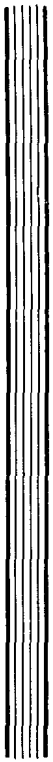


24, 132



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales SANTA CRUZ ACATLAN



ESTUDIO DOGMATICO DE LA REPARACION DEL DAÑO EN MATERIA PENAL

T E S I S

Que para obtener el Título de: LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

Guillermo Juárez Camacho

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

México

1988



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

pág.

PROLOGO

I.- CONCEPTO DE DAÑO

1.- Introducción	1
2.- Doctrina Mexicana	3
3.- Doctrina Italiana	19
4.- Doctrina Francesa	35
5.- Doctrina Alemana	53

II.- ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- Introducción	71
2.- Roma	72
3.- México	86

III.- CAUSAS QUE LA ORIGINAN

1.- Introducción	96
2.- Los Hechos Ilícitos	99
3.- Los Delitos	108

IV.- FUNDAMENTOS LEGALES DE LA REPARACION DEL

DAÑO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1.- Constitucionales	126
2.- Civiles	141
3.- Penales	155

V.- QUIENES DEBEN RESPONDER EL DAÑO

1.- Introducción	171
2.- El Sujeto Activo del Delito	173
3.- Terceros	177

VI.- FORMA EN LA QUE SE DEBE REPARAR EL DAÑO

1.- Introducción	186
2.- Materia Penal	188
3.- Materia Civil	201

CONCLUSIONES	212
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	219
------------------------	-----

PRIMERO

La justicia, para la víctima del delito y/o sus familiares, implica no sólo la aplicación -al responsable- de la pena, penas o medidas de seguridad sino también la indemnización al ofendido -de todas y cada una de las consecuencias del hecho dañoso, bien a través de la restitución, de la reparación o del resarcimiento.

Questionamos nuestro derecho positivo, en la materia, por que pocas veces su aplicación satisface al sujeto pasivo del delito, el cual como respuesta civilizada a sus sentimientos de venganza, recelo, desasosiego y a su sufrimiento, acude ante el órgano encargado de vigilar el exacto cumplimiento de la ley y de aplicar la sanción para el caso de que se transgreda, para quedar finalmente decepcionado e insatisfecho del derecho que nos rige y de las autoridades encargadas de aplicarlo.

Por tal motivo, resulta necesario redefinir el estudio de la reparación del daño producido con motivo de un hecho ilícito de consecuencias del orden penal, a partir de su concepto, esencia y objeto para desentrañar su verdadera naturaleza jurídica y tomando en consideración todas y cada una de las experiencias del pasado, mejoramos la actual situación de desamparo de la víctima.

I

CONCEPTO DE DAÑO

Doctrina Mexicana

Doctrina Italiana

Doctrina Francesa

Doctrina Alemana

CONCEPTO DE DAÑO

El delito -como hecho antijurídico- no solo vio la el ordenamiento penal, sino que trasciende en otros ordenamien-
tos, siendo la repercusión más frecuente, la que se verifica en el
campo del derecho privado, pues al cometerse un delito, por lo gene
ral se causan dos tipos de daños: uno colectivo y otro individual.
El primero lo constituye la perturbación y alarma que la misma con-
ducta produce a la sociedad y el segundo, el perjuicio que se le --
causa a la víctima; ya sea en su persona, bienes, honor, libertad,
afecciones, etcétera; naciendo múltiples consecuencias -entre ellas
como constante- la pretensión al restablecimiento de la situación -
anterior conforme a derecho, con un solo fundamento, la responsabi-
lidad jurídica -entendiéndose como "la obligación de soportar la --
reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso"¹ - se
gún la naturaleza de los valores lesionados.

El daño colectivo se pretende reparar mediante
la imposición de la pena, penas o medidas de seguridad correspon-
dientes, a través del fincamiento de la responsabilidad penal al --
violarse los valores de la comunidad; el daño individual, mediante
la obligación de indemnizar, a través del fincamiento de la sanción
pecuniaria o de la responsabilidad civil, según se trate del delin-
cuente o de terceros, por el ataque a los intereses personales. Y -
en ese sentido se habla de consecuencias penales y civiles del deli
to, que en algunos países como Italia, se hayan plenamente delictiva
das como sanción penal y sanción civil del delito.

1.- Bonasi Benucci citado por Ernesto Gutiérrez y González. Derecho
de las Obligaciones. Editorial Cajica, 5a. edición. México 1980.
pág. 458.

A esta responsabilidad jurídica de indemnizar, sanción pecuniaria - al lado de la multa para el delincuente o consecuencias civiles del delito para las personas distintas al sentenciado, son a las que se hara referencia, como uno de los objetos de la acción penal, y que para su estudio y definición, siguiendo el metodo decutivo, nos remite al derecho civil en vista de que ésta es su naturaleza verdadera.

Con el fin de tener una base doctrinaria sobre la cual partir para establecer diferencias, semejanzas, contradicciones y poder adoptar una postura, respecto a otras doctrinas, en cuanto al concepto de daño y su reparación, tomaremos una que nos es familiar -la Doctrina Mexicana- que será de gran ayuda por contener una diversidad de matices en sus antecedentes, conjuntando variadas influencias; como la Francesa, por lo que hace al elemento subjetivo de la responsabilidad civil contractual y extra contractual, por lo que hace al dolo y a la culpa y, que tambien, es base de la Doctrina Argentina e Italiana; la Alemana que al igual que la Suiza, busca la reparación integral del daño; y la Rusa por lo que se refiere al daño producido con motivo del uso de mecanismos peligrosos en sí mismos y que da lugar a la responsabilidad objetiva o por riesgo creado.

DOCTRINA MEXICANA

El daño es una lesión a un derecho. En ocasiones se le toma en el sentido de menoscabo o perjuicio y en otras de indemnización; cuando se le toma al daño como una pérdida o menoscabo, se le identifica con el sentido económico, cuando se le toma como indemnización, ya se habla en sentido jurídico, aún cuando se le esté identificando con uno de sus efectos.

Antiguamente a la pérdida que una persona sufría en su patrimonio se le denominaba "damnum emergens" y a la privación de una ganancia lícita "lucrum cessans", elementos que encontramos como constante en todas las doctrinas y, que será materia de estudio en la parte relativa a los antecedentes históricos; los artículos 2108 y 2109 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, dan una definición de lo que es el daño y lo que es el perjuicio, siguiendo la --
tendencia antes referida, y a la letra dicen:

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

artículo 2109.- "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

Estas definiciones según su contexto y ubicación, dentro de la legislación sustantiva, son desde el punto de vista del incumplimiento de una obligación contractual, y autores como Rafael Rojas Villagas, Manuel Borja Soriano, Rafael de Pina, Manuel Joaquín Corral y otros, consideran que dichos conceptos son fácilmente adapta--

bles a la responsabilidad delictuosa o cuasidelictuosa, que actualmente se comprende dentro de la responsabilidad civil extracontractual fundada en culpa directa.

Sin embargo el maestro Ernesto Gutiérrez y González, considera que dentro de estas definiciones, a las que nos hemos referido, se supone una obligación previa contractual, y que no se comprende a:

El daño proveniente de la violación de un deber jurídico en estricto sentido, ni al daño que resulta sin mediar culpa.

Por lo que no se puede aplicar legalmente a la responsabilidad objetiva, ni a la proveniente de los hechos ilícitos, y al efecto expresa su propia definición: "Daño es la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio, por una conducta lícita o ilícita de otra persona, o por una cosa que posee ésta, o persona bajo su custodia y que la ley considera para responsabilizarla.

Perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido, de no haberse generado la conducta lícita o ilícita de otra persona o el hecho de la cosa que ésta posee o persona - bajo su custodia y, que la ley considera para responsabilizarla."²

El daño en sentido amplio o lato sensu, comprende a los perjuicios e inclusive en algunas ocasiones se emplea, ya la palabra daño, ya la palabra perjuicio, para designar con una sola de ellas a las dos, y en sí los tratadistas antes mencionados --

coinciden en que el daño se define como una pérdida, menoscabo, afección e inclusive sufrimiento y, sólo se debate respecto a la causa generadora de éste, por lo que compartimos el concepto integral que da el maestro Gutiérrez y González, pues comprende los supuestos que pueden dar lugar a la causación de un daño, el cual importa como es natural la obligación de indemnizar o responsabilidad civil, y que en concreto se reducen a tres:

1.- Daño producido con motivo del incumplimiento de una obligación, y que da lugar a la responsabilidad civil contractual.

2.- Daño producido con motivo del uso de mecanismos peligrosos en sí mismos, y que da lugar a la responsabilidad civil extracontractual objetiva o por riesgo creado.

3.- Daño producido con motivo de la ejecución de hechos ilícitos, y que da lugar a la responsabilidad civil extracontractual por violación a un deber en estricto sentido o responsabilidad civil per culpa directa.

Estos tres tipos de daño corresponden a la clasificación que se hace de éste en cuanto a su fuente u origen y, por lo que hace a la responsabilidad civil, aún cuando se refiere a la contractual y a la extracontractual, ésta solo es una, con un solo fundamento -el hecho ilícito- sujeta en principio a idénticas reglas y aún cuando la responsabilidad objetiva no tiene en cuenta concepto alguno de culpa o dolo, basándose solo en el hecho perjudicial, también se refiere a la conducta de reparar, objeto y fin de la responsabilidad

en general y de la civil en particular, misma que "tiende a convertirse en una sanción general de derecho, con una función doble, como reguladora y como complemento en el derecho"³.

Existen, en cuanto a los bienes que resultan afectados, dos tipos de daño: el material y el moral.

El daño material, es al que se refiere nuestra definición legal de daño y, que se encuentra erróneamente identificado, como sinónimo de daño patrimonial; situación que prevalece en la mayoría de las doctrinas y legislaciones; o al menos en las que son objeto de nuestro estudio, pero que son antecedente de un sinnúmero de otras, propiamente se trata de menoscabos sufridos en los bienes pecuniarios o económicos. Técnicamente cuando se habla de daño, se hace referencia a la afectación de un interés relativo a un bien susceptible de clasificación en el orden material, sin que se conceda que dentro del patrimonio se encuentran otro tipo de bienes o derechos, como los de la personalidad. Es decir, no se estima que el ámbito del patrimonio se encuentra constituido por una parte no pecuniaria o moral, relativa a los bienes fundamentales del hombre; entendiéndose por bien, en el significado más amplio, es decir como utilidad, o en cuanto a su raíz etimológica latina; como dicha o bienestar. Pues siguiendo una línea conservadora, por lo que hace a su contenido, se estima que no hay nada más respetable y valioso que lo pecuniario, por lo que, identificando el patrimonio como riqueza material, se le llega a definir como un conjunto de derechos

3.- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto. - Obligaciones. Volumen II. Editorial Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, Succ. 2a. edición. México 1960. pág. 385.

y obligaciones, pertenecientes a una persona, tradicionalmente valuables en dinero; atendiendo incluso una postura política que indicaba sólo dos caminos, como bienes y valores y que por lo tanto había que defender: uno de la materialidad, y que se refería a las cosas o bienes corpóreos, y otro de los incorpóreos y que se refería a los derechos personales o de crédito.

Justificamos así, que no nos parezca exacto la denominación de material en oposición a moral, pues con lo expuesto, se aclara que dentro de lo que se puede apreciar o estimar en dinero, también se encuentra lo inmaterial, que lo constituye los derechos personales u obligaciones; siendo válido y vigente hablar de económico o pecuniario en oposición a lo moral o no pecuniario; bienes que reunidos forman la universalidad de derechos, denominada patrimonio.

Por su parte, el daño moral, ha sido constante objeto de controversias, por lo que hace a su denominación, definición, conveniencia y amplitud de su reparación.

En cuanto a su denominación, sirva lo ya expuesto en cuanto al daño pecuniario como justificación a que se discuta en doctrina el nombre y concepto que se adecue a su naturaleza; y así se le ha llamado daño no patrimonial, extrapatrimonial, no económico, inmaterial, agravio moral, perjuicio moral, afectación moral, dolor moral; etcétera.

Por lo que hace a nuestra legislación, el Código Civil Vigente, en su artículo 1916 y el Penal, en el 30 fracción II, lo nombran Daño Moral.

En cuanto a su definición, el artículo 1916, lo conceptúa de la siguiente forma:

artículo 1916.-" . . . Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tiene con los demás. . ."

Doctrinariamente podemos decir, adhiriéndonos al criterio del tratadista Manuel "Miguel Caballero"⁴, que no existe un concepto de daño moral que sea unánime. En efecto, por ejemplo el maestro Jaime Santibáñez al expresar, "existen autores que no dan concepto alguno de daño, por estimar que dentro de los daños no patrimoniales se incluyen los perjuicios más heterogéneos que puedan inferirse a una persona", se encuentra adoptando la tendencia a denominarlo daño no patrimonial, y al respecto concluye "siendo el que causa los perjuicios más diversos, éstos sólo presentan en común la característica negativa - que indica su calificación, la de no ser patrimoniales"⁵.

Otros autores, en su gran mayoría italianos -los cuales estudiaremos en el apartado correspondiente-, lo definen como daño inmaterial, -- considerando que, se presentan como consecuencia o repercusión subjetiva de daños reales derivados de lesiones inferidas a los bienes -- fundamentales del hombre, resultan abstractos. Daño extrapatrimonial también se le ha denominado, por ser aquél que afecta a los bienes inmateriales de la personalidad extraños al patrimonio, por lo tan-

4.- cfr. Miguel Caballero, Manuel. La Ley Aquilia y los Derechos de la Personalidad. Editorial Tradición. México 1983, pág. 101.

5.- Santos Cruz, Jaime, citado por Manuel Miguel Caballero, loc. cit.

to, si bien es cierto que repercuten en éste, no lo hacen de modo inmediato.

De los anteriores conceptos encontramos un común denominador, los derechos de la personalidad; estos derechos que tutelán el goce de las facultades humanas y el desenvolvimiento de la personalidad, constituyen factor determinante para su denominación y definición. Considerar este tipo de daño como no patrimonial o extrapatrimonial es retroceder hacia la etapa conservadora del siglo XIX, para poder así afirmar que no existen derechos diversos a los reales y personales, es decir constreñir al patrimonio en lo económico o pecuniario, dejando fuera una gran riqueza, que posiblemente sea más valiosa que cualquier derecho de crédito que nos proporcionara más utilidad e dicha, que la libertad o la vida, bienes que desde luego se encuentran en el ámbito del patrimonio, aún cuando no sean valuables en dinero. En este mismo sentido Eugenio Cuello Calón expresa "La ley ordena el resarcimiento de los daños patrimoniales causados, no debe exceptuarse a los causados al patrimonio más sagrado, al patrimonio moral."⁶; en consecuencia a este tipo de daños se les puede denominar como, no económicos, no pecuniarios o morales. En cuanto a nuestra oposición a llamarlo daño inmaterial o agravio moral, es por resultar inconveniente conforme a lo ya expuesto, toda vez que se ha examinado y comprobado que dentro de lo pecuniario también se encuentra lo inmaterial, a través de los derechos personales o de crédito, e igualmente un daño no pecuniario o moral, trasciende a lo corpóreo, siendo aplicable el -

6.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Nacional México. 9a. edición. México 1961, pág. 655

mismo fundamento al término agravio, pues debido a su naturaleza no es propio de las cosas materiales.

El tratadista Ernesto Gutierrez y González aporta una definición integral de lo que es el daño moral, en cuanto a sus causas y a sus resultados o efectos y expresa: "El daño moral es el dolor cierto y actual sufrido por una persona física o el desprestigio de una social colectiva, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o de un ries o croado, y que la ley considera para responsabilizar a su autor"⁷.

Definición que compartimos sólo en parte, pues correspondiendo a uno de los tipos de daño, por lo que hace a su clasificación atendiendo a los bienes que resultan afectados, estimamos que hubiera sido conveniente y valioso señalar cuales eran estos bienes en forma específica y exhaustiva, y no en la forma genérica que ya ha quedado anotada, al mencionar únicamente a los derechos de la personalidad. Incluso se hubiera podido mencionar en forma repetitiva, que era el daño ya definido, que afectaba a cualquiera de las partes de esos bienes fundamentales denominados derechos de la personalidad; ya sea en su parte social, afectiva o física, sin abundar nuevamente en las causas generadoras de éste, pues recordemos que el daño es sólo uno al igual que la responsabilidad, y resultan características de todo daño. Asimismo se considera que el hecho de que la afectación producida por el daño se traduzca en un dolor cierto y actual, es un acontecimiento secundario para una definición.

Por lo que se refiere a la conveniencia de

7.- ob. cit. pág. 642.

su reparación, existen a lo largo de su desarrollo diversas teorías que plantean la solución al problema de su reparación, mismas que - pueden agruparse para su estudio en tres tendencias: La teoría que niega la posibilidad de reparar el daño; La teoría que condiciona la reparación del daño moral a la existencia de uno económico, a la vez que son concomitantes; y la teoría que admite la reparación del daño en forma autónoma, procederemos al análisis breve de cada una de estas teorías.

La primera de las teorías, es sostenida por Josserrand⁸, que niega la posibilidad de reparar el daño moral, por considerar que sólo es susceptible de repararse lo que se ve y se puede apreciar por los sentidos y, siendo el daño moral abstracto como se ría posible borrarlo, si nunca se exterioriza o materializa; ahora bien, suponiendo que fuera posible traducir este daño a una suma de dinero, dicha suma haría desaparecer e incluso atacaría a su misma naturaleza, de no ser pecuniarios, llegando al plano de lo inmaterial por inconveniente, al fijarse un precio a los sufrimientos y al dolor, que los firmes defensores de esta teoría llaman como "dinero del dolor"⁹ a la indemnización que se pague por un daño moral.

La segunda, de las referidas teorías, es sostenida por Aubry y Rau¹⁰, Moynat y A. Esmein¹¹, que afirman, que el daño moral será reparable siempre que se encuentre concomitante a un daño material, y que a simple vista constituye una teoría mixta, --

8.- cfr. Josserrand L. citado por Ernesto Gutiérrez y González. ob. cit. pág. 646.

9.- supra 84.

10.- cfr. Aubry y Rau, citados por Henry y León Mazonaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa, América-Buenos Aires. Buenos Aires 1939. pág. 63.

11.- cfr. Moynat y A. Esmein. citados por Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Manuel Porrúa. 3a. edición. México 1959. pág. 423.

pero que de su análisis se desprende que solo constituye una variable de la teoría antes referida, pues en este caso "la reparación tiene su fundamento, no sólo en el daño moral, sino en las perjudiciales consecuencias patrimoniales en que se concreta"¹², no existiendo duda respecto a la responsabilidad, pues al exteriorizarse el daño puede valorarse.

Por último analizaremos la tercera de las teorías, sustentada por Ripert¹³ y Mazeaud¹⁴, que señalan que el daño moral debe ser reparado en forma autónoma, considerando la posibilidad de la restitución del valor moral o de su equivalente en una suma de dinero, sea cual fuere la parte de los derechos de la personalidad los que se vieren afectados, en consecuencia no se le sujeta necesariamente a las repercusiones económicas.

El equivalente al que se hace mención es la suma de las tendencias, conlleva al problema de la determinación de la amplitud de la reparación del daño no pecuniario, que se ha tratado de resolver, ante la imposibilidad de restituir el valor moral que no siempre será susceptible de entregarse, tanto en el campo del derecho civil y de el penal, mediante una suma de dinero. Elemento que lejos de resultar inhumano como precio de los sufrimientos, es efecto de la tutela que se ejerce sobre dichos bienes fundamentales, que como ya se ha hecho mención se refieren al goce de las facultades humanas y al desenvolvimiento de la personalidad, de donde resulta más inhumano el que se dejen sin protección jurídica. Asimismo configura

12.- Cuello Calón, Eugenio. ob. cit. pág. 654.

13.- *cf.* Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo IV. Las Obligaciones. Primera Parte. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1965. pág. 494.

14.- *cf.* Mazeaud, Henry y León Mazeaud. ob. cit. pág. 67.

el factor que hace sentir a la víctima menos pesado el dolor derivado del daño causado; con lo anterior no se pretende realizar una apología del dinero, el cual se dice, que no lo constituye todo, pues existen cosas más importantes que éste, pero que al fin y al cabo «son susceptibles de adquirirse mediante el dinero, por lo que una persona que ha resultado afectada puede buscar un sucedáneo o procurar se nuevos gozos, que no devolverán el bienestar moral dañado pero que si serán aún más valiosos por haber sido tomados del dador, lo cual representa que la afectación no haya quedado sin satisfacción; incluso el maestro Manuel Porja Soriano expresa lo siguiente respecto del dinero, en apoyo a lo antes manifestado, "es el medio más eficaz para una reparación, pues siendo lo bastante poderoso, da a la víctima un campo de acción casi ilimitado, que da la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo perdido"¹⁵. Sin embargo no estamos del todo, de acuerdo con el maestro pues, también manifiesta que la indemnización da a la víctima la posibilidad de aumento en su patrimonio, pues dicha aseveración va en contra del principio que alimenta a la reparación y al daño mismo; el primero por cuanto que no se deberá buscar un enriquecimiento para el afectado sino una compensación a manera de satisfacción justa por el daño recibido, el segundo por que el daño supone un menoscabo, que se compensa con la indemnización, luego entonces no provoca de manera alguna un aumento en el patrimonio, sino el efecto de dejarlo como anteriormente se encontraba y como si el evento dañoso no se hubiera actualizado.

El tratadista Ernesto Gutiérrez y González¹⁶, -

15.- ob. cit. pág. 429. cit.

16.- cfr. ob. cit. pág. 20.

en su teoría del patrimonio, divide a éste en pecuniario y no pecuniario, y este último a su vez en tres partes; la física somática, la afectiva y la social pública, por lo que resulta lógico pensar que al afectarse se originan tres tipos de daños:

1.- El que afecta la parte social pública, y que por lo general se liga al daño económico o pecuniario pues afecta al honor, la reputación, al prestigio o la consideración que de sí mismo tiene los daños.

2.- Los que lesionan la parte afectiva del patrimonio, y que hieren los sentimientos de la persona, familiares o dependientes, económicos. Se considera entre los daños más difíciles de reparar y que en nuestro concepto, constituyen los daños morales en sentido estricto o rígido, ya que en las otras dos características en su repercusión en lo material.

3.- El que afecta la parte física; especie que no ha sido contemplada por diversos autores como una categoría en sí, sino como intermedio o que por no repercutir en bienes pecuniarios o económicos, debe corresponder dentro de lo moral por exclusión. Se refiere a los daños que producen sufrimiento, cicatrices, heridas, perjudicando la presencia física o estética de una persona en sociedad, pero con la característica de que no repercuten ni disminuyen la capacidad de trabajo, ya que de ser así, correspondería entonces a lo económico o pecuniario.

El daño, según el tratadista Rafael Rojas Villagas, es susceptible de clasificarse en cuanto a sus efectos ante el incumplimiento de una obligación en: Daños moratorios y com-

persatorios; y nos dice "los moratorios suponen un cumplimiento final de la obligación, pero después de una demora mas o menos prolongada. Los rezagados resultan cuando la obligación definitivamente no se cumple"¹⁷. Sin embargo consideramos que esta clasificación no es del todo valida y útil, pues se toma al concepto de daño como sinónimo de indemnización, correspondiendo en todo caso a una clasificación de ésta. Y por lo que se refiere a su encuadramiento en el incumplimiento de las obligaciones, la indemnización compensatoria, tambien se debe en el caso de hechos ilícitos y de riesgo creado.

Del contenido del artículo 2110, se deducen otro tipo de clasificaciones que a continuación veremos previa la transcripción del numeral antes indicado, del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

artículo 2110.- 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 primer término, puede hacerse una clasificación en cuanto a la medida del daño causado, pudiendo ser directos e indirectos. Los primeros son producidos por el suceso dañoso, y son a los que hace referencia nuestra legislación sustantiva; los segundos, son producidos por otra causa y el evento dañoso solo es ocasión, es decir no hay un nexo de causalidad entre el hecho y el daño, no siendo reparables este tipo de daño en nuestra legislación

Del mismo artículo antes citado, se desprende -

17.- Rojina Villagras, Ref. al. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Obligaciones. Volumen III. Editorial Antares Librería. Robrado de José Porcía e Hijos, Suca, 2a. edición, México 1965. pág. 122.

otra clasificación, en cuanto al tiempo de la causación del daño, y puede haberlos: Mediatos e inmediatos. Los primeros, son los que se producen con posterioridad al hecho dañoso y los segundos, se producen en forma instantánea, o en un lapso de tiempo relativamente breve, después de presentada la causa.

Una última clasificación, derivada del mismo artículo en cita, es la que se refiere al grado, pudiendo ser: Ciertos o actuales e inciertos o futuros. Los primeros son los que tienen una naturaleza conocida en sí misma, tanto en sus contornos como en su contenido, disponiéndose entonces de los elementos necesarios para su evaluación. Los segundos, son de una naturaleza imprecisa, por ser susceptibles de permanecer igual o de agravarse de manera que puedan merecer otra evaluación. Nuestra legislación prevé la reparación de los daños futuros, pero siempre y cuando se determine que habrán de sobrevenir en forma necesaria.

Otra clasificación, es la que corresponde a los daños previsibles y a los daños imprevisibles. Clasificación que no se encuentra contemplada en nuestra legislación, pero que en materia de hechos ilícitos pudiera encontrar su natural acomodo, sin que expresamente se consacre en un artículo, pues los daños previsibles constituyen el supuesto fáctico para la actualización de la norma, pues de lo contrario no puede decirse que haya existido dolo o culpa; se encuentran previstos, este tipo de daños, en diversas legislaciones como la Francesa aunados al elemento subjetivo, estableciéndose que para el caso de culpa, el obligado respondera de los -

daños previsibles, solamente, y para el caso de dolo se responderá tanto de los previsibles como de los imprevisibles. En la legislación alemana, resulta irrelevante la previsión, pues siguiendo el principio de la reparación integral, el obligado debe la reparación de todos los daños que resultan.

Para concluir este apartado, expondremos algunas ideas afines, respecto a diversos conceptos que se emplean al hablar del daño y que la ley, al igual que la doctrina e inclusive la jurisprudencia utilizan indistintamente.

El primero de estos conceptos es el de indemnización. Etimológicamente significa "dejar sin daño", proviene de la raíz latina "in damnum". Constituye la necesidad jurídica de que una persona sufra a favor de otra, con la reparación del daño causado y cuando ésta no sea posible, deberá repararlo. Es objeto y fin de la responsabilidad civil, "para colocar al acreedor en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada"¹⁸, o de no haberse violado un deber jurídico en estricto sentido o nunciado el riesgo creado. Existen dos tipos de indemnización: La compensatoria, que tiene por objeto -como su nombre lo indica- compensar el valor que se le ha afectado a la víctima, y en este supuesto, tratándose de obligaciones o deber jurídico, es definitiva la inexecución o la afectación. La moratoria, surge cuando el incumplimiento no es definitivo, sino solamente tardió y tiene su fundamento y base, en el momento en que se traduce en un valor el interés que tenía el acreedor en que la obligación se cumpliera oportunamente; ambas indemnizaciones pueden subsistir, pues no se excluyen.

Reparación.- Es un efecto que tiene que soportar el autor de un daño y , que consiste en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la producción del daño. Constituye la obligación primaria a que da lugar la causación del daño, - se identifica con la restitución, existiendo tratadistas que la constriñen -la reparación- para el caso de obligaciones pecuniarias o materiales, coincidentes con las ideas afines del siglo XIX, mismas que se vieron apoyadas por las disposiciones del Código Penal de 1871, que era aplicable en forma supletoria al Código Civil -como - lo veremos en el capítulo de antecedentes históricos- que hacia una clara diferenciación de lo que era la restitución, la reparación y la indemnización.

Resarcimiento.- Efecto que tiene que soportar el autor del daño, y viene a ser un equivalente pecuario de la obligación primaria. El resarcimiento se encuentra regido por el principio de no enriquecimiento de la víctima, pero si justa satisfacción.

DOCTRINA ITALIANA

En la legislación Italiana no existe definición de lo que es el daño, sin embargo inferimos una del contenido del artículo 1223 del Código Civil Italiano, que a la letra dice:

"El resarcimiento del daño por incumplimiento o por retardo, comprende la pérdida sufrida como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de ello".

Con el fundamento romano de todas las doctrinas, el daño se conforma de un doble elemento: Uno positivo, constituido por el daño emergente y otro negativo, o lucro cesante. En base a este doble elemento el tratadista, de derecho civil, Francesco Messineo lo define como "La prestación que falta, tomada en sí misma -daño emergente- y el acrecentamiento patrimonial que el acreedor verosimilmente hubiera podido obtener, según las circunstancias, si el cumplimiento se hubiera producido, pero que no se obtuvo precisamente a causa del incumplimiento -lucro cesante-"¹⁸.

Por su parte el tratadista, de derecho penal, Giuseppe Maggiore lo conceptúa como una "disminución efectiva del patrimonio -por lo que hace al primer elemento- o un aumento no realizado -por lo que hace al segundo- comprende todo detrimento que sufra el patrimonio como consecuencia de un acto ilícito, aunque no este dirigido a disminuir el patrimonio"¹⁹.

Nuevamente observamos la referencia, en las anteriores definiciones, a un daño patrimonial, pecuniario o económico;

18.- Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV. Derecho de las Obligaciones. Parte General. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, 8a. edición, Argentina 1971. - pág. 240.

19.- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo II. Editorial Temis. - 4a. edición, Bogotá 1972. pag. 432.

aún cuando la que se refiere al daño producido de el acto ilícito no excluye al moral, no pecuniario o no económico, pues se refiere a todo detrimento del patrimonio. No obstante que la doctrina italiana tiene gran parecido con la doctrina francesa, como se estudiara en el inciso siguiente, no abunda respecto a este último tipo de daño mencionado, sino simplemente concreta los casos de su resarcimiento.

El daño puede ser originado por tres diversas causas: Por incumplimiento o retardo en las obligaciones, por hecho doloso o culposo y por el ejercicio de actividades peligrosas, coincidiendo en este caso con la clasificación de las causas que originan el daño en la doctrina mexicana.

No se comprenden a los hechos dolosos o culposos, como hechos ilícitos en general, ya que se considera que lo ilícito no es siempre incumplimiento culposo; ilícito por definición es incumplimiento doloso, aserveración que sólo es aplicable a la ley, pues observamos que la doctrina hace referencia indistintamente a hechos dolosos o culposos o actos ilícitos. Al igual que en nuestra legislación, dentro de esta categoría de daños se encuentran regulados los producidos por actividades peligrosas, sólo que con la variante que también comprende de manera específica a: la legítima defensa, estado de necesidad, circulación de vehículos y ruina de edificios.

Dentro de esta teoría o corriente, el daño puede clasificarse, en cuanto a los bienes que resultan afectados como: Daño patrimonial y no patrimonial.

El patrimonial, es al que se refiere la legislación y los tratadistas del derecho civil italiano, el no patrimonial, es de diferente naturaleza, cuya característica es la de no afectar el patrimonio, sino de resolverse en una disminución de la personalidad psíquica o ética (dolor, pesar, angustia), por lo que no es aceptable, la expresión tradicional de moral²⁰.

Sin embargo a la vez se ha propuesto suprimir, también, esta denominación de no patrimonial, por parecer que puede servir para evitar la agravación futura de un daño patrimonial que actualmente se encuentra incierto, es decir que aún no repercutirá en lo pecuniario o material²¹.

El daño no patrimonial en materia de responsabilidad contractual, no es resarcible, en materia de responsabilidad civil proveniente de hechos dolosos o culposos que constituyen delito, según los principios generales del derecho y del propio Código Penal Italiano, si son resarcibles. Uno de los medios de resarcimiento lo constituye la publicación especial de condena, la cual es una verdadera sanción civil por ser no pecuniaria y no económica, sin embargo Vincenzo Manzini considera que "no se encuentra el origen de esta institución, por que el condenado de nada se retracta, ni tiene excusa a nadie"²². Por nuestro parte consideramos que la referida publicación en efecto es una sanción civil no pecuniaria, pero sí económica, pues si bien es cierto que constituye un resarcimiento para el agravio moral, también lo es que la publicación de la sentencia será a costo del condenado, por lo que

20.- cfr. Maggiore, Giuseppe, ob. cit. pág. 432.

21.- cfr. Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, Primera Parte. Teorías Generales. Volumen IV. Editorial EDIAR. Buenos Aires 1942. pág. 254.

22.- idem.

si repercutiría en lo económico para éste. Y más aún cuando fuera a cargo del tribunal que emitiera la sentencia condenatoria, repercutiría en lo pecuniario para el condenado, pues éste se encuentra obligado al pago de los gastos del juicio, como consecuencia civil del delito.

Del contenido de diversas disposiciones del Código Civil Italiano, que en su oportunidad citaremos, el daño puede clasificarse en:

Mediato o inmediato. La legislación sólo provee como resarcible el daño inmediato, tanto en el caso de incumplimiento de obligaciones como de hechos dolosos o culposos, y para establecer la medida del resarcimiento se deberá considerar si el daño es debido a otro hecho concomitante; al efecto citaremos el contenido de los artículos 2056 y 1223, este último al cual ya hemos hecho referencia.

artículo 2056 del Código Civil Italiano. - El resarcimiento debido al perjudicado se determina según las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227. El lucro cesante se valora por el juez con apreciación equitativa de las circunstancias del caso".

Directo o indirecto. Debe existir causalidad jurídica entre la conducta y el hecho dañoso, o tratándose de riesgo creado un nexo entre causa y efecto. En consecuencia la legislación no provee los daños indirectos, sino sólo los directos y efectivos, excluyéndose a los daños indirectos en cualquiera de los casos que se pudieran presentar no importando su fuente u origen. Es aplicable al caso el contenido de los artículos 2056 y 1223 del Código Civil Italiano.

Previsible e imprevisible. La noción de la previsibilidad, se considera, no definible a base de criterios de pura lógica y queda en gran parte confiada al prudente arbitrio del juez en base a la peculiaridad de la situación y cualidad del deudor. La previsibilidad no se refiere, a una específica, sino a la que es parte de cualquier persona, según las reflexiones normales de la experiencia. La carga de la prueba, respecto de la previsibilidad, incumbe al deudor a fin de que constituya prueba y disminuya la entidad del resarcimiento, cuando el acreedor haya dado por su cuenta la prueba del daño.

El dolo imprevisible, por consecuencia, es irresarcible y sancionado por el acreedor, en materia de incumplimiento o retardo en la obligación, pero si el daño se debe a un hecho por dolo, también deberá ser resarcido el imprevisible, con el simple fundamento, de que la ilicitud del comportamiento da lugar a una reparación integral. Siendo aplicable esta excepción que confirma la regla a los hechos ilícitos, anotando asimismo que la previsibilidad, en materia de contratos, debe referirse al momento en que nació la obligación. El artículo 1225 de la legislación civil italiana a la letra dice:

"Si el incumplimiento o el retardo no depende del dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse en el momento en que surgió la obligación".

Ciertos e inciertos. El dolo cierto, es el que puede ser apreciado en cuanto a sus límites y contornos, disponiéndose de los elementos necesarios para su evaluación. Por su parte, el incierto no puede precisarse, pues su naturaleza es cambiante de forma tal que puede acrecerse y por lo tanto merecer otra evaluación. Sin -

cabargo los dos tipos de daño pueden ser reparados, en virtud de que cuando no es factible precisar el monto, se deja al juez de amplias facultades para valorarlo, tomando como base la equidad, mereciendo el mismo tratamiento el caso de hecho doloso o culposo. El contenido del artículo 1226 de la ley sustantiva italiana es el que se refiere a esta clasificación, doctrinaria al igual que las anteriores y subsecuentes, precepto que enseguida se transcribe:

"Si el daño no puede ser probado en su monto preciso, es liquidado por el juez con valoración equitativa".

