- El ofendido a los terceros legalmente obligados a resarcirlo;
- 3.- El acusado frente a la parte lesionada en los delitos perseguibles por querrela necesaria;
- 4.- El acusado al tercero coadyuvante en los delitos perseguibles de oficio;
- 5.- El acusado al tercero coadyuvante - - cuando ha sido objeto de una detención injusta.

El resarcimiento del daño, adquiere el carácter de pena pública en el Código de Procedimientos Penales de 1937, bajo la idea incomprensible de que tal naturaleza la adquiere al asignársele semejantes medios de efectividad que a la pena de multa, pero con un criterio tan incompleto como incongruente.

En efecto, en nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880, la violación de los derechos garantizados por la Ley Penal, daba origen a dos acciones: La penal - que correspondía exclusivamente a la sociedad, a través -

del Ministerio Público, tenía por objeto el castigo - del delincuente y la civil, que quedaba en manos de la parte ofendida, consistía en la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de gastos judiciales. La relación de derecho sustantivo deducida al ejerci-- citarse la acción penal, constituía el objeto princi-- pal del proceso.

La acción de responsabilidad civil proveniente de delito se abandonaba al ofendido, quien podía dedu-- cirla en forma incidental por sí o por medio de repre-- sentante legítimo, en contra del directamente responsa-- ble o en contra de terceros obligados en el mismo pro-- ceso penal, a no ser que se hubiese pronunciado senten-- cia irrevocable sin haberse intentado el incidente de-- responsabilidad civil en el juicio criminal o que el - incidente no estuviese en estado de sentencia; que el - inculcado obligado al pago del resarcimiento hubiese - muerto antes del ejercicio de la acción penal o duran-- te el curso del proceso o cuando la acción penal se - hubiese extinguido por amnistía, o por prescripción y la civil no hubiese prescrito aún, casos en que la res-- ponsabilidad civil se promovía ante los tribunales del mismo orden.

Era el incidente de responsabilidad civil un verdadero juicio civil dentro del proceso penal, que según la -- cuantía de lo reclamado, podía seguirse en la vía verbal, -- si no pasaba de quinientos pesos y en la sumaria si excedía de esa cifra; se sustanciaba y decidía de conformidad con -- las normas del procedimiento civil al fallarse el fondo del proceso penal. Como objeto accesorio del proceso el Ministerio Público quedaba al margen de la relación, porque no -- era necesario que interviniese y se dejaba a la voluntad -- del ofendido constituirse en parte civil.

El Código de José Almaraz de 1929 cambió el criterio, estableció que la reparación del daño cuando se demanda al responsable del delito, forma parte integrante de la pena y debe reclamarse por el Ministerio Público,

El Código Penal de 1931 le reconoce expresamente el carácter de pena pública y de responsabilidad civil dentro del proceso, señalándose que ambas se fallaran en la sentencia que decida sobre la cuestión de fondo..

Sin embargo, si el criterio es correcto en el sentido de ser pena pública, sus mecanismos y el procedimiento -- destacan por su incongruencia y por ser contradictorias en-

sí mismos en la siguiente forma:

I.- Por lo que hace a su carácter de pena pública se puede observar

a).- el artículo 29 del Código Penal - por su naturaleza debe ser intransigible y oficiosa, sin embargo, - el artículo 271 de las absurdas reformas al Código de Procedimientos Penales de 26 de diciembre de 1981 establece:

" ... En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los Juzgados Mixtos de Paz ó siendo de cinco años, de prisión, - el presunto responsable no será privado de su libertad corporal en los lugares ordinarios de detención y - podrá quedar arraigado en su domicilio con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo si concurren las circunstancias siguientes."

"... III Realice convenio con el ofendido o sus caushabientes ante el Ministerio Público, de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la Inspección Ministerial que --- practique, en las versiones de - los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos - de prueba de que disponga determinará dicho monto..."

Tal disposición, es contraria al - sentido que la Constitución de 1917 da a la Institución del Ministerio Público establecido en el proyecto de Venustiano Carranza; las reformas, provocan en forma irreflexiva y peligrosa la invasión de funciones de esta Institución en las atribuciones de los órganos jurisdiccionales, todavía se recuerda amargamente la experiencia de los procesos -

inquisitorios en los que el Juez juzga é investiga y hoy, se otorga de la misma manera al investigador, la facultad de juzgar lo que resulta inaudito y anticonstitucional.

- b) No atiende a la extensión del daño causado por el delito, sino a la capacidad económica del obligado a pagarla, hecho que resulta incomprensible al ignorar los legítimos derechos del ofendido.

En efecto el artículo 51 y 52 del Código Penal Federal señala lo siguiente:

Artículo 51 "Dentro de los límites fijados en la Ley, los Jueces y -- Tribunales aplicaron las sanciones establecidas para cada delito teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente."

Artículo 52. " En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta. ., la edad, la educación, la ilustración las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron a delinquir y sus condiciones-económicas; las condiciones especiales-en que se encontraba en el momento de - la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que - puedan comprobarse, así como los vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad - de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que demuestren su mayor o menor - remibilidad. El Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto de la víctima y las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso."

Este es el criterio para fijar el quantum de la pena, que está en función de la personalidad del procesado y no a la extensión del daño en el resarcimiento que también forma parte de la pena.

II. Por lo que hace a su carácter de responsabilidad civil se encuentran las siguientes objeciones:

A).- Puede dar origen a sentencias contra díctorias de distinto fuero, (civil y penal) ignorando la autoridad de la cosa juzgada.

Sobre el particular, los artículos 1910 y 1913 del Código Civil, señalan lo siguiente:

Artículo 1910 " El que obrando ilícitamente ó contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo por causa - inexcusable de la víctima."

Artículo 1913 " Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos ó sub stancias peligrosas por sí mismos, por la ve locidad que desarrollen, por su naturaleza - explosiva, ó inflamable, por la energía de-

la corriente eléctrica que conduzcan, ó por otras causas análogas, está obligado a responder del daño que cause, - aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por causa inexcusable de la última."

El contenido de tales dispositivas, se pueden expresar en la siguiente fórmula:

El que obrando lícita o ilícitamente cause daño a otro, tiene la obligación de repararlo, a no ser que pruebe que el daño se produjo por causa inexcusable de la víctima.

De lo anterior resulta, que la culpa como hecho ilícito genera la obligación de pagar el daño en la vía penal pero ésta, eventualmente puede no declararse en la vía penal y ser objeto de repetición en la vía civil.