Por último nos referimos al legítimo y al injusto. Esta catalogación se deriva de los hechos dolosos o culposos y, se refiere su utilidad en cuanto al resarcimiento, pues no se responderá del daño que haya sido causado al ejercitarse un derecho. Por otro lado, "el daño injusto equivale a obrar ilícitamente, es decir mediante la producción de un acto humano antijurídico, violando una obligación impuesta a la conducta humana"²³. El artículo 2043 de la ley en cita, es el que se refiere al daño injusto, de la siguiente forma:

"Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga al que lo ha cometido a resarcir el daño".

La reparación del daño, puede hacerse de dos formas: Mediante el resarcimiento o también llamado reparación pecuniaria y, mediante la restitución o reparación no pecuniaria o resarcimiento en forma específica.

El resarcimiento consiste en dar el equivalente pecuniario de aquello

23.- Noguea Caballero, Manuel. ob. cit. pág. 26.

que no haya cumplido la prestación o lo no restituido en especie, la variación dependerá del tema que nos ocupa, ya que al hablarse de la prestación, se refiere al objeto materia de un contrato o la consecuencia dañosa de un hecho doloso o culposo; y al tratarse de la restitución, nos encontramos en el supuesto penal, relativo a los objetos materia del delito.

Nos ocuparemos del primer supuesto comprendiendo cada uno de sus aspectos, en donde el resarcimiento es igual, es decir debe contener a el daño emergente y el lucro cesante, tal y como lo establecen los artículos 1233 y 2056 del Código Civil Italiano.

En cuanto, a la especie daño contractual, el resarcimiento debe hacerse con excepción del que se derive de la imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor, de conformidad con lo prevenido por el artículo 1218 de la ley preindicada, que a la letra dice:

"Se debe resarcir el daño cuando el deudor no cumple con la obligación debida, sino prueba que el incumplimiento o retardo ha sido determinado por la imposibilidad de la prestación derivado de una causa no imputable a él".

Así mismo no es resarcible el daño que se deriva de la imprudencia del acreedor, ya que al sólo se trata de una concurrencia de culpas producirá el efecto de reducir la medida del resarcimiento debido, en proporción al grado de culpa eficiente. En ese sentido, el artículo 1227 del Código Civil Italiano establece:

"Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento queda disminuido según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella han derivado. El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria".

Solo para el caso de hechos dolosos o culposos — puede pedirse la reintegración en forma específica, la cual resulta — en algunos casos excesivamente onerosa, por lo que el legislador pre- viendo este supuesto, estimó que el juez deberá acordar el resarci- miento sólo por el equivalente, como lo dispone el artículo 2058 de — la multicitada ley italiana, que expresa:

"El perjudicado puede pedir la reintegración en — forma específica, cuando sea posible en todo o en parte. Sin embargo el juez puede disponer que el resarcimiento tenga lugar solo por el equivalente, si la reintegración en forma específica resulta — excesivamente onerosa para el deudor".

Hacemos mención de la reparación no pecuniaria, como exclusiva de los hechos dolosos o culposos, por que de ordinario procede, la restitución del interés lesionado a su primitivo estado y, solo como una ex- cepción para el caso de responsabilidad contractual, ya que si se con- sidera que constituye una equivalencia respecto del daño inferido, — constituirá, por tanto, una nueva obligación que sustituirá a la que no fue cumplida, "matéria de relación obligatoria, sino de carga — en el sentido de que el condenado a la reparación, queda sujeto a de- ber sufrir que otro se apropie de alguna cosa sin que corresponda a — él o un deber sobre entrega y, por otra parte sin que él pueda sus- traerse a tal elemento, el que tiene derecho a la reparación no tiene un derecho de crédito sino de apropiación"²⁴.

Asimismo se toma en cuenta que el acreedor tiene a su disposición el órgano jurisdiccional, el cual podrá poner en movimiento a través del ejercicio de la acción que mejor convenga a sus intereses y, si es el

24.- Messineo, Francesco. ob. cit. pág. 267.

caso de que se desee conservar la utilidad concreta que constituye el contenido de la obligación primaria, entonces por medio de la vía y forma correspondiente se demandará la ejecución forzada.

En cuanto al segundo supuesto, relativo a los delitos procede hablar de la restitución, que consiste en la restauración material del estado anterior a la violación del derecho y queda comprendida en sentido amplio al concepto de reparación. Puede ser material o virtual, se acepta la restitución no sólo de los bienes que específicamente fueron sustraídos, sino también de los que pudieran ser equivalentes.

En cuanto al daño causado por los edificios ruinosos o provenientes de un riesgo creado, también deben ser reparados, lo cual se hace mediante la indemnización, misma que ocupando de todo carácter sancionatorio pasa a ser propiamente una reparación, pues está comprendida en los casos que se infieren fuera de incumplimiento o del acto ilícito.

No obstante que la liquidación del daño tiene el efecto de convertir la obligación incumplida en obligación pecuniaria adecuada en cantidad y calidad, soñ en el caso de que puede sujetarse a revisión dicha liquidación o bien sólo pedir la declaración de la existencia de daño para posteriormente exigir su liquidación; lo cual podría constituir en nuestro derecho una violación de garantías; pero que desde un punto de vista de equidad resulta justificado y válido exigir la absoluta responsabilidad del causante del daño hasta sus últimas consecuencias, como el caso que atinadamente el legislador pre-

vió, al igual que lo hizo el legislador francés, para fundamentar la revisión de una liquidación de daños, y que se refiere a la devaluación de la moneda, que si bien es cierto no se aprecia claramente como una consecuencia inmediata y directa de la producción del daño, -- también lo es que constituye una causa de modificación futura de los elementos intrínsecos del daño, que desde luego son de realización -- cierta. Otro caso se presenta al agravarse el daño, en donde también procede la revisión de la liquidación; pues resulta inadmisibles que -- la víctima o acreedor este obligado a soportar en su patrimonio tales repercusiones, que en ningún momento son producidas por su voluntad o como reflejo de sus acciones, sino de las de otras personas. "

En cuanto a la constante distinción que se hace -- de materia penal o civil --, obedece a que las normas que se refieren a las consecuencias civiles del delito poseen algunos caracteres propios, en esta doctrina, que las distinguen, sin que por ello dejen de ser típicamente de derecho civil, es decir extrapenales y extracriminales, ubicándose inclusive, la mayor parte de las sanciones civiles en el Código Penal, clasificadas en cuatro grupos que a continuación señalamos:

El primero concierne a las obligaciones civiles reparatorias en sentido propio, que tiene carácter principal, y que están directamente a cargo del autor del ilícito penal, que al mismo -- tiempo constituye un ilícito civil, e indirectamente a cargo del responsable civil,

- a).- Obligación de restituir.
- b).- Obligación de resarcir el daño.

c).- Obligación de reparar el daño mediante publicación especial de -
consona.

d).- Obligación de cubrir el concepto de reembolso al estado los -
gastos hechos para mantenerlo en los establecimientos penales.

Tales obligaciones se encuentran contenidas en los artículos 185 a --
188 del Código Penal Italiano, por su parte Vincenzo Manzini establece
una obligación más, consistente en pagar las sumas que representan el
monto de la fianza en que haya incurrido el subordinado insolvente²⁵

El segundo comprende las obligaciones civiles in-
directas, de la relación de personas físicas con autoridad, poder
de dirección o vigilancia o personas jurídicas con personas físicas -
que tengan relaciones en particular; se encuentran contenidas en los
artículos 196 y 197 de la referida legislación penal italiana.

El tercero comprende las sanciones civiles con fun-
ción de garantía, con respecto a derechos de crédito derivados de un
débito; se prevé la hipoteca, privilegio, caución, secuestro conserva-
tivo o preventivo, en los artículos 199 a 201 de la mencionada ley.

El cuarto comprende las sanciones criminales deri-
vadas de los actos cometidos en fraude de acreedores, contenidas en -
los artículos 192, 193 y 194 de la legislación penal italiana, consis-
tentes en la inhabilitación de la acción civil ante el tribunal penal con
algunas innovaciones, dividiéndola en actos onerosos o gratuitos y, -
estos a su vez en anteriores y posteriores. Tratándose de los anteriores en
primer lugar; por lo que hace a los anteriores, existe una presunción

25.- Manzini, Vincenzo. ob. cit. pág. 232.

de fraude por el exceso de la acción que rebasa a la simple conservación y desarrollo del bien, por lo que la prueba estará constituida por la ineficiencia de los actos que cumplan con los presupuestos antes referidos. Los posteriores, se limitan al exceso en la simple administración o la gestión del comercio ordinario, tiene la presunción "iuris tantum" de haber sido cometidos en fraude de acreedores, por lo que deben ser descreditados por el deudor y por el tercero.

Tratándose de los gratuitos, por lo que se refieren a los anteriores, debe probarse que se realizaron con el fin de defraudar a los acreedores y, por lo que hace a los posteriores, existe una presunción de fraude que no admite prueba en contrario, no siguen "insofitare" pero se pronuncian enseguida a su impugnación²⁶.

De lo expuesto, se aprecia que dentro del Código Penal Italiano se encuentra sistematizado por primera vez de manera cronológica, las normas más esenciales de derecho privado, que tienen relación con el derecho penal, e incluso se llega a hablar de un Derecho Criminal Civil, por Arturoocco, quien expresa "Aquella parte del derecho criminal contenida en el Código Penal o bien en el Código de Procedimientos Penales o en otras leyes de índole civil, que tienen por objeto las relaciones civiles o criminales, o sea, las consecuencias jurídicas civiles o privadas de los delitos, en otros términos, los derechos y las obligaciones y las relaciones jurídicas de derecho civil o privado, que proceden directa o indirectamente de los delitos, obligaciones y relaciones que se hacen valer judicialmente, o mediante acciones judiciales civiles ejercidas en el proceso penal

26.- Maggiore, Giuseppe, ob. cit. pág. 437.

o bien mediante acciones judiciales civiles ejercidas en proceso ante jueces civiles"²⁷.

Consideración rechazada por la generalidad de los autores italianos por la simple razón de que se trata de una rama del derecho que por origen y esencia es civil, pero que se pretende convertir en criminal por referirse a los delitos; referencia que en nuestro concepto es necesaria si consideramos que el delito es una causa de obligación civil, pero que para ser considerado como un Delito Criminal Civil sería necesario, tal y como lo hace nuestro Código Fiscal de la Ferreación, que señalara delitos, penas y obligaciones civiles consecuencias de estas.

Dicha abiliación de las sanciones civiles dentro del Código Penal no debe, de manera alguna, confundirse con la sanción penal, pues la pena es la sanción característica del delito, que por eso también se le denomina delito penal; todas las demás sanciones que no se resuelvan en alguna sanción de delito tendrán el carácter extrapenal, como es el caso de las sanciones civiles. Sólo sería posible dicha confusión si se suprimiera el concepto pena, dejando sólo el de sanción, como aconteció con el positivismo, para el que no existía "sine sanción criminal" o de defensa social", y así toda diferencia entre pena, sanción civil y medida de seguridad queda anulada.

Por tal motivo, aún cuando pareciera obvio, estimamos conveniente establecer las diferencias que la sanción civil tiene al lado de la penal:

27.- Rocca, Arturo. citado por Giuseppe Maggiore. ob. cit. pág. 426.

Quantitativamente.- La sanción civil representa - "un minus" al lado de la penal, pues la primera consiste en la disminución del patrimonio pecuniario o material y, no impone sacrificio alguno a bienes esenciales del desenvolvimiento humano tales como la vida o la libertad.

Cualitativa mente.- La sanción civil tutela un derecho o interés privado²⁸, y la pena tutela un derecho o interés social o estatal, que no puede ser alterado por la voluntad privada, por lo que no es susceptible de modificarse por convenio.

La sanción civil se refleja sobre los herederos e importa un comportamiento activo, y la pena tiene un carácter personal que implica un comportamiento pasivo, según se desprende del contenido del artículo 193 del Código Penal Italiano que a la letra dice:

"Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial, obliga al resarcimiento al culpable y a las personas que al tenor de las leyes civiles deban responder por el hecho mismo".

No obstante deberá ser inconfundible la obligación de reparar (restitución o resarcimiento), la cual siendo de naturaleza privada pasa a los herederos en sentido pasivo o activo ya sea como deuda o como crédito; con el caso de la obligación de resarcir, que por excepción no se extiende, ni a las personas responsables ni a los herederos, siguiendo el principio de la personalización de la pena.

28.- Aún cuando hay autores que sostienen que el resarcimiento responde a un interés social, lo cual tiene algo de verdad, pues el bien del individuo en última instancia redundo en el de la colectividad, pero esta circunstancia no destruye su diferencia primitiva, la cual es sustancial.

La pena es un mal infringido a título de retribución y expiación con fines correctivos y educativos, y la sanción civil no tiene por objeto causar dolor²⁹ para el que la recibe, sino que pretende alcanzar una ventaja patrimonial o a lo menos privada para el perjudicado, con fines desde luego materiales o económicos. Aún cuando no nos parece completamente exacta esta aseveración, ya que — no obstante que se refiere a una sanción corporal, ésta tiene un fin correctivo que justifica su procedencia, e igualmente el acto de reparar un daño de ninguna manera constituye una fuente de lucro para el que lo obtiene, pues afirmarlo así sería desnaturalizar la reparación, toda vez que dicho, precisamente a una disminución, afectación, pérdida o menoscabo de los bienes que constituyen el patrimonio precede la reparación, por medio de la cual se procura volver las cosas al estado en que anteriormente se encontraban, en la medida de lo posible, por lo que de modo alguno hay fuente de lucro o modo de obtener más bienes de los que anteriormente se tenían, sino tan solo, en ocasiones, se está recibiendo similares o sustitutos, pero no más de los que conferaban nuestro patrimonio.

La pena es una prestación que debe el reo a una entidad soberana, como lo es el Estado, que se determina taxativamente en cada caso, en cantidad y calidad, y mirando hacia el futuro. La sanción civil es una prestación debida a una persona que esta, como el reo, en relación de juxtaposición y de igualdad, que se indica de

29.- Binéng. "La pena produce una nueva herida; mientras el resarcimiento sana una herida" Then, Lechtsnom, Liszt-Schmidt, agregan "sin causar otra en la medida de lo posible", citados por Giuseppe Maggiore. ob. cit. pág. 422.

completamente indeterminada y que mira al pasado. En efecto, -
mira hacia el futuro pretendiendo defender al estado en con--
los peligros de la delincuencia, procurando un desistimiento -
de todos los posibles delinquentes futuros; y la sanción ci--
sume un peligro eventual sino un daño ya efectuado o inferi

Para concluir estableceremos como unas de las más
letras, en cuanto a la reparación del daño, que se ubican
la legislación italiana:

La obligación de la reparación pecuniaria por el
causado por el estado, a la víctima de errores judiciales,
hacerlas inocentes y absolverlas después de un juicio de re-
visto en los artículos 216, 382, 383 y 571 del Código de Pro-
cedimientos Italiano. Esta obligación civil de resarcir el da-
ñado absuelto consideramos que merecía una mención especial
por ello pierden su valor las demás disposiciones, que en ba-
sonidad benefician al acreedor u ofendido.

DOCTRINA FRANCESA

En esta doctrina se considera al perjuicio como el mínimo de daño, "pues remontándonos a los viejos ejemplos de la lengua antigua se ve que estas dos palabras eran sinónimos al principio, siendo su reunión el efecto de un pleonamo"³⁰ por lo que autores como Mazeaud, consideran que no es necesario definirlo, "ya que el sentido jurídico de la palabra no es otro que su sentido corriente"³¹.

Otros autores consideran que sí es pertinente definirlo, vertiendo diversos conceptos; Ospina Fernández, expresa: "Detrimento que experimenta el acreedor por la inexecución, total o defectuosa de la prestación que le es debida"³², refiriéndose únicamente al efecto del incumplimiento de una obligación; Inering, al igual que la Corte de Casación, lo hace de una manera genérica que engloba a las diversas causas del daño, manifestando "El daño es una lesión cierta a un interés, protegido de jurisdicción"³³.

El artículo 1229 del Código Civil Francés emplea la expresión de daño para designar al perjuicio, sin embargo la "expresión tradicional y singular de daño designa la compensación acordada al acreedor en caso de incumplimiento, que se fija en una suma determinada"³⁴.

30.- Ripert, George y Jean Boulanger. ob. cit. pág. 489.

31.- Mazeaud, Henry y León. ob. cit. pág. 57.

32.- Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Tédis. Bogotá 1976. pág. 131.

33.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen II. Tomo V. Las Obligaciones. Segunda Parte. Editorial La Ley. Buenos Aires 1965. pág. 88.

34.- idem.

Es decir, se emplea el término de daño en sentido diferente, refiriéndose no al perjuicio sino a la indemnización del perjuicio, al resarcimiento, "dommagesent", que comprende a los daños y a los intereses, "dommages-intérêts" ó "dommages o intérêts"³⁵, en tal binomio el daño califica el mal material y aún moral y, los intereses al mal económico que, en nuestra legislación y en muchas otras más correspondería al --perjuicio. Se aprecia entonces, que se sigue la tendencia hacia la tésis romana de componer al daño de dos elementos, el daño emergente y -- el lucro cesante, visos que se encuentran integrados en el contenido del artículo 1149 del Código Civil Francés.

El daño puede tener como origen o fuente: Los delitos, los cuasidelitos y el incumplimiento de las obligaciones; según se desprende del contenido de los artículos 1148 a 1155, que se refieren a la responsabilidad civil contractual, y 1382 a 1386, por lo que hace a la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

El código civil emplea la palabra delito, para designar el hecho dañoso intencional y, cuasidélito, a los voluntarios en los que no se desea que se produzca un daño y que sin embargo se verifica; dando lugar a confusión de la noción moderna de culpa, en la que ya se encuentra -- previsto el dolo, según Salvat, "equiparado a la culpa grave"³⁶, noción que no compartimos, ya que aún cuando efectivamente dentro del -- concepto de culpa se encuentra el dolo, éste no puede equipararse a una culpa grave, ya que en el dolo se encuentra la intención de causar

35.- "En el moderno tecnicismo hispanoamericano, se encuentra totalmente en consonancia con perfil de anticuado, pues se ha estado resolviendo por daños y perjuicios". Mazzaud, Henri y León y Jean Mazzaud. ob. cit. pág. 58.

36.- Salvat, Raymundo L. Tratado de Derecho Civil Argentino. Tomo I. - Obligaciones en General. Editorial Tipográfica Editora Argentina. 6a. edición. Buenos Aires 1952. pág. 143.

un daño, y en ésta última no hay intención, aún cuando se observe la presencia de la voluntad; pero no por la inobservancia de los deberes de cuidado que le son inherentes a todos los hombres se podría establecer una intencionalidad. Se usa entonces la palabra delito con un sentido diferente, para referirse a "las infracciones menores al crimen y superiores a la contravención o falta"³⁷, como una especie de delitos civiles, que por ende son inculcados, ya que los penales tendrían que estar forzosamente previstos en la ley, con elementos claramente definidos y un nombre que los distinga; la legislación más reciente se refiere a los actos ilícitos, preferentemente, con el fin de ampliar el campo de responsabilidad.

Por último, el incumplimiento de las obligaciones se refiere únicamente a las de hacer o no hacer, pues tratándose de las de dar, se puede obtener el cumplimiento forzosamente mediante el ejercicio de la acción correspondiente, adecuada a la pretensión del titular del derecho.

Como se expresa, el daño proveniente de un riesgo creado que constantemente aparece en otras legislaciones, no se contempla pues se sigue la tradición del antiguo derecho francés, que admitía que todo derecho debía ser reparado, pero cuando fuera resultado de una culpa, por lo que los redactores del Código Civil recogieron el principio que prevee a culpa como única fuente de la responsabilidad civil, dando contenido a diversas disposiciones del Código Civil, como los artículos 1382 y 1383, que enseguida transcribimos:

"Todo hecho del hombre que causa a otro daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido".

37.- Mazeaud, Henri y León y Jean Mazeaud. ob. cit. pág. 10.

"Cada cual es responsable del daño, que ha causado no sólo por el hecho, sino también por su negligencia o imprudencia".

George Ripert considera, que el principio que prevee a la culpa como única fuente de responsabilidad civil no es resultado de un espíritu conservador y tradicionalista, sino "de la copia de antiguos textos romanos o de las obras de grandes juristas"³⁸.

La doctrina por su parte, ha expresado acres argumentos en contra de la Teoría del Riesgo, entre los cuales destacan los de Planiol, A. Colinvaux y Capitant, Demogue, Ripert, Lalou, Savatier, Esmein y Mazeaud — que en esencia manifiestan: "Si se ha organizado una responsabilidad sin culpa, es necesario comprobar la imposibilidad de fundar una regla general de responsabilidad sobre una noción nueva, que sustituya a la noción tradicional de culpa, si es indiferente la culpa, como se llegaría a justificar en todas las hipótesis la obligación de reparación"³⁹, llegándose a hablar de un "daño anónimo" que, según Jossierand, era el que se daba "en una concurrencia de circunstancias en las cuales es difícil discernir la causa verdadera del daño"⁴⁰, es decir, se podría establecer una presunción de las causas del daño.

Ante esta imprevisión, en el Código Civil del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva, la jurisprudencia ha solventado estas lagunas de la ley con la creación de presunciones de responsabilidad, que tiene como efecto la dispensa para la víctima de probar la culpa en el autor del daño, con el único fin de socorrer a la víctima, sobre todo

38.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen I. Tomo IV. Las Obligaciones. ob. cit. pag. 437.

39.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen II. Tomo V. Las Obligaciones. ob. cit. pag. 32.

40.- Jossierand, citado por George Ripert y Jean Boulanger. *idem*. pag. 28.

en el terreno de la responsabilidad delictual y asimismo -
tornando elasticas las reglas de los Códigos; entre otras
se pueden señalar las siguientes: accidentes de trabajo, a
eronaves en superficie, daños por animales, peatones atropellados, edificios que se derrumban, responsabilidad por los hechos producidos por las personas de las que se tiene obligación de responder, por las cosas que se tienen en custodia y, varias más que en su conjunto llegan a ser, en palabras de Mazeaud, "la construcción más audáz que haya levantado y de la que se pueda enorgullecer la jurisprudencia francesa"⁴¹.

El daño admite las mismas clasificaciones que hemos señalado en las anteriores doctrinas, por lo que sólo destacaremos las diferencias fundamentales, trascendencia de su clasificación y problemas doctrinarios que se han suscitado.

En cuanto a los bienes que resultan afectados, se considera que las denominaciones, perjuicio material y moral, se encuentran mal elegidas, "pues se esta tratando de definir al primero como aquel que atenta contra un objeto material, corporal y, el segundo, como el que afecta el mundo inmaterial, incorporeal, de los pensamientos y de los sentimientos"⁴², sin embargo no se proporciona la denominación correcta, no obstante, por cuanto a lo que hace al perjuicio material se puede colegir una, de la definición que del da

41.- ob. cit. pág. 20.

42.- Mazeaud, Henri y León y Jean Mazeaud. ob. cit. pág. 67

ño da Ospina Fernández; daño económico o pecuniario, pues lo conceptua como "el que afecta el conjunto de valores económicos del acreedor"⁴³.

El perjuicio moral, como es obvio enfrenta la problemática común en todas las doctrinas, que abarca desde su definición hasta la correspondiente reparación. Por lo que se refiere a su denominación, observamos que es unánime la tendencia a llamarlo perjuicio o daño moral. Ripert define al daño moral en forma negativa, expresa que "es aquel que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio"⁴⁴; Mazeaud, como "el perjuicio que constituye un atentado contra de un derecho extrapatrimonial, osea, no pecuniario"⁴⁵; Ospina y Jean Boulanger, lo encuadran en lo inmaterial al referirse, el primero, "daño en los afectos de la propia persona"⁴⁶, el segundo, "ataque sufrido en los sentimientos"⁴⁷. De lo expresado se concluye, que los conceptos son demasiado imprecisos y, esta imprecisión da como resultado que no pueda establecerse las condiciones de su aplicación llegandose a la arbitrariedad.

En lo que toca a la reparación, en ocasiones se pretende rechazar y en otras condicionar su procedencia. Se rechaza en virtud de que se considera que ofrece dificultad en su valoración, más aún si se refiere a una lesión.

43.- ob. cit. pág. 162.

44.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen II. Tomo V. Las Obligaciones. ob. cit. -- pág. 94.

45.- ob. cit. pág. 56.

46.- ob. cit. pág. 162.

47.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen I. Tomo IV. Las Obligaciones. ob. cit. -- pág. 494.

Otra tésis consiste en juzgar que el daño moral es irremediable y que el reemplazo o reparación por medio de un objeto idéntico es imposible, y la posibilidad de repararlo con dinero es censurable; tésis que objetamos de la siguiente forma: En materia de delitos es común que se condene a la reparación del daño moral, entonces ¿ por que no hacerlo en materia de contratos?, más aún si el Código Civil no excluye en su texto la reparación; ahora bien, consideramos que la reparación consiste en colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente, y el elemento que da esa posibilidad es el dinero, ya que "permite procurarse satisfacciones de toda naturaleza"⁴⁸, pues lo que se pretende es una equivalencia de valores y no una sustitución material de bienes, "el dinero es preferible a nada"⁴⁹, llegándose en materia de delitos a adoptar la regla "sólo el dinero tiene una función satisfactoria legal"⁵⁰. Existe otro tipo de reparación, que en cierto modo contradice la tésis que sostiene la irreparabilidad del perjuicio moral mediante un similar, y que consiste en la compensación para la víctima del ataque sufrido en sus sentimientos, es una reparación de honor, nos referimos a la publicación de sentencia, que procede en materia penal y civil, y suele ir acompañada de la condena a pagar un franco, o bien sólo esta condena simbólica. Para Ripert, es un castigo

48.- Mazeaud, Henry y León. ob. cit. pág. 70.

49.- Ospina Fernández, Guillermo. ob. cit. pág. 164.

50.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo V. Las Obligaciones. ob. cit. pág. 186.

por que "es una reparación consistente en una declaración o acto humillante y penoso o atentatorio de la libertad, como las antiguas -- presentaciones de excusas"⁵¹.

El condicionamiento de la reparación del perjuicio moral descansa sobre la tesis de Aubry y Rau⁵², según la cual en materia de responsabilidad contractual no deberá ser reparado, sino solo cuando resultara de una infracción penal y es complementada por las teorías de Laurent, Baudry-Lacantinerie y Barde, que sostienen: "el incumplimiento de una obligación contractual no da lugar a daños y perjuicios, pues la sola existencia del daño moral no da como resultado una pérdida pecuniaria, ni lesiona intereses materiales"⁵³. Sin embargo la jurisprudencia, aprobando el cuidado del interés moral del acreedor y sobre todo considerando que éste puede ser afectado aún más con un atentado en contra de un interés moral admite la reparación en todos los asbitos e incliño se juzga que "encontró un medio de asegurar la represión de las faltas que sin constituir siempre delitos penales atestiguan una conducta culpable o defectuosa"⁵⁴.

Se afirma que existen dos categorías de perjuicio moral y que dentro de la primera de ellas se encontrará siempre un perjuicio material, esas categorías son: daño a la parte social - del patrimonio y atentados contra la parte afectiva; incluyéndose en los primeros al honor, la reputación, los padecimientos, las heridas, etcétera; dentro de los segundos las creencias religiosas y el dolor

51.- *idem*. pág. 187.

52.- Aubry y Rau, citados por Henry y León Mazeaud. *ob. cit.* pág. 71

53.- Lacantinerie, citado por George Ripert y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil, Volúmen I, Tomo IV. Las Obligaciones. *ob. cit.* pág. 484.

54.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen II, Tomo V. Las Obligaciones. *ob. cit.* pág. 95.

George Ripert y Joan Boulanger hacen una clasificación del daño, refiriéndose también a los bienes que resultan afectados, pero sin definirlos y enunciándolos solamente, ocupándose de ellos cuando se trata el problema de la indemnización, y al efecto señalan: daño material a los bienes corporales, daño a la salud o a la vida, refiriéndose a las heridas y a la muerte así como a las enfermedades y, por último, el daño moral dentro del cual quedan comprendidos el ataque a los derechos extrapatrimoniales, atentados a los sentimientos afectivos y atentados a los intereses generales de la profesión.⁵⁵

Respecto al daño cierto y al incierto, eventual o hipotético, haremos breve referencia conjuntamente al daño actual y al futuro, pues la necesidad de aborcerlos unidos surge de su aparente analogía. El incumplimiento no siempre repercute de forma instantánea dentro del patrimonio del acreedor de tal forma que pueda apreciarse un menoscabo presente, sino que puede resultar en el futuro, o bien no realizarse; es decir el perjuicio puede ser en el primer caso actual o futuro y en el segundo, cierto o eventual.

El daño futuro siempre deberá ser cierto y apreciable en su cuantía, es decir que aún cuando todavía no se realiza, no deberá existir duda respecto a su factibilidad y evaluación, pues en concepto de Josserrand, en este tipo de daño es característica que se presente como "una consecuencia necesaria y fatal del incumplimiento"⁵⁶, pues de no ser así estaríamos frente a un daño eventual que no admitiría

55.- cfr. *idem*. pág. 88.

56.- Josserrand, citado por Ospina Fernández, Guillermo. *op. cit.* pág. 188.

reparación sino hasta que se realizara; quedando al prudente arbitrio del juez la apreciación de la certeza o eventualidad del daño futuro.

Otras clasificaciones que surgen ante el hecho - de las habituales consecuencias múltiples que se muestran seguidas - al incumplimiento de una obligación y la necesidad de limitar la responsabilidad del deudor, son las que se refieren a los daños inmediatos y mediatos así como a los daños directos e indirectos. En ambos casos, tratándose de responsabilidad por culpa, se concreta a los daños consecuencia directa e indirecta de la inajecución de la obligación, en los términos del artículo 1151 del Código Civil Francés que a la letra dice:

"Los daños no deben jamás comprender más que aquello que es una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del convenio".

Y, aún cuando el deudor haya incurrido por dolo, siguiendo la tesis de Pothier, que consideraba que "el deudor no es responsable de los daños que no son consecuencia necesaria de sus actos y que pueden tener otra causa, no obstante haber procedido con dolo"⁵⁷.

Refiriéndose al dolo, que en la anterior clasificación resultó irrelevante, existe una clasificación del perjuicio - en la que es de suma importancia determinar su presencia, se refiere al daño previsible y al imprevisible. Calificándose el tipo de conducta, dolosa o culposa, que produjo el daño y considerando que las partes no han querido obligarse en el contrato más allá de lo que era posible preveer, se determina la reparación del perjuicio, tal y como

57.- Pothier citado por Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen I, Tomo IV. Las Obligaciones. ob. cit. - pág. 490.

lo hizo Pothier⁵⁸, se distinguen dos casos, el de culpa, en el que el responsable de los daños lo es de los previstos pero no de los imprevistos, y el de dolo en el que se deberá responder a todos, dando lugar a una reparación integral. Para Ripert⁵⁹ no se justifica esta distinción, ni aún por tradición, pues estima que es un abuso de la interpretación de la voluntad de las partes, suponer que han previsto el incumplimiento del contrato y el daño que pudiera resultar del mismo, sugiriendo, como de gran utilidad, el que se derogue esta regla contenida en el artículo 1150 del Código Civil Francés que enseguida se transcribe:

"Es justo que el deudor soporte en cualquier hipótesis, los daños que ha previsto o ha podido prever al celebrarse el contrato".

Conviene aclarar, que la regla precitada sólo es aplicable al incumplimiento de las obligaciones y a los cuasidelitos, no así en materia de ueritos, en donde no se hace distinción alguna, siempre se procede a la reparación integral del daño, previsto e imprevisto. Si se considerara que la responsabilidad de los daños imprevisibles procede en el caso de incumplimiento doloso o culpa grave, sí podríamos hablar de una equivalencia del dolo con la culpa grave, a que hace referencia Raymundo Salvat⁶⁰, pero sólo en cuanto a los efectos que se le pretenden atribuir y no a que se consideren equiparables como figuras jurídicas en sí mismas. Planiol y Ripert⁶¹, atinadamente, no equiparan el dolo con la culpa grave; se establece su diferencia y en el primer supuesto existe la obligación de reparar incluso los daños imprevisibles

58.- cfr. Pothier citado por Raymundo M. Salvat. ob. cit. pág. 198.

59.- cfr. Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil - Volumen I. Tomo IV. Las Obligaciones. ob. cit. pág. 493.

60.- cfr. ob. cit. pág. 143.

61.- cfr. Planiol y Ripert citados por Guillermo Ospina Fernández. -- ob. cit. pág. 167.

y en el segundo, se procede a la compensación, reduciéndose a límites equitativos la responsabilidad. Por su parte, la legislación considerando el carácter previsible de los daños, la existencia de obligaciones en las que una de las partes se ve compelida a incurrir en daños demasiado importantes, limita en algunos casos, la responsabilidad en cuanto a su monto fijándose inclusive el máximo con el inconveniente de que dichas limitaciones pronto dejan de estar en relación con el valor de las cosas. Por ejemplo, en el caso de los hoteleros y poseedores que responden hasta por veinte mil francos y los transportadores marítimos y aéreos hasta cien mil francos.

Previo al estudio de los efectos de la responsabilidad civil, para su mejor comprensión y la correcta valoración de los fundamentos de equidad que apoyan a la indemnización del daño, estableceremos su carácter socializante y moralizador, que en ninguna otra teoría ha sido abordado, ni tan sólo señalado, y que — justifica que la jurisprudencia procure ayudar a la víctima, tornando elasticas las disposiciones de los códigos o bien creando presunciones de culpa, que la relevan de la carga de la prueba.

La responsabilidad civil es socializante, — trata de asegurar una frecuente reparación de los daños, sobre todo cuando se refieren al riesgo creado; pues si bien es cierto que una persona que pretende participar del desarrollo, arriesgando la mayoría de las veces un capital, poniendo a funcionar maquinas sofisticadas o erigiendo imponentes construcciones, no deber de ser agobiada con incesantes trabas, consistentes en causas de responsabilidad fundadas en simples presunciones de culpa, por los hechos de las cosas;

tambien lo es, que el hombre vive dentro de una sociedad y que forma parte de ella desempeñando el papel que le correspondió, y que importante o no, coadyuva al desarrollo, a la generación de la riqueza y, que como consecuencia lógica, deberá ser preocupación de todos, el que los intereses de uno no sean afectados por los de otro, y que los de éstos no lo sean por los de aquellos, por tanto deberá "combatirse el individualismo egoista que obre sin preocuparse del interés ajeno"⁶², tomando entonces, tambien, "un aspecto político"⁶³, al ocuparse de los sentimientos de desigualdad social que se desarrollan, sobre todo en los regimenes democráticos, pues en la mayoría de los casos la víctima, el afectado, el perjudicado, lo es quien sólo tiene su fuerza de trabajo como riqueza y patrimonio, que clama la reparacion del perjuicio infringido, que sólo sera aliviado a través de la condena correspondiente que vuelva a las cosas al estado que originalmente tenían o bien a la entrega de un equivalente, por parte del que teniendo todos los medios necesarios ha aceptado la responsabilidad de los riesgos que él mismo crea e inclusive por las personas que se encuentran bajo su mando, desarrollando actividades en su beneficio.

La responsabilidad civil es moralizada, pues procura la verificación constante de la actitud causante del daño y que en el caso de la responsabilidad -

62.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo V. Las Obligaciones. ob. cit. pág. 30.