Cuestiones que pueden dar lugar, aún tra--tándose de los mismos hechos a determinaciones distintas y contradictorias. Toda vez

que podrán versar indistintamente sobre las siguientes cuestiones:

- a).- Si es un mismo hecho, sobre el cual debe haber un solo pronunciamiento-Jurisdiccional;
- b).- Sobre el carácter lícito o ilícito de la conducta y sobre la idea uniforme de la noción de lo ilícito.
- c).- Sobre la culpabilidad excusable ó inexcusable de la víctima y en relación, a la noción que de ella se -- tenga.

De lo antes expuesto, se desprende la incongruencia de las disposiciones que se refieren al resarcimiento, que demandan su inmediata uniformidad.

Sobre su reclamación, ya he dicho, que el Ministerio Público debe hacerlo al directamente responsable dentro del proceso.

Ahora bien, cuando el mismo sea exigible a los terceros obligados a que se refiere el artículo 32 del Código Penal se reclamará en la vía incidental.

En efecto, el artículo 32 señala quienes son terceros obligados al resarcimiento y los artículos . . . del Código - Procesal Penal establecen el procedimiento:

Artículo 32. " Estan obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29.

- I.- Los ascendientes por los delitos de los descendientes que se hayan bajo su patria potestad.
- II.- Los tutores y los custodios por los delitos de los incapacitados que se hayan bajo su autoridad.
- III.- Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discipulos o aprendices menores - de 16 años, por los delitos que - - -

ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de 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 sus servicios.

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 esta regla, a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada conyugue responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y -

VI. El Estado, subsidiariamente, por sus funciones y empleados.

Por lo que hace a la exigibilidad del pago del resarcimiento a los terceros obligados, el sistema legislativo mexicano, establece la vía incidental en el procedimiento penal, que resuelve en la propia sentencia al mismo tiempo que el asunto principal a la que me referiré brevemente:

El incidente, procede de la expresión - "INCIDO INCIDENSA" que significa acontecer, interrumpir suspender, es decir, lo que sobreviene en el curso de un asunto, igual significado tiene la palabra incidencia.

González Bustamante indica que incidente o incidencia es toda cuestión que surge en el curso del procedimiento y que tiene relación con otra que se considere principal (61) JAVIER PIÑA Y PALACIOS. señala que es una

(61) GONZALEZ BUSTAMANTE. op. cit. pág. 381.

cuestión surgida en el curso del proceso o con motivo de él, que interrumpe, modifica ó altera, transitoria o definitivamente la estructura lógica del mismo.(62)

Carlos Franco Sodi expresa que es toda -- cuestión que sobreviene en el proceso planteando un - objeto accesorio del mismo, en forma tal, que obliga a darle una tramitación especial.

Julio Acero apunta la conveniencia de distinguir entre incidencia e incidente. " EL INCIDENTE- requiere sin duda la cuestión incidental la materia accesoria, pero no basta ésto para constituirlo; precisa además, lo que en el párrafo anterior denominábamos cuerpo incidental esto es, figura propia procesal, individualidad destacada, tramitación en forma y distinta de la tramitación principal sin perjuicio de que su material concreción escrita se contenga o nó en el mismo expediente de autos, la cuestión incidental simple puede resolverse de plano; el incidente como tal, significa otra contienda en la contienda, otro pequeño juicio dentro del principal. La resolución que lo define se llama también por eso aunque impropiamente sentencia;

(62) PIÑA Y PALACIOS JAVIER. Recursos e Incidentes en el Procedimiento Penal. Ed. Botas. México 1960 pág. 113 y 114.

sentencia incidental, sentencia interlocutoria ó -
interlocutoria simplemente. Las cuestiones incidenta
les no pueden evitarse; son puede repetirse, cortapi-
sas, imprevistas, despejamiento indispensable de obs-
táculos de fondo para el acceso lógico del fondo del-
negocio. (63)

Como podemos observar, tanto la doctrina sigue-
asignando a la reparación del daño el carácter de ---
cuestión accesoria del fondo del negocio, cuestión ab-
surda si tenemos en cuenta que tomando en cuenta que-
la Ley le dá el carácter de público al resarcimiento,
no hay razón lógica para que se tramite en la vía inci-
dental pues ello obstruye el proceso haciéndolo más -
tortuoso y rompe así con el principio de economía pro-
cesal, que debe ser y obrar plenamente tomando en cuen-
ta la relación pública que se debate en el juicio prin-
cipal.

En cuánto a su sustanciación, la doctrina esta--
blece los aspectos procesales que el incidente debe -
precisar ;

(63) ACERO JULIO. opus cit. pág. 329 y 330.

- a).- La causa que alteró la estructura del proceso;
- b).- Hacer valer esa causa;
- c).- Plantear la cuestión que provoca;
- d).- Probar los hechos que alteran;
- e).- Oír a las partes; y
- f).- Resolver la cuestión planteada (64)

El Código Distrital de Procedimientos Penales señala que debe promoverse ante el Juez que conoce de la acción penal hasta antes de que se declare cerrada la instrucción (artículo 532); que se tramitará a instancia de parte ofendida (artículo 533); que en forma inexplicable no habla del daño moral ya que conforme a nuestra jurisprudencia, el mismo es invaluable; audiencia antes de tres días y sentencia dentro de ocho y establece -- las normas aplicables del procedimiento vicil lo que -- resulta también absurdo (artículo 537); y cuando no se

(64) PEÑA Y PALACIOS. op. cit. pág. 119.

promoviere el incidente la podrá hacer en la vía civil (artículo 539), hecho que resulta ilógico ya que si la pena es pública el Juzgamiento sobre el resarcimiento debe ser oficioso.

El Código Federal de Procedimientos Penales, sigue el mismo criterio que el Código Distrital.

Finalmente sólo mencionaré que el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales del Distrito, supuestamente establece un medio protector al ofendido cuando indica :

" Todo Tribunal o Juez, cuando esté comprobado un delito, dictarán oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en sus derechos que estén plenamente justificados"

Empero esta protección, es más aparente que real - pues la práctica viciosa de los Tribunales hacen nugatoria tal garantía, bajo el cómodo expediente, de que prejuzgarán, lo que resulta ilógico.

Por su parte el Código Federal en su artículo 38 expresa lo mismo:

" Si se tratare de cosas, únicamente podrán retenerse, esté o no comprobado el cuerpo - del delito, cuando a juicio de quien practi- que las diligencias, la retención fue neces- saria para el éxito de la averiguación. Si la entrega del bien pudiera lesionar dere-- chos de tercero ó del inculcado, podrá efec- tuarse la devolución mediante fianza bastan- te para garantizar los daños y perjuicios, - si el funcionario a cuya disposición está - el bien, estima necesaria esa garantía. Y el artículo 35 establece, que el ofendido - podrá pedir al Juez el embargo precautorio- para asegurar el resarcimiento cuando haya- temor de que los bienes se oculten o enaje- nen, debiendo probar otra medida.

En función de ello, podemos advertir, la doble - vía para exigir el resarcimiento es innecesaria, hace nugatorio el derecho del ofendido al obligarlo a in-- tentar una acción distinta que debe, romper con la - -

economía procesal y contradice el criterio que el propio Código reconoce para el resarcimiento como pena pública.

En realidad, estimo que el carácter de pena-pública del resarcimiento es necesaria por razones de orden social, toda vez que su interés se refleja, no sólo para restaurar el patrimonio del ofendido, sino que afirma la exigencia de aplacar las iras y los sentimientos - de venganza, de suerte que el resarcimiento interesa tanto al particular como a la colectividad, y esta es la razón por la que el legislador debe diseñar un procedimiento uniforme de reclamación, pues ello, repercute en la conciencia social, sea calmando la alarma social ó impidiendo ó atenuando las represalias por el común sentimiento de justicia que una conducta delictuosa despierta.

Atento a ello, propongo la reestructuración total del procedimiento penal en materia de resarcimiento en los términos de este trabajo recepcional, bajo una nueva perspectiva, que garantiza efectivamente su cumplimiento y asegura la paz social.

3.- LA DUPLICIDAD DE ACCIONES Y PROBLEMÁTICA QUE REPRESENTA.

Ya he mencionado a lo largo de este trabajo que según nuestra Legislación que al ofendido para reclamar el resarcimiento tiene doble vía:

1).- EL PROCESO PENAL

2).- EL PROCESO CIVIL

El primero en forma por demás inexplicable asume un doble carácter en el proceso: como pena pública cuando es exigible por el Ministerio Público al directamente responsable y como responsabilidad civil, cuando es reclamable a terceros obligados en los términos del artículo 32 - del Código Penal a través de la vía incidental - teniendo el ofendido el carácter de parte.

El segundo, en el proceso civil, debe tramitarse en la forma que establece el Código de Procedimientos Penales, es decir, remite a la Legislación privada una relación de derecho público que debe resolverse a la sentencia penal, cuando el daño material ó moral tiene su origen no en un -

delito civil sino penal; en este orden de -- ideas, se admite la posibilidad de sentencias contradictorias, si la obligación al resarcimiento tiene como causa una misma relación fáctica.

Como ya he mencionado en el capítulo anterior. Resulta asimismo, absurda y contradictoria, el criterio adoptado por lo que se refiere a su - cuantificación toda vez que la Legislación punitiva precisará el mismo en función de la personalidad del obligado a pagarla y no en función de la extensión del daño, es decir, la Legislación punitiva establece el criterio de - proporcionalidad, en tanto que la civil alude a su extensión según se desprende del tenor de los artículos 31, 51, y 52 del Código Penal, - 1910 y 1913 del Código Civil.

Atento a lo anterior, podemos concluir que la - Legislación sustenta un sistema que rompe con - la unidad y economía procesal pues establece, - una innecesaria duplicidad de acciones y de la que podemos observar lo siguiente :

- 1).- LA REPARACIÓN DEL DAÑO ES PENA PÚBLICA (ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO PENAL).
- 2).- ATIENDE SÓLO A LA CAPACIDAD -- ECONÓMICA DEL OBLIGADO A PAGAR LA (ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO PENAL).
- 3).- HACE CASO OMISO DE LA EXTENSIÓN DEL DAÑO Y DE LA SITUACIÓN DEL OFENDIDO (ARTÍCULO 31 DEL CÓDIGO PENAL).
- 4).- HACE CASO OMISO DE ESTABLECER -- CRITERIOS PARA CUANTIFICAR EL -- DAÑO MORAL (ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO PENAL).
- 5).- DEJA ABIERTA LA VÍA CIVIL Y LA POSIBILIDAD DE SENTENCIAS CONTRADICTORIAS (ARTÍCULO 1910 Y 1913 DEL CÓDIGO CIVIL).

6).- NO SE IMPONE OFICIOSAMENTE EL RESARCIMIENTO PERO DEJA AL MINISTERIO PÚBLICO DE EXIGIRLO DE OFICIO SIN ESTABLECER RESPONSABILIDAD ALGUNA POR IMPERICIA O NEGLIGENCIA PARA ACREDITAR SU CUANTIFICACIÓN DENTRO DEL PROCESO.

7).- OBLIGA AL JUEZ A ABSOLVER POR FALTA DE ELEMENTOS DE CUANTIFICACIÓN;

8).- OMITIÓ LA CONDENA DE EL DAÑO MORAL, QUE DE ORDINARIO ES SUPERIOR AL DAÑO MATERIAL;

Finalmente por lo que hace a responsabilidad civil dentro del proceso penal se sigue el siguiente sistema :

- A).- SE TRAMITA POR VÍA INCIDENTAL;
- B).- LO PROMUEVE EL OFENDIDO;
- C).- SE RESUELVE EN LA MISMA SENTEN
CIA.

En conclusión, si se resuelve en la misma sentencia, no existe razón para considerar que el resarcimiento tiene carácter de responsabilidad civil, si los efectos jurídicos son los mismos ante la carencia de - garantía para su cumplimiento en caso de insolvencia - del obligado y menos aún, la vía civil - - presenta - así, menores garantías que el proceso penal.

CAPITULO QUINTO

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

- I. ES INDUDABLE LA CORRECTA SISTEMATIZACION QUE HACE LA DOCTRINA Y LA TECNICA LEGISLATIVA -- ACOGIDA PRINCIPALMENTE POR EL LEGISLADOR FEDERAL, RESPECTO DE LA DIVISION DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN ESTADIOS, TODA VEZ QUE ELLO, PERMITE POR RAZONES METODOLOGICAS PRECISAR -- TANTO LOS ACTOS PROCESALES DE SUS AUTORES, -- COMO SUS EFECTOS FINALISTICOS.

- II.- RESULTA INCUESTIONABLE LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE LA CULPA PENAL Y LA CULPA CIVIL, DIFERENCIACION TAN UTIL COMO NECESARIA-- DENTRO DE UNA CORRECTA SISTEMATICA EN ORDEN-- A LA REPARACION DEL DAÑO SI BIEN, EL TEMA -- ADOLECE DE UNIFORMIDAD DE CRITERIO DOCTRINAL ESTIMO SIN EMBARGO, QUE LA NOCION UNITARISTA DEL DERECHO ES LA CORRECTA, PUES SE ESTABLECE EN FUNCION DE LA UNIFORMIDAD CONCEPTUAL -- DE LA ILICITUD EN SU ACTIVIDAD ESTRUCTURA Y FUNCION PERO QUE NO EXCLUYE SUS CONECCIONES-- E INTERFERENCIAS, POR ENDE, NIEGO LOS CRITERIOS QUE PRETENDEN SU DIFERENCIACION Y AQUELLOS OTROS QUE QUERIENDO ELUDIR EL PROBLEMA-- ASUMEN UNA POSTURA ECLECTICA.