63.- idem. pág. 28.

objetiva, no obstante que se crean presunciones de culpa, ésta puede ser destruida, al igual que en el incumplimiento de las obligaciones, ante la prueba de caso fortuito o fuerza mayor e inclusive culpa grave de la víctima, como se aprecia en el contenido del artículo 1147 del Código Civil Francés:

"El deudor no puede ser condenado al pago de daños y perjuicios si el incumplimiento de la obligación o el retardo proviene de una causa ajena que no pueda serle imputable".

Es decir, se pretende la no obtención de enriquecimiento por parte de la víctima a través de la verificación antes a ludida, así como a la satisfacción de ciertos y determinados elementos o sujetos jurídicos, que en los puntos de su más natural acomodo se analizaran.

La indemnización del daño, concreta los fundamentos de equidad sobre los cuales se encuentra apoyada, generalmente en dos principios: "Nadie debe padecer los daños ocasionados por culpa de otros"⁶⁴ y, "entre la víctima cuya actitud es irreprochable y el actor que responde de una culpa, la equidad ordena, que se haga recaer sobre éste el peso de la reparación"⁶⁵. Puede consistir en una reparación en especie, volviendo las cosas al estado que se encontraban, o en una reparación pecuniaria, mediante la entrega de un equivalente que compensará el perjuicio. La primera de las formas de indemnización, se considera i-

64.- Ospina Fernández, Guillermo. ob. cit. pág. 170.

65.- Mazeaud, Henri y León y Jean Mazeaud. ob. cit. pág. 389.

deal por su propia esencia, e inclusive se prohíbe a la víctima negarse a recibirla si se le ofrece, ya que la segunda es una transformación del derecho, se era acreedor de una cosa o hecho y ahora lo es de una suma de dinero, é destinado a reemplazar en el patrimonio el valor de la prestación que no fue proporcionada y, que puede llegar a ser superior al valor intrínseco de ésta.

Específicamente nos referimos a que, se es acreedor de una suma de dinero, debido a que los daños y perjuicios siempre se traducen y fijan en cantidad líquida, "es una idea tradicional que no está en el Código Civil, pero que se debe considerar como si hubiera sido puesta por él"⁶⁶, pues los jueces al momento de decidir el caso concreto controvertido condenarían al deudor a una prestación, que no podrá ser otra cosa, que la entrega de una suma de dinero, pues tratándose de una equivalencia de valores, ese será el medio idóneo para hacerlo.

Debido a que la reparación en especie no ofrece mayor problema para su apreciación y comprensión, a continuaremos las características de la pecuniaria a través del estudio de los daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios ofrecen el problema de su evaluación en relación a la fecha, debido a las constantes devaluaciones de la moneda francesa, dando lugar a diversas tendencias: Una, que considera que la evaluación deberá --

66.- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volumen I, Tomo IV. Las Obligaciones. ob. cit. pág. 487.

ser hecha por el juez situándose en el día de la sentencia, pero más exactamente en el día que se pague la indemnización, pues no es difícil imaginar que en ocasiones difiera mucho la fecha de la sentencia de la ejecución, por el sin número de argucias que se pueden emplear para procurar hacer ilusorio el derecho del actor. Otra, que estima que los daños deben ser calculados al día en que se dicte la sentencia, pues es ésta la que opera la transformación del objeto de la obligación en una suma de dinero, coincidiendo con las resoluciones que al efecto se emitieron la Corte de Casación, con excepción del supuesto que se refiere a los daños reparados previamente al pago de la indemnización en cuyo caso se calcularán al día en que se haya efectuado la referida reparación.

Los daños y perjuicios pueden ser pagados a través de un capital o de una renta, cuando se trate de daños que puedan ser susceptibles de variar en el futuro en sus elementos intrínsecos. Específicamente, en el caso de la renta, ésta puede ser vitalicia o temporal, susceptible de ser revisada y, tratándose de capital, en caso de variación podrá acordarse una indemnización suplementaria; ambas formas al ser revisadas, son objeto de crítica bajo el argumento de que una vez fijadas pasan a ser cosa juzgada y que el fundamento de la equidad no es suficiente para destruir sus efectos, por lo que también se ha sostenido,

en apoyo a la víctima, que la agravación del daño es una - causa de daños y perjuicios distinta del propio daño. La - única excepción que admite la mencionada regla, por la --- cual no podrá darse la revisión, ni la reparación pecunia- ria suplementaria, es: El alza del costo de la vida o la - disminución del perjuicio, para el caso de que la revisión la solicite el obligado a pagarla, alegando tal circunstan- cia.

La existencia y extensión del daño y de - los perjuicios deberá ser probada por el acreedor, tomando como base para la evaluación, la importancia del perjuicio y no la gravedad de la culpa, intencional o lata, ya que - el derecho civil solo la considera para asegurar la repara- ción y no para sancionarla.

Los daños y perjuicios pueden limitarse - legalmente en los casos de culpa leve o levísima, pero no por culpa intencional o culpa lata, y en el caso de que se pacte lo contrario, se considerará nula tal exclusión.

Los únicos daños y perjuicios que se en- cuentran garantizados por privilegios en favor de la vícti- ma, son los que se suscitan por accidentes automovilisti- cos. También se prevee una garantía por la Ley Marítima -- Francesa, para los agentes de cambio, corredores de bolsa y notarios.

Sólo serán pagados los daños y perjuicios, siempre y cuan- do se hayan afectados los intereses legítimamente protegi- dos, es decir que la víctima no podrá obtener diversos in-

gresos por concepto de indemnización, al acumularse éstas, como por ejemplo en el contrato de seguro, ya que en dicho caso opera la subrogación. Igualmente existen intereses -- que no están reconocidos por la ley, como en el caso de la concubina, los amigos, los que por una acción benevolente resultan afectados, los novios, que no podrán recibir indemnización.

DOCTRINA ALEMANA

En esta escuela el daño tiene una pluralidad de significados, tanto en sentido amplio como en sentido estricto, que la legislación se abstiene de conceptuarlo, refiriéndose a él solo por su denominación -daño- y encuadrándolo en la tendencia materialista que impone una -- fuerte inclinación a tener solamente en cuenta a los daños patrimoniales, tal y como lo hace el tratadista Von Thur, el cual afirma "las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad, no tienen concepto de daño mientras no afecten el patrimonio"⁶⁷. Sin embargo, la gran mayoría de doctrinarios y la practica judicial, procurando contrarrestar la posición materialista han acentado el siguiente concepto de daño: "Toda lesión a un bien jurídico"⁶⁸, definición que resulta más amplia por generica, y dentro de la que se comprenden las lesiones y afectaciones inmateriales, como los ataques al honor y la libertad, bienes que tambien forman parte del patrimonio, por lo que la materialidad no deberá considerarse como sinónimo de patrimonio, sino sólo parte -pecuniaria o económica- de él.

El daño se concibe no sólo como una lesión, afectación o menoscabo sino tambien, como la consecuencia fundamental de la lesión del deber y en tal supuesto se encuentra configurado del doble elemento -constante en las doctrinas a

67.- Von Thur, Andreas citado por Raymudno M. Salvat. ob. cit. pág. 97.

68.- Hedemann, J. W. Tratado de Derecho Civil. Vol. III. - Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1958. pág. 118.

las que hemos hecho referencia- de la legislación romana: El daño emergente y el lucro cesante, denominándose a este último como "ganancia que se ha dejado de realizar"⁶⁹ o "perjuicio que la víctima sufrió en sus posibilidades de ganancia y existencia"⁷⁰.

En cuanto a la fuente de los daños y supuestos de hecho del deber de indemnizarlos, tienen importancia general dos grupos: El primero constituido por la violación de las obligaciones⁷¹ o infracciones a los contratos⁷² y el segundo por los actos ilícitos.

El primer grupo se encuentra previsto en el Libro II del Bürgerliches Gesetzbuch -Código Civil Alemán-, al que en lo sucesivo abreviaremos B.G.B, comprendiendo a el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso y el cumplimiento tardío. Se considera a los efectos jurídicos que derivan de los supuestos antes señalados -derecho a la reparación del daño- como una nueva facultad o derecho "y no la ejecución, cuyo objeto originario era la prestación de la cosa"⁷³.

- 69.- Salvat, Raymundo M. ob. cit. pág. 199.
70.- Von Thur, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volúmen III^o. Los Hechos Jurídicos. El Negocio Jurídico (continuación). Editorial de Palma. Buenos Aires 1942. pág. 145.
71.- Lehmann, Heinrich. Serie "C" Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público. Volúmen XXXIX. Parte General. Volúmen I. Editorial Revista de Derecho Privado. 7a. edición. Madrid 1956. pág. 489.
72.- Hedemann, J. W. ob. cit. pág. 112.
73.- Von Thur, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volúmen I'. Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio. Editorial de Palma. Buenos Aires 1946. pág. 125.

Los actos ilícitos tienen su configuración general en el Título 35, artículos 223 y siguientes del B.G.B. Dan lugar a la responsabilidad delictual bajo el mero de una relación obligatoria, por lo que algunos de los principios, aparentemente establecidos para regir solo a los delitos, realmente son aplicados para toda la reparación del daño, consisten en "una vulneración culposa de una regla general de conducta, en virtud de la cual, como consecuencia jurídica fundamenta el perjudicado una pretensión de indemnización independiente"⁷⁴.

El B.G.B. dejándose de ajustar completamente a la importancia extraordinaria de esta fuente, hecha de menos la necesidad de claridad de miras y los agrupa y gradúa entre sí, en sólo tres supuestos de hecho generales, más algunos especiales que se adhieren a estos tres y que inclusive, algunos, se encuentran regulados fuera del marco del código sustantivo.

El primero de los supuestos, se refiere a las lesiones de los llamados bienes jurídicos inalienables, el cual domina por estar formulado de manera sumamente vaga y significativa, comprende: la tutela, de la vida, el cuerpo, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho.

El segundo supuesto, corresponde a la violación de las disposiciones de protección, el cual comprende todas las infracciones a las leyes que tiendan a la protección de otro, incluyendo las ordenanzas de policía.

74.- Lehmann, Heinrich, ob. cit. pág. 489.

El tercero se refiere a los daños causados contra las buenas costumbres, tiene una función complementaria, comprendiendo lo no previsto en los otros através de una norma excepcional, que constituye uno de los principios más importantes del B.G.B., el artículo 826 - cuyo contenido es el siguiente:

"El que con violación de las buenas costumbres cause dolosamente un daño a otro, está obligado a indemnizar el daño causado".

Y, que para el tratadista Lehmann resulta un paracaídas, según se desprende de la siguiente afirmación: "Donde todo otro medio, la más generosa interpretación o la más atrevida construcción fracasan, surge como último auxilio contra manifiestas injusticias el artículo 826"⁷⁵.

La Reichsgesetz (Ley del Reich) y el Reichsgericht (Tribunal del Reich) establecieron, en su momento, que se obra conforme a las buenas costumbres cuando se hace "con el sentido de decoro, como a todos los que piensan con equidad y justicia", sin embargo en la práctica, el supuesto de hecho en estudio, descansa exclusivamente sobre la conducta dolosa, por lo que basta con que se haya tenido conciencia de la causación del daño y de que se infringían las buenas costumbres.

El Título 25 del derecho de las obligaciones, contiene seis supuestos de hecho especiales, que como antes referimos, se adhieren a los tres supuestos generales ya estudiados, referentes a los siguientes casos:

Daño al crédito, contenido en el artículo 824 del B.G.B., y que se encuentra basado en el principio de la culpabilidad, protege el crédito

75.- ídem. pág. 533.

dito comercial con el fin de salvaguardar la posición económica.

Lesión a la honra de la mujer, prevista en el artículo 825 de la -- ley sustantiva proinducida, se basa en el principio de la culpabilidad, y se refiere a la utilización de medios verosímiles, aclarando que se antepone el derecho penal con la punición de delitos y contra venciones contra la honestidad.

Derrumbamiento de edificios, previsto en los artículos 830 al 838 -- del D.S.P., se basa en el principio de la culpabilidad, por lo que se presenta la exención de responsabilidad cuando se ha empleado -- la diligencia usual, invierte la carga de la prueba, del perjudicado al poseedor, por lo que éste, si no aporta pruebas de su inculpabilidad, quedará obligado a indemnizar.

Violación de deberes de funcionarios, previsto en el artículo 839, se basa en el principio de la culpabilidad, por tanto si un funcionario viola dolosa o culposamente, frente a un tercero, el deber de su cargo quedará obligado a indemnizar, se limita esta responsabilidad a la simple negligencia, y en cuyo caso el funcionario responde subsidiariamente, y si ha utilizado todos los recursos quedará exento de responsabilidad. El Estado responde subsidiariamente, pero se reserva el derecho de repetir un contra el funcionario; otra licitante, la cual consideramos se encuentra elemento justificada, se refiere a los jueces con facultad coercitiva, los que para no verse afectados por una probable responsabilidad, gozan de especiales licitaciones en la consecuencia fundamental de la lesión del deber.

Daños causados por animales, previsto en los artículos 833 y 834 de la ley en cita, se basa en el principio del riesgo, la responsabilidad en los casos en que los animales sean utilizados en el trabajo

o profesión admitiéndose pruebas de descargo.

Daños causados por animales objeto de la gaza, previsto en el artículo 835, basado igualmente en el principio del riesgo.

Los artículos 833 a 835, aún cuando no presuponen una conducta humana con culpabilidad del obligado a indemnizar, tienen consecuencias cuasidelictuales, pero no son delitos.

Es importante el hecho de que la responsabilidad se base en el delito o el contrato, pues su estructura obviamente es diferente, por tanto se deberá determinar, en cada caso, que tipo de responsabilidad y pretensión se da o bien si pueden coexistir ambas.

La doctrina más difundida y la práctica, "admiten en principio el ejercicio simultáneo de ambas pretensiones, dejándolo a elección del perjudicado"⁷⁶, no influye respecto de su existenciadicha concurrencia, y se pueden hacer valer independientemente, pero con la limitante consistente en que satisfecha una se extingue la otra; El Tribunal del Reich, en fecha 13 de octubre de 1918, expresó lo siguiente: "El deber jurídico general de no dañar a otro existe siempre frente a todos, lo mismo si interviene en la esfera del infractor como disponente de un contrato, que sin presuponer una relación contractual. Este deber jurídico general no puede ser eliminado aun que exista un contrato en el que se haya concedido la posibilidad de actuar en la esfera corporal de otro"⁷⁷. En consecuencia, el contrato refuerza, pero no elimina el deber jurídico general.

Lehmann, por su parte, sostiene que el contrato especial tiene cier

76.- Heemann, J. W. ob. cit. pág. 500.

77.- Lehmann, Heinrich. ob. cit. pág. 490.

la influencia sobre la pretensión derivada del delito. En un contrato pueden ser renunciadas eventuales pretensiones de indemnización de daños, cuando desde un principio se este frente a una concurrencia de pretensiones y para el caso de pequeñas infracciones o de daños insignificantes se puede pactar la renuncia a la responsabilidad delictual, por lo que se llega a considerar como un estorbo que ha de evitarse en lo posible, la tesis del Tribunal del Reich que establece que el deber jurídico general de no causar daño a otro no puede ser eliminado por contrato. Por otra parte, el grado de responsabilidad atenuada que se deriva de la relación contractual concurrente no puede ser eludida mediante la elección de la pretensión delictual, toda vez que ésta se encuentra estructurada sobre una medida de responsabilidad más agravada; por lo tanto se puede concluir, que los preceptos delictuales se excluyen por las normas contractuales especiales, pero hasta el grado de culpa grave y a excepción de dolo, con la ventaja de que la responsabilidad será más enérgica y la carga de la prueba se encontrará invertida, pues en el caso de la responsabilidad delictual es a cargo del perjudicado⁷⁸.

Otra tendencia, que es la más correcta en concepto de Von Thur⁷⁹, sostiene que se trata de una concurrencia de leyes, y que por tanto solo nace una de las pretensiones por reparación, la que estará regida por los principios del contrato existente entre las partes. Constituye una variación de la anterior, pero sin limitantes para el surgimiento de la antijuricidad, con la siguiente excepción, --

78.- cfr. *idem*, pág. 401.

79.- cfr. Von Thur, Andreas, Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volumen III^o. ob. cit. pág. 147.

tratándose de daños materiales y seguro que la lesión contractual implique también violación de los deberes jurídicos generales, junto con la pretensión contractual nace otra fundada en el delito; es decir finalmente se acepta la concurrencia de pretensiones previa la verificación de que una no excluya a la otra.

Hedemann⁸⁰, ubica el riesgo creado como un disfraz de la responsabilidad por causación, pero reconoce que es con el fin de hacer la responsabilidad más social. Lehmann⁸¹ considera, que es un quebrantamiento del principio de culpabilidad por interés privados importantes o bien por un interés público, refiriéndose también al riesgo creado; por su parte Von Thur⁸², afirma que es un esquema jurídico artificioso, el que se crea justificado con la aceptación de ilicitud del hecho y ficción de culpa, y que en los casos de intervenciones permitidas en los derechos ajenos por el predominio de intereses, ya sea públicos o privados, se crea la obligación de impedir en lo posible el daño, tanto luego, en caso de que éste se produzca a la reparación, aún cuando el agente no se encuentre afectado por culpa alguna.

El riesgo creado, en la legislación alemana, se encuentra formulado en la siguiente proposición: "El que ocasiona un riesgo por medio del ejercicio lícito de una industria o empresa, debe responder del daño que por ello se ocasiona a un tercero, aunque ni a él ni a sus dependientes, le afecte culpa alguna por el hecho dañoso", se loca-

80.- cfr. ob. cit. págs. 117 y 516.

81.- cfr. ob. cit. pág. 488.

82.- cfr. Von Thur, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volúmen III^o. ob. cit. pág. 157.

liza discriminado en leyes especiales, en los hechos ilícitos y así mismo se prevé en los accidentes de trabajo, quedando limitado a los casos de fuerza mayor, culpa del perjudicado y caso fortuito. La responsabilidad por riesgo creado, como se observa, carece de un principio rector general, sin embargo no quedan demasiados supuestos de hecho desatendidos, pues tal carencia trata de subsumirse mediante la amplia configuración y elaboración de leyes, la cuales se ha intentado extender a otros casos, surgidos como consecuencia lógica de la evolución, a través de la analogía, pero a ello se ha opuesto la jurisprudencia fundándose esencialmente en dos razonamientos: el primero, consistente en que los casos comprendidos fuera de la ley no dan pretensión de indemnización para garantizar la libertad de movimiento y no entorpecer la convivencia humana, pues existiendo la obligación de indemnizar sin basarse en una ley expresa disminuye la satisfacción que produce la convivencia social; y el segundo, se basa en la consideración de que los eventuales hechos culposos quedan cubiertos por el seguro de responsabilidad civil, como sucedió en el caso de la responsabilidad de los empresarios de fábricas y explotaciones análogas.

En cuanto a la clasificación del daño por lo que se refiere a los bienes que resultan afectados, ésta puede ser: Daño patrimonial o moral.

El R.G.D., limita a los daños patrimoniales el deber de indemnizar, obligando o excluir, en principio, los que se encuentren fuera de él, siendo conveniente recordar que en esta doctrina se habla indistintamente de patrimonio y materialidad como sinónimos, y que pasa desapercibido el hecho de que uno es el género y otro es la especie.

Esta marcada acentuación de los intereses patrimoniales —pecunia—
rios o económicos— es consecuencia del espíritu capitalista imperan-
te en la época en que se redactó el P.D.L., en la cual la propiedad
juga a un papel preponderante considerándosele un bien jurídico más
digno de protección que, por ejemplo, la actividad laboral y, que—
inclusive si se presenta, según observamos en las disposiciones re-
lativas al crédito, al cual es tutelado pero con el fin de salva-
guardar la posición económica.

Von Thur⁸³, señala que este daño puede producirse de dos maneras:
distinguiendo el activo o distinguiendo el valor, es decir destruyen-
do el activo o deteriorando su valor, bien hechando sobre de él nue-
vas deudas o aumentando las ya existentes, pero con la peculiaridad
de que no sufre alteración alguna susceptible de simple apreciación.

El daño moral se refiere a los bienes jurídicos
de la personalidad, que indolentemente se encuentran identificados con
la materialidad, pues como se ha estudiado en otras teorías o escue-
las, estos bienes jurídicos de la personalidad al ser afectados —
pueden ser apreciados materialmente, por lo tanto en un determinado
momento llegan a ser materiales sin que por ello sean pecuniarios.
Fundamentalmente se excluye su indemnización en el ámbito civil, re-
conociéndose, sin embargo, en el derecho penal que a causa de un da-
ño que no sea patrimonial se pueda exigir indemnización, la cual en
principio se deniega que sea en dinero, estableciéndose en forma tí-
cita la pretensión para la restitución "in natura", es decir para —
que se decrete la restitución del anterior estado de hecho, no obs-

83.- *cf.* Von Thur citado por Raymundo M. Salvat. *ob. cit.* pág. 95.

tante este tipo de reparación no es frecuente por la dificultad de volver las cosas al estado que anteriormente tenían y, menos tratándose como en el caso en estudio, de un daño moral.

Las negativas para conceder una indemnización en dinero, están fundadas en las siguientes tesis: La primera sostenida por Andreas Von Thur⁸⁴, que afirma que la suma de dinero que se pudiera proporcionar con motivo de las lesiones a los bienes jurídicos de la personalidad que por su naturaleza son irreparables, no constituye una verdadera indemnización sino satisfacción a la ofensa sufrida; la segunda, y más importante, es la sostenida por los redactores del B.G.B., de ahí su importancia, se refiere a que "El súbdito alemán, no admite el pago en dinero de semejantes valores morales"⁸⁵.

Sin embargo, existen excepciones como por ejemplos en los casos de lesiones corporales y de la salud, privación de la libertad, reducción de una mujer a la que se le ocasione disminución de las perspectivas de matrimonio, desfloración de la novia intachable, preocupaciones sufridas, torturas psíquicas, operaciones erróneas, angustia mental y rafa pública; en que se concede el llamado schmerzensgeld o dinero del dolor, y que es un concepto análogo al de la compensación penal o busse, impuesto por ejemplo en los casos previstos en los artículos 186, que se refiere a las injurias, y 221, que se ocupa de las lesiones a la integridad personal, del Stratgesetzbuch -Código Penal Alemán- que por razones de brevedad en lo su

84.- cfr. Von Thur, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volúmen III. ob. cit. pág. 160.

85.- Hedemann, J.W ob cit. pág. 119.

cesivo de indemnizaciones como Streb y, en el artículo 48, relativo a la usurpación de la propiedad literaria, de la Ley del 19 de junio de 1901, cuyo artículo o apreciación es difícil, por lo que la doctrina ha propuesto la elaboración de tasas mínimas.

En cuanto a la clasificación del daño por su naturaleza, éste puede ser: Daño al interés positivo y daño al interés negativo.

Es una contraposición a la dogmática que el legislador ha establecido, por lo que se refiere a la doctrina de la invalidez de los negocios jurídicos a causa de impugnación por error o por imposibilidad originaria, que dan lugar a la obligación de reparar el daño sufrido por quien confía en la validez de la declaración impugnada.

El daño al interés contractual negativo o interés de la confianza, es el que sufre una parte por que confía en la validez del contrato "y resulta de la situación que existiría si la declaración fuese válida y se cumpliese la obligación respectiva"⁸⁶, es pues un daño -- que sólo admite reparación en dinero, por el carácter aleatorio e incierto, sin embargo dificulta la evaluación del nocescato.

Y el daño al interés contractual positivo o interés del cumplimiento, es el daño que sufre la otra parte por el interés que tenía en la validez del contrato "y resulta de la situación que existiría si la declaración impugnada o nula no hubiese sido emitida o su nulidad se hubiese podido reconocer desde un principio"⁸⁷.

En cierta forma, parecería que los dos tipos de daños se refieren -

86.- Von Thur, Andrea. Derecho Civil. Teoría General del Derecho - Civil Alemán. Volumen II. Los Hechos Jurídicos. El Negocio Jurídico (continuación). Editorial de Talca. Buenos Aires 1947. pág. 270.

87.- idem. pág. 283.

a lo mismo, pero el primero de los señalados se ocupa, como su nombre lo expresa, de los daños causados por la confianza que se tenía en que la obligación causara todos y cada uno de sus efectos jurídicos y, el segundo se ocupa del interés, es decir de la inclinación hacia la no formulación de la obligación de haberse conocido la nulidad de la que se encontraba afecta.

En cuanto a la medida del daño, puede clasificarse en previsto y no previsto. Aun cuando la mayoría de los tratadistas no se ocupan de él como tal -daño previsto e imprevisto- sino ubicarlo dentro de la causalidad adecuada, e inclusive Salvat al referirse a la doctrina alemana afirma "ninguna distinción hay entre daños previstos y no previstos, el deudor los debe todos"⁸⁸.

Sin embargo, es importante determinar si el daño era de esperarse - en vía de consecuencia normal conforme a los acontecimientos cotidianos y perceptible para toda clase de hombres, o si por el contrario solo era perceptible para algunos hombres diligentísimos, por quedar fuera de todo posible cálculo, toda vez que la obligación de reparar el daño descansa en la causación adecuada, es decir que la forma de obrar del agente sea la productora del daño y, si consideramos que por sentencia del RG se ha establecido que "la causación adecuada - existe solamente cuando una acción u omisión es apropiada en circunstancias normales y según el curso normal de las cosas y no en circunstancias completamente extraordinarias e inverosímiles para la producción del resultado sobrevenido"⁸⁹, encontramos pues que sólo

88.- ob. cit. pág. 199.

89.- Hodemann, J. W. ob. cit. pág. 115.

se responderá del daño previsible, por ser éste el que presupone culpa, no habiendo responsabilidad en caso fortuito o fuerza mayor a excepción de que por así haberlo convenido las partes se este obliga al caso fortuito, rebasando los viejos aforismos romanos "casus a nullo praestatur" (nadie responderá de los daños causados por caso fortuito) y "casum sentit dominus" (el daño ha de soportarlo el dueño de la cosa perjudicada). sobre los que se encuentra apoyada la doctrina, estableciéndose la responsabilidad obligatoria. Por tanto, -- considerando la siguiente sentencia del Tribunal de Reich o "RC", -- respecto de la culpa, que manifiesta: "La culpa en sentido del derecho civil tanto como culpa presupone solamente la previsibilidad de algún daño y no la determinación más concreta y lejana del efecto dañoso -- a diferencia de la culpa en derecho penal, que exige -- la previsibilidad precisamente del resultado, ya producido, de la acción desde el punto de vista subjetivo del autor"⁹⁰, la previsibilidad de los efectos dañosos tiene relevancia cuando el agente no responde de las consecuencias producidas fuera de culpa, es decir fuera de la relación causal que sobrevenga en circunstancias inverosímiles y peculiares que caigan fuera de las consideraciones del curso normal de los acontecimientos.

La consecuencia fundamental de la lesión del deber --reparación del daño-- tiene gran importancia en esta doctrina, -- pues se considera, a diferencia de la francesa, que es el parametro que determina las inclinaciones y cultura de un pueblo.

90.- idem. pág. 165.

En efecto, el derecho de indemnización continuamente pone de manifiesto las rivalidades existentes en Alemania entre las concepciones intelectuales y la situación económica de los diversos niveles sociales, por ejemplo: los terratenientes se oponían a responder por los daños causados por sus animales; los trabajadores en sus luchas constantes con los patrones vieron en la reparación del daño una arma importante en sus pretensiones, al igual que la población la tiene en contra del Estado al poder hacer responsables a sus funcionarios de los daños causados en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas. Actualmente encontramos una norma de equidad, que tiende al equilibrio social a través de la consideración de las circunstancias patrimoniales de los involucrados, es la contenida en el artículo 829 del B.G.B., que a la letra dice:

"El sujeto inculpa que cause un daño, puede ser obligado a indemnizarlo, si la reparación no puede obtenerse del tercero encargado de la vigilancia del inculpa, siempre que según las circunstancias, en particular la situación del interogado, exige la equidad una reparación y el inculpa posea medios suficientes que le permitan al propio tiempo subvenir a sus necesidades de modo adecuado y cumplir los deberes de alimentos que la ley le impone".

Declara responsabilidad por existencia de culpa, bajo el principio "richease oblige" (riqueza obliga frente al pobre).

Lehmann, considera que esta norma de equidad debería de generalizarse, dando en consecuencia al juez, la posibilidad de evaluar la situación de los intereses tomando para ello en cuenta las especiales circunstancias del caso concreto, tal y como se había planeado en el segundo proyecto del B.G.B., que tendría, aproximadamente el siguiente

contenido: "El sujeto a quien por precepto especial no pueda exigirse responsabilidad por el perjuicio causado por él a virtud de acto ilícito, deberá a pesar de ello, indemnizarlo en la medida que lo exige la equidad y según las circunstancias del caso, si no que -- con ello. . . etc"⁹¹.

El R.G.R., "expone el principio de la reparación integral, pero la fórmula es bastante vaga y parece autorizar la reparación en especie"⁹², según se desprende del contenido del artículo 249 de la Ley Sustantiva preindicada, que manifiesta:

"El que está condenado a daños y perjuicios debe restablecer el estado de cosas que hubiera existido si no hubiese ocurrido la circunstancia que obliga a la indemnización".

Apreciándose como idea fundamental, la de colocar al acreedor en las mismas condiciones o lo más aproximado posible, que si la obligación hubiera sido oportuna y debidamente cumplida, o de no haberse violado el deber jurídico que se tenía. Se encuentra contenido --la reparación del daño-- en dos principios, que en el caso de daños patrimoniales subsisten ambos: El primero, que se refiere a la restitución natural o restablecimiento de la situación anterior, que bajo la forma de eliminación de la situación perjudicial aún subsistente, es de invaluable importancia; el segundo, relativo a la indemnización en dinero, que sólo debe ser cubierto una vez a excepción de que se conceda una renta periódica, así como se prevé una compensación en capital si ocurren razones importantes que modifiquen a las que se consi

91.- ob. cit. pág. 488.

92.- Ripart, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volúmen I. Tomo IV. Las Obligaciones. ob. cit. pág. 493.

deraron en el momento de la consecución de la renta.

No obstante que la ley no señala expresamente, que primero deberá exigirse la restitución natural, ésta se deduce del contenido de las diversas disposiciones legales que regulan la reparación del daño y de razones prácticas, tales como la gran escasez de materias primas así como la inseguridad del valor del dinero; y por el contrario, el deudor u obligado debe quedar redimido con el pago de una indemnización en dinero, por lo que en estos casos bajo el auspicio del principio de la buena fe, se trata de llegar a una compensación.

Una de las disposiciones legales a las que se hace referencia con anterioridad, son las que se ocupan de las excepciones para la restitución "in natura" y que tratan de los siguientes casos: cuando el daño sea producido a las personas o a las cosas y el perjudicado haga uso del derecho que le concede la ley para exigir una indemnización en dinero, cuando no sea posible o no sea suficiente como satisfacción para el perjudicado la restitución natural, cuando no se cumple en el plazo fijado y, cuando causa un gasto desproporcionado.

Para la evaluación del daño es conveniente determinar tres principios: El primero, relativo al momento de la evaluación -que se encuentra determinado en el momento de la sentencia-; el segundo, referente a que el objeto de la reparación lo es el daño y no el valor de lo afectado y, el tercero, que consiste en remitir a la aplicación de una regla o fórmula establecida por el legislador, para la evaluación de ganancias dejadas de percibir o perjuicios, en el artículo -

252 frase 2 del D.G.B., que enseguida se transcribe:

"ganancia dejada de obtener es la que en el curso normal de los acontecimientos o según las especiales circunstancias, en particular de acuerdo con las previsiones y precauciones adoptadas, podría ser verosimilmente esperada".

Para finalizar, resaltaremos los plazos fijados en la ley para la --
prescripción, que para el supuesto de que se conozca el daño y al --
responsable, será de tres años y, para los casos que no encuadran en
el anterior supuesto, tanto en actos ilícitos como para las acciones
contractuales, será de treinta años.

II

ANTECEDENTES HISTORICOS

Roma

México

ANTECEDENTES HISTORICOS

El análisis histórico es elemento importante de nuestra cultura por que muestra a la época actual como una pequeña parte de un todo, en el que las experiencias del pasado debidamente examinadas y comprendidas ante la crítica de lo moderno, constituyen una base sólida y eficaz de nuevas creaciones.

Tal cosa sucede con la ciencia jurídica; la fuente del derecho positivo lo es el derecho romano, el cual encabeza una de las dos grandes familias de sistemas jurídicos, y que a través de su estudio permite concebir la habilidad de los clásicos en el manejo de los conceptos jurídicos, la esencia de éstos y su valer.

En efecto, con excepción de la otra gran familia de sistemas jurídicos -la anglosajona-, del derecho musulmán y de los sistemas comunistas. el derecho romano influyó en las principales legislaciones como la Francesa, la Italiana, la Alemana, la Española y la Mexicana.

Es por ello, que para captar la importancia, — determinar la verdadera naturaleza y el espíritu que anima a la reparación del daño producto de la verificación de un hecho ilícito — de consecuencias penales, abordaremos el estudio de los antecedentes históricos en Roma, como una generalidad, para concluir con México, específicamente.

El Derecho Romano, para algunos autores, como Eugene Petit¹, requiere ser estudiado con criterio histórico antes que dogmático y otros, como Guillermo Floris Margadant² y Sabino Ventura Silva³, consideran que no debe confundirse con la historia, pues posee temas con mucho más interés dogmático, sin embargo para los efectos de nuestro estudio es conveniente adoptar una postura ecléctica, y sin conservar el orden que las Instituciones de Gayo y Justiniano establecieron para el análisis del objeto del derecho (las personas, las cosas y las acciones) abordaremos directamente las obligaciones, en especial los delitos, y en este caso sí de acuerdo a su desenvolvimiento y evolución, desde la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano.

La obligación fue definida por las Instituciones de Justiniano como "el vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de cumplir alguna cosa, conforme al derecho de nuestra comunidad política"⁴; según Bonfante, la obligación romana nació dentro del terreno de los delitos, "ya que la comisión de tal, hacia nacer en favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza eventualmente limitado por la Ley del Talión el cual, mediante una compensación podía transformarse en el derecho de la víctima o de su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia"⁵.

Es indudable, que los jurisconsultos romanos no

- 1.- cfr. Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. 9a. edición. México 1963. pág. 7.
- 2.- cfr. Margadant S., Guillermo F. Derecho Romano. Editorial Esfin ge. 9a. edición. México 1980. pág. 11.
- 3.- cfr. Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Editorial Porrúa. - 3a. edición. México 1985. pág. 17.
- 4.- Petit, Eugene. ob. cit. pág. 313.
- 5.- Bonfante citado por Guillermo F. Margadant S. ob. cit. pág. 308.

trataron lo concerniente al Derecho Penal con la misma superioridad de lógica ni con la autoridad científica que comunmente se aprecia - en sus estudios de Derecho Privado, ésta es la afirmación unánime entre los comentaristas contemporáneos del Derecho Romano, como Miguel S. Macedo⁶ y Abouhamad Hobeica⁷, ya que no cuenta con teorías o doctrinas relacionadas con los actos ilícitos, entendiéndose comprendidos dentro de este título, los delitos y los cuasidelitos.

Por tal motivo, no existe dentro de la doctrina romana un concepto de delito, pero es concebido como "todo acto ilícito sancionado con una pena"⁸, ante éste se reaccionaba de acuerdo al daño ocasionado, apareciendo posteriormente la pena en sustitución de la venganza.