- III.- ES NECESARIA EN MATERIA PENAL LA DETERMINACION DE LA COSA JUZGADA DE LA QUE ADOLECE LA MENTABLEMENTE TANTO LA LEGISLACION COMO LA --

JURISPRUDENCIA, SE REQUIERE PARA PRECISAR -
LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL EN EL OR-
DEN PATRIMONIAL DE LOS OFENDIDOS, SU IMPRE-
SICION VULNERA LOS PRINCIPIOS MAS ELEMENTA-
LES DE SEGURIDAD JURIDICA ANTE LA ESPECTATI-
VA DEL CONDENADO AL RESARCIMIENTO DEL DAÑO-
DE OBTENER UNA SENTENCIA FAVORABLE EN LA --
VIA DE AMPARO. EN RAZON DE ELLO, DEBE COM -
PLETARSE LA LEGISLACION PROCESAL PENAL CON-
UN PRECEPTO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS.

"Los Sentenciados podrán acudir al jui-
cio de garantías en cualquier tiempo, -
pero tratándose de la condena a repa--
rar el daño por el delito, si no lo in-
tentandentro de seis meses contados a -
partir de que cause ejecutoria la sen-
tencia, se entenderá consentida y no --
los libera de su pago"

IV. EL PROBLEMA DE LA PREJUDICIALIDAD EN EL PRO-
CEDIMIENTO PENAL REQUIERE DE PRECISION LE--
GISLATIVA, ESTIMO CORRECTA LA TESIS DE LA -
PREJUDICIALIDAD PENAL ABSOLUTA PUES EL JUEZ
LLAMADO A CONOCER DE LA INFRACCION PENAL, -
DEBE SER COMPETENTE PARA DECIDIR TODAS LAS-
CUESTIONES INCIDENTALES PENALES O CIVILES -
QUE PUEDEN PRESENTARSE POR LA REPARACION . -
DEL DAÑO O CON MOTIVO DE ELLA.

V. LA REPARACION DEL DAÑO ES OBJETO PRINCIPAL-
DEL PROCESO, SIN EMBARGO, LA DOCTRINA Y LA -
JURISPRUDENCIA LE ATRIBUYEN ERRONEAMENTE EL
CARACTER DE OBJETO ACCESORIO, NEGANDO IMPRO-
PIAMENTE SU NATURALEZA DE PENA PUBLICA QUE-
POR OTRA PARTE LE RECONOCE LA LEGISLACION -
PENAL.

VI. LA LEGISLACIÓN, LE DA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO, DOBLE CARÁCTER : PENA PÚBLICA, CUANDO LA MISMA DEBA SER PAGADA POR EL DELINCUENTE Y DE RESPONSABILIDAD CIVIL CUANDO DEBA SER EXIGIBLE A LOS TERCEROS OBLIGADOS., SE TRAMITA EN FORMA DE INCIDENTE DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

VII. POR LO QUE HACE A SU CARÁCTER DE PENA PÚBLICA, - NUESTRA LEGISLACIÓN POSITIVA ESTABLECE UN SISTEMA DE RECLAMACIÓN TAN CONTRADICTORIO COMO CARENTE DE UNIFORMIDAD Y DEMANDA SU REFORMA LEGISLATIVA POR LAS SIGUIENTES RAZONES:

a).- Deja abierto al procedimiento penal, para su reclamación, pero abandona a la voluntad exclusiva del Ministerio Público su exigibilidad y aunque el artículo 34 del Código Penal obliga a éste a ejercer su reclamación oficiosa ello resulta irrelevante, pues no establece responsabilidad alguna para una posible actuación imperita o negligente de manera que la propia Legislación deja al ofendido en estado de indefensión frente al monopolio de la - -

acción penal que - - en esta materia reconoce al Ministerio Público, por tanto, dicho ordenamiento debe reformarse en los siguientes términos:

Artículo 34. " La reparación del daño proveniente de delito, se entenderá solicitada de oficio y el Juez o Tribunal estará obligado a resolver sobre el mismo con los datos que obran en la causa, aplicando en defecto el mínimo previsto en la Ley."

- b) El Código de Procedimientos Penales Distrital, establece en su artículo 9° la coadyuvancia del ofendido sin reconocerle expresamente el carácter de parte, - - solo es elemento auxiliar en la -- función del Ministerio Público que ante el celo de su atribución, le pone todo - género de obstáculos durante - - el procedimiento.
- c).- La práctica viciosa de los Tribunales reconocen la participación del ofendido a partir del auto de formal prisión, lo -- que resulta absurdo, toda vez que éste,

es el primer interesado en que se --
aplique la Ley y se haga justicia, --
en razón de ello, debe reformarse el --
artículo 9° del nuestro Código Proce-
sal Punitivo en los siguientes térmi-
nos:

Artículo 9° " La persona ofendida por un delito, tendrá derecho a poner a --
disposición del Ministerio Público du-
rante la averiguación previa todos los
datos que conduzcan a establecer el --
cuerpo del delito y la presunta respon-
sabilidad del indiciado, deberá ser --
oído en todo aquello que conduzca a --
cuantificar el daño ocasionado por el
delito, dejando constancia de ello en
la causa, ante el órgano jurisdiccio-
nal será parte en el proceso a partir
de la radicación, será oído a fin de
que acredite sus derechos a la repara-
ción para que se dicten provisionalmen-
te las providencias necesarias para --
restituirlo en el goce de sus derechos
plenamente justificados, sin que ello
implique, prejuzgar sobre el fondo del
negocio."

d).- El Código Procesal Penal Federal elaborado
con la peor técnica en esta materia, -
adolesce de mayores defectos que el dis--
trital, pues en el artículo 141 con inaudi
to despropósito, niega expresamente a l-

ofendido el carácter de parte en el --
proceso penal y deposita en el Minis-
terio Público una potestad incontrola
da y caprichosa para su reclamación,-
tal disposición, debe ser reformada -
en los mismos términos que propongo -
en el inciso anterior en función de -
una verdadera seguridad jurídica.

e).- Hace una innecesaria distinción al --
considerar absurdamente en función --
del obligado a pagarla, la vía de re--
clamación, ya que siendo el resarcimiento
pena pública su exigibilidad debe-
ser uniforme en la vía incidental a --
fin de dar mayores pero iguales oportu-
nidades a las partes y más elementos -
de juicio a Tribunal para resolver, --
por esta consideración y en interés de
la unidad la igualdad de las partes y-
la congruencia del proceso, debe refor-
marse el segundo párrafo del artículo-
29 del Código Penal en los siguientes-
términos:

Artículo 29 " La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente y los terceros obligados en los términos del artículo 32 de este Código, tendrá el carácter de pena pública y se reclamará en la vía incidental dentro del proceso penal, en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales..."

VIII. LA REPARACIÓN DEL DAÑO POR SER PENA PÚBLICA Y DE CONDENA OFICIOSA COMO HE PROPUESTO, DEBE RESOLVERSE EN DEFINITIVA EN EL PROCESO PENAL SIN REMITIR AL OFENDIDO A LA VÍA CIVIL ANTE LA IMPERICIA O NEGLIGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO, PUES DE ELLO, RESULTA POR UNA PARTE, LA INSUFICIENCIA LEGISLATIVA PENAL PARA RESOLVER SOBRE UNA MATERIA QUE ES POR SU NATURALEZA DE SU EXCLUSIVA INCUMBENCIA; ABANDONA AL OFENDIDO PROPICIANDO LOS DESEOS DE VENGANZA QUE QUISIERON EVITARSE AL OTORGARLE AL MINISTERIO PÚBLICO LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y POR OTRA, RESULTA INCONGRUENTE PORQUE REMITE AL OFENDIDO A UNA INSTANCIA PRIVADA COMO ES LA CIVIL PARA RESOLVER UNA RELACIÓN DE DERECHO PÚBLICO COMO SON LAS CONSECUENCIAS QUE DEJÓ EL DELITO Y LO SUJETA -- A UN PROCESO-- JUDICIAL LARGO Y TORTUOSO QUE HACE ILUSORIA--

LA TUTELA A LOS VALORES QUE RECONOCE LA LEY-PENAL EN FUNCION A LOS INTERESES EMINENTEMENTE PUBLICOS QUE SE RESUELVEN MEDIANTE - EL PROCEDIMIENTO CON ARREGLO A LA MISMA POR-ENDE, DEBE ABROGARSE EL ARTICULO 539 DEL CÓDIGO ADJETIVO DISTRITAL Y CONSECUENTEMENTE SE-DEBEN REFORMAR LOS ARTÍCULOS 1910 Y 1913 DEL CÓDIGO CIVIL (POR LAS RAZONES REFERIDAS EN-CAPITULOS PRECEDENTES AL HACER LA DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO PENAL Y EL DOLO CIVIL), REFORMA QUE PROPONGO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS

Art 1910 " El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que dicho daño se produjo por culpa o negligencia enexcusable de la víctima, pero si el daño deriva de una conducta delictuosa precisada en el Auto de Término Constitucional se reclamará solo en la forma y términos que establezca el Código de Procedimientos Penales y el Código penal"

Art. 1913 " Cuando una persona haga uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por si mismos, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause aunque no obre ilícitamente, a no ser que pruebe que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, pero si dicho daño deriva de una conducta delictuosa precisada en el Auto de Término Constitucional, se reclamará solo en la forma y términos que establezcan el Código Penal y el de Procedimientos Penales".

- IX. LOS ARTÍCULOS 51 Y 52 DEL CÓDIGO PENAL AL RECONOCER COMO PENA PÚBLICA LA REPARACIÓN DEL DAÑO, OBLIGAN AL RESARCIMIENTO EN FUNCIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL OBLIGADO, Y NO A LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CAUSADO COMO LO RECONOCE LA LEGISLACIÓN CIVIL, DE DONDE RESULTA QUE LA TUTELA DEL OFENDIDO POR EL DELITO EN MATERIA PENAL ES MENOR QUE LA CONCEDIDA POR LEGISLACIÓN CIVIL, LO QUE RESULTA ABSURDO ~~POR FUE~~ EL ARTÍCULO 52 DEBE REFORMARSE AGREGANDO UN PÁRRAFO QUE DIGA?

Artículo 52. ... " Tratándose de la reparación del daño a que se refiere el artículo anterior y los párrafos precedentes de este artículo, la misma atenderá a la extensión del daño probado en el proceso ó en su defecto el *minimo* a pagar establecido en la Ley..."

- X. EL ARTÍCULO 1915 DEL CÓDIGO CIVIL CUANDO SE REFIERE A LA REPARACIÓN DEL DAÑO, LO HACE EN FUNCIÓN DE LA EXTENSIÓN DE ÉSTE, EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS. " la reparación del daño, debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior cuando ello sea posible, ó en el pago de daños y - -

perjuicios ." DICHO CONCEPTO ES OSTENSIBLE MENTE OPUESTO AL SISTEMA DE RELATIVIDAD ACQ GIDO POR EL CÓDIGO PENAL, DE DONDE ADVERTI MOS, QUE NO OBSTANTE CONSIDERAR LA LEGISLA CIÓN PUNITIVA PENA PÚBLICA AL RESARCIMIENTO LO DOTA DE MENORES GARANTÍAS AL OFENDIDO -- QUE EL DERECHO PRIVADO AL SUJETO PASIVO DEL ILÍCITO CIVIL AÚN TRATÁNDOSE DE LOS MISMOS HECHOS, ESTAS SITUACIONES PUEDEN DAR LUGAR AÚN A SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DE DISTIN TAS JURISDICCIONES (penal y civil) POR LO QUE SE REFIERE A SU CUANTIFICACIÓN.

ATENTO A ELLO, EL ARTÍCULO 1915 DEL CÓDIGO CIVIL, DEBE REFORMARSE EN SU PRIMER PÁRRAFO EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS :

Artículo 1915. " La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el res tablecimiento de la situación anterior cuan do ello sea posible, o el pago de daños y - perjuicios; si el daño o perjuicio derivan - de un delito, el mismo deberá exigirse en la forma y términos que establezca el Código de Procedimientos Penales..."

XI. DEBE UNIFICARSE LA LEGISLACIÓN EVITANDO LA DO BLE VÍA (penal y civil) PARA EXIGIR RESARCI-- MIENTO, PUES EL CÓDIGO CIVIL EN LA FORMA QUE -

PROPONGO, DEBE HACER REMISIÓN EXPRESA AL PROCEDIMIENTO PENAL EN LOS CASOS DE DELITO, PARA EVITAR REMITIR AL OFENDIDO EL PROCESO CIVIL TORTUOSO Y PRIVADO.

XII. LA CONDENA AL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MATERIAL EXIGE DOS COSAS:

- a).- La prueba del daño, y
- b).- Su cuantificación en el proceso. Sin los cuales, el órgano jurisdiccional está impedido para condenar; en función de ello debe diseñarse la participación del ofendido en el procedimiento, desde la averiguación a la apelación y aún en el juicio de amparo en el que puede actuar como --agraviado o como tercero perjudicado.