En este sentido, la humanidad atraviesa diversas fases; en los tiempos primitivos, el hombre reaccionaba instintivamente con todas sus fuerzas contra lo que le perjudicaba, "por ataque directo contra el agente responsable del agravio o daño"⁹, es la venganza privada que concede a la víctima el derecho de causar otro daño igual al agente del daño (Ley del Tali6n). Posteriormente aparece la composición voluntaria, que da opción a la víctima de tomar venganza sobre el culpable o percibir una suma de dinero fijada por 6l a su libre arbitrio. En la siguiente fase, surge la composición legal que establece que, sera el Fisco quien determine la pena a pagar por el agresor, esta pe-

6.- cfr. S. Macedo, Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Editorial Cultura. México 1931. pág. 15.

7.- cfr. Abouhamad Hobeica, Quibly. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I. Tomo II. Editorial Jurídica Venezolana. 3a. edición. Caracas 1978. pág. 411.

8.- *idem*.

9.- Declarevil, J. Roma y la Organización del Derecho. La Evolución de la Humanidad. Síntesis Colectiva. Sección Primera. Introducción. Tomo XXI. Editorial UTEHA. 2a. edición. México 1958. pág. 152.

na se graduaba según el resentimiento y la cólera del ofendido o según la mayor o menor facilidad que tenía de vengarse; testimoniaba la pena, la persistencia al menos final, de la antigua concepción de — que toda acción judicial revestía la figura de una venganza reglamentada. No obstante, se marca la transición entre la justicia por propia mano y la justicia pública, Augusto y Marco Aurelio la sancionaron penalmente, agregando este último una sanción civil consistente en "la pérdida del derecho cuya eficacia hubiera tratado de imponer violentamente"¹⁰, a través de la transformación de la obligación civil en natural.

La represión oficial, es la última fase, en la que el deslazamiento de toda la materia de los delitos hacia el dominio del derecho público se acentúa, quedando muchas acciones penales eliminadas, pues se considera que el delito lesiona el orden público, por lo que el Estado debe tomar a su cargo la represión del delincuente. Abouhamad Hobaica considera, que esta etapa es la que corresponde a la evolución general del derecho penal, "con la configuración del delito como fuente de obligaciones, pues aunque sea la ley la que imponga el pago de la pena, es el anti-jurídico mismo el que viene a ser considerado como la causa y origen de la obligación de satisfacerla"¹¹.

El delito revestía los siguientes caracteres:
Es ilícito y anti-jurídico, de allí que sea opuesto al contrato,

En cuanto a su objeto, desde la desaparición de las penas privadas corporales (venganza) todas ellas tienen como objeto

10.- Margadant S., Guillermo F. ob. cit. pág. 139.

11.- ob. cit. pág. 413.

to una suma de dinero.

Era una obligación solidaria, pues si varias personas cometían un delito, la víctima podía reclamar de cada uno de los delincuentes la totalidad de la multa privada, en cambio el delincuente que pagaba la indemnización del daño, sólo quedaba liberado de ésta, respecto a sus códelincuentes.

La responsabilidad por los daños ocasionados por el delito, se encontraba limitada, a los que fueran consecuencia directa de él; no obstante que el Derecho Canónico disponía, "un delincuente responde de todas las consecuencias de su delito"¹².

Desde los primeros siglos de Roma, encontramos ya una distinción entre delitos públicos y delitos privados.

Los primeros, se originaban por actos que ofendían al Estado, al culto religioso o la milicia, ponían en peligro evidente a toda la comunidad, en forma directa o indirecta, se perseguían de oficio o a petición de parte. El estudio de los delitos públicos es extraño al derecho privado, por lo que sólo trataremos éstos como fuente de obligaciones a cargo del culpable y en provecho de la parte lesionada, se conoce bajo la denominación técnica de "crimina".

Los segundos, se originaban por los daños ocasionados a un particular en sus propiedades o en su persona y, sólo indirectamente provocaban una perturbación social, en cuyo caso el Estado los reprimía independientemente de la voluntad de la víctima, generalmente se perseguían a iniciativa de parte.

12.- Margadant S., Guillermo F. ob. cit. pág. 365.

Los delitos privados, engendraban tres tipos de acciones: Penales, Rei persecutorias o Mixtas.

Las penales, tenían por objeto una ganancia para el actor, mediante las multas privadas, que por lo general eran del doble, triple o cuadruple del valor del perjuicio, en caso de coautoría eran acumulativas.

Las rei persecutorias, requerían la reparación del daño cuando por el delito mediante la reincorporación en el patrimonio del actor, -- del elemento perdido o de su equivalente en dinero, es decir se indemnizaba el daño mediante la restitución o la reparación.

Las mixtas, consistían en la imposición de la pena y la indemnización del daño, es decir se aplica la multa privada, resultado de la acción penal, a la reparación del daño.

En cuanto a las sanciones que se imponían por -- la comisión de un delito público, eran públicas también, como la decapitación, el ahorcamiento en el árbol infelix, lanzamiento desde -- la roca Tarpeya, etcétera. Los delitos privados daban lugar, no sólo a una indemnización, sino también a una multa privada en favor de la víctima, no obstante, algunas disposiciones llevaban todavía las hugllas de un estado social anterior, en el que la víctima del delito -- se hacía justicia ejerciendo violencia sobre la persona del culpable, limitándose la ley, en ciertos casos, a regular la venganza, -- como en el caso de que el ladrón fuera sorprendido en el momento de la comisión del hecho delictuoso, era azotado y atribuido como esclavo.

vo al robado. Igualmente para ciertas injurias se determinaba la aplicación de la Ley del Tali6n, muy frecuentemente, para fortuna de la civilizaci6n, la venganza privada era sustituida por una pena pecuniaria, que constituía un verdadero rescate pagado por el culpable.

En resumen, las características de la represión en Roma, tal como entonces estaba organizada, eran las siguientes:

A la parte lesionada correspondía el derecho de perseguir al autor del delito. Su acción da como resultado una condena pecuniaria cuyo importe le es atribuido,

La pena, es medida por el resentimiento de la víctima, más que por la culpabilidad del agente.

Al fijarse la multa debida por el culpable, no se atendía al perjuicio que era necesario reparar, hasta que con el desarrollo de la jurisprudencia y de las leyes penales, se presurf que la pena fuera proporcionada con el daño causado y que era necesario reparar.

Entrando al estudio específico de los delitos, nos limitaremos a hacerlo, de acuerdo a los citados en las Instituciones de Gayo y Justiniano, es decir: al *furtum*, al *damnum injuria datum* y a la injuria; haciendo notar que los dos primeros correspondían al *Ius Civile* y el último al *Ius Honorarium* y, que de cada uno de ellos importa destacar el derecho de la víctima, al restablecimiento de la situación anterior.

Furtum.— Originalmente se definía como "el lle-

verse cosas ajenas sin fundamento en un derecho"¹³, extendiéndose -- posteriormente su campo de acción, de modo que llegó a considerarse como "el manejo fraudulento de una cosa, contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión"¹⁴, quedando, en consecuencia, comprendidos: el *furtum possessionis*, que se presentaba cuando el mismo propietario de una cosa la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla, el *furtum rei*, que consistía en todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto influyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa o *furtum usus*.

Daba lugar a dos clases de acciones; la penal, que se ejercitaba con el fin de obtener una ganancia, la multa privada; y la *rei persecutoria*, por medio de la cual la víctima trataba de recuperar el objeto robado o su precio a través de la indemnización correspondiente.

La Ley de las XII Tablas castigaba éste delito rigurosamente, pues se decía que tenía ciertos rasgos de delito público, en el caso de que el hurto fuera manifiesto o flagrante, el ladrón perdía la libertad si era ciudadano, y si era esclavo perdía la vida. Cuando el hecho no era manifiesto o flagrante, el culpable debía pagar a la víctima una multa privada, del doble del valor de lo sustraído. Posteriormente se tornó más benigna la sanción, estableciéndose que el -- *furtum* era un delito netamente privado, y por lo tanto se instituyó que no se creaba ninguna otra obligación, que la de pagar una multa

13.- Margadant S. Guillermo F. ob. cit. pág. 433.

14.- Petit, Eugene. ob. cit. pág. 456.

hasta por el cuádruplo del objeto. La cantidad que debe ser duplicada, triplicada o cuádruplicada, por formar parte de la condena representaba el interés de la víctima en no ser robada, no pudiendo ser la cantidad inferior al valor del objeto en el momento de los hechos y sí superior, por la concurrencia de ciertos elementos, como la plusvalía, el interés o la estimación, que tomaban como base la cantidad que resultará entre el precio más alto que haya alcanzado el objeto en el momento del hurto y el ejercicio de la acción.

Para la restitución de la cosa robada la víctima tenía tres acciones, por ejercitar y que se excluían entre sí por tener el mismo fin:

La *rei vindicatio*, que se ejercitaba en contra de cualquier de tenedor, inclusive terceros y que resultaba de imposible aplicación cuando el objeto había perecido.

La *actio ex venditio*, que se podía ejercitar en contra del ladrón y sus herederos y, al igual que la anterior, hasta en contra del que ha dejado de poseer dolosamente; cuando no era posible exhibir la cosa obligaba al pago de la estimación de la cosa, su utilidad estriba en que cuando se exhibe la cosa queda expedita la acción de reivindicación.

La *condictio furtiva*, que se ejercitaba en contra del ladrón o sus herederos y puede, a diferencia de la anterior, ser ejercitada aún cuando la cosa haya perecido fortuitamente; consiste en que el demandante sostiene que la propiedad de la cosa robada debe serle transferida, aún cuando nunca ha dejado de pertenecerle.

La ocultación de la cosa robada se calificaba de

furtum, existiendo al respecto cuatro hipótesis:

Furtum conceptum, que se presentaba cuando se encontraba el objeto robado en la casa de alguien, obligaba al pago de la multa del triple del valor del objeto robado.

Furtum prohibitum, que consistía en que cuando se encontraba un objeto robado en la casa de alguien que se oponía a la búsqueda y posteriormente se descubría, se le condenaba al pago de la multa al cuádruplo.

Furtum non exhibitum, que es una agravante de la anterior, ya que cuando se encontraba el objeto en la casa del ocultador, y aún así no lo exhibía se le condenaba al pago de la multa al cuádruplo.

Furtum oblatum, que se da en contra del ladrón o cualquier persona que se haya llevado a la casa de un tercero el objeto robado, la condena era el pago de la multa al triple.

Mucho antes de Justiniano estas penalidades cayeron en desuso, simplificándose el sistema y los ocultadores eran castigados como ladrones no manifiestos o no flagrantes, la responsabilidad de los herederos del ladrón no se extendía a la multa privada, pero sí a toda ventaja que se hubiera obtenido como consecuencia del delito, sin embargo, si el objeto se encontraba en poder de estos, procedía la acción *rei persecutoria*.

Dammum injuria datum.— Cuando una persona causa sin derecho, un perjuicio a otra atacando su propiedad, la equidad quiere que haya reparación en provecho de la víctima. Los romanos lograron llegar a un principio general, en este sentido, sólo a tra-

vós del tiempo, ya que en principio sólo existían disposiciones especiales para los daños más frecuentes y graves.

La Ley de las XII Tablas, proveía algunos hechos de daño, pero como se carecía de sistematización de la forma en que surgía el daño, --- gran número de casos quedaban excluidos.

En la época clásica surge la Ley Aquilia, que muestra un cierto esfuerzo que, si no de abstracción, por lo menos es de generalización, pues tiende a establecer el delito como fuente de obligaciones.

Esta ley es resultado de un plebiscito con fuerza de ley rogada votada a propuesta del tribuno Aquilio y como objeto, tiene el castigo del perjuicio causado injustamente. Consta de tres capítulos: El primero se refiere a la muerte de los esclavos y animales que formen parte del ganado; el causante estaba obligado a pagar al dueño el -- valor máximo, del animal, que haya tenido en el año; el segundo, del fraude del adstipulante cometido en perjuicio del estipulante; y el tercero, relativo a cualquier otra clase de daños, como heridas causadas a un esclavo o a un animal y daños a las cosas; en este último caso se toma como base para la reparación, el valor de la cosa en -- los treinta últimos días.

15

Gayo y Justiniano , indican que lo relevante de esta ley consistía en que no se aplicaba más que cuando los daños eran causados por una acción física, pues debía haber contacto directo del causante con una persona o cosa perteneciente a otro. Por otra parte, el nexo cu-

15.- cfr. Miguel Caballero, Manuel, La Ley Aquilia y los Derechos de la Personalidad, Editorial Tradición, México 1933, pág. 19.

sal se comprobaba, con la simple verificación de que el hecho lesivo no le era extraño al acusado, apareciendo su voluntad de causarlo, típicamente olvíta, resultando inútil la búsqueda de su existencia en el caso específico.

El delito que reunía caracteres de la Ley Aquilia, obligaba al pago de una cantidad de dinero igual al valor más elevado, que el objeto dañado, haya alcanzado en el año que precede al delito, teniendo en cuenta sólo el valor intrínseco de la cosa perjudicada, siendo creación de los jurisconsultos, el que posteriormente se incluyeron todos los perjuicios causados al propietario.

La acción que surtía con motivo del *damnum iniuria datum* revestía -- las siguientes características:

Es sancionada especialmente cuando el demandado negaba ser el culpable, pues el juez después de la verificación de los hechos debía condenar al pago del duplo.

Sólo pertenece al propietario de la cosa o directamente afectado.

Se ejercía en contra del autor del delito y sus cómplices.

Cada demandado debía de pagar íntegro el importe de la reparación, -- pues el pago efectuando por uno de ellos, no liberaba a los demás.

Sólo era concedida en contra de los herederos del culpable, cuando -- se obtenía provecho del delito.

Posteriormente se extendió la Ley Aquilia, desde el punto de vista de las personas que podían ejercitar la acción, -- así se legitimó la intervención de las personas que sin ser las propietarias del objeto dañado, estaban interesadas en su conservación,

por la titularidad de un derecho real, como el usufructuario y el usuario, o por que tenía una situación análoga a la del propietario, como el poseedor de buena fe.

La importancia de la Ley Aquilia, en concepto de algunos autores como Manuel Hugué Caballero¹⁶ y Alcubazca Hobaica¹⁷, radica en que la doctrina contemporánea ha creado de ésta, lo que conocemos como responsabilidad civil extracontractual.

Injuria.- En su acepción general significa todo lo que se hace sin derecho; el Derecho Romano fiel a sus principios de dar a cada quien lo que le corresponde introdujo la actio injuria rum, primero en la Ley de las XII Tablas, luego en el Derecho Honoriario, reemplazandola posteriormente por la Ley Cornelia y, finalmente en la época postclásica por los Emperadores Severos.

Durante la República, el pretor fijaba según la libre estimación del actor injuriado, el límite máximo de la reparación pecuniaria en proporción directa al grado de la injuria inferida, con una consecuencia secundaria, consistente en la infamia contra el reo condenado.

La Ley Cornelia, hacia las postrimerías de la República, disponía que toda persona que sufría una injuria real podía proceder alternativamente o con una acción civil, reclamando una pena pecuniaria (multa), determinada según la propia estimación o criminalmente.

Ya en la época de los Emperadores Severos, se i-

16.- cfr. ob. cit. pág. 22.

17.- cfr. ob. cit. pág. 428.

reformó lo establecido por la Ley Cornelia, y se permitió ejercer así lo civilmente la acción por toda injuria, sea común o atroz.

Las penas que sancionaban tanto a los injuriosos como a sus instigadores, eran múltiples y diferentes, como las épocas en que fueron aplicadas.

La Ley Decemviral ordenaba, para el restablecimiento de la situación anterior en injurias graves, la Ley del Talión y, en otros casos, -- puede decirse que obligaba a la composición o conciliación, pues establecía:

"Si privó a uno de uno de sus miembros, y no hizo luego pacto (indemnizatorio) con el injuriado entonces aplíquese el talión".¹⁸

Asimismo, se determinaban las cantidades a pagar por concepto de indemnización, y así se debían 300 ases por la fractura de un hueso de un hombre, causado a golpes con las manos o bastón, para las demás injurias, 20 ases; lo que provocó que esta ley fuera careciendo de eficacia y con motivo de la devalorización del dinero, la gente en vez de doblegarse ante la ley, la doblegaban y ridiculizaban, pues conocían la cantidad a pagar y estaban dispuestos a darla, con tal de causar la injuria.

En todas las penas, con efectos secundarios a la condena, procedía la infamia, que disminuía el honor civil, modificando sensiblemente la capacidad jurídica del condenado.

En términos generales, las acciones se fueron aban

18.- Zoltán Mész, Kornél. La Injuria en el Derecho Penal Romano. - Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1970. pág. 49.

donandose por las acciones criminales, que culminaban con castigos corporales, por dos circunstancias basicamente:

"Se consideraba que eran las únicas efectivas en contra de la masa de delincuentes insolventes"¹⁹.

"Se llegó a la conclusión de que los delitos privados afectaban la paz pública y que el Estado debía reprimirlos independientemente de la voluntad de las víctimas"²⁰.

19.- Declarevil, J. ob. cit. pág. 270.

20.- Ventura Silva, Sabido. ob. cit. pág. 387.

MEXICO

La legislación romana ejerció en la mexicana, -- sobre la materia penal lo mismo que sobre las demás materias, una -- gran influencia, cuyas huellas encontramos en las leyes del Imperio Azteca, que establecían, como fue usual en esta época de la humanidad, penas graves y crueles en contra de los delincuentes, especialmente cuando se atentaba o ponía en peligro la seguridad del Imperio, Raúl Carrancá nos señala las siguientes: "desollamiento en vida, descuartizamiento en vida, confiscación de bienes, demolición de la casa, esclavitud para los hijos y demás parientes hasta el cuarto grado, muerte a golpes de porra en la cabeza o lapidado, muerte a -- briendole el pecho al culpable"²¹, etcétera.

También había penas que constituirían Talión simbólico, como por ejemplo: "pena de muerte para los homosexuales, empalado el activo y el pasivo mediante la extracción de las entrañas por el ano; para el -- violador de sacerdotisa o mujer noble, empalamiento y cremación"²², etcétera.

Lo anterior, nos permite apreciar la diversidad de penas que existían, que podían modificarse según la condición de la persona, pues se tornaban más estrictas cuando su destinatario era un noble, ya -- que mientras a éstos se les daba muerte, a los plebeyos, sólo se les imponía una pena infamante o se les reducía a esclavos, tales distinciones tenían el propósito de mantener inquebrantable la respetabilidad

21.- Carrancá y Trujillo, Raúl. La Organización Social de los Antiguos Mexicanos. Editorial Botas. México 1966. pág. 46.

22.- ídem. pag. 54.

social de las clases nobles. Posteriormente la legislación de la Colonia, en ocasiones, obedeció a igual diferenciación, sin duda con el mismo criterio.

En cuanto a la reparación pecuniaria, comprendía el doble del valor de lo robado, o cierto número de mantas de algodón, igualmente podemos interpretar como tal, la pena que se impone al homicida que es perdonado por la viuda, caso en el que se le conmutaba la pena de muerte por la esclavitud. Casi no existe diferenciación entre la pena, como medio para reparar el daño social causado por el delincuente, y la indemnización, para reparar el daño causado a la víctima del delito, confundiendo ambas acciones, la penal y la civil, y no siendo sino hasta el derecho penal moderno cuando claramente se deslindan los campos de una y otra.

El Código Penal de 1871.- Originalmente la reparación civil formó parte de la pena misma, con acción social para hacerla efectiva, al igual que la acción penal, ya que el poder público se encargaba de proteger directamente los intereses de la parte ofendida. Posteriormente, "al desconocerse carácter público a la acción reparadora del daño individual, serán el ofendido o sus herederos los que tendrán en sus manos lo que en nuestro derecho se denominó responsabilidad civil, siguiendo a las legislaciones española y francesa"²³, sistema que se adopta en el Código Penal, caracterizándose por que la acción pública queda en manos del Ministerio Público

23.- Ceniceros, José Angel. El Nuevo Código Penal, Editorial Talleres Gráficos de la Nación. México 1931. pág. 40.

y la privada se torna renunciabile y sujeta a transacciones y convenios, encaminada a asegurar en lo posible la integridad de los intereses económicos afectados por el delito, "considerandose que nadie mejor que el ofendido o sus representantes sabrían exigir la reparación de los daños o perjuicios causados por el delito, y obtener la restitución de la cosa usurpada."²⁴

Martínez de Castro, en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1871, expresa que: "Hacer que se cumpla la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el delito no sólo es de estricta justicia, sino de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos; ya por que así su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a contribuir a la persecución de los delinquentes, o ya porque, como observa Bentham, el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó. Tan cierto es esto que bien puede atribuírse en mucha parte la impunidad de que han gozado algunos criminales a que no teniendo bienes conocidos, no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído; porque faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, era natural que se retrajeran de hacer acusación alguna y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hiciera perder su tiempo inútilmente".²⁵

24.- Ceniceros, José Angel y Luis Garrido. La Ley Penal Mexicana. Ediciones Botas. México 1934. pág. 113.

25.- González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. 4a. edición. México 1978. pág. 34.

Sin embargo, el legislador interesado por hacer cumplir con la obligación de reparar el daño causado, se cuestiona: "¿Deberá tratarse - esta materia en el Código Civil o en el Código Penal?, resolviéndose por adoptar el segundo extremo, de acuerdo con la Comisión del Código Civil; por habernos parecido más conveniente, que en el Código Penal vayan unidas las reglas sobre responsabilidad criminal, con las de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquella; por — que así sabrán con más facilidad los delincuentes todo aquello a que se exponen por sus delitos"²⁶

Y así, se establece en el artículo 361 del Código preindicado, que:

"La responsabilidad civil proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer:

- I.- La restitución;
- II.- La reparación;
- III.- La indemnización;
- IV.- El pago de los gastos judiciales."

La restitución, consistía en la devolución de la cosa; la reparación, en el pago de los daños causados al ofendido, a su familia o a un tercero, siempre que sean actuales y provengan directa e inmediatamente del hecho; la indemnización, importaba en el pago de los perjuicios causados, siempre que sean, igualmente, actuales y sean consecuencia directa e inmediata del hecho; sin perjuicio de que si sobrevinieren otros se podrá ejercitar nueva demanda. Se consideraba — como leyes supletorias, en esta materia, las leyes civiles y las de

26.- Gutierrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. 5a. edición. México 1980. pág. 617.

comercio.

Por otra parte, el artículo 326, disponía:

"A nadie se puede declarar civilmente responsable de un hecho u omisión contrario a una ley penal, si no se prueba que se usurpó una cosa ajena; que sin derecho causó por sí mismo o por medio de otro, daños o perjuicios al demandante; o que, pudiendo impedirlos el responsable, se causaron por persona que estaba bajo su autoridad".

Redacción, que en concepto de Manuel Borja Soriano²⁷, impide que se finque una responsabilidad civil sin la concurrencia de un delito, - contrariamente al espíritu de la ley, pues su objetivo es "reforzar las prevenciones acerca del resarcimiento contemplado por el derecho privado"²⁸, y no menugarlas o condicionarlas a la existencia de un delito, lo cual se apoya en el contenido del artículo 327, que establece:

"Siempre que se verifique alguna de las condiciones del artículo anterior, interviene el demandado en responsabilidad civil, sea que se le absuelva de toda responsabilidad criminal o que se le condene". . ."

Sin embargo, no obstante la forma en que se organizó la responsabilidad civil, el grado de evolución del referido Código en esta materia, no dió resultado, pues sólo en algunos casos - trajo como consecuencia la condena a la reparación del daño, esencialmente por cuatro causas:

- La insolvencia del criminal, y la obligación -

27.- Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1959. pág. 402.

28.- García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México 1963. pág. 49.

del mismo de llenar necesidades, apremiantes de familia, los cuales tienen prioridad de derecho a los ingresos, que la reparación del daño.

- La responsabilidad civil ha sido platónica en nuestro derecho, por que no hay conciencia de la necesidad de ejercitar el derecho en beneficio propio.

- El ofendido considera que la aplicación de la sanción corporal es suficiente y el dinero del victimario, por mucho que sea no es suficiente.

- El ofendido en la gran mayoría de ocasiones no sabe como ejercitar su derecho o deja el castigo a una entidad superior, que en ocasiones considera que no es terrena.

Ante tal situación, los penalistas de la época exigieron que el Estado consagrara más atención a la víctima, pues ésta se encontraba abandonada a sus escasas y debiles posibilidades en su lucha por la indemnización del daño, expresando el penalista Prins, que: "Las víctimas del delito no aprovechan para nada los esfuerzos del Estado para la represión del delito, sus sufrimientos -- subsisten, los tribunales funcionan como si no existiese la víctima del delito. Puede decirse que su sufrimiento es doble, pues éstas como contribuyentes, tienen que pagar los gastos de justicia. Todo ello es tanto más de lamentar, cuanto que las víctimas de los delitos son generalmente personas poco aco óndas."²⁰

20.- Ceniceros, José Angel. El Nuevo Código Penal. ob. cit. pág. 50.

Por ello, los legisladores procuraron introducir poco a poco, como elemento de la acción represiva, a la acción reparadora del daño.

El Código Penal de 1929.- De los medios sugeridos por los penalistas, para hacer eficaz la acción reparadora del daño, los autores del Código Penal, estimaron como mejor el que el tratadista Demogue propuso en el año de 1891, en su libro sobre la Reparación Civil de los Delitos, y que consistía en que el Ministerio Público, de oficio, exija la indemnización.

Estableciéndose así, la innovación de considerar la reparación del daño como parte de toda sanción proveniente del delito, dando así intervención al Ministerio Público para exigirla; "con tal innovación se hizo intervenir al Estado de modo directo en la protección de las víctimas de la delincuencia; y lógicamente se declararon nulos los convenios, transacciones, cesiones del monto de la indemnización."³⁰

En consecuencia, el artículo 291 del Código Penal, disponía:

"La reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente de delito"

No obstante, el cambio no fue radical por que al mismo tiempo que se encomendaba al Ministerio Público, como parte de la acción pública, exigir la reparación del daño, se permitió a los herederos del ofendido o a éste, ya sea por sí o por apoderado ejercer la acción que también se dijo otorgada a la representación social, creándose un sistema amorfo que dió lugar a confusiones acerca

30.- González de la Vega, Francisco. ob. cit. pág. 35.

de la naturaleza de la acción, pues unas veces el ofendido era cond-
vante del Ministerio Público y otras a la inversa, toda vez que --
aún cuando se especificaba, que una vez que el ofendido dedujera sus
derechos cesaba la obligación del Ministerio Público, también se de-
termina que éste último siguiera interviniendo.

El procedimiento era el siguiente: Después de --
dictado el auto de formal prisión, debe deducirse la acción de repa-
ración del daño, abriéndose para tal efecto un incidente, se corre --
traslado con la demanda al procesado o a su defensor por el término
de setenta y dos horas, con quince días de prueba si alguna de las --
partes así lo solicitara, y una vez desahogadas se cita a las partes
para oír la correspondiente resolución, que deberá dictarse al mismo
tiempo que la sentencia en cuanto a la culpabilidad del procesado.
Al respecto, José Ángel Ceniceros³¹, formula las siguientes objecio-
nes:

-El poco tiempo que se da al Ministerio Público
para el ejercicio de la acción, impide que tenga datos precisos para
formular la demanda de reparación del daño.

-No es correcto que se tramite la reparación del
daño por cuerda separada, pues aumenta el papelote judicial y dificul-
ta el trabajo de la representación social.

-Debió de haberse incluido como parte de la san-
ción montos variables entre un mínimo y un máximo para la reparación

31.- cfr. Ceniceros, José Ángel y Luis Garrido. La Ley Penal Mexicana,
ob. cit. pág. 115.

del daño, sujeto al arbitrio judicial.

-La insolvencia real o simulada de los delincuentes, resta eficacia al sistema protector de la víctima.

Tales disposiciones, ya analizadas, son encomiables pues pretenden proteger a la víctima del delito y aunque no fueron eficaces marcan el inicio del carácter público de la reparación del daño, por lo que no se considera oportuna la afirmación del maestro Gutiérrez y González, en el sentido de que: "El código penal de 1829, es un código que no aportó nada en materia de hechos ilícitos, sino que, en casi todo, se dedicó a repetir lo expuesto en el Código que derogaba" ³²

El Código Penal de 1931.- A la Comisión Redactora del Código de 1931, se planteó la cuestión de volver al sistema - del Código de 1871, con responsabilidad civil como acción privada patrimonial, o de dar un paso más hacia adelante declarando de modo categórico que la reparación del daño sería exclusivamente pública. Se decidió por considerar a la acción de responsabilidad civil, como pública, "con la expectativa de lograr una efectiva reparación del - daño, aunque sea parcial"³³, y con las siguientes características: La insolvencia del delincuente, se procura evitar mediante un procedimiento adecuado, análogo al que se emplea para hacer efectiva la multa.

A la parte ofendida se le dan todas las facilidades para ofrecer - pruebas al Ministerio Público.

La intervención del Estado, sólo tendrá como fin, la impartición de

32.- ob. cit. pág. 615.

33.- Ceniceros, José Angel. El Nuevo Código Penal. ob. cit. pág. 60.

de protección a las víctimas de la delincuencia.

El cómputo de la reparación del daño, se aplica mediante el juicio de peritos.

Asimismo, se determina que en forma independiente a la existencia de un delito, se debe reparar el daño causado, y aunque el Código no contiene una disposición igual o equivalente a la contenida en el artículo 326 del Código Penal de 1871, es innegable que ésto fue el propósito del legislador que a través de la Comisión Redactora manifestó:

"Si ya existe sentencia dictada, y fue en sentido absolutorio, los efectos jurídicos de esa sanción consisten en que la facultad del poder público para imponer la reparación del daño proveniente de un hecho delictuoso, no existe, ya que o esos hechos no resultaron delictuosos, o a --- quien se atribuyeron no fue quien los realizó. -- El que haya una sentencia que absuelva del pago de la reparación del daño, no significa que al mismo tiempo necesariamente se extinga el derecho del ofendido para exigir la responsabilidad civil emanada de un hecho ilícito. . . El Código Civil establece este derecho independientemente de la acción pública"34.

34.- Ceniceros, José Angel y Luis Garrido. La Ley Penal Mexicana, ob. cit. pág. 115.

III

CAUSAS QUE LA ORIGINAN

Los Hechos Ilícitos

Los Delitos

LOS HECHOS ILÍCITOS Y LOS DELITOS

De los hechos ilícitos en general, se ocupan, — los códigos civiles, y en particular de los delitos, se ocupan los códigos penales, por lo que normalmente se habla de ilícito civil o ilícito penal, aún cuando resulta incorrecto, pues el campo de la — antijuricidad es uno, y un acto traerá consecuencias de uno u otro orden según la consecuencia que la ley asocie al mandato de obrar o de abstenerse. Ambos tienen como supuesto un hecho jurídico de cuyas consecuencias surge una obligación.

Para Eitzbacher, el hecho jurídico "es la faceta condicionante en el precepto de derecho"¹; Thur por su parte lo define, como "la totalidad de acontecimientos que, al realizarse deben producir la consecuencia de derecho"²; Rojina Villegas, como — "fenómeno natural o del hombre, que realiza la hipótesis normativa para que produzca la consecuencia de derecho"³; Gutiérrez y González siguiendo la teoría francesa, como "toda conducta humana o cierto fenómeno de la naturaleza, que el derecho considera para atribuirle consecuencias jurídicas"⁴; y Bonnacasse⁵, con carácter más simplista, no lo conceptúa sino que se concreta a señalar sus efectos, de crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones.

- 1.- Eitzbacher citado por Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto, Obligaciones. Volumen I. Editorial Antigua Librería Robredo de José Porrúa e hijos, Succ. 2a. edición. México 1960. pág. 120.
- 2.- Thur citado por Rojina Villegas, Rafael. *idem*.
- 3.- *idem*.
- 4.- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica, 5a. edición. México 1960. pág. 122.
- 5.- cfr. Bonnacasse, Julian. Elementos de Derecho Civil. Parte II. Editorial Cajica, México 1946. pág. 221.

De aquí se desprende que el hecho jurídico en - amplio sentido se clasifica en: Actos Jurídicos y Hechos Jurídicos (strictu sensu).

Los primeros, son manifestaciones de voluntad realizadas con el fin de producir consecuencias jurídicas, ya sea creando, modificando, - transmitiendo o extinguiendo una obligación o derecho, y que debido a que el ordenamiento jurídico sanciona esa voluntad se presenta el efecto deseado por su autor. Los segundos, son una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad, para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza a que la ley vincula efectos jurídicos.

Se aprecia que los hechos jurídicos (stricto sensu), pueden ser producidos de dos formas: Por el humano y por la naturaleza, sin embargo no existe un consenso respecto a su subclasificación. Gutiérrez y González⁶ considera, que los hechos producidos por el hombre son siempre voluntarios, ya que de otra forma serían naturales; en este sentido, Barja Soriano⁷ estima, que los hechos se producen en forma voluntaria o involuntaria y, que dentro de estos últimos se comprenden los acontecimientos naturales y los accidentales; Rojas Villegas⁸ sostiene, que los hechos producidos por la naturaleza o por el hombre, pueden subdividirse a su vez - en puros o relacionados con el hombre, los primeros, y voluntarios, involuntarios o contra la voluntad, los segundos.

6.- cfr. ob. cit. pág. 127.

7.- cfr. Barja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1959. pág. 99.

8.- cfr. ob. cit. pág. 105.

Los hechos involuntarios o de la naturaleza: -- son los acontecimientos independientes de la voluntad del hombre, -- que el derecho considera como dato para que se generen ciertas consecuencias jurídicas. Ejemplo de puramente naturaleza: el aluvión, -- la avulsión, nacimiento de una isla, cambio de cauce de un río, etcétera. Ejemplo de naturaleza relacionados con el hombre: el nacimiento, la muerte y los accidentes.

Los hechos voluntarios o del hombre: son los -- producidos por la actividad del hombre que generan consecuencias jurídicas de manera independiente a la voluntad de su autor.

No obstante la diversidad de criterios, antes -- anotados, se puede concluir que los hechos voluntarios o del hombre pueden ser lícitos o ilícitos.

Los lícitos, son los que se verifican con la actividad del hombre, apegada a la ley y a las buenas costumbres, como por ejemplo: La -- gestión de negocios, la responsabilidad objetiva, enriquecimiento -- sin causa.

Los ilícitos, los define nuestro código civil vigente, en su artículo 1830, como los contrarios a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

HECHOS ILICITOS

El hecho ilícito es fuente creadora de obligaciones, que si bien es cierto no es tan importante como los contratos, también lo es que resulta tan aplicada y amplia en los medios judiciales.

El artículo 1830 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, como antes lo dijimos, lo define de la siguiente forma:

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"

Gutiérrez y González, lo define en forma integral como: "toda conducta humana culpable, por dolo o negligencia que pugna con un deber jurídico estricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio."⁹

Es decir, el hecho jurídico ilícito, es el realizado con o sin la voluntad que se produzcan consecuencias determinadas, pero independientemente de la existencia de la voluntad, surge de ese hecho la obligación a cargo de su autor de responsabilizarse, por ejemplo: - El que roba tiene la intención de apoderarse de algo, sin consentimiento y sin derecho, pero no tiene la intención de devolver el objeto o su precio. Igualmente el que choca con su vehículo, no tiene intención de causar daño, ni de verse obligado a indemnizarlo.

De la definición integral, que de hecho ilícito aporta Gutiérrez y González, se desprende que existen en nuestra legislación tres tipos de hecho ilícito:

El que va en contra de un deber jurídico -en estricto sentido- y -- que se encuentra en una ley de orden público o de las buenas costumbres.

El que va en contra de una declaración unilateral de la voluntad.
Y, el que pugna con lo acordado por las partes en un convenio, en los tres supuestos se presenta como constante, que el hecho se quiere pero no así sus consecuencias, éstas resultan de una culpa y son extracontractuales.

La diferencia y característica de cada uno de estos tres tipos de hecho ilícito, estriba en los elementos que los integran; el hecho ilícito que va en contra de un deber jurídico — en estricto sentido, tiene como elementos a la ley y la conducta — que pugna con ella. El que va en contra de una declaración unilateral de la voluntad, tiene tres elementos: la ley, la declaración y una conducta contraria a lo dispuesto y declarado. En las mismas — circunstancias se encuentra el hecho jurídico ilícito que viola un contrato, como primer elemento tendremos a la ley que autoriza el — convenio, enseguida el acuerdo de voluntades y por último una violación a lo acordado.

Como hemos visto, la esencia del hecho ilícito la constituye la culpa.

Gutiérrez y González la define, como "la conducta humana consciente e intelectual, o inconsciente por negligencia que causa daño, y que el derecho considera para los efectos de responsabilizar a quien la produjo."¹⁰

Chineri¹¹, no define a la culpa, y la considera como sinónimo de —

10.- ob. cit. pág. 451.

11.- cfr. Chineri citado por Manuel Lora Soriano. ob. cit. pág. —
100.

falta, y estima que la culpa es un estado psicológico relacionado con una injuria, que al unirse a un hecho que viola un deber, un contrato o una ley, hace que este acto injustamente cometido sea además culposo, es decir, el concurso del elemento subjetivo de la acción ilícita al carácter culposo.

Bojina Villegas¹², al igual que el anterior tratadista, no la define y estima que es un elemento de carácter psicológico, y que se debe tomar a la culpa en sentido muy general, que comprenda tanto al dolo -es decir a la intención de dañar- y a la negligencia.

De lo expresado, es de concluirse que a la culpa se le considera como sinónimo de falta, lo cual es erróneo, pues la falta es un quebrantamiento de una obligación preexistente y la culpa "es un elemento subjetivo que causa daño"¹³; elemento psicológico intelectual y, que al referirse la doctrina o la ley, en materia civil, a la culpa, se está refiriendo al dolo y a la culpa -en sentido estricto-, ésta última como género, que contiene a las especies: imprudencia y negligencia.

El dolo es sinónimo de intención y se presenta cuando "al realizarse un hecho ilícito, se verifica con conocimiento pleno de que esa conducta es punible por el derecho y sin embargo se lleva adelante con el ánimo de causar el daño"¹⁴.

Es un querer el acto y el daño que con él se causa, el proceso mon-

12.- cfr. Bojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo quinto. Obligaciones, 4ª edición. "Victoria" Editores - de José Ferrúa e Hijos, Sucs. Sa. edición, México 1960, pág. 360

13.- Miguel Caballero, Manuel. La Ley Aquilia y los Derechos de la Personalidad. Editorial Tradición, México 1983, pág. 41.

14.- Gutiérrez y González, Ernesto. ob. cit. pág. 454.

tal es el siguiente: "El hombre juzga conveniente para los fines — que se ha propuesto, obrar en cierta forma; quiere hacerlo para obtener lo que ha pensado, lo que la mente le ha propuesto como idóneo para conseguir el fin; y actúa."¹⁵

En la culpa —stricto sensu— el proceso es diverso: "Se realiza un hecho o se incurre en una omisión, sin ánimo de dañar, y sin embargo por la imprevisión, negligencia, falta de reflexión o de cuidado el daño se produce"¹⁶, no existe intención de causar el daño, pero se verifica como resultado de la imprudencia o negligencia.

Se es imprudente cuando se obra sin tomar las precauciones debidas para evitar un daño a terceros.

Se deriva la imprudencia de un hecho impulsivo, de una decisión inconsiderada por "el descuido del derecho ajeno o un escaso colorido emotivo que acompaña a la previsión del resultado."¹⁷

En el derecho romano se conocieron dos grados — de culpa: grave y leve.

La primera consistía, en no tomar las más elementales precauciones; Ulpiano decía que, "era la demasiada ignorancia, no entender lo que todos entienden."¹⁸

La segunda se presentaba, cuando se omiten los cuidados de un buen padre de familia o un hombre de diligencia común. Más adelante los

15.- Moguel Caballero, Manuel. ob. cit. pág. 42.

16.- Gutiérrez y González, Ernesto. ob. cit. pág. 455.

17.- Altavilla, Enrico citado por Manuel Moguel Caballero. ob. cit. pág. 48.

18.- Ulpiano citado por Ernesto Gutiérrez y González. ob. cit. pág. 452.

glosadores clasificaron a la culpa en: grave, leve y levísima, y según Felipe Sánchez Román, consistían en "ideas contrarias a lo que representaban"¹⁹, pues la culpa grave se daba cuando el resultado era previsible únicamente para los hombres diligetísimos, es la de menos responsabilidad. La levísima era la de más graves consecuencias.

La negligencia se da, cuando no se hace lo debido para evitar el daño, son aplicables los grados de previsibilidad propuestos para la imprudencia, su diferencia estriba en que la culpa por negligencia es un no asumir una conducta positiva u omisión consistente en no tomar las precauciones necesarias para evitar el daño.

En algunos casos, se verifican conductas objetivamente iguales a las de un hecho ilícito, se causa un daño, y sin embargo no se es responsable, Gutiérrez y González señala cuatro ²⁰ casos:

-Cuando se presente por caso fortuito o fuerza mayor.

-Cuando concurre la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

-Cuando se presenta sin la culpa o negligencia de las partes.

-Cuando haya prescrito la acción o derecho.

En cuanto al primer caso señalado, es conveniente aclarar que nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal considera sinóni-

19.- Sánchez Román, Felipe citado por Ernesto Gutiérrez y González. ob. cit. pág. 490.

20.- cfr. ob. cit. pág. 489.

mos al caso fortuito y a la fuerza mayor, no proporciona la definición de cada uno de ellos y sus efectos son iguales.

Por otra parte en doctrina se discute la denominación y concepto de caso fortuito y fuerza mayor, originandose dos tendencias: La que — considera que no hay distinción entre uno y otro, por ejemplo el — tratadista Ernesto Gutierrez y González vierte el siguiente concepto: "El caso fortuito o la fuerza mayor es un fenómeno de la naturaleza, o un hecho de personas con autoridad pública, general salvo — caso excepcional— insuperable, imprevisible, o que previniendose no — se puede evitar, y que origina que una persona realice una conducta dañosa, contraria a un deber jurídico stricto sensu o a una obligación late sensu."²¹ Y, la que estima que sí hay diferencia, subdividiendose en dos por lo que hace a la fuente del acontecimiento: Manuel Borja Soriano²² y Rafael Rojina Villegas²³, establecen como diferencia que, el caso fortuito proviene de un acontecimiento de la naturaleza, imprevisible e inevitable; la fuerza mayor, de un hecho del hombre, previsible o imprevisible pero inevitable.

Carnelutti²⁴, por el contrario, establece que cuando se trate de una fuerza determinante del movimiento, de carácter natural, es fuerza mayor y si es proveniente de algo que nuestra limitada experiencia no llega a explicar, se trata de caso fortuito. En ese mismo — sentido nuestro máximo Tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, indica "que la fuerza mayor implica la idea de un accidente que debe su origen a la naturaleza y el caso fortuito expresa la de

21.- ob. cit., pág. 490.

22.- cfr. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las obligaciones.

Tomo II; Editorial Porrúa, 3a. edición. México 1960. pág. 109.

23.- cfr. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto Obligaciones Velúmen III. Editorial Antigua Librería Robredo de J. Robredo e Hijos, Sucs. 2a. edición. México 1965. pág. 195.

24.- cfr. Carnelutti, Francesco citado por Manuel Roguel Caballero. ob. cit., pág. 60.

un hecho debido al hombre y ambos tienen en común su imprevisibilidad."²⁵

Por lo que se refiere a los casos de concurrencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima y, de ausencia de culpa o negligencia de las partes, se tiene por reproducido como si a la letra se incertase en obvio de inútiles repeticiones, lo ya manifestado en cuanto a la culpa del causante del daño, toda vez — que resultan aplicables los mismos principios a la víctima.

Respecto a la prescripción, es conveniente señalar que no se trata de un caso de irresponsabilidad, pues para que pueda validamente exonerarse de una obligación a alguien, debe haber existido previamente la referida obligación, propiamente se trataría de un caso de excepción para el responsable, que lo libera de una obligación por no habersele exigido el cumplimiento de la prestación debida dentro del plazo que fija la ley. En el caso específico de la responsabilidad por hecho ilícitos que no constituyan delito, la prescripción es de dos años.

Uso abusivo.— Un principio de derecho romano, — lo constituye el hecho de que "a nadie perjudica, quien usa de su derecho"²⁶, sin embargo esta fórmula interpretada a la letra, puede dar lugar a una plena irresponsabilidad, otorgandosele en concepto de *Colint et Capitant*²⁷, un alcance antisocial y despojado de su utilidad y beneficio, por lo que debe darsele un correcto sentido para que los derechos se ejerciten conforme a la razón, a la equidad

25.— Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXI, pág. 5396.

26.— "Qui jure son utitur, ne minus laedit". citado en la Ley 53 — título XVII del Libro I del Digesto, así como las Leyes 151 y 155 del mismo título.

27.— cfr. *Colint et Capitant* citado por Manuel Derrja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, ob. cit. pág. 433.

y a la naturaleza de ellos mismos.

La noción de abuso de derecho se ha cumplido de dos formas: Una con carácter psicológico, que enseguida abordaremos, la otra con carácter material, confundiéndola con la ausencia de derecho y, sirviendo para designar el caso en que una persona ocasiona perjuicios a otra traspasando los límites de su derecho.

Existen diversas teorías que sostienen la existencia del abuso del derecho, entre las cuales se encuentran las siguientes: El maestro Francisco Ruiz H.,²⁸ manifiesta que el abuso de derecho no es cuestión de extensión, sino de intención, o sea, no se trata del caso en que a un derecho se le da una extensión indebida, sino que este derecho, manteniéndose dentro de sus límites legales, se ejercita con un fin diverso al que racionalmente está destinado. Geny²⁹ sobre el mismo tenor expresa, que los derechos se les concede una limitante necesaria en su ejercicio, a fin de que sean disfrutados en beneficio general bajo el principio de equilibrio. - Ihering³⁰ considera, que los derechos subjetivos son intereses jurídicos protegidos, pero que esta protección sólo se dispensa cuando existe un interés digno de ser tomado en cuenta por el derecho subjetivo.

De las anteriores tesis, Bonnacasse³¹ destaca los siguientes elementos del uso abusivo de los derechos: 1).- El ejercicio de un derecho; 2).- Ausencia de utilidad para el titular del derecho; 3).- Intención nociva; 4).- Un perjuicio ocasionado exclusivamente a otro.

28.- cfr. Ruiz H., Francisco citado por Ernesto Gutiérrez y González. ob. cit. pág. 568.

29.- cfr. Geny citado por Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tercer Quinto. Obligaciones Volúmen II. ob. cit. pág. 435.

30.- cfr. Ihering citado por Ernesto Gutiérrez y González. ob. cit. pág. 449.

31.- cfr. ob. cit. pág. 343.

No obstante lo expresado, Planiol³² considera que se defiende una causa justa, con una formula falsa, ya que resulta ilógico hablar de abuso de derecho, pues constituiría un ilícito, y un ilícito no puede generarse al ejercitarse un derecho. El abuso se presenta cuando se excede un derecho y entonces ya se obra realmente sin derecho.

En este mismo sentido García Maynez³³ y Rojina Villegas³⁴, consideran que el uso abusivo de una facultad legal no constituye nunca el ejercicio de éste, sino la violación de un deber jurídico, y además de permanecer en el código como actualmente se encuentra configurado, resulta una formula estricta y peligrosa, al requerir como elementos; uno subjetivo y otro objetivo, el primero será desde luego la intención de causar el daño y el segundo, causar realmente el daño, sería más conveniente agregar que los derechos deben ejercitarse según las reglas de la buena fe, para que así los jueces aprecien el ejercicio, según la equidad, el derecho, las circunstancias y los justos motivos.

32.- cfr. Planiol citado por Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil - Mexicano. Tomo Quinto. Obligaciones. Volumen II, ob. cit. pág. 437

33.- cfr. García Maynez, "duardo citado por Rafael Rojina Villegas. idem. pág. 484.

34.- idem.

LOS DELITOS

La definición de delito deriva del supino delictum y se refiere al alejamiento o abandono del buen camino,³⁵ vulgarmente el delito, es un "acto sancionado por la ley con una pena"³⁶; Diversos autores han tratado, en vano, de producir una definición del delito, con validez universal para todos los tiempos y lugares. Desde el punto de vista filosófico se le puede concebir como "la violación de un deber, necesario para el mantenimiento del orden social cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal",³⁷ y siguiendo esta tendencia Francisco Carráza lo define como "una infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".³⁸

Desde el punto de vista sociológico, el delito, es "una acción social y dañosa".³⁹ La Dogmática jurídica moderna por su parte ha fijado el concepto, a los efectos técnicos jurídicos, como la "acción, anti-jurídica, típica, imputable, culpable y punible en las condiciones objetivas de punibilidad"⁴⁰.

35.- La definición de delito se compone de "linquere" (dejar), y el prefijo "de" en la connotación peyorativa, se toma como linquere vium o rectum vium.

36.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 2a. edición. México 1975. pág. 201.

37.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1974. pág. 139.

38.- Carráza, Francisco citado por Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 14a. edición. México 1974. pág. 125.

39.- Pavón Vasconcelos, Francisco. ob. cit. pág. 140.

40.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. 12a. edición. México 1976. pág. 31.

Jiménez de Asua, considera que el delito es — "el acontecimiento típico, antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."⁴¹

Se han vertido otro tipo de conceptos sustanciales, que se obtienen dogmáticamente del total ordenamiento jurídico penal, difiriendo con la anterior tendencia, en que no se considera como elemento del delito a la imputabilidad, ni la condicionalidad y entonces se dice que el delito es, "la conducta típica, antijurídica, culpable y punible"⁴², en éste mismo sentido Cuello Calón afirma, "el delito es la acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible"⁴³; otros autores consideran que el delito es un acto humano, típicamente antijurídico y culpable y, que la pena no se incluye en la definición de delito, pues esta es sólo una reacción de la sociedad. del medio que ésta se vale para reprimir el delito, entre ellos Mezguer⁴⁴, Rene González de la Vega⁴⁵ que inclusive afirma que la punibilidad no es parte del delito material ni formal, Silvela⁴⁶ que sostiene que puede existir el delito no punible conforme a la ley, y Castellanos Tena⁴⁷ que sostiene que la punibilidad es presupuesto del delito.

- 41.- Jiménez de Asua, Luis citado por Fernando Castellanos Tena. — ob. cit. pág. 130.
- 42.- Pavón Vasconcelos, Francisco. ob. cit. pág. 141.
- 43.- Cuello Calón citado por Fernando Castellanos Tena. ob. cit. — pág. 129.
- 44.- cfr. Mezguer, Edmundo citado por Francisco Pavón Vasconcelos. ob. cit. pág. 142.
- 45.- cfr. González de la Vega, Rene. Comentarios al Código Penal. Editorial Cárdenas. 2a. edición. México 1981. pág. 15.
- 46.- cfr. Silvela citado por Ignacio Villalobos. ob. cit. pág. 212.
- 47.- cfr. ob. cit. pág. 130.

Asimismo, algunos autores afirman que la pena si es elemento esencial del delito, entre ellos Franz Von Liszt que afirma, "el delito es un acto humano, antijurídico, sancionado con una pena"⁴⁸, Ernesto Von Belling que establece que el delito es, "una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad"⁴⁹ y Pavón Vasconcelos, que elabora el siguiente razonamiento, "La norma se integra mediante el precepto y la sanción, es la punibilidad elemento o condición esencial del delito, ya que la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo, sin eficacia alguna"⁵⁰, sin embargo observamos que se emplean como sinónimos los conceptos delito y norma.

Atento a lo expresado podemos concluir que existe un consenso general, para definir el delito como una acción, antijurídica y culpable, pues son estos elementos los que prevalecen en cualquiera de las definiciones, por otra parte, la gran mayoría de ordenamientos no se ocupan de definir el delito, sin embargo, la tradición mexicana ha preferido hacerlo, y así nuestra legislación en el año de 1871, lo conceptúa en su artículo 4º como:

"La infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

Posteriormente, en el año de 1929, en el artículo 11º lo definió como:

- 48.- Von Liszt, Franz citado por Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit. pág. 142.
49.- Von Belling, Ernesto citado por Francisco Pavón Vasconcelos, ob. cit. 142.
50.- idem.

"La lesión de un derecho protegido legalmente - por una sanción penal".

Y, finalmente nuestro actual Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 7^o define al delito de la siguiente manera:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Según las definiciones vertidas, para que exista un delito debe haber un acto, acción, acontecimiento o conducta, sin embargo, estas manifestaciones de voluntad humana, que pudieran constituir delito, son empleadas erróneamente como sinónimos.

La conducta es siempre la manifestación de una facultad humana en movimiento, facultad que se ejerce o se pone en juego, y que es capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación, agregando Eugenio Florian⁵¹, aún cuando sea ligera o imperceptible. Esas manifestaciones a través de una acción o de una omisión, por lo que no es exacto lo afirmado por Raúl Carrancá y Trujillo⁵², en el sentido de que la acción -late sensu- comprende a la acción -stricto sensu- y a la omisión, ya que equivaldría a "poner a y no a"⁵³.

La acción en su aspecto positivo, consiste en un comportamiento que viola una ley prohibitiva, es un hacer -efectivo, corporal y voluntario- lo que no se debe hacer. No siendo actos sancionados penalmente: los movimientos reflejos, los accidentes, los pensamientos, las ideas o las intenciones.

51.- cfr. Florian, Eugenio citado por Fernando Castellanos Tena. -- ob. cit. pág. 152.

52.- cfr. ob. cit. pág. 29.

53.- Castellanos Tena, Fernando. ob. cit. pág. 147.

La omisión, es el aspecto negativo, consiste en un abstenerse a obedecer una norma que impone un deber hacer, es un dejar de hacer -activo, corporal y voluntario- lo que se debe hacer. No siendo omisiones relevantes para el derecho penal, las omisiones forzadas por una causa legal, ni las que no estén tipificadas penalmente.

La omisión puede ser, una simple omisión propia o una omisión impropia -comisión por omisión-. Carrancá y Rivas,⁵⁴ considera que la omisión puede ser material, y comprender las dos antes citadas, o espiritual y englobar en esta a los delitos imprudenciales, según se deba de ejecutar el movimiento corporal esperado o se ejecute sin tomar las debidas precauciones jurídicamente exigidas.

En los delitos de simple omisión, falta una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado que produzcan, es decir -se sanciona por sí misma la omisión, por ejemplo en el caso del encubrimiento.

En los de comisión por omisión, se llevan a cabo actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión. El agente decide positivamente no actuar para producir con su acción un resultado, por ejemplo la madre que decide no amamantar al bebé para que fallezca.

Los delitos en atención a la conducta que los constituye pueden ser:

En función a su gravedad, existen dos teorías -La bipartita, que clasifica al delito; en amplio sentido, en estricto

54.- cfr. ob. cit. pág. 30.

to sentido o falta.

La tripartita, que clasifica al delito en amplio sentido en: crímenes, delitos en estrecho sentido y faltas o contravenciones. Los crímenes están constituidos por los atentados en contra de la vida y - los derechos naturales del hombre; los delitos en estricto sentido, por las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social; y las faltas, por las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.⁵⁵

En cuanto a sus efectos los delitos pueden ser, de resultado o de mera actividad.⁵⁶ Los primeros, requieren la producción de un resultado objetivo o material para que el tipo se integre, de tal forma que si no se presenta el resultado, que es la base objetiva de antijuricidad, éste no se consuma, por ejemplo: el homicidio, las lesiones, el daño en propiedad ajena, etcétera. Los segundos agotan el tipo penal por la sola conducta. independientemente de la producción de un resultado o de todo efecto exterior; - Ignacio Villalobos⁵⁷ considera que este concepto presenta dos opciones: Una consistente en que la conducta no tenga realmente resultados, y otra, en que la ley no señale tal resultado como parte del tipo, por ejemplo: la falsificación de documentos en general, el allanamiento de morada, la inhumación clandestina, la exhumación, la violación o profanación de sepulturas, etcétera.

En función del daño que causan los delitos, estos pueden ser: de lesión o de peligro. Los de lesión causan un daño efectivo, por ejemplo: el homicidio y el fraude; los de peligro

55.- cfr. Castellanos Tena, Fernando. ob. cit. pág. 135.

56.- cfr. González de la Vega, Rene. ob. cit. pág. 14.

57.- cfr. ob. cit. pág. 242.

crean tan sólo un riesgo abstracto general, como por ejemplo: los ataques a las vías de comunicación y portación de arma prohibida, o bien concreto, contra una sola persona o un objeto determinado, por ejemplo: el disparo de arma de fuego, ataque peligroso, peligro de contagio, abandono de persona y omisión de auxilio, para el bien jurídico tutelado. Soler,⁵⁸ considera que el carácter de delito, no lo da sus efectos sino la naturaleza de la acción.

En relación a la duración de los delitos, estos pueden ser instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuos y permanentes.

Los instantáneos, son aquellos que se perfeccionan en un sólo momento, en el que se consuma o se frustra su consumación, por ejemplo: el homicidio, el robo, los golpes simples y las injurias (estos dos últimos derogados).

Los instantáneos con efectos permanentes, son una subespecie de la anterior, es decir, el bien jurídico queda destruido instantáneamente pero sus efectos o consecuencias permanecen, por ejemplo: la lesión que perturba para siempre la vista, la lesión que inutiliza completamente a una persona, la lesión que ocasiona la pérdida de un órgano, la lesión que perjudica para siempre una función orgánica, etcétera.

Los continuos se dan a través de varias conductas, todas ellas con una misma naturaleza antijurídica, que corresponde a un mismo tipo penal o que producen una sola lesión jurídica, pero todas las cuales convergen en una sola unidad, ya sea por que corresponden a un

58.- cfr. Soler citado por Fernando Castellanos Tena. ob. cit. pág. 137.

sólo propósito o por la similitud de elementos, condiciones o circunstancias, que objetivamente concurren en su ejecución y los ligan para formar la unidad de un sólo delito.

Alimena, en este sentido, considera que "las varias y dispersas consumaciones, no son más que varias y dispersas partes de una consumación sólo"⁵⁹ y, de igual forma Soler expresa: "una sólo resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley."⁶⁰

Y, los permanentes son aquellos hechos en que la manifestación de voluntad antijurídica se prolonga por más o menos tiempo, manteniendo el estado de cosas típico penal.

Este tipo de delito presenta dos características esenciales; la primera consistente en la facultad del agente activo de prolongar en el tiempo el estado antijurídico y, la segunda consistente en que todos los momentos de su duración constituyen consumación de la violación de un derecho.

En cuanto a su estructura, los delitos pueden ser simples o complejos.

Los simples, son aquellos en que la lesión jurídica es única. Ignacio Villalobos⁶¹ agrega como elementos: que sea a través de un sólo acto, por un sólo sujeto y a través de una sola forma de culpabilidad.

Los complejos, son aquellos -a contrario sensu- que se manifiestan o realizan por dos o más conductas, están encaminadas a producir un

59.- Alimena citado por Fernando Castellanos Tena, ob. cit. pág. 138.

60.- Soler citado por Fernando Castellanos Tena, *ibidem*.

61.- cfr. Villalobos, Ignacio. ob. cit. pág. 249.

resultado, constan de la unificación de dos infracciones cuya función da nacimiento a una figura delictiva nueva, en esta especie se comprende: al delito de varios actos, por ejemplo: el delito de fraude u homicidio en riña; al delito de hábito, por ejemplo: el delito de vagancia, el lenocinio y juegos prohibidos, que se realizan con la repetición de actos de la misma especie o el sostenimiento de un mismo género de vida; y los delitos que constituyen el concurso ideal, dentro de los que se encuentran: los que producen una pluralidad de resultados, por ejemplo: el que dispara y lesiona a varias personas, el que rompe un vidrio y lesiona al que se encontraba detrás; o pluralidad de estimaciones, por ejemplo la relación sexual que pudiera ser considerada como adulterio y que por tratarse de hermanos se considera como incesto, o bien el introducirse furtivamente o con violencia para robar, y que pudiera considerarse como allanamiento de morada y robo, pero que encuadra en el tipo de robo en casa habitación.

Un elemento importante del delito, es la culpabilidad, que a de existir en la conducta, ya sea de acción u omisión, para que sea delictuosa pues de lo contrario no habría culpabilidad y el acto sería inincriminable.

La culpabilidad, "es una actitud despectiva del sujeto al actuar frente a las normas jurídicas, actitud que finca el juicio de reprehensibilidad o de punibilidad."⁶² El desprecio del sujeto se manifiesta en el dolo, por franca oposición, y en la culpa indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinté

62.- Villalobos, Ignacio. ob. cit. pág. 239.

rés o subestimación de un mal ajeno frente a los propios deseos.

Existen dos teorías de la culpabilidad: La normativista y la psicológica.

La normativista, considera a la culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad, es sostenida por Edmundo Mezguer⁶³ y Luis Jiménez de Asua⁶⁴, quienes afirman, que existe culpabilidad cuando externamente le sea reprochable al sujeto activo, pues es insuficiente que el juicio de reproche sea llevado a cabo por él mismo, debe ser complementado por el que se realice a través de sujeto diverso al que despliega la conducta, mediante el orden normativo que establezca una exigencia para la realización de una conducta distinta.

La psicológica, sostenida entre otros autores por Porte Petit,⁶⁵ — considera que la culpabilidad es una forma de vinculación entre el autor y el hecho ilícito, la conducta siempre será culpable cuando exista una relación subjetiva entre el autor, actuando el nexo psíquico que liga al hecho con la mente del agente.

La culpabilidad reconoce dos grados: El dolo y la culpa.

El dolo fue definido en la antigüedad por Labeón, y aceptado por el Digesto, como "dolus malus - toda habilidad - falacia o maquinación - empleada para engañar y envolver a otro".⁶⁶

El dolo consiste en dirigir la voluntad típica y antijurídica, para la causación de un resultado dañoso. Para Luis Jiménez de Asua es -

63.- cfr. Mezguer, Edmundo citado por René González de la Vega. ob. cit. pág. 18.

64.- cfr. Jiménez de Asua, Luis citado por Fernando Castellanos Tena. ob. cit. pág. 231.

65.- cfr. Porte Petit, Celestino citado por Fernando Castellanos Tena. ob. cit. pág. 232.

66.- Villalobos, Ignacio. ob. cit. pág. 249.

"la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere y ratifica."⁶⁷ Para Eugenio Cuello Calón consiste en "la voluntad consiente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso".⁶⁸

De las anteriores definiciones concluimos que el dolo supone indispensablemente dos elementos constitutivos: uno intelectual, consistente en la previsión y apreciación más o menos clara y completa del resultado y de las circunstancias en que dicha causación puede operar; el otro elemento es el emocional, consistente en la voluntad de producir lo que se ha previsto, es la intención de dañar. -- "Tal es el dolo directo general".⁶⁹

El dolo se divide en: directo, indirecto, indeterminado y eventual. El directo, es aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto tífico, es decir al dolo en que hay intención -- representandose el resultado penalmente tipificado.

El indirecto, se presenta cuando se propone un fin y sabe que seguramente surjan otros resultados delictivos, que desde luego la voluntad no busca o no se propone, el resultado no querido pero si -- consentido en su realización.

El indeterminado, se da cuando el agente presenta una intención ge-

67.- Jiménez de Azua, Luis citado por René González de la Vega. ob. cit. pág. 16.

68.- Cuello Calón, Eugenio citado por Fernando Castellanos Tena. ob. cit. pág. 239.

69.- Carrancá y Rivas, Raúl y Raúl Carrancá y Trujillo. ob. cit. -- pág. 36.

nerica de delinquir, de causar daño con fines ulteriores, resultando en consecuencia indiferente quien sea dañado.

El eventual se presenta, cuando el agente desea un resultado delictivo, previendo la posibilidad de que se produzcan otros diversos o mayores.

El dolo, admite también, la siguiente clasificación: genérico, en el que la voluntad consciente se refiere a la realización del tipo; el dolo específico, cuando existe una determinada actitud especial de tendencia o propósito y; el dolo especialísimo, que es el que anima al extraordinario y dañoso empeño puesto en alguna construcción delictuosa.

El dolo es denominado en nuestro Código Penal - vigente para el Distrito Federal como intención, reduciéndose las especies del dolo al directo.

La culpa se presenta por el obrar sin cautela, produciéndose un resultado no querido. Para Fernando Castellanos Tena⁷⁰ significa un olvido; Cuello Calón⁷¹, considera que la culpa — se presenta por un actuar sin atención, ni diligencia ocasionándose un daño que desde luego era previsible; y Edmundo Mezguer⁷² por su parte, considera que la culpa se presenta cuando se infringe un deber de cuidado, e igualmente estima que el resultado debe ser previsible.

Existen diversas tendencias que tratan de deter

70.- cfr. ob. cit. pág. 245.

71.- cfr. Cuello Calón, Eugenio citado por Fernando Castellanos Tena. idem.

72.- cfr. Mezguer, Edmundo citado por Fernando Castellanos Tena. idem.

minar la esencia de la culpa. La tradicionalista, sostenida entre otros autores por Francisco Favón Vasconcelos,⁷³ quien afirma que -- la esencia del hecho culposo radica en el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado que se produce por una acción u omisión voluntaria. La normativista, representada por Welzel,⁷⁴ que -- afirma que la esencia del hecho culposo radica en la conducta defectuosa, entre la acción u omisión realizada y la que se debe efectuar; sostiene que en ocasiones el agente activo puede desplegar una conducta prudente, pero que resulta insuficiente, por lo que para determinarla se debe basar en un doble carácter, uno objetivo y otro normativo; el objetivo determina el grado de previsibilidad -- concreto, los resultados de la conducta desplegada con base en un juicio inteligente. El normativo, que se refiere a la prudencia de no aumentar el riesgo que se acepta, y que por tanto debe ser moderado al vivir en sociedad.

Y, la materialista, sostenida entre otros autores por René González de la Vega,⁷⁵ quien también considera que la esencia de la culpa radica en la acción defectuosa, pero comprendiendo también a la inobservancia del cuidado debido, considerando a ésta como materia de la culpabilidad, así pues será esta inobservancia la que convierte a una acción en culposa.

Los elementos de la culpa son:

A).- La existencia de un daño con tipicidad penal.

73.- cfr. ob. cit. pág. 180.

74.- cfr. Welzel citado por René González de la Vega. ob. cit. pág. 10

75.- cfr. ob. cit. pág. 19.

B).- La existencia de un estado subjetivo de —culposidad, que podríamos llamar elemento psicológico y que consiste en obrar sin la debida previsión, reflexión, negligencia, prudencia, pericia, precaución, negligencia o falta de atención, manifestada por medio de actos u omisiones.

C).- Una relación de causalidad y de una imputación legal del daño al agente, que previó, pudo prever o evitar el daño.

Entre los elementos antes señalados se encuentran la previsibilidad y la evitabilidad, respecto a estos conceptos se han vertido diversas teorías.

La teoría de la previsibilidad sustentada por Carrara,⁷⁶ sostiene — que se trata de una voluntaria omisión de diligencia en calcular — las consecuencias posibles y previsibles del resultado no querido. Binding⁷⁷, sustenta la teoría de la previsibilidad y evitabilidad, aceptando la previsibilidad pero aunada al elemento de evitabilidad de la culpa.

La teoría del defecto de la atención, es defendida por Angliolini,⁷⁸ que considera que resulta una violación del deber de atención impuesto por la ley.

Dentro del elemento psicológico se encuentra, — como antes referimos, la negligencia, la imprudencia y la impari—
cia.

76.- cfr. Carrara citado por Fernando Castellanos Tena, ob. cit. —
pág. 246.

77.- cfr. Binding citado por Fernando Castellanos Tena, idem.

78.- cfr. Angliolini citado por Fernando Castellanos Tena, idem.

Negligencia proviene de la raíz latina "negligo", de nec-lego: no - elijo, no recojo, deajo pasar; es una actitud negativa, perezosa e - indolente que produce como resultado una falta de actividad necesaria para poder prever y evitar sucesos o consecuencias inconvenientes.

La imprudencia, es una actitud positiva, falta de precaución y de discernimiento, precipitada, audaz y temeraria.

En cuanto a la impericia, consideramos debe omitirse como elemento de la culpabilidad por ser susceptible de equívocos, pues no toda impericia es culpable, sino sólo cuando se presenta por imprudencia o negligencia.

La culpa, puede ser de dos clases: consciente, con previsión o representación, que existe cuando el agente a previsto el resultado típico como posible pero abriga la esperanza de que no se presente el resultado, justamente en eso radica su diferencia con el dolo eventual, en éste hay indiferencia y menosprecio en la culpa, por el contrario, no se quiere el resultado y se abriga la esperanza que no se presente. Inconsciente o sin representación, se da cuando no se prevee un resultado previsible.

A ésta última, a la culpa inconsciente, solía clasificarse como en el derecho civil, en grave, leve y levisima, sin embargo la doctrina penal la ha dejado en el olvido, pero la legislación no, y es considerada como factor importante para la punición.

A la culpa también se le ha denominado como imprudencia o no intención. En cuanto a la utilización del concepto -

imprudencia como sinónimo de culpa, valga lo expresado con anterioridad respecto a que la imprudencia es una especie de la culpa.

Por lo que se refiere al concepto de no intencionalidad, se utiliza para declarar ausente al elemento voluntad, lo cual resulta absurdo, se ún el maestro Raúl Carrancá y Trujillo,⁷⁹ pues si se encuentra presente la voluntad, sólo que en los delitos culposos o de imprudencia esta se encamina hacia el medio productor del resultado y, en los dolosos hacia la producción del resultado mismo.

Circunstancias que excluyen la responsabilidad. Son situaciones o condiciones excepcionales, en que un elemento o factor del delito resulta eliminado, dejando de ser delictuosa la conducta típica, ocasionando que no se produzca la responsabilidad a cargo del sujeto activo, que es inherente al delito.

En cuanto a la denominación, Carrancá y Rivas,⁸⁰ estima que la palabra circunstancia está mal empleada, pues esta se refiere a accidentes de lugar, tiempo y modo, y a lo que la ley se refiere es a las causas, o sea a los orígenes y fundamentos de la responsabilidad penal.

Para su clasificación deberemos atender a todos y cada uno de los elementos del delito, que pudieran ser eliminados, con excepción de la tipicidad, cuya presencia debe suponerse, pues sólo ante un hecho típico es posible o se da lugar a la investigación de la responsabilidad o irresponsabilidad.

Carrancá y Trujillo y, Carrancá y Rivas,⁸¹ las constriñen a sólo

79.- cfr. ob. cit. pág. 3ª.

80.- cfr. ob. cit. pág. 74.

81.- cfr. ídem.

tres: causas de justificación, de inimputabilidad y de impunidad o excusas absolutorias; Ignacio Villalobos⁸² agrega la excluyente por falta de acto o ausencia de conducta. Rene González de la Vega⁸³ y Fernando Castellanos Tena⁸⁴ aceptan las anteriores clasificaciones, pero estiman que deben comprender además las causas de inculpabilidad.

Las causas de justificación, són las que excluyen la antijuricidad de la conducta, según el maestro Augusto Kohler, "que entra en el hecho objetivo determinado por una ley penal"⁸⁵, por ejemplo: cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, impedimento legítimo, obediencia jerárquica, estado de necesidad y legítima defensa.