XIII. SI EL CONTENIDO DEL DAÑO MATERIAL SE PUEDE PRECISAR, LA EXTENSIÓN DEL DAÑO MORAL POR SU PROPIA NATURALEZA RESULTA INVALUABLE, Y - - -

EN OCACIONES SUPERIOR AL MATERIAL, ASÍ LO RECONOCE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, NO OBSTANTE ELLO, SE ELEVA A LA CATEGORÍA DE PENA PÚBLICA, PERO NI LA LEY NI LA JURISPRUDENCIA DETERMINAN SU ALCANCE O LOS CRITERIOS MÍNIMOS DE CUANTIFICACIÓN, SI BIEN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA CONFIRMA CON SINGULAR DESPROPÓSITO, QUE EL DAÑO MORAL ES INVALUABLE Y AÚN MAS EN FORMA ABSURDA, EL ARTÍCULO 31 DEL C.P. SEÑALA QUE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL SERÁ APRECIADA POR LOS JUECES DE ACUERDO A LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN EL PROCESO, DE AHÍ QUE LA FALTA DE ESTAS LLEVARÁ INDUDABLEMENTE A LA ABSOLUCIÓN DE DICHO RESARCIMIENTO. DE ELLO RESULTA EL MENOSPRECIO A LA OFENSA RECIBIDA POR EL PASIVO DEL DELITO Y -- MÁS AÚN POR QUE LO REMITE A LA LEGISLACIÓN CIVIL EN LA QUE RESULTA MAS DIFÍCIL LA PRUEBA DEL DAÑO. A MAYOR ABUNDAMIENTO, LA PROPIA CORTE ESPECIFICA QUE LA PERSONALIDAD DE LA VÍCTIMA, POSICIÓN SOCIAL EDUCACIÓN E ILUSTRACIÓN Y OTROS MEDIOS (SIN DECIR CUALES), PERMITIRÁN AL JUEZ APRECIAR EL MONTO DEL DAÑO MORAL, TAL CRITERIO NO DEJA DE SER IMPROPIO Y TANTO MAS INEXACTO COMO INADECUADO PARA CUANTIFICAR LA LESIÓN MORAL PROVOCADA - - - - -

POR LA PÉRDIDA DE UN VALOR PERSONALÍSIMO.

XIV. COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, LA SUPREMA-CORTE DE JUSTICIA, TAMBIÉN INEXPLICABLEMENTE SEÑALA, QUE LA CONDENA AL RESARCIMIENTO MORAL DEBE MOTIVARSE Y NO DA ELEMENTOS DE JUICIO PARA SU CUANTIFICACIÓN, EN ESTE ORDEN DE IDEAS, TODA CONDENA ESTARÁ CARENTE DE FUNDAMENTACIÓN Y EN CONSECUENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA ESTRICTO, SIEMPRE PROCEDERÁ LA ABSOLUCIÓN AL PAGO DEL DAÑO MORAL. PARA EVITAR TAN SEMEJANTE CARENCIA LEGISLATIVA Y EVIDENTE ABERRACIÓN JURISPRUDENCIAL, EL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO PENAL DEBE REFORMARSE AGREGANDO UNA FRACCIÓN TERCERA EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS :

Artículo 30.- La reparación del daño comprende :

" ... La indemnización del daño moral causado a la víctima o a su familia, no será inferior al 50% del que corresponda al daño material; si la reparación consistiere en la obligación de restituir o se tratare de delitos sin resultado material, el monto será igual al cuadruplo del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región que será pagado en los términos y formas establecidas en el Código de Procedimientos Penales.

XV. EL CARÁCTER PÚBLICO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO NO RADICA EN QUE SE LE HAYA DOTADO DE IGUALES Y ENÉRGICAS MEDIDAS DE EJECUCIÓN QUE A LA PENA DE MULTA EN LOS TERMINOS QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 37 DEL CÓDIGO PENAL, PUES DICHS MEDIOS RESULTAN INOPERANTES ANTE LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR, PUES NO ES LA NATURALEZA DE ESTOS LOS QUE LE DAN TAL CARÁCTER Y MENOS AUN SI -- TOMAMOS EN CUENTA QUE TAL DISPOSICIÓN RESULTA OCIOSA PUES TODA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE CONDENES A UNA PRESTACIÓN CUANDO CAUSA EJECUTORIA SE CONVIERTE EN TITULO EJECUTIVO.

XVI. LA NATURALEZA PUBLICA DE LA PENA, DEBE BUSCARSE EN LA NECESIDAD DE ASEGURAR SU CUMPLIMIENTO AUN ANTE LA INSOLVENCIA DEL OBLIGADO, POR MEDIO DE SUSTITUTOS PENALES. POR ESTA RAZÓN, EL ARTÍCULO 37 DEL CÓDIGO PENAL, DEBE SER REFORMADO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

"Artículo 37 ... El cobro de la reparación del daño, se hará efectiva en la misma forma que la multa, pero en caso de insolvencia del obligado a pagarla, podrá ser sustituida por pena privativa de libertad que no será mayor de un año en los delitos dolosos y seis meses en los culposos, dicha sustitución será innecesaria cuando el obligado garantice su cumplimiento o el ofendido manifieste su voluntad de exigir la por la vía ejecutiva o bien cuando demuestre tener ingresos suficientes para que le sea descontada la misma hasta tener su satisfacción total. En defecto de ello, el ofendido tendrá derecho a hacer efectivo su monto -- de cualquier ingreso del obligado y será preferente a cualesquiera obligación civil - - - - -"

hecha excepción de las deudas alimentarias..."

DEBIENDOSE ABROGAR EN CONSECUENCIA EL ARTÍCULO 38 DEL PROPIO ORDENAMIENTO QUE NO ESTABLECE CONDICIÓN PARA ASEGURAR SU CUMPLIMIENTO EN CASO DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR.

XVII. POR SER LA REPARACIÓN DEL DAÑO PENA PUBLICA, DEBE -- ADOPTARSE EN TODOS LOS CASOS DE RESARCIMIENTO LA UNIDAD DE JURISDICCIÓN SIN REMITIR A LA VIA CIVIL COMO LO HACE INDEBIDAMENTE EL CÓDIGO DISTRITAL, PUES LA MISMA DEBE RESOLVERSE SOLO Y EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL POR TRATARSE DE UNA RELACIÓN DE DERECHO PUBLICO; ATENTO A ELLO, DEBE ABROGARSE TODO EL CAPÍTULO VII DEL CITADO CÓDIGO DISTRITAL QUE BAJO EL RUBRO " Incidente Para Resolver sobre la Reparación del Daño Exigible a Terceras Personas", APARECE REGULADO DE LOS ARTÍCULOS 532 AL 540 Y ESTABLECER -- SOBRE ESTA MATERIA, LA UNIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS.