Las causas de inimputabilidad, son aquellas en que el hecho, si bien es cierto, que es intrínsecamente malo y contrario al derecho, no se encuentra el sujeto activo en condiciones de serle atribuible el acto realizado, por no concurrir en él desarrollo, salud mental, la conciencia y la espontaneidad.

Las causas de impunidad o excusas absolutorias, son causas personales que simplemente excluyen la pena y, que según Max Ernesto Mayer, "dejan subsistir el carácter delictivo del acto y no hacen más que excluir la pena"⁸⁶. Su fundamento radica en la causa de utilidad social, que es aconsejable socialmente a través de la política criminal, el no aplicar pena alguna, dejando enton-

82.- cfr. ob. cit. pág. 342.

83.- cfr. ob. cit. pág. 35.

84.- cfr. ob. cit. pág. 250.

85.- Kohler, Augusto citado por Raúl Carrancá y Trujillo, ob. cit. pág. 74.

86.- Mayer, Max Ernesto citado por Raúl Carrancá y Trujillo. idem.

cos subsistente el hecho como delito y al sujeto como delincuente.

Las causas de inculpabilidad, eliminan el elemento culpa, dentro de ella se encuentra la ignorancia, error de prohibición, coacción, el caso fortuito y el impedimento legítimo. En cuanto al caso fortuito, este surge donde termina la culpa, por tanto el Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible, será eficaz si la conducta inicial no versa sobre cosa lícita.

Ahora bien, resulta precipitado afirmar que cuando se presentan --- las excluyentes de responsabilidad penal también hay exclusión de responsabilidad civil, pues aún cuando se obra conforme a derecho se pueden lesionar intereses, cuya reparación debe efectuarse, por ejemplo: en el caso de violencia ejercida sobre el delincuente o el estado de necesidad y sobre todo en los casos de inimputabilidad.

IV

FUNDAMENTOS LEGALES DE LA REPARACION DEL DAÑO

EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Constitucionales

Civiles

Penales

CONSTITUCIONALES

La Constitución "suele dividirse en dos partes, una dogmática y otra orgánica; en la primera parte se encuentran ubicados los derechos fundamentales del gobernado"¹, que reciben el nombre de garantías individuales.

Estas garantías individuales pueden definirse, de una manera sencilla como "el conjunto de derechos que forman parte esencial de la persona misma, que le asisten desde su nacimiento y que no pueden ser restringidos, salvo por causa de fuerza mayor que pongan en peligro los intereses de la nación o de la sociedad"², o bien desde el punto de vista técnico, como "los límites o prohibiciones que el poder público se ha impuesto con el fin de hacer posible a los particulares el disfrute del máximo posible de su libertad, sin menoscabo del orden y la paz social, que deben ser mantenidos por aquél, en beneficio de todos los habitantes del país."³

En consecuencia, los derechos aludidos son oponibles al Estado por el individuo y en el terreno jurídico, formalmente se hallan incluidos en el Título Primero, Capítulo I, artículos 2 al 2º inclusive, de nuestro Código Político; aún cuando también se afirma que los derechos políticos individuales se encuentran dispersos en toda nuestra Carta Magna.

Entre estos derechos se encuentran naturalmente los del delincuente así como los del sujeto pasivo del delito o víctima y, específicamente, por cuanto a lo que se refiere a la reparación

1.- Soto Pérez, Ricardo. nociones de Derecho Positivo Mexicano. Editorial Esfinge, S.A. edición, México 1978. pág. 82.

2.- CENA. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada para los jóvenes. México 1985. pág. 21.

3.- Soto Pérez, Ricardo. ob. cit. pág. 54.

ción del daño; nos importa destacar y analizar el contenido de los artículos 5, 17, 20 y 22, haciendo mención de algunos otros preceptos tal vez menos específicos, en cuanto a nuestro objeto de estudio, pero no menos importantes como los artículos 14, 16, 18 y 21, los cuales se abordan al analizar los preanotados.

El artículo 5, contiene diversas disposiciones relativas a la garantía de libertad, pero esencialmente habremos de analizar el párrafo primero, parte final que a la letra dice:

" . . . Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. . . ."

Y, que se relaciona directamente con la organización del sistema penitenciario así como a la reparación del daño, en lo que se refiere a la distribución que se efectúa de las percepciones que obtiene el reo por su trabajo en prisión.

Es conveniente aclarar, que nuestra Constitución -data de 1917 y, que de la lectura del párrafo anterior se concluye - que "el trabajo constituyó tarea obligatoria, cuando es impuesta como pena por la autoridad judicial"⁴, y en tal caso el sujeto quedaba amparado por las disposiciones contenidas en el artículo 123 Constitucional, específicamente en cuanto a la jornada máxima de trabajo y la prohibición de algunas labores, como las insalubres, las peligrosas y el trabajo nocturno industrial.

4.- XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones III, Antecedentes y Evolución de los artículos 1 al 15 Constitucionales. México - - 1967. pág. 406.

Sin embargo, actualmente no hay delito punible - con trabajo, y asimismo nuestro Código Penal Vigente en su Libro Primero, Título Segundo, Capítulo I, no contempla el trabajo como pena o medida de seguridad que los jueces estén facultados para imponer, consecuentemente y, "a pesar del texto Constitucional no existe posibilidad legal, de que alguien sea condenado a la pena de trabajo".⁵ Anteriormente este precepto legal, se encontraba relacionado con las disposiciones contenidas en los artículos 79 a 83 del Código Penal - para el Distrito Federal, relativos al trabajo de los presos en ejecución de sentencia, derogadas por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de diciembre de 1985; no obstante persisten los preceptos legales contenidos en la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, en especial los artículos 2, 10 y 16 referentes al sistema penal, asistimiento de los reos y la remisión parcial de la pena, respectivamente y que en su conjunto se ocupan del trabajo de los presos. Trabajo que no es resultado de la punición del juez, sino que "resulta obligatorio de conformidad con el régimen interior del reclusorio o penitenciaria en donde el preso se encuentre"⁶, como consecuencia de la aplicación del artículo 1º Constitucional, que "en sus orígenes propugnó por la regeneración del reo a través del trabajo y, desde la reforma de 1964-1965 a pasado a referirse más modernamente, a la readaptación social, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación"⁷. Este proceso evolutivo, que va desde la concei

5.- Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Editorial Cárdenas, México 1974. pág. 121.

6.- ib. cit. pág. 122.

7.- García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Colección: Introducción al Derecho Mexicano. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983. pág. 22.

deración del trabajo como medio de regeneración hasta medio de readaptación social, puede dividirse en tre grandes etapas: "La primera consistente en los trabajos forzados como medio agravante de la pena; la segunda, en el trabajo de los presos como fuente de mano de obra barata y, finalmente, el trabajo de los presos como medio de readaptación social"⁸.

No obstante, el contenido de tales disposiciones referentes al trabajo de los procesados o de los reos, tanto federales como locales no resisten el análisis del artículo 5 constitucional, pues el propio artículo 18 al carecer de técnica y de precisión, ya que únicamente se refiere a la organización del sistema penal, sin señalar o especificar de modo alguno, que los presos tengan obligación de trabajar; apoya en consecuencia el precepto en cita, e igualmente el artículo 123 fracción VIII, que no contempla la constitucionalidad de los descuentos efectuados a las cantidades que los presos reciben por prestar su trabajo.

Por lo que se refiere al artículo 17, cuyo contenido se refiere a la garantía de seguridad jurídica, habremos de analizar la parte conducente, que a la letra dice:

"Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacer justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. . . ."

Y, que para su correcta aplicación, requiere de precisar la división entre el derecho civil y el penal o a la inversa, es decir, determinar donde acaba el derecho civil y empieza el penal.

Al respecto el maestro Rafael Pérez Palma⁹, considera apegándose a

8.- Pérez Palma, Rafael. ob. cit. pág. 210.

9.- cfr. ob. cit. pág. 187.

nuestro sistema legislativo -tanto sustantivo como adjetivo así como federal y común- que son de cuatro ordenes las cuestiones que se ubican en la línea divisoria del derecho penal y civil:

La primera, que se refiere a las que originan el ejercicio de las acciones provenientes de obligaciones civiles.

En efecto, nuestro Código de Procedimientos Civil Vigente para el Distrito Federal, en su Título Primero, Capítulo 1, artículo 1, establece en su fracción II, que para el ejercicio de las acciones civiles se requiere; la violación de un derecho, el desconocimiento o incumplimiento de una obligación. Derecho u obligación que no tendrá consecuencias penales, sino en el caso de que tales hechos estén previstos y sancionados por una ley penal exactamente aplicable, pues - aquí como en otros aspectos relacionados con el actual concepto de delito, debemos recordar que desde la Revolución Francesa se postula el principio "nulla pena sine lege"¹⁰, principio que nuestra Constitución eleva a categoría de garantía individual en su artículo 14, que se resume en el siguiente dogma "nulla poena sine iudicio et nemo iudex sine lege" y, que en su primera parte se refiere al carácter necesario del proceso; por lo que se refiere a la segunda parte, al "establecimiento, que ha de ser legal, del órgano jurisdiccional"¹¹.

El proceso constitucional en análisis, es producto de "la experiencia histórica, que apoyada por los pensadores antiesclavistas, se irguió en contra de la acción de encarcelar a los ciudadanos que tenían deudas de carácter puramente civil, mismas

10.- Recogido en el Codigo de Delito et de Peinas, de humario del - año IV.

11.- García Ramírez, Sergio. ob. cit. pág. 20.

que presentaban como características, las de ser hereditarias -en su aspecto trascendental-; en caso de mora daban lugar a la privación - de la libertad y de los bienes, y cambiaban fácilmente su naturaleza de civil a penal"¹².

La segunda, en cuanto a "las relativas a la responsabilidad objetiva procedente de actos ilícitos extracontractuales"¹³.

En interpretación de los que el maestro Pérez Palma quiso expresar, diremos que la responsabilidad por culpa directa y la responsabilidad por riesgo creado -ambas extracontractuales- no puede determinarse, en cuanto a sus consecuencias, al ámbito del derecho civil e inclusive en el penal, ya que es menester analizar las particularidades de la controversia concreta e individualizada. Nos referimos a la responsabilidad extracontractual en su doble aspecto -objetiva y por hecho ilícito- en virtud de que, en primer lugar no puede haber responsabilidad objetiva procedente de hechos ilícitos, debido a que la característica de ésta, consiste en que la culpa se encuentra ausente y, en segundo lugar no hay posibilidad de que haya hechos ilícitos -contractuales; luego entonces debió decirse que se trataba de la responsabilidad extracontractuales, únicamente, toda vez que existe un consenso general en el sentido, que ésta comprende un doble aspecto y que ambos casos las consecuencias civiles o penales, dependerán de las particularidades del hecho, en especial tratándose de hechos ilícitos, pues como se ha comentado en capítulos anteriores, éstos siempre quedan comprendidos en la legislación civil, sólo que hay algunos que tienen consecuencias penales y entonces son delitos.

12.- CREA. ob. cit. pág. 54

13.- Pérez Palma, Rafael. ob. cit. pág. 168.

La tercera, concerniente a la responsabilidad penal con carácter de pena pública, imponible por delito, que específicamente se refiere al derecho del sujeto pasivo u ofendido a que el daño sea reparado, y que cuando se concreta al delincuente, esta obligación, toma el carácter de sanción pecuniaria, que al lado de la multa constituyen una pena; pero cuando sea exigible a tercera persona, retomará su naturaleza original y será materia civil.

La cuarta y última, se refiere a las provenientes de hechos ilícitos que incluso constituyen delito y que por la mejor conveniencia del ofendido se procura que no salgan de la jurisdicción civil; por ejemplo la responsabilidad profesional el abandono de persona, que el daño ocasionado por un edificio, el adulterio, la bigamia, etcétera.

En efecto, en ocasiones se incumplen obligaciones que dan lugar a un delito, pero que también son susceptibles de resolverse civilmente, ya sea mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código Civil relativas a el incumplimiento de obligaciones, al riesgo creado, a los hechos ilícitos o bien, mediante el uso de los derechos de la legislación adjetiva en materia familiar, civil o de paz; por ejemplo al encontrarnos con unos testigos falsos a los cuales sólo provocan la tacha de los mismos, sin optar por la correspondiente responsabilidad penal por falsedad.

Ahora bien, una vez que se ha establecido la división entre el derecho penal y el civil, nos referimos a la segunda-

parte del artículo en estudio, y que "establece la permanencia del orden jurídico y la utilidad de sus instituciones"¹⁴

El Estado moderno se caracteriza, por que la sociedad es la que determina el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales a través de la excitativa, de la demanda y de las acciones, que en materia civil son llevadas a cabo por el propio particular y, en materia penal se encuentran monopolizadas por el Ministerio Público; lo cual nos lleva a colegir, que esta disposición, "se traduce en una restricción o prohibición, que a la vez es un derecho de libertad y seguridad jurídica"¹⁵

Efectivamente, la restricción o prohibición, antes señalada, consiste en que la administración de justicia es función propia del Estado, que la ejerce mediante la jurisdicción de los jueces y magistrados, garantizando al acusado o reo la correcta aplicación de la ley, y a la sociedad la reparación del daño ocasionado por el ilícito perpetrado, en el caso específico de la materia penal, es pues "la asunción estatal del jus puniendi que se cifra en el derecho abstracto a inculpar y sancionar, y abarca la titularidad de la pretensión punitiva"¹⁶.

Las garantías de libertad y seguridad jurídica, aplicadas al numeral constitucional analizado, consisten en que el particular tiene la potestad de ejercer sus acciones, en el ámbito penal, mediante la denuncia, acusación o querrela; derecho público que se encuentra contenido en el artículo 16 Constitucional y, que asimismo establece

14.- Soto Pérez, Ricardo. ob. cit. pág. 63

15.- XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones IV. Antecedentes y evolución de los artículos 16 a 27 Constitucionales. México 1967. pág. 69.

16.- García Ramírez, Sergio. ob. cit. pág. 15.

único requisito, que este derechos sea ejercido por escrito o bien - mediante comparecencia ante el Ministerio Público, el cual se encargará de integrar los elementos de la averiguación previa -cuerpo del delito y presunta responsabilidad- y ejercitar la acción penal correspondiente ante el órgano jurisdiccional competente, demandando justicia, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 21 constitucional que establece, fija y delimita nuestro "sistema de división de poderes y funciones"¹⁷.

Es conveniente insistir en lo hecho de que, el Ministerio Público es el encargado de pedir la sanción para el responsable del ilícito penal, fijar los daños y pedir su reparación. Y los particulares, aún como ofendidos, víctimas o sujetos pasivos del delito, solo intervendrán un poco menos que subsidiariamente, limitándose a ser un simple medio para allegar datos al Ministerio Público, ya sea en cuanto a la responsabilidad penal o para la fijación del monto de los daños causados, para que de estimarlos útiles y valiosos los emplee en el caso concreto controvertido, viéndose reducido en consecuencia, el ejercicio de la potestad del particular para solicitar la actuación de la ley, a fin de que le sean respetados o restituidos sus derechos de orden subjetivo y personal que le hayan sido violados, incumplidos, desconocidos o perturbados, en suma es "la asunción estatal en el orden penal, con efectos sustantivos, procesales y ejecutivos"¹⁸.

En relación al artículo 20 Constitucional, existe ten dos fracciones que son de gran importancia, para nuestro estudio, y que a la letra dicen:

17.- *idem.* pág. 20.

18.- *idem.* pág. 21.

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el Juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito incluya de sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la Autoridad Judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años de salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores.

"X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o al algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fija la ley al delito que motivare el proceso. . . ."

En esencia, el contenido del artículo en cita, trata de los derechos que le asisten al que es sujeto de un proceso criminal, protegiéndolo y que se ejercen "para defender con eficacia su vida, su libertad

y su patrimonio, ante el peligro que entraña la imposición de una pena por la comisión de un delito¹⁹ y la correspondiente obligación de indemnizar al ofendido, por el daño ocasionado, mediante la restitución, la reparación o el resarcimiento.

Este precepto se encuentra en estrecha relación con el artículo 1.º del mismo ordenamiento supremo, por cuanto a lo que se refiere al establecimiento de el "carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del derecho penal y la proscripción de la retroactividad -- desfavorable"²⁰.

Desde el punto de vista del ofendido, se destaca entre toda esta serie de prerrogativas en favor del delincuente, un defecto, que en -- concepto del maestro Rafael Pérez Palma²¹ es el más grave, y que consiste en la atención de manera exclusiva al aseguramiento del acusado, sin tomar en consideración -- o pasandole por alto -- el daño moral, las condiciones económicas en que queda el ofendido o sus familiares, los gastos efectuados, los compromisos que se deberán adquirir con motivo del acontecimiento imprevisto, etc; concibiendose la libertad provisional como protección para el delincuente y no como un derecho que a la vez constituya una garantía para el que resiente el daño privado, tornándose la ley en parcial, como consecuencia lógica, injusta, pues aún cuando el daño llegara a ser reparado, cuestión bastante difícil por no decir imposible, éste será hasta que se haya dictado sentencia, y que con motivo del escaso poder adquisitivo del dinero, ya no será reparatorio ni satisfactorio.

19.- XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. Derechos del Pueblo Mexicano, México A través de sus Constituciones IV, ob. cit. -- pág. 202.

20.- García Ramírez, Sergio. ob. cit. pág. 10.

21.- cfr. ob. cit. pág. 258.

Por otra parte, no habrá que confundir la caución que se otorga para garantizar la libertad provisional, con la que se presenta para garantizar la reparación del daño y que generalmente se exhibe cuando se desea gozar de los beneficios de ley, como por ejemplo la sustitución y conmutación de la sanción, la libertad preparatoria, la condena condicional, la amnistía, el indulto y la remisión parcial de la pena. La primera de las mencionadas garantías, que es a la que se refiere la constitución, es la que presenta el presunto responsable para garantizar su libertad personal, y por tanto no puede tener otra finalidad ni aplicación diversa, que la de asegurar su comparecencia ante la autoridad judicial y que no intentará sustraerse a la acción de la justicia; por tanto, en el momento en que se presente voluntariamente ante el juez de la causa a cumplir con su condena, sea presentado por su fiador, le sea revocada su libertad y consecuentemente la garantía le sea cancelada, o bien si es dinero en efectivo, le sea devuelto el exhibido, ya no habrá de donde hacer pago a fin de reparar el daño.

En nuestro derecho, dada su conformación, es imposible aprovechar -- la fianza para reparar el daño y, más aún, si el propósito o la finalidad fue la de obtener la libertad provisional mediante ésta; pues si suponemos que una persona se encuentra bajo caución, otorgada ante el Ministerio Público²² ante el Juez Instructor, y se evade, la garantía se hace efectiva y la pierde el otorgante, pero no podrá ser destinada a la reparación del daño, pues la averiguación previa

22.- Con el mismo espíritu que anima el contenido del artículo 20 -- Constitucional, fracción I; el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 271, establece la posibilidad de obtener la libertad bajo caución cuando se cometen delitos con motivo del tránsito de vehículos, mediante billete de depósito que se exhiba ante el C. Agente del Ministerio Público.

o la causarse suspende, y la reparación del daño es producto de una sentencia que así lo condene, o de la consignación de una averiguación previa que haya culminado en sentencia condenatoria.

Ahora bien, la siguiente fracción en estudio, la décima, fundamentalmente prohíbe que la prisión, ya sea preventiva o en ejecución de sentencia, sea prolongada por prestaciones en dinero, haciendo notar, que las mociones que se hacen en el precepto constitucional, son sólo ejemplos propuestos frente a la regla general de no prolongar la prisión con motivo de alguna prestación en dinero, - tanto así, que la referencia a alguna causa análoga, resulta de tal manera amplia en su significado que "hasta la multa que como pena pública es imponible, queda comprendida dentro de él"²³. Y por lo tanto, la hoy derogada sustitución de la multa por días de prisión resultaba anticonstitucional, toda vez que se prolongaba la prisión -- con motivo de una prestación en dinero, como lo es la multa; la disposición a la que se hace referencia se encontraba contenida en el artículo 29 párrafo final; actualmente la multa, se sustituye por -- trabajo en favor de la comunidad.

Por último, el artículo 22 Constitucional, será objeto de nuestro análisis, por cuanto a que:

"... No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito. . . ."

Es de hacer mención especial del contenido de este artículo, que según el Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916, fué el 23.- Pérez Palau, Rafael. ob. cit. pág. 320.

único que mereció la atención del legislador, en cuanto a la preocupación de éste por el restablecimiento del orden perdido con motivo de la comisión de un delito, en especial el ocasionado a la víctima, que ve su patrimonio -pecuniario y/o moral- afectado, en la mayoría de los casos sin haber motivo alguno, razón más que suficiente para que no tenga por que soportar el daño, y como consecuencia nazca su derecho para que le sea reparado integralmente. El Dictámen que fue presentado, en su parte conducente a la letra dice:

"Dictámen . . . En el segundo párrafo del artículo, se explica que no debe considerarse como confiscación de bienes la aplicación parcial o total de los de una persona, que se haga para satisfacer la responsabilidad civil consiguiente a la comisión de un delito. Es indispensable para la existencia de una sociedad, que se mantengan las condiciones necesarias para la vida completa de los agregados que la forman; de manera que cuando se altera una de esas condiciones, lo primero que debe exigirse del culpable es que reponga las cosas a su estado primitivo, que cuando sea posible es decir, debe ser obligado a la restitución, la reparación y la indemnización. Si para conseguir estos fines es necesario privar al culpable de la mayor parte de sus bienes, no por eso la justicia debe detenerse en su tarea de restablecer el derecho violado."²⁴

Se trata pues en este numeral, de la más relevante y típica consecuencia del delito; la pena, que para su imposición, es necesario - que se observen las disposiciones contenidas en el artículo 14 Constitucional, es decir, previo juicio, en el que se observen las formalidades del procedimiento, ante los tribunales previamente establecidos y aplicándose las leyes expedidas con anterioridad.

No obstante, la pena se ha tornado cada vez "más humanitaria en con

24.- XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. Derechos del Pueblo Mexicano. México A través de sus Constituciones IV, ob. cit. -- pág. 337.

tra del castigo cruel, alcanzándose la sanción redentora, civilizadora y readaptadora"²⁵, consecuentemente se ha dirigido todas las atenciones, preocupaciones, y prerrogativas en favor del reo, olvidándose por completo que la pena esencialmente está llamada a satisfacer dos fines en relación a la sociedad; uno, de retribución, para que el orden quebrantado sea restablecido y, el segundo psicológico, de expiación y ejemplo a manera de conciliación entre la sociedad y el infractor. Y para que esa conciliación sea efectiva, será necesario preocuparnos por la víctima, la cual hasta la fecha se haya desprotegida y expuesta, para el caso de obtener sentencia favorable a sus intereses, a la insolencia del obligado y a el poco valor y variaciones de la moneda, que frente a las penas humanitarias y readaptadoras que se procuran por sobre los intereses del ofendido, constituyen una carga más a su ya dañada existencia y una razón importante para acrecentar los sentimientos de odio y venganza, pero sobre todo da lugar a la falta de credibilidad en nuestro sistema jurídico que sigue ocupado por "la ineluctabilidad del ser-prisionero, y del -como ser- del futuro liberado"²⁶.

De manera alguna, con lo expuesto se pretende formular una oposición a la readaptación del delincuente, sino que lo reprochable se constituye y nace del hecho mismo, que la autoridad ponga todos los recursos con que cuenta--tanto la judicial como la ejecutora-- en beneficio del sujeto activo, so pretexto de salvaguarda la sociedad cuando a los entes que la integran se le desamparan.

25.- García Ramírez, Sergio. ob. cit. pág. 21.

26.- idem.

CIVILES

Como se analizó, en los apartados correspondientes a el concepto de daño y a los antecedentes históricos, la naturaleza de la reparación del daño proveniente de hechos ilícitos es eminentemente civil y, en la actualidad, por diversas circunstancias cuando configuran delitos, constituye pena pública -cuando se refiere al sujeto activo del delito- y, responsabilidad civil -cuando es exigible a terceras personas-.

Asimismo, se estableció la importancia del estudio de la responsabilidad civil, por cuanto a que, no obstante la existencia o inexistencia de la responsabilidad penal, siempre habrá obligación de reparar el daño que se cause por la comisión de un hecho ilícito o por riesgo creado, por ejemplo: En el caso de que la acción penal -haya prescrito pero no la acción civil; cuando la conducta no traiga consecuencias penales pero sí civiles, por riesgo creado o promanación de culpa; cuando se extinga la acción penal por perdón del ofendido, pero no la obligación civil de reparar el daño; cuando se ha otorgado el indulto y la amnistía a quien el delincuente, quedando vigente la obligación de reparar el daño; los casos excluyentes de responsabilidad penal, consistentes en la imputabilidad, miedo grave, toror fundado, presunción de legítima defensa, culminan en -absolución penal pero obligan a la reparación del daño por vía civil, etc.

Ahora bien, tratándose de responsabilidad civil el Código Penal se concreta a señalar cuales son las personas obligadas a la reparación del daño causado, en consecuencia el fundamento legal lo encontramos contenido en el Código Civil, cuyos disposiciones procederemos a analizar.

En el Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo V, del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se encuentran reguladas las obligaciones en general y como una fuente de éstas, a los actos ilícitos.

Inicia las disposiciones relativas a los actos ilícitos, con el artículo 1910, que se refiere al hecho ilícito propio causado por persona capaz, reído por el principio romano "neque in laedere"²⁷ que establece una regla general, consistente en que todo acto nocivo causado sin derecho o todo acto que implique culpa aún la más ligera deberá ser reparado, en consecuencia, "obliga al autor de todo delito o cuasi-delito a reparar el mal, material o moral, que ha causado, consciente o inconscientemente; poco importa que el hecho dañoso esté o no reprimido por la ley penal, siempre que sea un hecho ilícito"²⁸.

Vemos pues, consagrada la teoría subjetiva de la responsabilidad, fundada en la noción de culpa, debiéndose entender por ésta, tanto cuando hay dolo, es decir intención de dañar, como cuando existe negligencia, descuido, falta de precaución o previsión.

En la segunda parte de este precepto, se contempla, lo que podríamos llamar, la exención o ausencia de responsabilidad, que se presenta cuando falta el vínculo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, pues "para que pueda determinarse la responsabilidad civil a cargo de un sujeto, es necesario que no sólo sea culpable del daño, sino además causante del mismo"²⁹ en con-

27.- Muñoz, Luis. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Obligaciones y Contratos. Editorial Moncloa. México 1971. pág. 82.

28.- Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1959. pág. 409.

29.- Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto. Obligaciones. Volumen II. Editorial Antigua Librería Nobredo - de José Ferrúa e Hijos, Suc. 2a. edición. México 1960. pág. 415.

secuencia, cuando la causa del daño se encuentra en un hecho de la víctima misma, deberá absolverse al demandado, el cual en realidad para su absolción no se prevale del hecho de la víctima, sino en la ausencia de causalidad.

El jurista Rajina Villegas³⁰, considera que cuando la única causa del daño es la víctima misma, no debe haber responsabilidad civil, ni aún cuando haya culpa o negligencia excusable, pues hay ausencia de causalidad del daño; por su parte, Borja Soriano³¹ considera, que la hipótesis que trata el artículo en estudio, requiere de una culpa o negligencia inexcusable de la víctima, y si el hecho ilícito ocurre por culpa o negligencia excusable de la víctima, nos encontraremos frente a una concurrencia o dualidad de culpas que desde luego originarían responsabilidad, pero limitada o reducida en la medida que se pueda imputar el hecho a la víctima y, previa la determinación de la causa eficiente del daño.

Otro caso de responsabilidad por hecho ilícito propio, es el previsto por el artículo 1911, que se refiere a la responsabilidad del incapaz, cuyo fundamento García Téllez lo expresa de la siguiente manera: "La comisión estableció que el que causa un daño, aún cuando se trate de incapaces o irresponsables, debe repararlo, pues no es justo que él sufra las consecuencias del acto de otro, solamente por que éste al obrar no incurrió en responsabilidad por falta de discernimiento"³². En efecto, no obstante que nuestro derecho se encuentra fundado, en esta materia, en la teoría

30.- *cf.* ob. cit. pág. 322.

31.- *cf.* ob. cit. pág. 410.

32.- García Téllez. citado por Borja Soriano, Manuel. ob. cit. pág. 411.

de culpa se elimina el elemento relativo a la imputabilidad, a fin de no reducir a la miseria a la víctima tan sólo por que el causante del daño no supo lo que hacía, no obstante que esta posibilidad de reparar el daño.

Asimismo, el numeral en cita, se refiere a la responsabilidad por el hecho ilícito ajeno o de otro, en que el autor material no responde por sí, sino que la ley desplaza su responsabilidad hacia otra persona; al respecto el maestro Hojina Villegas³³ considera que se establecen dos tipos de presunciones *juris tantum* de culpa, una in vigilando y otra in eligendo. Por ocuparse de los hechos ilícitos ajenos o de otro se encuentra relacionado con los artículos 1919, 1920, 1921, 1922, 1923, 1924 y 1925, mismos que procederemos a analizar:

Los artículos 1919 y 1921, establecen el supuesto jurídico de la responsabilidad de los que ejercen la patria potestad y de los tutores, que reposa sobre el deber, de los que tienen bajo su guarda y custodia a un menor o incapacitado, de vigilar cuidar y educar correctamente.

Pero esta responsabilidad cesa, en los términos del artículo 1920, cuando la vigilancia y cuidado no se puede llevar acabo, debido a que el menor o incapacitado se encuentra bajo una autoridad diversa, la cual asuma su vigilancia, desplazándose entonces la responsabilidad por hecho ilícito hacia la persona que ejerza el control desapareciendo en consecuencia la presunción *juris tantum* de culpa, ante el hecho evidente de no encontrarse bajo el cuidado del obligado primario cuando sucedió el hecho dañoso.

33.- cfr. ob. cit. pág. 355.

La responsabilidad de los maestros artesanos, - patronos, dueños de establecimientos, jefes de casa, dueños de hoteles o casa de huéspedes por los hechos de sus operarios, obreros, - dependientes o sirvientes, se encuentra contemplada en los artículos 1923, 1924 y 1925. El maestro Borja Soriano ³⁴ considera que no sólo se contempla la culpa cometida en la elección del personal, al no saberlos elegir o escoger con la debida atención y cuidado, sino además la falta de vigilancia y, asimismo hace resaltar el hecho de que cuando se trata de perjuicios causados por los sirvientes, no se concede el derecho de probar que no se ha obrado con culpa, es decir se "establece una presunción absoluta de culpa, que nos hace encontrarnos en la teoría de la responsabilidad objetiva"³⁵.

Una vez que el daño se ha causado, la reparación puede ser exigible directamente al autor del hecho, siendo este el principio rector establecido en los artículos 1910 y 1928, b - bien puede exigirse a los patronos, maestros, dueños o jefes de casa, según la doble vía establecida en el artículo 1927, éstos últimos a su vez podrán repetir en contra de su personal, con el único fundamento de haber cometido un hecho ilícito.

Existen por causas más de responsabilidad por hecho ilícito propio, contemplados en los artículos 1918 y 1928, relativos a las personas morales y al estado.

En cuanto a las personas morales, la ley consagra el principio de responsabilidad civil por sus hechos ilícitos, y al respecto puede concluirse "las personas morales son, desde el punto de vista civil, responsables de sus actos culpables y dañosos. Sus órganos, -

34.- *op. cit.* pág. 418.

35.- Rojina Villegas, Rafael. *op. cit.* pág. 356.

que han querido y ejecutado estos actos, no son responsables en su calidad de órganos³⁶, es decir, las personas como miembros del grupo son las que al hacer cometer el hecho a la persona moral, cometen la falta y son ellas individualmente las responsables.

Por su parte el estado, por ser persona moral, también responde por los hechos ilícitos de sus representantes y, en ese sentido Mazeaud expresa "el agente de la administración es el órgano de la persona moral pública. Ahora bien, toda persona moral debe responder de los actos de sus órganos por que son sus propios actos, como toda persona física responde del movimiento de sus manos"³⁷.

Algunos autores, entre ellos Gutiérrez y González³⁸ así como Manuel Borja Soriano³⁹, incluyen este apartado, en el correspondiente a la responsabilidad por hecho ilícito propio; por otra parte Rojina Villagas⁴⁰ y Luis Muñoz⁴¹ entre otros, lo incluyen en el apartado correspondiente a la responsabilidad por hecho ilícito ajeno o de otro, encontrándose una contradicción aparente respecto al obligado principal; en nuestro concepto dicha diversidad de ubicaciones del supuesto jurídico se debe, a que como el funcionario también responde de sus faltas personales, la responsabilidad del estado es subsidiaria y se hace valer por exclusión, encontrándonos entonces con una acumulación de responsabilidades, que de ningún modo implicará un cúmulo de reparaciones, pues reparado el daño por uno de los obligados, queda relevado el otro; no debiéndose confundir con la do

36.- Mazeaud. citado por Borja Soriano, Manuel. ob. cit. pág. 413.

37.- ídem.

38.- cfr. ob. cit. pág. 620.

39.- cfr. ob. cit. pág. 411.

40.- cfr. ob. cit. pág. 356.

41.- cfr. ob. cit. pág. 122.

ble vía que establece y concede el artículo 1926, sino en el caso de que el funcionario no tenga bienes o teniendolos resultan insuficientes, se procederá por exclusión a enderezar la demanda en contra del Estado.

Como el lógico y natural existen casos de exoneración e ausencia de responsabilidad civil, enfrentandonos a diversas tendencias en cuanto a su integración. Gutiérrez y González⁴² incluye en los casos de irresponsabilidad a la prescripción, lo que resulta inexacto, pues si existió responsabilidad pero se encuentra extinguida la acción para reclamarla; asimismo incluye la irresponsabilidad del incapaz y la del Estado, lo que tampoco es atinado, pues simplemente se desplaza la obligación hacia otra persona. Berja Sorá ne sostiene, que una causa de ausencia de responsabilidad se presenta "cuando el autor del hecho perjudicial a usada de un derecho al realizar el hecho en cuestión"⁴³, teniendo como característica que el derecho ejercitado tenga un fin benéfico y no se tenga intención de causar daño, de no ser así estaremos frente al abuso de los derechos. Por su parte el maestro Rojina Villegas⁴⁴, refiriendose a las causas que exoneran de responsabilidad, de acuerdo con los principios que informan la teoría de la culpa, incluye el hecho de tercero, lo que consideramos que propiamente sería caso fortuito; Luis Muñoz⁴⁵, incluye en las causas de exoneración o de irresponsabilidad, al Estado

42.- cfr. ob. cit. págs. 499, 510 y 524.

43.- ob. cit. pág. 410.

44.- cfr. ob. cit. pág. 420.

45.- cfr. ob. cit. pág. 124.

necesidad y a la legítima defensa.

De lo que si existe un consenso general, entre los autores citados, es de que las causas de exoneración o ausencia de responsabilidad se presentan en caso fortuito, fuerza mayor y cuando existe culpa o negligencia inexcusable de la víctima; casos que se encuentran contemplados en la ley, por lo que se refiere a los primeramente mencionados, en los artículos 1914, 1922 y 1929 y, los segundos en los artículos 1910, 1913 y 1929.

En cuanto, al caso fortuito y la fuerza mayor, en el caso específico del artículo 1914, cuando los daños se producen con ausencia de responsabilidad subjetiva y objetiva, sino sólo por accidente, queda comprendido entonces en el caso fortuito o fuerza mayor; igualmente, el supuesto jurídico al que se refiere el artículo 1922, al mencionar la inevitabilidad del hecho, lógicamente estamos hablando de caso fortuito o de fuerza mayor, pues en ambos es elemento constante la inevitabilidad del hecho y como variable la previsibilidad, es decir, en el caso fortuito se trata de un hecho realizado por el hombre, que siendo previsible es inevitable y, la fuerza mayor, es un hecho de la naturaleza que siendo imprevisible resulta inevitable.

Los artículos 1929, 1930, 1931, 1932 y 1933 se ocupan de regular los daños originados por los animales o cosas de las que se es propietario y, que los maestros Borja Soriano y Gutiérrez y González han dado en llamar "responsabilidad por el hecho de las cosas"⁴⁶, denominación que nos parece poco acertada en virtud de que en el apartado correspondiente a los hechos ilícitos y los -
46.- obs. cita. págs. 417 y 623.

delitos, se dejó establecido que sólo la naturaleza y el hombre generan o causan hechos jurídicos en estricto sentido, luego entonces las cosas sólo causan daños por sí mismas o por el estado en que se encienden y, siendo así, lo correcto será llamar a este apartado como el relativo a "la responsabilidad por los daños causados por animales o cosas" o "la responsabilidad por el dominio de las cosas" como lo hacen algunos autores. Aparentemente este apartado podría quedar comprendido en la responsabilidad objetiva o por riesgo creado, que por separado analizaremos, pero que en virtud de carecer del elemento cosa peligrosa y de encontrarse presente en elemento culpa, quedan excluidos de dicho rubro, sólo en algunos casos a los que se hará alusión, podrá encontrarse esa dualidad de supuestos.

Por lo que se refiere al artículo 1929, que se ocupa de los daños causados por animales, establece una presunción de culpa *juris tantum*, a través de una aplicación lógica y natural de la teoría de la culpa, al suponer que el dueño no puso la diligencia debida para guardar y vigilar al animal, esta culpa cesará ante la demostración, por parte del dueño, de los elementos señalados al abordar el tema de los casos de exoneración de la responsabilidad civil, teniendo mención especial, en el artículo 1931, el hecho de tercero.

La responsabilidad de los propietarios de bienes inmuebles, ante su pasividad para prever daños que se pudieran ocasionar al tener en ruinas la finca, se encuentra en el artículo 1931; en donde nuevamente encontramos la aplicación exacta de la teoría de la culpa, al no

tomarse, por parte del demandado, las medidas necesarias y convenientes al momento de la construcción o para su conservación, refiriéndose al primero de los casos a la culpa "in eligende" por vicios y, al segundo a la culpa "in vigilande" por falta de reparación; aún cuando dicho precepto se refiere expresamente a los edificios, el maestro Refina Villegas,⁴⁷ considera que puede aplicarse también a los daños causados por las cosas muebles.

Por otra parte Manresa⁴⁸, al ocuparse del problema de la carga de la prueba, que se plantea al momento de establecer si el propietario debe probar el caso fortuito o la diligencia debida, e bien el actor es el que debe probar los defectos de construcción o bien la falta de diligencia, en virtud de existir una presunción "juris tantum" en contra del propietario; estima que ante el silencio de la ley, deberá estarse a la regla general respecto de la prueba, es decir, el actor deberá probar los extremos constitutivos de su acción acreditando el daño y las causas del mismo y, el reo sus excepciones ante su falta de culpa, pues dicha negación implica una afirmación, e sea que no hubo falta de reparaciones por que se hicieron oportunamente, o bien que debido al buen estado de conservación no fueron necesarias, no debiéndose considerar como excepción la falta de noticias o la ignorancia respecto al estado de la finca.

La excepción a la que nos referíamos, en cuanto a la responsabilidad por los daños ocasionados por las cosas en algunos casos se encuentra ubicada también dentro de la responsabilidad

47.- cfr. ob. cit. pág. 357.

48.- cfr. Manresa citado por Manuel Borja Soriano, ob. cit. pág. -- 418.

objetiva, es la que se encuentra contenida en el artículo 1932 en sus fracciones I, II y VI, supuestos en los que se aplica la teoría objetiva de la responsabilidad, es decir hay obligación de reparar el daño por el simple hecho de usar una cosa peligrosa aun cuando no obre lícitamente, y específicamente en la fracción VI en su primera parte se contempla la teoría objetiva y en la segunda la subjetiva de la responsabilidad.

Al igual que en el artículo 1933, se establece una presunción absoluta de culpa que sólo pueda ser destruida mediante la comprobación de parte del demandado, de que los daños se ocasionaron por fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero, excluyéndose el caso fortuito, pues el legislador considera al propietario culpable en los casos específicamente señalados en dicho artículo, al agregar al final la siguiente frase:

" . . . o por cualquier causa que sin derecho origine daño".

Corresponde ahora hacer un análisis, complementario, del artículo 1913, el cual ya fue abordado ampliamente en la parte relativa a el concepto de daño.

Este precepto elimina totalmente la noción de culpa, tiene como base o punto de partida el uso lícito de cosa peligrosa, obligando al que se sirve de ella a reparar el daño y, al referirse en términos generales a quien haga uso de ella, encuadra a los propietarios, a el usufructuario, a el arrendatario y al usuario en general. Como elementos encontramos: el uso de cosa peligrosa, la existencia de un daño y una relación de causalidad; y como fundamentos, tiene según la doctrina de Demogue, uno económico y otro social. El económi

mice en el sentido de que conforme al principio de que "Las ganancias y las pérdidas deben corresponderse"⁴⁹, el que causa un daño - generalmente obtiene un lucro por la actividad desarrollada, en cambio la víctima no obtiene ninguna utilidad de aquella actividad peligrosa, así mismo la cosa peligrosa tiene la característica de ser costosa, luego entonces el que la emplea tiene una situación afortunada y puede más fácilmente asumir una pérdida, la cual al repararse de forma equitativa denota justicia, o sea que resulta equitativo aplicar al que causa el daño, la pérdida, que al que lo sufre. El social, al obligar al que hace uso de cosas peligrosas, a que se asegure en contra de las consecuencias de su responsabilidad, evitando accidentes, lo cual logra al estar en contacto continuamente de la cosa, previendo oportunamente accidentes.

Ahora bien, el maestro Gutiérrez y González⁵⁰, critica la inclusión de este precepto en el capítulo de los hechos ilícitos, pues este tipo de responsabilidad se genera sin culpa, - hay responsabilidad por el daño causado aunque se obra lícitamente, por lo tanto la persona perjudicada por la utilización de un objeto peligroso en sí mismo, puede exigir la indemnización correspondiente con total independencia de algún proceso penal que pueda iniciarse y la sentencia que se llegara a pronunciarse, pues su derecho se basa sólo en el hecho perjudicial, sin tener en cuenta concepto alguno de culpa.

En cuanto a la indemnización del daño, el artículo 1915, se refiere a la reparación y al resarcimiento, es decir a volver las cosas al estado que se encontraban o bien al pago de los daños y perjuicios a elección del ofendido; esta adición al nu-

49.- Demogue citado por Manuel Borja Soriano. ob. cit. pág. 441.
50.- *id.* ob. cit. pág. 540.

meral en estudio es considerada como no acorde con lo que el legislador previó, pues en concepto de Gutierrez y González⁵¹, lo que el legislador quiso al establecer esta norma, era poner a la víctima en la posición más parecida a la que tenía antes de sufrir las consecuencias dañosas; a mayor abundamiento, el artículo 1915 antes de su adición se encontraba plenamente identificado con la Teoría de Rosael, que afirmaba, "las indemnizaciones de daños y perjuicios, ya lo hemos indicado, no consistirá necesariamente en dinero: podrán afectar las formas más diversas, pudiendo el autor del acto ser condenado a restablecer los bienes al estado anterior. . . ."⁵²; asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de diversas ejecutorias han señalado que primeramente debe procurarse la reparación del daño y cuando no sea posible se procederá al resarcimiento.

Por su parte, Rosina Villegas⁵³, en cuanto a la indemnización hace la siguiente observación: cuando los daños se causen a las cosas o a las personas por hecho ilícitos la indemnización debe ser total, pero cuando se cause daño a las personas tratándose de responsabilidad objetiva deberán tomarse porcentajes en virtud de que se parte de la licitud del hecho y la ausencia de culpa o dolo y así, se cubrirá el 75% si el objeto peligroso solo es para uso de su propietario, 50% cuando se obtenga un beneficio social y, 25% por riesgos profesionales.

Por último, corresponde el análisis al daño moral consagrado en el artículo 1916, que empieza definiendo de que -

51.- cfr. ob. cit. pág. 626.

52.- Rosael citado por Manuel Borja Soriaño. ob. cit. pág. 413.

53.- cfr. ob. cit. pág. 328.

es daño moral y posteriormente señalando los supuestos en los que se procede su pago, teniendo las siguientes características: es independiente y autónomo al daño material, y deja de ser potestativo para el juez acordar su indemnización, lo cual no sucede en varias legislaciones como es el caso de la del Estado de México en la que si que sucedido el daño moral al material y sujeto a una tercera parte del monto de éste; la indemnización por el daño moral se concede en todo tipo de responsabilidad civil, ya sea que provenga de el incumplimiento de un contrato, por hecho ilícitos y por riesgo creado y siendo procedente también su pago para el caso de la responsabilidad civil del estado.

PENALES

El Código Penal Vigente para el Distrito Federal en su Título Segundo, Capítulo I, artículo 24, enumera en un catelego general las penas y las medidas de seguridad, sin señalar concretamente en sus 18 incisos, diferenciación entre unas y otras, no las clasifica e incluso las llega a confundir⁵⁴; al respecto Rocce delinea la naturaleza de cada una de ellas, de la siguiente forma:

"Penas. . . Medios de represión. Defensa contra el peligro de nuevos delitos, sea de parte del delincuente, sea de parte de la víctima, sea de la colectividad. . . Ejemplaridad y funcionamiento que satisface por que impide la venganza y las represalias. Medidas de Seguridad: . . . Accesorias y substitutivas de las penas e alternadas con ellas. Constituyen una defensa contra el peligro de nuevos delitos por parte del delincuente. Prevención especial por medio de la eliminación o de la corrección. Son únicamente medidas preventivas de lucha en contra del delito. . . con las características de indeterminación, discreción y revocabilidad".⁵⁵

Específicamente, la sanción pecuniaria, tiene una doble característica, es medida represiva y preventiva con la naturaleza de pena o medida patrimonial y en concepto de Francisco González de la Vega, consiste en: "Una disminución del patrimonio del sentenciado por el pago de una suma de dinero en beneficio del Estado (multa) o de los ofendidos (reparación del daño)"⁵⁶, definición que compartimos sólo por cuanto a la consecuencia lógica y natural -

54.- Carrancé y Trujillo, Raúl y Carrancé y Hivas, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. 12a. edición. México 1970. pág. 143.

55.- González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. 2a. edición. México 1970. pág. 106.

56.- *ib. cit.* pág. 111.

de la disminución de los bienes patrimoniales del reo, pero no así, por lo que se refiere a la disyuntiva que se plantea en el pago, --- pues éste se debe hacer a ambas entidades, las cuales sólo se excluyen en casos excepcionales, por ejemplo cuando se presenta la insol--- vencia del sentenciado siendo preferente el crédito del ofendido, --- por lo que la anterior definición nos parece más apropiada para la multa y no en términos generales para la sanción pecuniaria.

El tratamiento concreto de la sanción pecuniaria se encuentra ubicado en el artículo 29 del Código Penal y establece que ésta comprende a la multa y a la reparación del daño. La multa y la prisión "constituyen los polos sobre los que gira el sistema penal mexicano"⁵⁷, consiste, la multa, en la disminución del patrimonio del sentenciado, en virtud del pago de una suma de dinero al Estado con carácter de pena y, según Rene González de la Vega, presenta las siguientes características: "Es instructiva, ejemplar, causa aflicción, no es degradante ni inhumana"⁵⁸. En los casos en que el reo no pueda pagar la multa, se le substituye por trabajo en favor de la comunidad, dejando atrás la substitución que se preveía en la ley, la que consistía en que cuando no se pudiera pagar la multa se podían aplicar hasta cuatro meses de cárcel. Respecto a esta conversión, Ceniceros y Garrido escriben, justificando esta medida, que es incongruente pero necesaria, "casi diríamos dolorosamente necesaria"⁵⁹, - por fines prácticos, en cumplimiento de las penas, que no obstante - ha sido sostenida por la mayor parte de las legislaciones, como la U

57.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. ob. cit. --- pág. 158.

58.- González de la Vega, Rene. Comentarios al Código Penal. Editorial Cárdenas. México 1981. pág. 57.

59.- Ceniceros y Garrido citados por Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. ob. cit. pág. 160.

Paraguay, la Argentina, la Suiza, la Peruana y varias más. Otras legislaciones sólo imponen la prisión sustitutoria cuando la insolvencia del sentenciado le es imputable intencional o dolosamente, que desde luego nos parece justo, pero de difícil realización por la complejidad en su comprobación.

Por otra parte, en cuanto a la reparación del daño no presenta como pena las siguientes características: Es una pena pública, se exige de oficio, admite la coadyuvancia del ofendido, no es objeto de transacción o convenio, es preferente, mancomunada y solidaria, subsistente y admite el procedimiento económico coactivo; características que se derivan del contenido de los artículos 34, 33, 35, 36 y 37 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, mismas que procederemos analizar.

Es una pena pública, por las razones y motivos que ya se han dejado anotados en el capítulo correspondiente a los antecedentes históricos, y que en esencia se reducen al fin de eliminar el desamparo y abandono del pasivo del delito y al escaso éxito de la víctima en la exigencia reparadora, lo cual redundará en una falta de interés para hacer del conocimiento de la autoridad los hechos delictuosos, que sólo le producen al ofendido más molestias de las ocasionadas con motivo del evento delictuoso, y alimenta los deseos de venganza hacia el delincuente, al que se ve como un triunfador, que no obstante que se le ha comprobado la comisión delictuosa, no puede condenarse a la reparación del daño por no haberse acreditado su monto o cuantía, dejándose de restituir los derechos violados; en consecuencia se consi

dera la reparación del daño no sólo como una pena pública, sino además como una cuestión de orden e interés público, "convirtiéndose en un objeto accesorio de la acción penal"⁶⁰, al respecto Ferri escribe; "si el delito ha ocasionado un daño material o moral, este debe ser resarcido, considerando el resarcimiento del daño ex delicto como una relación de derecho público y no sólo de derecho privado como el daño ex contractu"⁶¹.

Se exige de oficio, por que "cae bajo la pretensión punitiva estatal con exclusión de la víctima"⁶², como se apreciara más adelante, por considerarse como una voluntad ajena a la procedencia de la reparación del daño, no importando inclusive si el delito es perseguible por querrela, pues una vez formulada esta es deber del Ministerio Público, tanto en este caso de la querrela como en todos los casos, ofrecer las pruebas conducentes para acreditar en el curso del procedimiento su existencia y monto, haciéndose exigible en el momento en que el Ministerio Público precisa su acusación y solicita la aplicación de las sanciones, es decir en el momento en que formula conclusiones. El pago de la reparación del daño resulta improcedente: sólo se haya producido un delito de simple peligro, como por ejemplo en el supuesto del disparo de arma de fuego y en las tentativas; cuando el daño ya haya sido reparado; y, cuando no se ha ya aportado en la secuela del procedimiento los elementos necesarios para su evaluación, caso que cada vez es más común en nuestro tribunales por la negligencia del Ministerio Público, o por exceso de tra-

60.- Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Krates, 9a. edición. México 1964, pág. 29.

61.- Ferri citado por González de la Vega, Francisco. ob. cit. pág. 412

62.- García Ramírez, Sergio. ob. cit. pág. 49.

baje, lo cual de ningún modo justifica esta actitud irresponsable - que produce la violación de los derechos del ofendido, que a través de diversas disposiciones se han tratado de salvaguardar, sin resultados positivos, incluso el día 10 de Febrero de 1987, se emitió una circular por parte del Procurador de Justicia del Distrito Federal, fundada en el contenido del artículo 35 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la que se imponía la obligación del Agente del Ministerio Público de solicitar, al ejercer la acción penal, en el pliego consignatorio correspondiente el embargo precautorio de bienes del inculcado a fin de garantizar la reparación del daño; disposición que ha quedado en entredicho pues no se ha observado ni puesto en practica.

Admite la coadyuvancia del ofendido; "no obstante que el ofendido - no es parte en el procedimiento penal, ni aún para demandar el pago de la reparación del daño"⁶³, y que es obligación del Ministerio Público aportar los elementos que permitan la apreciación de la existencia del daño y su valoración, se concede a la víctima el derecho de coadyuvar con el Ministerio Público, por lo tanto podrá, en los términos de la ley adjetiva local, poner a disposición del Ministerio Público y del Juez de la causa los elementos que estime convenientes para acreditar la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño, comparecer a las audiencias y alegar lo que a su derecho convenga, apelar las resoluciones judiciales que se refieran a la reparación del daño, solicitar se le restituya en el goce de sus derechos violados, solicitar el embargo precautorio e in-

terponer el juicio de amparo, siempre que se trata de actos que emanen del incidente de reparación del daño o de los surgidos del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación, no pudiendo interponer juicio de garantías en contra de la sentencia de segunda instancia que absuelva al acusado.

No obstante, en el procedimiento federal, estas facultades del ofendido se ven mergadas dados los términos en que se encuentra redactado el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual faculta al Ministerio Público para aportar los elementos que le sean ministrados por la víctima del delito o bien para abstenerse de presentarles, bajo el simple argumento de "no estimarlo pertinente". Así mismo en materia federal es obligación del pasivo del delito de acreditar la calidad de coadyuvante del Ministerio Público para poder intervenir en el procedimiento, no así en el fuero común, en donde por simple practica viciosa se considera que no se podrá intervenir en el proceso y no se tendrá el carácter de ofendido sino hasta que se coadyuve con la representación social, por lo que si el Ministerio Público no da su visto bueno para tal intervención, tampoco se podrá promover el incidente correspondiente a la reparación del daño exigible a tercio a persona, contraviniendo el texto de nuestra ley penal sustantiva.

Es una obligación de doble carácter, es decir, dependiendo de la entidad obligada a la reparación del daño se determina su naturaleza,

siendo pena pública cuando el obligado a la reparación es el delincuente y obligación civil cuando el obligado es una tercera persona, pudiendo en este último caso exigir la reparación en la vía penal a través del incidente respectivo o bien posteriormente ante los tribunales civiles, cuando no se haya ejercitado la acción reparadora dentro de la fase de instrucción del procedimiento penal.

Sin embargo, es conveniente resaltar el hecho de que el Código Penal para el Estado de México determina que la sentencia que condena al reo a la reparación del daño constituye título ejecutivo para que el ofendido lo haga valer mediante el ejercicio de la acción civil correspondiente, alejándose entonces la pretensión punitiva estatal y retomando su naturaleza civil la obligación de resarcimiento.

No es objeto de transacción o de convenio, no es renunciable ni comensible, dicha prohibición obedece, según Francisco González de la Vega,⁶⁴ a que el monto de los daños es fijado por los jueces de acuerdo a los datos que se hayan en el procedimiento y atendiendo las posibilidades económicas del obligado a pagarlos; por lo que en nuestro concepto, lo que no es posible transigir o convenir es su valoración en el procedimiento, pues la reparación del daño teniendo como objetivo la satisfacción de los derechos que han sido violados al ofendido, deja al arbitrio de éste el poder determinar la forma en que le será indemnizado el daño y, más aún el propio artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal -

64.- cfr. ob. cit. pág. 112.

concede al inculpado el derecho de solicitar su arraigo en la fase de averiguación previa, siempre que realice convenio con el ofendido respecto a la forma en que ha de reparar el daño; igualmente la Ley General de Vías de Comunicación en sus artículos 533 y 536 establece, que una vez que han llegado a un acuerdo las personas que se vean implicadas en colisiones con motivo del tránsito de vehículos en los caminos nacionales, sólo se dará cuenta al Ministerio Público Federal para su conocimiento, sin poner a disposición vehículos ni conductores.

Asimismo establecemos, que este derecho a la reparación del daño es renunciable, contrariamente a lo manifestado por Fernándo Arilla — Bas en el sentido de que "la acción reparadora, era, como cualquier otra acción civil, renunciable y compensable"⁶⁵, refiriéndose al Código Penal de 1871 en comparación con el de 1931, ya que la legislación penal vigente prevé la renuncia a la reparación del daño, en su artículo 35 y de la lectura del mismo se desprende que lo que sucede es que "el beneficiario no puede eximir al infractor de su cumplimiento: en todo caso, la reparación quedará en beneficio del Estado"⁶⁶, dicha renuncia deberá constar fehacientemente en autos mediante la correspondiente declaración o escrito ratificado judicialmente. "No requiere estar circunstancialmente fundado, bastando la explícita y categórica manifestación del caso"⁶⁷, es decir, no liberará al responsable del pago, toda vez que el ilícito penal no puede

65.- ob. cit. pág. 29.

66.- García Ramírez, Sergio. ob. cit. pág. 49.

67.- Carrancá y Rivas, Raúl y Carrancá y Trujillo, Raúl. ob. cit. - pág. 174.

de redundar en un beneficio económico para el autor, ingresando, — el importe de la reparación del daño al que se ha renunciado, al Es tado a título de aprovechamiento.

Es preferente el crédito por la reparación del daño y se encuentra por encima del propio Estado y de las deudas económicas contraídas con posterioridad al delito, con el fin de evitar que al ejecutarse la sentencia, el ofendido se encuentre con la insolvencia causada — dolosamente, mediante la simulación de deudas o bien se propoque la disipación del patrimonio en perjuicio del pasivo del delito. No — obstante conservan una mayor jerarquía y prevalencia, sobre la repa ración del daño, las deudas reales y personales contraídas con anté rioridad al delito, las deudas alimentarias, y las que provengan de relaciones laborales, constituyendo estas últimas el mejor pretexto que pueda oponer el obligado a la reparación, para evadir la obliga ción de soportar la reacción del ordenamiento jurídico, quedando en sólo buenas intenciones el contenido de los artículos 33 y 35 del — Código Penal Vigente para el Distrito Federal, que establecen la — prioridad de la reparación del daño. Ahora bien, si bien es cierto que el crédito del ofendido es preferente, también lo es que exis— tiendo una pluralidad de ofendidos, estos conservaran el mismo ran— fo, categoría o nivel en sus créditos, por lo que si no alcanza el activo para cubrirles a todos el importe de sus daños, se deberán — prorratear las cantidades disponibles entre todos ellos.

La reparación del daño es subsistente, aún cuando muera el delincuen— te, lo que de ningún modo conculca las garantías individuales con—

sagradas en el artículo 22 Constitucional, pues no constituye una - pena trascendental, sino que es producto de la afectación que sobre los bienes del delincuente hace el derecho del ofendido a que se le repare el daño; pudiendose presentar las siguientes hipótesis: Que el acusado fallezca en el curso del proceso, que fallezca el reo -- una vez que se haya dictado sentencia condenatoria y se encuentre - tramitando la apelación y, que fallezca el reo cumpliendo su senten- cia; en los dos primeros casos se extingue la acción penal y en el tercero se extingue el derecho de ejecución penal, no así para la - reparación del daño, pues constituye una deuda hereditaria que ya - ha gravado el haber del autor de la sucesión, asimismo volviendo al primero de los casos, Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas,⁶⁸ consi- deran que aún cuando no se hace pronunciamiento alguno sobre la re- paración del daño, queda expedita la vía civil para ejercitar la ac- ción que proceda, la que como veremos en el capítulo de la forma en que se debe de reparar el daño, no es otra sino la responsabilidad civil objetiva.

Igualmente, las causas que extinguen la responsabilidad penal, ta- les como amnistía, el perdón del ofendido, indulto, prescripción, - no extinguen la obligación de reparar el daño.

Los beneficios de sustitución y conmutación de las sanciones, liber- tad preparatoria, condena condicional e inclusive la remisión par- cial de la pena, requieren de que se garantice el pago de la repara- ción del daño, y en este caso sí podrán aplicarse el monto de las -

68.- cfr. ob. cit. pág. 271.

garantías para la reparación del daño en el caso de que el reo incumpla con alguna de las obligaciones impuestas o bien se sustraiga a la acción de la justicia.

Para el pago de la reparación del daño, el juez puede fijar plazos para que se efectue, plazo que no puede exceder de un año, y en cuanto a la multa, corresponde fijar los plazos a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación. Anteriormente el artículo 39 del Código Penal, concedía a ésta última autoridad, fijar el plazo para el pago de la reparación del daño y ahora sólo le compete decidir respecto de la multa, lo cual es más apogado a la ley, pues el juez de acuerdo con sus facultades — discretionales que le confieren los artículos 51 y 51 del Código Penal Vigente, puede incluso condenar al reo a que pague por concepto de reparación del daño una cantidad menor al monto del daño causado, pues debe tomar en cuenta las posibilidades del acusado, como producto de la individualización de las sanciones, a excepción de los delitos de perjuicio patrimonial, ya que en éstos necesariamente deberá condenarse a reparar exactamente por el monto obtenido, — y no menos pues constituiría una fuente de lucro para el delincuente.

En cuanto a las características, de la reparación del daño, de ser mancomunada y solidaria, ser exigible mediante el procedimiento económico coactivo, serán objeto de estudio en los siguientes capítulos relativos a los sujetos obligados a la re-

paración del daño y la forma en que se debe reparar.

Finalmente, nos referiremos al artículo 30 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, que determina en lo que consiste la reparación del daño:

En efecto, en el referido numeral se establece la manera en la que se deberá llevar a cabo la reparación del daño; que propiamente deberíamos llamar, la indemnización del daño, pues como se ha venido analizando el concepto indemnización tiene como significado: dejar sin daño, a través de la restitución o de la reparación o bien del resarcimiento, con el objeto o fin de que el ofendido disfrute nuevamente de la cosa perdida o del derecho violado en virtud de la comisión de un hecho delictuoso.

Como ya lo hemos manifestado en el capítulo relativo al concepto de daño, la reparación consiste en volver las cosas al estado que anteriormente tenían; la restitución consistirá en la devolución de la cosa obtenida con todos sus accesorios y derechos, procediendo en ambos casos el pago de los perjuicios; el resarcimiento consiste en el pago de los daños y perjuicios que se causen al lesionarse el patrimonio, como equivalente pecuniario al no ser posible las dos formas anteriores de indemnización. Dados los términos en los que se encuentra redactado el numeral que nos ocupa, deducimos que sólo para el caso de que no sea posible una de las formas, se dará la otra forma de indemnización.

Existen ocasiones en las que, antes de que se dicte sentencia, es posible que al ofendido le sean restituidos sus derechos, con funda

mento en los artículos 28 y 38 del Código de Procedimientos Penales, local y federal respectivamente, y que en concepto de el maestro — Francisco González de la Vega "impone a los jueces una actuación lo más rápida posible a favor de la víctima del delito, tanto en los casos de su propiedad o posesión, cuanto en el ejercicio de sus derechos atacados por el delito"⁶⁹.

La fracción II del referido artículo 30 de la Ley Penal Sustantiva, se ocupa de la indemnización del daño material y moral, así como de los perjuicios, disposición que se refiere seguramente al caso de que llevandose a cabo la restitución se hayan menzrado o deteriorado los bienes, dandose paso al resarcimiento del daño patrimonial económico o moral, interpretación que coincidiría con el maestro Raúl Carrancá y Trujillo⁷⁰, en el sentido de que se trata de repeticiones inútiles, pues en primer lugar se habla de restitución e bien de la indemnización del daño material y moral, caso en el que se comprenden asimismo a los perjuicios, por lo que no se deben establecer — por separado, pues la acepción general de indemnización en su especie resarcimiento comprende el pago del menoscabo sufrido y de las ganancias lícitas que pudieran haberse obtenido; por lo que creemos que esta fracción I, debería referirse únicamente a la restitución y la II, a la indemnización del daño material y moral, eliminando — la palabra perjuicio. Así mismo consideramos, que esta disposición de la ley sustantiva, que se comenta, se refiere a una clara reminencia del Código Penal de 1871, en el que con precisión se establece, en sus artículos 301, 302, 303 y 304, que la reparación del da-

69.- ob. cit. pág. 116.

70.- cfr. ob. cit. pág. 167.

Se comprende la restitución, la reparación y la indemnización, refiriéndose esta última al caso de que se haya provocado perjuicios, es decir se consideraba que había que reparar los daños e indemnizar los perjuicios. Por su parte René González de la Vega, considera la necesidad de que el artículo 30 sea reformado de la siguiente manera: "La reparación del daño comprende: I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; además los frutos existentes y todo aquello que se haya adquirido como consecuencia de la comisión delictuosa, lo que mediante avalúo pericial, se aplicará también al pago de la reparación del daño, y II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia e a la persona o personas que dependan económicamente de aquella."⁷¹

Proyecto con el que tampoco estamos de acuerdo, por que contiene los mismos vicios que el artículo 30 vigente, pues debería de referirse en primer en que consiste la indemnización del daño y posteriormente las formas en que se debe hacer, debiéndose tener en cuenta para el debido proyecto, que el genero es la indemnización y las especies, la restitución o el resarcimiento.

En cuanto a los daños morales, ya hemos manifestado en el Capítulo Primero, la complejidad que implica su valoración en oposición a los materiales que admiten el juicio de peritos, y que en ocasiones, no obstante, resultan irreparables por la falta de atención, negligencia, capacidad e interés del Representan

71.- ob. cit. pág. 59.

te Social, el que no obstante que se le ponen al alcance los elementos necesarios que den al juez luz, respecto de la existencia del daño y su monto, no los aporta por la complejidad que reviste su efrecimiento, preparación y desahogo en la secuela del juicio, estimando erroneamente, que el ofendido se conforma con llevar al acusado a juicio, con causarle el problema de verse fichado, el de que lo condenen a una pena corporal. No obstante deberán de establecerse ciertos lineamientos generales que permitieran tener una base de la cual apoyarse para la evaluación de estos daños, como por ejemplo, las tablas establecidas en la legislación laboral, que han sido adoptadas por la legislación civil, las cantidades que en base al salario mínimo se establecen en la Ley General de Vías de Comunicación para el caso de accidentes ocurridos en funcionamiento de servicios públicos de transporte de pasajeros, de carga, tanto terrestre como aéreo, así también se especifican los casos en que se cause daños a los bienes, todo lo cual resulta útil para la fijación de un mínimo, resultando incorrecto lo que la Comisión Redactora del Código Penal de 1931 consideró respecto de las tablas, y que consiste en que: "las tablas o tarifas son poco recomendables y muy pronto se vuelven anticuadas"⁷², pues ahora hemos visto que hasta la fecha gran cantidad de daños morales y pecuniarios no se indemnizan, resultando injusto que por falta de elementos que permitan su evaluación se absuelva de pago de la reparación del daño, aún cuando se acredite la existencia de éste pero no su monto, absolución -

72.- González de la Vega, Francisco, ob. cit. pág. 35.

que se reboza en la imposibilidad de apoyarse en una base ficticia para condenar a una persona, resultando violadas sus garantías individuales, las cuales en contrapartida también son válidas para el ofendido, que no dio causa al daño, que no lo esperaba, que no dio causa a él, ni se espera para su verificación y sobre todo, que no pudo evitar, resultando más equitativo y justo que haya sanción para el que causa daño, que se le comience a la indemnización, impidiendo que los injustos penales queden impunes .

El Código Penal para el Estado de México, establece que la reparación del daño procederá sólo en el caso de la verificación de daños intencionales, lo que consideramos incorrecto, por que siempre que se verifique un daño, intencional o culposo, debe repararse, dejándose abierta la posibilidad de que se pudiera tomar como atenuante el hecho de que no exista intención, pero no al grado de constituirse en excluyente de la sanción pecuniaria.

No obstante lo antes expresado, nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal, contempla diversos supuestos de reparación del daño moral y que se encuentran en los artículos 47, 48, 49 y 50, — que se refieren a la publicación especial de sentencia, aún cuando el maestro Francisco González de la Vega⁷³ y Raúl Carrancá y Trujillo⁷⁴ consideran que cuando la publicación especial de sentencia se encuentre a cargo del delincuente tendrá el carácter de pena accesoria y que cuando este a cargo del ofendido o del estado, no constituye una sanción y como consecuencia pierde su naturaleza penal.

73.- cfr. ob. cit. pág. 130.

74.- cfr. ob. cit. pág. 187.

V

..

QUIENES DEBEN REPARAR EL DAÑO

El Sujeto Activo del Delito

Terceros

QUIENES DEBEN REPARAR EL DAÑO

Dentro de este capítulo procederemos al análisis de las personas que se encuentran obligadas a reparar el daño, es decir a soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso y que se traduce en la obligación de volver las cosas al estado que anteriormente tenían y cuando no sea posible, al pago de un equivalente pecuniario, siendo además procedente en ambos casos el pago del daño moral que se haya verificado, con motivo de un hecho ilícito que constituya delito y, asimismo de las personas que se encuentran legitimadas para exigir esa reparación, lógicamente — cuando la víctima fallezca.

Aún cuando en los apartados de su natural acomodo ya hemos abordado algunos aspectos materia de este apartado, como en el caso de los fundamentos constitucionales, cuando nos referimos a la responsabilidad civil y a la penal; en los fundamentos civiles de la reparación del daño proveniente de riesgo creado o de la verificación de un hecho ilícito, no importando que constituyan o no delito; y, finalmente, en los fundamentos penales de la reparación del daño, cuando nos ocupamos de la sanción pecuniaria.

Iniciaremos con el sentenciado, con la naturaleza mancomunada y solidaria de la sanción pecuniaria, nos referiremos a los terceros obligados a la reparación del daño, a la luz del artículo 32 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, estableciendo comparaciones o diferencias entre las personas obligadas a reparar el daño por la comisión de hecho ilícitos en general y los ilícitos que constituyen delito, abordaremos —brevemente— de las en-

tidades que se encuentran obligadas a reparar el daño, aún cuando la propia legislación se refiere a ellas como "no responsables".

EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

El sentenciado se encuentra obligado a reparar el daño a virtud de la sentencia que así lo condena, con el carácter de pena pública, por las ultimencionadas razones que ya se han expuesto, y esta obligación de reparar el daño debe considerarse como una pena pública de carácter general y no de excepción, ya que el hecho de que la legislación penal sólo señale en cada uno de sus tipos la punibilidad y la multa aplicable no implica que no sea procedente la reparación del daño, pues se considera una tarea innecesaria enumerar en cada caso la sanción que en cada caso deba imponerse, por concepto de reparación del daño, resultando evidente que esta obligación surge en cada caso, en que con motivo de una infracción a la ley penal se ataca el patrimonio, recordando que se ha dejado establecido que el patrimonio se encuentra conformado por dos partes, una económica o pecuniaria y otra moral o no-económica; por lo tanto la reparación del daño deberá tener la misma amplitud del daño causado, el cual se determinará en cada caso, por los medios probatorios que la ley establece, definiéndose su existencia y la magnitud del causado.

Sin embargo, no debemos olvidar que debido a la individualización judicial de las penas, es probable que en algunas ocasiones, -pues sostenemos que excepcionalmente se hace efectiva la reparación del daño- la reparación del daño no coincide con el verdaderamente causado, por lo tanto debemos distinguir dos casos: Uno en el que se trata de delitos patrimoniales y en los cuales debe condenarse a la reparación del daño por una cantidad igual al --

del beneficio obtenido y, que para su mejor comprensión procederemos a transcribir una jurisprudencia aplicable al caso:

"La sanción de la reparación del daño, por la cantidad de \$30,000.00, cincuenta y nueve mil pesos, es legalmente correcta, pues ella es el equivalente de lo que el acusado aprovechó para sí sin tener derecho para ello. La reparación del daño no puede ser menor al causado tratándose de delitos de perjuicio patrimonial, pues lo contrario implicaría hacer del delito un negocio para el infractor de la Ley sustantiva penal, quien en ningún caso como el presente puede resultar beneficiado con aumento en su propio patrimonio. (S.C., t. LVII, pág. 1890).