" C A P I T U L O VII

INCIDENTE PARA RESOLVER LA REPARACION DEL DAÑO PROVENIENTE DE DELITO "

DEBEN ABROGARSE LOS ARTÍCULOS 532 Y 533 Y SUSTITUISE POR UN ARTÍCULO NUEVO CON EL SIGUIENTE TENOR.

"La reparación del daño proveniente de delito, se -- tramitará en todos los casos en la Via Incidental, se abrirá de oficio o a petición de parte y se tramitará con arreglo a las normas de este Capítulo".

DEBEN ABROGARSE LOS ARTÍCULOS 534, 535 Y 536, SUSTITUIRSE POR UN ARTÍCULO NUEVO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

"Abierto el incidente respectivo en el Auto de Término Constitucional, éste fijará el término probatorio en la misma forma que el asunto principal, dentro del cual, las partes podrán ofrecer las pruebas correspondientes que tendrán por objeto, los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, fijar su cuantía y los conceptos por los que proceda".

SE DEBE ABROGAR EL ARTÍCULO 537 Y SUSTITUIRSE POR UN ARTÍCULO NUEVO CON EL TENOR SIGUIENTE:

"Serán notificadas las partes personalmente a fin de que se apersonen a deducir sus derechos, si no compare el ofendido en el incidente previa constancia de ello, lo hará el Ministerio Público a fin de que no se entorpezca el procedimiento".

SE DEBE ABROGAR EL ARTÍCULO 538 Y SUSTITUIRSE POR UN ARTÍCULO NUEVO EN LOS TÉRMINOS SIGUIENTES:

"Las providencias precautorias para asegurar el cumplimiento del pago de la reparación del daño, podrán promoverse por el ofendido si prueba la necesidad de la medida dentro de tres días contados a partir de que se abra el incidente dentro del cual, podrá promover las pruebas respectivas y previa audiencia que se llevará a efecto dentro de 24 horas, el juez resolverá de plano sobre su procedencia. Contra este Auto solo procederá el Recurso de Revocación".

DEBE ABROGARSE TAMBIÉN EL ARTÍCULO 539 Y SUSTITUIRSE POR UN ARTÍCULO NUEVO QUE ESTABLEZCA LO SIGUIENTE:

"La audiencia del incidente se llevará a cabo en la misma fecha que la audiencia del juicio principal ó a más tardar 24 horas después de celebrada esta; se resolverá asimismo dicho incidente en la sentencia que que resuelva el asunto principal. Si el ofendido o la

no se apersonaron o no justificaron el monto de los daños, el juez no podrá dejar de resolver por esta circunstancia el incidente, pero en tal caso dictará resolución sobre lo que aparezca probado por el Ministerio Público por tal motivo el ofendido, no podrá acudir a la Vía Civil. Tratándose del Daño Moral, a falta de pruebas de su cuantificación, el Juez condenará al mínimo previsto en la Ley".

DEBE ABROGARSE FINALMENTE, EL ARTÍCULO 540 POR UN ARTÍCULO NUEVO QUE DIGA:

" La interlocutoria que resuelva el incidente, será apelable en la misma forma y términos que la Sentencia Principal".

XVIII POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, EL PROCESO PENAL --
TENDRÁ PRIMACÍA RESPECTO DEL PROCESO CIVIL CUANDO-
SE TRATE DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN HECHO --
QUE TIENE SU ORIGEN EN UN DELITO.

XIX. POR SER PUBLICA LA CONDENA AL RESARCIMIENTO DEL --
DAÑO, LA MISMA NO PUEDE ESTAR SUJETA A CONVENIO --
POR ELLO SON ANTICONSTITUCIONALES LAS REFORMAS AL-
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PUBLICADAS EN EL-
DIARIO OFICIAL DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1981 Y DEBEN
ABROGARSE, TODA VEZ QUE IMPLICAN UN RETROCESO Y UN
RETORNO AL PROCESO INQUISITORIAL, EN EL QUE ENCON-
TRAMOS CONFUNDIDAS LAS FUNCIONES DE PERSEGUIR Y --
Y JUZGAR LOS DELITOS EN LA MISMA PERSONA DEL MINIS-
TERIO PÚBLICO.

XX. LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA PÚBLICA TIENE LAS CARACTERÍSTICAS QUE LA LEGISLACIÓN PENAL NO HA SABIDO RECONOCER Y SON LAS SIGUIENTES :

- a).- Intransigible por su naturaleza;
- b).- Pública, en virtud de que debe asegurarse su cumplimiento en los términos expuestos;
- c).- Unica, en función de la unidad procesal, pues debe evitarse doble vía que propicie sentencias contradictorias de distinto fuero.
- d).- Tendrá la misma suerte que la responsabilidad penal y se resolverá en la misma instancia;
- e).- Todos los beneficios procesales, estarán en función de su garantía;

- f).- Debe reclamarse en forma exclusiva por el ofendido y subsidiarse por el Ministerio Público; teniendo -- aquél, todos los derechos de su calidad de parte en el proceso, aún - en el amparo.

- g).- Asegurará su cumplimiento mediante sustitutos penales;

- h).- Es oficiosa, pero debe resolverse - siempre condenando o absolviendo.

- i).- Será siempre cuantificable en beneficio del ofendido o de la víctima - del delito.

A REPARACIÓN DEL DAÑO, ES PENA PÚBLICA, PERO NI LA LEGISLACIÓN, NI LA JURISPRUDENCIA HAN ESTABLECIDO UN SISTEMA COHERENTE Y ORDENADO, POR ELLO, PROPONGO LA REFORMA LEGISLATIVA -- CON UN NUEVO SISTEMA, QUE TOMANDO EL ESPÍRITU DEL CONSTITUYENTE HAGA A LA LEY MÁS COMPRENSIBLE EN LA FORMA QUE APARECE EN ESTAS -- CONCLUSIONES QUE ESPERO COADYUVEN A UNA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA EN BENEFICIO SOCIAL.

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

- 1.- ACERO JULIO. El Procedimiento Penal Mexicano Ed. Porrúa. México 1975.
- 2.- ALTAVILLA ENRICO. La Culpa. Ed. Témis. Bogotá 1958.
- 3.- ANTOLISEI FRANCESCO. La Acción y el Resultado en el Delito. México 1981.
- 4.- ARILLA BAZ FERNANDO. El Procedimiento Penal. Ed. Cratos. México 1981.
- 5.- CARNELUTTI FRANCESCO. II. Danno e il Reato. Padova 1926.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Código Penal Anotado. Porrúa. Méx.- 1981.
- 7.- CARRARA FRANCISCO. Opúsculos de Derecho Criminal. Florencia 1911.
- 8.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa México 1979.
- 9.- CORDOBA RODA JUAN. Comentarios al Código Penal. Ed. - Ariel Barcelona 1972.
- 10.- CHIOVENDA JOSE. Principios de Derecho Civil. Madrid 1941.
- 11.- CHIRONI La Culpa en el Derecho Moderno. Madrid 1898.
- 12.- CRISPIGNI FILIPPO. La Correspondencia al Tipo Descrito en una Norma Penal. Rev. D. Penal - Contemporáneo. México. 1965.

- 13.- DE RUGGIERO ROBERTO. Instituciones de Derecho Civil. Vol. II. Madrid 1931.
- 14.- FLORIAN EUGENIO. Elementos de Derecho Procesal Penal Ed. Bosch. Barcelona 1933.
- 15.- FLORIS MARGADANT GUILLERMO. Derecho Romano. Ed. Esfinge. México 1965.
- 16.- FRANCO SODI CARLOS. El Procedimiento Penal. Ed. Porrúa - México 1957.
- 17.- GARCIA RAMIREZ SERGIO. Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa - México. 1979.
- 18.- GOMEZ EUSEBIO. Tratado de Derecho Penal. Cía. Arq. de Ed. Bs. As. 1939.
- 19.- GONZALEZ BLANCO ALBERTO. Procedimiento Penal Mexicano. Ed. - Porrúa. México 1965.
- 20.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. El Cheque en su Aspecto Mercantíl - y Bancario. Su Tutela Penal. Ed. - Porrúa. México 1961.
- 21.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. Principios de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa. México 1967.
- 22.- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. El Código Penal Comentado. Ed. Porrúa. México 1976.
- 23.- GONZALEZ DE LA VEGA RENE. Comentarios al Código Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México - 1975.
- 24.- GUARNERI GIUSEPPE. Diritto Penale e Influenze Civilistiche. Milán 1947.

- 25.- GUARNERI JOSE. Las Partes en el Proceso Penal. Ed. Cajica Jr. Puebla. México 1952.
- 26.- H. RUIZ FRANCISCO. Breves Consideraciones sobre la Responsabilidad Civil. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. T. VIII. abril-junio. 1946.
- 27.- IDAGORRI DIEZ BENJAMIN. Instituciones de Derecho Procesal - Penal. Ed. Temis Bogotá. 1965.
- 28.- J. J. HAUS. Principios Generales de Derecho Penal Belga. Gante 1879.
- 29.- LEONE GIOVANNI. Tratado de Derecho Procesal Penal - Ed. Jus. Europa. América Bs. As. - 1963.
- 30.- LUCHINI LUIGI. Elementi Di Procedura Penale. Firenze 1908.
- 31.- LUZON DOMINGO MANUEL. Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal. Ed. His-Europea. Barcelona 1960.
- 32.- MANZINI VICENZO. Tratado de Derecho Procesal Penal - Ed. Ejea. Bs. As. 1951.
- 33.- MANZINI VINCENZO. Trattato Di Diritto Penale Milan - 1933.
- 34.- NUÑEZ RICARDO. Derecho Penal Argentino. Ed. Omeba Bs. As. 1965.
- 35.- ODERICO MARIO. Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal. Ed. Ideas. Bs. As. 1945.

- 36.- PALLARES EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil Ed. Porrúa. México 1978.
- 37.- PEÑA GUZMAN Y ARGUELLO. Derecho Romano. Ed. Tea. Bs. As. 1966.
- 38.- PIÑA Y PALACIOS JAVIER. Recursos e Incidentes en el Proceso Penal Ed. Botas. México 1960.
- 39.- PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil - Obligaciones. Traduc. José M. Cajica. Puebla 1945.
- 40.- QUINTANO RIPOLLES. Derecho Penal de la Culpa Ed. Bosch. Barcelona 1958.
- 41.- ROCCO ARTURO. L'oggetto del Reato e Della Tutela - Giurídica Penale. Milan 1913.
- 42.- ROCCO ARTURO. Trattato De la Cosa Giudicata como - causa di estinzioni dell' azioni pena le modena 1900.
- 43.- ROCCO HUGO. Derecho Procesal Civil. Trad. Felipe de J. Tena Ed. Porrúa México. 1939.
- 44.- ROMANO DI FALCO. Processo Penale e Azioni Civile e - Amministrative Milan 1943.
- 45.- TUOZZI. Autorita' Della Cosa Giudicata. Turin 1900.
- 46.- V. HOFFMAN. Tratado Teórico Práctico de las cuestiones prejudiciales en materia repara siva según el Derecho Francés.
- 47.- VAZQUEZ SANCHEZ ROGELIO. El ofendido por el Delito y la Reparación del daño. Ed. 1981.

- 48.- VELAZQUEZ M. JUAN C. Elementos de Derecho Procesal Penal.
En Prensa. México 1982.
- 49.- VELEZ MARICONDE ALFREDO. Derecho Procesal Penal. Ed. Lernes-
Bs. As. 1959.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Procedimientos Penales del D. F.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley de Amparo.

Código Penal del D. F.

Ley de la Procuraduría General de la República.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D. F.

55 Años de Jurisprudencia Mexicana 1917-1971.

Código Civil Penal D. F. en Materia Común y para toda la República en
Materia Federal.

Código de Procedimientos Civiles.

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO PENAL PÁG.

1. ETAPAS QUE COMPRENDE.	3
2. INTERVENCION DEL OFENDIDO POR EL DELITO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL	17
3. LA SENTENCIA PENAL Y LA REPARACION DEL DAÑO	34

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL	41
2. LA CULPA PENAL Y LA CULPA CIVIL	64
3. EFECTOS CIVILES Y PENALES DE LA SENTENCIA.	93
4. LA COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL	97

CAPITULO TERCERO

EL PROBLEMA DE LA PREJUDICIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

	PÁG.
1. ANTECEDENTES Y CONCEPTO.	119
2. CLASIFICACION	140
3. EFECTOS DE LA CUESTION PREJUDICIAL	145
4. LA PREJUDICIALIDAD PENAL ABSOLUTA.	163
5. LA SUSPENSION DEL PROCESO CIVIL POR UNA CUESTION PREJUDICIAL PENAL.	171

CAPITULO CUARTO

LA REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA

1. CONCEPTO Y DIFERENCIAS.	179
2. LA REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA.	188
3. LA DUPLICIDAD DE ACCIONES Y PROBLEMATICA QUE PRESENTA.	229

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES	234
BIBLIOGRAFIA	250