El cual, debido a la referida aplicación de las facultades del juez contenidas en los artículos 51 y 52 en relación con el 31 de la legislación penal, el daño causado no lleva relación con el condenado a pagar, es decir resulta inferior, debido a que tratándose de delitos no patrimoniales, deberá tomarse en cuenta las posibilidades del sentenciado, igualmente para su análisis transcribimos una jurisprudencia aplicable al caso:

"Si para la condena a reparación del daño la autoridad responsable tomó en cuenta exclusivamente el que era preciso reparar, pero no la capacidad económica del obligado a hacer el pago, es de concluirse que su sentencia es violatoria de garantías." (S.C., 1ª Sala, 601/57).

Ahora bien, esta obligación de reparar el daño que se transforma en una deuda hacia el sujeto pasivo del delito, tiene el carácter de mancomunada y solidaria, en los términos del artículo 86 del Código Penal, cuando se refiere a los casos de co-responsabilidad delictuosa, en "donde el crédito se considerará dividido en tantas partes como deudores haya, y cada parte constituye una deuda distinta de las otras"¹ Es decir el acreedor podrá exigir

1.- González de la Vega, René, Comentarios al Código Penal. Editorial Cárdenas, 2ª. edición. México 1981. pág. 64.

de todos los deudores o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda según sea el caso. Suponiendo que uno de los coparticipes se sustraiga a la acción de la justicia y se llegue a la sentencia con relación a los otros, "debe declararse obligados por la totalidad del daño causado a los que se sentencie, dejando expeditos sus derechos para exigir de su co-deudor, el prófugo, la parte proporcional del importe de la reparación a que aquéllos fueron condenados mancomunadamente, así como a sus accesorias legales, lo que procederá siempre que dicho co-deudor sea también condenado, en su oportunidad a la reparación que le corresponda y que no pruebe que los primeros han satisfecho la reparación a que se les declaró obligados en la respectiva sentencia".² Consideración que nos lleva nuevamente al campo del derecho civil por lo que se refiere a las obligaciones mancomunadas, específicamente a los artículos 1984 a 2010 y 2026; -- haciendo notar que el maestro Raúl Carrancá y Rivas³ al exponer el fundamento legal, suponemos por error, cita los artículos 1968 y 1929, los cuales se refieren a la modalidad de las obligaciones y a la responsabilidad por los daños causados por los animales; como característica de la mancomunidad y solidaridad vale la pena resaltar las siguientes: a la muerte de un deudor solidario a los herederos se les considera deudor solidario con relación a los otros deudores; es indivisible la obligación que se resuelva en el pago de daños y perjuicios; y, la prescripción en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás.

2.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, 12a. edición, México 1986, pág. 175.

3.- cfr. idem.

Ahora bien, respecto a dicho análisis haremos - enseguida una consideración que justificará su elaboración, no sin antes hacer las siguientes observaciones:

El artículo 32 fracción V se refiere a la sociedad conyugal como excepción de las demás sociedades, pues cada uno de sus integrantes, es decir cada cónyuge, responderá con sus propios bienes de los daños que cause. Al respecto Carrancá y Trujillo hace la siguiente observación: "Existe una contradicción -refiriéndonos a la sociedad conyugal- por lo que por sociedad conyugal entendemos que el Código Penal ha querido referirse, al establecer la excepción, al matrimonio"⁴, pues en efecto si hablamos de sociedad conyugal no hay bienes propios sino hasta en tanto no se haga la liquidación y partición correspondiente, lo cual, para René González de la Vega, es a lo que se refiere la ley, por lo que se encuentra en desacuerdo con la anterior aseveración del maestro Carrancá, y - sostiene "precisamente sólo se podrán afectar los bienes propios - del responsable o su parte proporcional de la sociedad"⁵; que nos - lleva nuevamente a pensar que el Código Penal quiso decir matrimonio, pues que ocurriría si hay separación de bienes si la ley se refiere a la sociedad conyugal como excepción. Consideramos atinada - la disposición por cuanto a que, establece la plenitud de la responsabilidad penal de cada uno de los cónyuges, por lo que no debe - trascender la pena de reparación del daño al cónyuge inocente, pues de otra manera habría una ficción de incapacidad de uno de ellos, - para que como consecuencia traiga la responsabilidad del otro.

4.- ob. cit. pág. 171.

5.- ob. cit. pág. 61.

TERCEROS

Dentro de este inciso, toca analizar de manera comparativa, si corresponden y coinciden las personas que la legislación civil señala como responsables de los hechos ilícitos de terceros y, las que enumera el artículo 32 del Código Penal.

El artículo 32 de la Legislación Penal Sustantiva enumera en sus seis fracciones a las personas que se encuentran obligadas a reparar el daño causado por otro, apreciándose que la fracción I, es correlativa del artículo 1919 del Código Civil.

artículo 32 fracción I del Código Penal.
"Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad."

artículo 1919 del Código Civil.
"Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos."

Aún cuando la legislación penal no hace el señalamiento específico, al que se refiere el Código Civil, consideramos que la circunstancia de que el causante del daño, no este bajo el poder de los que ejercen la patria potestad y no habiten con ellos, es excepción suficiente para abstenerse de realizar pago alguno, y siendo la reparación del daño exigible a tercera persona mediante un incidente en su naturaleza es esencialmente civil, aunque legalmente conozca de ellos la jurisdicción penal, resultan oponibles, en consecuencia, todas y cada una de las disposiciones sustantivas de carácter civil.

En cuanto a la fracción II del artículo 32 del

Código Penal, encontrases su similar en el artículo 1921 del Código Civil, como se aprecia enseguida:

artículo 32 fracción II del Código Penal.
"Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su custodia."

artículo 1921 del Código Civil.
"Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto a los incapacitados que tienen bajo su custodia."

En ambos casos se procura que el daño causado por un incapaz no que de sin reparación, desplazándose la responsabilidad del que ejerce la patria potestad hacia el que custodia a el incapaz.

Per lo que se refiere a la fracción III, del artículo de la legislación penal en cita, encuentra su correlativo en el artículo 1920 de la legislación civil sustantiva.

artículo 32 fracción III del Código Penal.
"Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos."

artículo 1920 del Código Civil.
"Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata."

Nuevamente encontramos que la legislación civil es más abundante y amplia, en cuanto a los supuestos que contempla, incluyendo las previsiones del Código Penal en cuanto a los directores de internados y talleres, y deja abierta la posibilidad de responsabilizar a los dueños de establecimientos, patronos, dueños de hoteles, casas de -

hospedaje y dueños de casa.

La fracción IV de la ley penal, es tratada en la legislación civil por los artículos 1923, 1924, 1925 y 1927, y para su estudio sólo transcribiremos la parte conducente de la referida fracción IV, que sea correlativa con los preanotados numerales de la ley civil.

artículo 32 fracción IV del Código Penal

"Los dueños . . . por los delitos que cometan sus . . . artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio."

artículo 32 fracción IV del Código Penal.

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

artículo 1923 del Código Civil.

"Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomiendan."

artículo 1924 del Código Civil.

"Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia."

Consideramos que la excepción a la que se refiere el artículo 1924, en su última parte, es aplicable dentro del procedimiento tendiente a obtener la reparación del daño en la vía incidental, que se tramita dentro de la causa penal, toda vez que es de remitirse y debe remitirse a las disposiciones de la legislación civil, por tratarse de una responsabilidad de ésta naturaleza.

artículo 32 fracción IV del Código Penal.

"Los dueños, . . . por los delitos que cometan sus . . . domésticos . . . con motivo y en el desempeño de su servicio."

artículo 1925 del Código Civil.

"Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo."

Estas disposiciones legales, al igual que las que enseguida se relacionan, se corresponden entre sí y se complementan.

artículo 32 fracción V del Código Penal.

"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 les segundos contraigan. . ."

artículo 1918 del Código Civil.

"Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones."

En efecto, estimamos que se corresponden entre sí, en virtud de que por lo que se refiere a los numerales citados en último lugar se ocupan de los representantes legales de las sociedades, órganos a través de los cuales actúan y se obliga una persona moral, haciéndose notar, que en el capítulo correspondiente a los fundamentos legales de la reparación del daño, se dejó establecido que los que responden son los entes como personas en sí mismas y no como sociedad.

Por último, la fracción VI del artículo 32 y el artículo 1928 del Código Civil, se refieren a la responsabilidad del Estado.

artículo 32 fracción VI del Código Penal.

"El Estado subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados."

artículo 1928 del Código Civil.

"El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, . . ."

La fracción VI del artículo en estudio y la disposición contenida en el artículo 199^o del Código Civil, se refieren a la responsabilidad del Estado por sus funcionarios y empleados, la cual es subsidiaria, que no responsabilidad civil por hecho ilícito, ni responsabilidad objetiva, sino subsidiaria, lo cual quiere decir que el Estado responderá por los hechos de sus empleados y funcionarios a partir del límite en que éstos son incapaces de cubrir todo o parte de las prestaciones que deben; por lo tanto primero se deberá demandar a el empleado del estado y sólo en el caso de que no tenga bienes o si los tiene no sean suficientes se podrá enderezar la demanda en su contra, no obstante Ernesto Gutierrez y González considera que en "un rasgo de honestidad" la Ley de Depuración de créditos a cargo del Gobierno Federal, "se estableció la responsabilidad directa y no subsidiaria del estado"⁶, con motivo de los hechos ilícitos de sus empleados, con lo cual no estamos de acuerdo pues una vez que se aprecia su contenido se refiere a una responsabilidad objetiva pues se encuentra condicionada a que los hechos de los empleados o funcionarios vayan acompañados de "culpa en el funcionamiento de los servicios públicos", a continuación transcribiremos el artículo 10 de la referida ley:

"Toda crédito, cualquiera que sea su origen, e con las únicas excepciones a que se refiere el artículo 2o., para el que en el futuro no exista asignación presupuestal, en el año de su constitución ni en el inmediatamente posterior, deberá reclamarse ante el Tribunal Fiscal de la Federación, en el mes de enero del ejercicio siguiente. De lo contrario prescribirá.

6.- Gutierrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Ed. Toribio Cajica. 5a. edición, México 1980. pág. 621.

"Cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho dan origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen culpa en el funcionamiento de los servicios públicos".

Expuesto lo anterior, en cuanto a la justificación del cuadro comparativo que precede, consideramos que el artículo 32 del Código Penal debería remitir a las disposiciones del Código Civil en lo que se refiere a hechos ilícitos, pues para que esta responsabilidad de los terceros no resulte violatoria del artículo 22 Constitucional, por lo que se refiere a la trascendencia de las penas, debe ser "una obligación que no tenga el carácter de pena pública",⁷ y en consecuencia una responsabilidad civil, proveniente de hechos ilícitos y no de "una responsabilidad civil objetiva sin culpabilidad penal"⁸ como afirma Raúl Cerrancá y Trujillo, pues como se ha venido sosteniendo, la reparación del daño exigible a tercera persona, proviene de una presunción de culpa, ya sea "in vigilando" o "in eligendo", y a mayor abundamiento remitimos a los fundamentos civiles de la reparación del daño, pues si se tratara de una responsabilidad objetiva no habría para que demandar en forma de incidente si esta no requiere el elemento culpa o dolo, por lo que no es necesario esperar si se es responsable penalmente o no, como sucede en la especie que el incidente se reservara para su resolución hasta en tanto no se dicte la sentencia en el juicio principal, y más aún se estableció que la culpa de los terceros, culpa en el sentido amplísimo de la legislación civil, estriba en la falta de cui-

7.-González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, 4a. edición, México 1978, pág. 118.

8.- ob. cit. pág. 189.

dado hacia los menores o incapaces, falta de cuidado en la elección de sus empleados, domésticos, artesanos, obreros, jornaleros; por lo que hace a los patrones recordemos que en algunos casos la presunción de culpa es de pleno derecho como por ejemplo en el caso previsto en el artículo 1932 del Código Civil.

Ahora bien, uno de los objetivos de este capítulo se refiere a las personas que la ley considera como "no responsables" y que sin embargo están obligadas a reparar el daño, principalmente es el artículo 363, el que impone la obligación a los dueños, directores y gerentes de publicar la sentencia cuando se trate de delitos de difamación o de calumnia, -no incluimos injurias, pues ha sido derogado dicho delito y no ha sido actualizado el precepto que estudiamos- debiéndose publicar la sentencia, tengan o no responsabilidad penal, y que constituye una violación de garantías pues incluso se establece una multa por cada día que pase sin que se haga la publicación; en consecuencia se encuentran, no obstante lo manifestado, dentro de los terceros obligados a la reparación del daño; no así el Estado, para los casos de la publicación a que se refiere el artículo 49 del Código Penal, es decir en absolución, no comisión del delito o que en sí la conducta no lo constituya, el interesado puede pedir la publicación de la sentencia, la cual no tendrá naturaleza penal, en virtud de que dicha publicación constituye una satisfacción moral.

Por último, respecto a las personas que pueden reclamar la reparación del daño en los casos de muerte de la víctima del hecho ilícito penal, señalaremos que es el Código Penal el que en su artículo 34 se refiere a la víctima, sus derechos, bienes o sus representantes y asimismo el reglamento del patronato

de asistencia para reincorporación social en el Distrito Federal, - en sus considerandos y en los artículos 3 fracción III y 5, se refieren a los dependientes económicos, por que lo que deberá determinarse, quienes tienen derecho a exigir la reparación del daño, si los herederos o los dependientes económicos.

Cuando una persona fallece con motivo de un hecho ilícito, constituye o no delito, o bien en los casos de responsabilidad objetiva, se ha sostenido, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo siguiente:

"La controversia planteada en el campo de la doctrina, sobre a quien corresponde la indemnización en caso de responsabilidad objetiva, se ha resuelto definitivamente en el sentido de que no corresponde a los herederos, sino en favor de toda persona que ha resentido el daño, porque la reparación tiene cierto carácter de reacción contra el acto." A.D. contra actos de la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del D.F. 18 de agosto de 1942.

Tesis que se apoya en el hecho de que los herederos, no son los indicados para beneficiarse con la reparación del daño, sino las personas que dependían económicamente del occiso, siguiéndose el criterio de la dependencia económica establecido por el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo.

En efecto, consideramos que no es improcedente, ni errónea esta disposición, pues no se excluye a los herederos como tales, sino que se precisa que no son los únicos llamados a exigir la reparación del daño, también podrán hacerlo los que hayan resentido el hecho dañoso, pues como se dijo, se sigue el criterio que se tomo en consideración en la Nueva Ley Federal del Trabajo, y en ésta se conce-

de y reconoce el derecho de los herederos, pero asimismo de los que constituyen la familia o el hogar, que ha perdido sosten y apoyo eco
nómico

VI

FORMA EN LA QUE SE DEBE REPARAR EL DAÑO

Materia Penal

Materia Civil

FORMA EN LA QUE SE DEBE REPARAR EL DAÑO

En este último capítulo, abordaremos el estudio de la forma en la que se repara el daño producido con motivo de un hecho ilícito de consecuencias del orden penal.

Iniciaremos con la materia penal, refiriéndonos a las disposiciones contenidas en los artículos 31, 35 y 37 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal y 10 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, por lo que se refiere a: el reglamento que determinaría la forma en que administrativamente se garantizaría el cumplimiento de la obligación de reparar el daño; a los depósitos que garantizan la libertad cautelar cuando el inculcado se sustrae a la acción de la justicia; a la forma en que se hace efectivo el cobro de la reparación del daño; y a la distribución del producto del trabajo del reo. Asimismo citaremos algunas ejecutorias, que permitirán apreciar la actividad del Ministerio Público, en relación a su obligación de exigir la reparación del daño, como uno de los objetos de la acción penal e igualmente nos referiremos a las medidas que el Reglamento del Patronato de Asistencia para Reinserción Social en el Distrito Federal prevé en favor de la víctima.

Continuaremos con la materia civil, abordando el contenido del artículo 34 del Código Penal, que prevé el incidente de reparación del daño exigible a tercera persona, así como los casos de no ejercicio de la acción penal, sobreseimiento y absolución, a fin de analizar la posibilidad de fincar la responsabilidad civil al causante del daño.

Finalmente, previo el análisis de las tesis generalizadas, por nuestro más alto Tribunal, con respecto a la concurrencia o contradicción de las acciones civiles y penales con motivo de un

hecho ilícito, plantearemos las alternativas conducentes para la mayor tutela de los derechos del ofendido o víctima de la comisión de un delito.

MATERIA PENAL

En materia penal, existen en términos generales, cuatro disposiciones legales que establecen la forma en la que se debe efectuar la reparación del daño, y que tiene como base fundamental el hecho consistente en, que haya sido condenado el delincuente a tal reparación como parte de la sanción pecuniaria, estas disposiciones las procederemos a analizar enseguida:

Primero, nos referiremos al contenido del artículo 31 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, que en su segunda párrafo a la letra dice:

"... Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión recomendará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que administrativamente, se debe garantizar mediante seguro especial dicha reparación".

Y, que en su redacción no deja entrever cual fue realmente el objetivo del legislador, pues si nos apeguemos estrictamente al contenido del numeral en cita nos encontraríamos, que en principio resultaría correcta, la siguiente interpretación del Maestro Ernesto Gutiérrez y González¹: Los delitos intencionales ameritan una pena y la sanción pecuniaria, en la cual queda comprendida la reparación del daño que fija el juez, según el caso que precise reparar, de acuerdo a las pruebas ofrecidas en el proceso y atendiendo también la capacidad económica del obligado a cubrirla; por otra parte los delitos imprudenciales ameritaran una pena y la sanción pecuniaria, quedando la reparación del daño garantizada mediante seguro especial, de acuerdo

1.- Gutiérrez y González, Ernesto. Dercho de las Obligaciones. Editorial Cajica, 5a. edición. México 1980, pág. 629.

al reglamento que para el efecto expide el Ejecutivo de la Unión. Sin embargo, la exposición de motivos de la Comisión Redactora del Código Penal de 1931 se refirió a lo siguiente: "Con el mismo propósito de encontrar fórmulas reales que hicieran posible la indemnización de los perjuicios causados por el delito y teniendo presente la frecuencia con que se registran daños a causa de los modernos sistemas mecánicos de transporte, el Código facultó al Ejecutivo de la Unión para reglamentar, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que administrativamente, deba garantizarse dicha reparación mediante seguro especial"², es decir - que se refiere efectivamente a los delitos imprudenciales por ocasionados con motivo del tránsito de vehículos.

En tal virtud, en el Diario Oficial de 29 de Agosto de 1934 se publicó el Reglamento del Artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, que se refería al otorgamiento de pólizas de seguro para garantizar daños causados por vehículos en circulación, previendo entre otras disposiciones, que en nuestro concepto son las más importantes, las siguientes:

artículo 1º.- "Ningún vehículo podrá circular en zona del Distrito Federal sin estar asegurado, según de los documentos que emite la Oficina de Tránsito correspondiente, por póliza de seguro que garantice la reparación de los daños ocasionados a las personas por imprudencia de sus manejadores".

2.- González de la Vega, Francisco. El Código Penal de México, Editorial Porrúa. 4a. edición. México, 1978, pág. 36.

artículo 4º.- "Las pólizas deberán contener a favor de las víctimas, las siguientes indemnizaciones: . . .".

artículo 8º.- "En caso de muerte de la víctima, se hará el pago de la indemnización a las personas que dependan de ella económicamente, de acuerdo con las pruebas que apreciara la Junta a -- que se refiere el artículo siguiente".

artículo 14.-"Los contratos de seguros a que se refiere este Reglamento serán celebrados por los propietarios de los vehículos, y las primas correspondientes serán pagadas por los mismos".

artículo 16.-" . . . En caso de que no hubiere habido deficiente en años anteriores, dicho sobranito será dividido en dos partes iguales, destinándose una de ellas a la formación de la reserva de provisión (que se irá acumulando, hasta ser igual al 50% de la reserva técnica), y la otra se devolverá proporcionalmente en forma de dividendos, a los propietarios de vehículos que hubieron cubierto la prima de ese año".

No obstante, por Decreto publicado en el Diario Oficial de 27 de Octubre de 1934, se anuló la vigencia del Reglamento, por el tiempo necesario para el estudio de las objeciones, que -- fueron formuladas por diversas personas y organizaciones, incluyendo a la propia Comisión Jurídica del Ejecutivo, y se debió modificar en cuanto a contenido y forma; ya que en efecto, existían disposiciones que no se encontraban debidamente apoyadas en ley, e incluso se llegaba a violar garantías, un ejemplo de ello es el siguiente artículo:

artículo 9º.- "Todas las contiendas sobre procedencia de indemnización serán resueltas por una Junta que se integrará por un delegado de la Secre-

"taría de Hacienda y Crédito Público, un perito delegado del Departamento del Distrito Federal y un representante de los propietarios de vehículos, que será electo en junta que convocará y presidirá el jefe de la Oficina de Tránsito. El primer delegado tendrá el carácter de presidente de la Junta. Esta será permanente y sus miembros durarán en su encargo dos años.

Pues, siendo la reparación del daño una pena pública para el delincuente, la referida junta se encontraría supliendo las funciones del juez y podrías presentarse contradicciones en el sentido de que el juez absolviera y la junta condenara a una reparación, que siendo necesaria la pena no tendría sustento. Lo anterior no implica que sea loable este intento por procurar, para las víctimas de los delitos imprudenciales cometidos con motivo del tránsito de vehículos, y la garantía de que su daño le será reparado, siendo de justicia que las personas que pueden adquirir vehículos cuyo costo no se encuentra accesible para cualquiera, respondan del daño, que en ocasiones puede evitar, y que la víctima solo lo sufre, siendo procedente y equitativo, que si alguien debe sufrir el daño sea el que lo causa y no el que lo padece.

El seguro colectivo de los manejadores de vehículos, llevaría también al abaratamiento de las primas, como sucede con los seguros de viajeros, en donde se prevén ciertas cantidades en relación con el salario mínimo como indemnización por el daño causado.

A pesar de lo anteriormente expuesto, en cuanto al replanteo al que se refiere el artículo 31 del Código Penal Vigente, los autores Raúl Carranca y Trujillo³, Sergio García Ramírez⁴,

3.- cfr. Carranca y Trujillo, Raúl y Raúl Carranca y Rivas. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, 12a. edición. México 1983, pág. 108.

4.- cfr. García Ramírez, Sergio. Derecho Penal, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pág. 50.

y Ernesto Gutiérrez y González⁵, manifiestan que el preindicado numeral constituye una facultad no ejercida, sin tomar en consideración que el reglamento ya fue expedido y que a la fecha se encuentra suspenso en sus efectos.

En segundo lugar, analizaremos el contenido del último párrafo del artículo 35 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, que dispone:

"... Los depósitos que garantizan la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpa-do se sustraiga a la acción de la justicia".

Excerpto del que ya nos hemos ocupado brevemente en los fundamentos Constitucionales de la reparación del daño, dentro del apartado correspondiente al artículo 20 de nuestra Ley Suprema, en donde en esencia expresamos la imposibilidad de aprovechar la fianza, que garantiza la libertad caucional, para la reparación del daño.

En efecto, no obstante sus nobles fines, es implícito por que se prevé el supuesto de que el inculpa-do se sustraiga a la acción de la justicia, caso que trae como consecuencia lógica y natural, que el procedimiento se suspenda, pudiéndose continuar únicamente hasta que se logre la captura y llevar a cabo el proceso por todas y cada una de sus partes de dicha sentencia que contiene a el pago de la multa y la reparación del daño; luego entonces mientras no haya una sentencia no se podrá aplicar el depósito que garantice la libertad caucional al pago de la sanción pecuniaria.

A mayor abundamiento, en cuanto a la garantía para poder gozar de la

3.- *off. ob. cit.* pág. 629.

libertad caucional, la ley prevée, en el case de que el ree deje de presentarse ante el juzgado e tribunal que conozca de su causa e incumpla alguna de las obligaciones que le fueron impuestas, la revescción de la libertad y, ". . . revocada la libertad uno de sus efec--tos es hacer efectivo el depósito o la hipoteca . . . Heche este se hace imposible aplicar el mismo depósito posteriormente, . . . cuan--do haya sido capturado el ree y dictada . . . la sentencia condena--teria."⁶

Cómo tercer punte, nos ocuparemos del artículo - 37 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, que establece:

"El cobro de la reparación del daño se hará efec--tivo en la misma forma que la multa".

Por lo que, remitiendonos al contenido del artículo 29 de la ley substantiva invocada, determinamos que es el Estado el que exige el pago de la reparación del daño mediante el procedimiento económico coactivo; y hacemos especial mención de que se trata de obtener el pago, y no sólo de hacer el simple cobro, pues si como afirma el maestro Re--me González de la Vega⁷ el fin es el de garantizar al ofendido la reparación del daño sufrido con motivo de la comisión delictuosa, no --sería posible restituir a la víctima en el goce de sus derechos con sólo el requerimiento de pago, que es en lo que consiste el cobro, --sino através del pago mismo.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para la --obtención del pago de los daños infringidos al sujeto pasivo del de--lito existe consenso general de que es administrativo y para el efec--

6.- Carrancé y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancé y Rivas. ob. cit. pág. 174.

7.- cfr. González de la Vega, Rene. Comentarios al Código Penal. Edi--torial Cárdenas. 2a. edición. México 1931. pág. 64.

te la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, "persigue el trámite correspondiente, de acuerdo con su competencia legal"⁸, tratándose de materia común. En materia federal, será el Ministerio Público Federal el encargado de que la sentencia sea estrictamente cumplida, actuando como gestor, vigilando que el Juez envíe copia autotizada de la sentencia a la autoridad fiscal para que se haga efectivo el importe de la sanción pecuniaria y, una vez que obtenga el pago de la sanción pecuniaria, pondrá a disposición del tribunal la cantidad correspondiente a la reparación del daño a fin de que se haga comparecer a quien tenga derecho a ella para hacerle entrega inmediata de su importe.

De los procedimientos señalados sólo haremos dos observaciones, ya que lo que interesa a este estudio son las cuestiones sustantivas y no de procedimiento toda vez que se intenta que la reparación del daño se tome su "verdadera naturaleza civil"⁹; la primera, relativa a la excepcional que resulta el que efectivamente se realice todo el procedimiento para obtener la reparación del daño, suponiendo que se hubiera obtenido, y que lleva implícita la actividad del ofendido e sus derechohabientes ante la autoridad fiscal afin de que proceda a realizar el cobro y para el caso de que no se realice el pago nuevamente será, el sujeto pasivo o sus familiares, simple espectador de un procedimiento, esta vez del administrativo de ejecución. La segunda, con relación a la actuación del Ministerio Público Federal y del

8.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. ob. cit. pág. 175.

9.- García Ramírez, Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Editorial Ferrua. 3a. edición. México 1964. pág. 592.

Juez, los cuales intervienen aún en la ejecución de la sentencia. En efecto, cuando el juez procede a remitir copia de la sentencia — condenatoria su actividad debe cesar, pues de otra forma, tal como — sucede, se viola el contenido de las disposiciones legales constitucionales, sustantivas y adjetivas que prevén que el Ejecutivo Federal ejecute las sentencias a través del organo correspondiente, el — que desde luego no es el juez. Al respecto el jurista Jorge Obregón Heredia manifiesta: "Si con la sentencia se termina la relación de — inmediatez entre el juez y el procesado, en la ejecución de ésta se inicia una nueva relación del Estado con el sentenciado a través de un organo administrativo."¹⁰

Per cuante hace a la cuarta disposición, relativa a la forma en que se debe reparar el daño, misma que se encuentra con tenida en el artículo 10 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de mayo de 1971, que en su parte — conducente establece:

" . . . Los reos pagarán su sostenimiento en el — reclusorio con cargo a la percepción que en éste tengan como resultado del trabajo que desempeñen. Dicho pago se establecerá a base de descuentos — correspondientes a una proporción adecuada de la remuneración, proporción que deberá ser uniforme para todos los internos de un mismo estableci— miento. El resto del producto del trabajo se dis tribuirá del modo siguiente: treinta por ciento para el pago de la reparación del daño, treinta por ciento para el sostenimiento de los depen— dientes económicos del reo, treinta por ciento — para la constitución del fondo de ahorro de ésta y diez por ciento para los gastos menores del — reo. . . ."

10.- Obregón Heredia, Jorge. Código de Procedimientos Penales para — el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1977. pág. 334.

Se encontraba en concordancia con el artículo 82 del Código Penal, en el que se determinaban los mismos porcentajes a descontar al reo, pero que fue derogado, éste último, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1985, sin embargo no deja de tener vigencia, no obstante que resulta poco eficaz debido a lo ínfimo de los ingresos del reo, que como consecuencia genera el - que pueda obtener su libertad antes de haber abonado alguna cantidad importante para la reparación del daño.

Abordaremos nuestro siguiente objetivo, transcribi-
remos algunas Tesis Jurisprudenciales que nos permitan apreciar si -
la acción penal, cuyo ejercicio exclusivo compete al Ministerio Públi-
co, satisface sus fines, dentro de los cuales se encuentra, desde -
luego, la reparación del daño.

"Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que -
causo el delito cometido." Quinta Epoca: Tomo -
LXVI, pág. 159. Ponce Rodríguez, Donaciano. Sexta
Epoca, Segunda Parte: Vol. VI, pág. 221. A.D. 2201
/57. Constanancio Luna Bernal y Cags. Unanimidad
de 4 votos. Vol. XXV, pág. 95. A.D. 3544/58. An-
dor Arellano Cervánten. 5 votos. Vol. XL, pág. -
71. A.D. 4213/60. Alberto Martínez Luna. Unanimi-
dad de 4 votos. Vol. XLVIII, pág. 33. A.D. 2691/
61. Unanimidad de 4 votos.

"En toda sentencia condenatoria el juzgador debe resolver sobre la reparación del daño ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa; y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior". (S.C., Jurisp. def., Sexta Epoca, Segunda Parte, número 252).

"Por lo que atañe a la reparación del daño, si -
en ninguna de las constancias procesales obran -
datos demostrativos del importe de los daños su-
fridos por la víctima, ni en las sentencias res-
pectivas se razona nada sobre el particular, y -
se limitó el juzgador a decir que procedía la -
condena al pago de tal cuantía, se está en el

"cabe de conceder al res la protección de la justicia federal, para el único efecto de que se pronuncie una nueva resolución en la que sólo se modifique lo relativo a la reparación del daño, y se absuelva al quejoso de esta pena pecuniaria". Sexta Época, Segunda Parte; Vol. XXV, pág. 96. A.D. 2250/59.

"Si al precisar la acusación el Agente del Ministerio Público, como ha quedado establecido, manifestó no ejercitar la acción de reparación del daño, y no obstante ello, en la sentencia reclamada se condenó al quejoso a pagar por ese concepto la cantidad de diez mil quinientos cuarenta y dos pesas cuarenta y cinco centavos, tal preceder de la autoridad responsable conculca el artículo 21 de la Constitución Federal, que reserva al Ministerio Público la persecución de los delitos, pues es claro que, al imponer una medida no solicitada en el pliego de conclusiones, rebasó los límites de la acusación". A.D. 101/70 Informe 1970 del Tribunal Colegiado del Octavo Circuito.

"Es violatoria de garantías la sentencia penal que condena al acusado del delito de lesiones, a cubrir determinada cantidad por concepto de reparación del daño, consistente en los gastos de transportación erogados por el ofendido, si el Ministerio Público no acredita que dicho ofendido tuvo necesidad de trasladarse a tal lugar, ya sea por no existir médicos en la población en que reside, porque los que ahí ejercían no estaban capacitados para realizar las curaciones o por otros motivos". A.D. 399/82. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Informe 1982.

"Si no se valoriza en autos la cosa destruida a consecuencia del delito, no están llenados los requisitos del párrafo I del artículo 31, del Código Penal". (T.S., Sexta Sala, junio 24 de 1941).

Como estas, podríamos seguir señalando más ejecutorias y jurisprudencias relativas a la falta de elementos para que el juez pueda vale--

rar el daño causado y en consecuencia su imposibilidad para la correspondiente condena a repararlo. Esta falta de elementos se debe a que el Ministerio Público no se preocupa por obtenerlos, orientando debidamente a los ofendidos o sus derechohabientes, pues ello implicaría más carga de trabajo sobre todo por que muchas de las pruebas que le fueran aportadas requerirían de perfeccionamiento a través de otras y, considerando el volumen de asuntos a tramitar deviene por sí sola la causa del proceder, pero no le justifica, ya que no se logra "la justa y cabal obtención de la reparación del daño, en detrimento del patrimonio particular del ofendido. . . que se encuentra privado de su derecho para demandar y perseguir la acción de reparación. . . en la cuantía y extensión. . . que sólo él podrá demostrar y probar que es la justa"¹¹. La situación se agrava más tratándose de daños morales pues no pueden valorizarse en peso y medida, sin embargo debido a que el juez debe atender las pruebas obtenidas en el proceso, en el caso de homicidio, por ejemplo, deberá acreditarse: vida probable del occiso, estado de salud, ingresos, voluntad para ayudar a la familia, parte del ingreso que destinaba a tal efecto, etcétera; todo lo cual es una injusta carga para los familiares, que en el caso de no cumplirla traera como consecuencia la absolución del responsable, lo cual constituye para el maestro Borja Osorio,¹² un absurdo que peca en contra de la técnica y el principio de la responsabilidad, pues siendo así las cosas también se podría absolver de la pena de prisión en una sentencia condenatoria, la aplica-

11.- Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa. México 1970. pág. 116.

12.- cfr. Borja Osorio, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial José M. Cajica, Jr. México 1969. pág. 443.

cación de la sanción de reparar el daño tan sólo requiere de "que se determine que hay alguien que tiene interés en la reparación del daño, que tiene derecho a esa reparación y que se encuentre fijada la naturaleza del daño"¹³

Finalmente, nos referiremos al Reglamento del Patronato de Asistencia para Reinserción Social en el Distrito Federal, que en sus considerandos a la letra dice:

"... También establece bases al ordenamiento - para que el Estado esté en posibilidad de asumir un papel más directo y dinámico en la tutela a - la víctima del delito, entendiéndose que el concepto acerca de ésta debe abarcar también a quienes han quedado en real insolvencia o grave desamparo al ser dependientes económicos del ofendido o del infractor. ..."

Por su parte los artículos 3° y 5° determinan:

artículo 3°.- "Los sujetos de atención del Patronato serán:
fracción III.- "Las víctimas del delito, por quienes también se entenderá a los que han quedado en real insolvencia o grave desamparo, como consecuencia de un delito, al ser dependientes económicos del ofendido o del infractor".

artículo 5°.- "La asistencia que preste transitoriamente a las víctimas del delito, se regulará de manera prudente, previo estudio, en cada caso, de las necesidades inmediatas y urgentes - del beneficiario y de la capacidad que para tal propósito tenga el Patronato.
Dicha asistencia sólo podrá prestar se cuando la víctima del delito carezca de medios para la satisfacción de sus necesidades por sí mismo o por medio de sus deudores alimentarios o familiares, o a través de instituciones públicas o privadas.
En todo caso se orientará a la víctima del delito, a efecto de que --

13.- Piña y Palacios, Javier. Baracho Procesal Penal. Editorial Porrúa México 1948. pág. 214.

"puedan obtener medios de vida que subsanen sus más apremiantes necesidades".

Dicho reglamento, que para mayor eficacia cambie de nombre; consideramos prevee la ayuda a la víctima del delito como simple medio para la debida ayuda a les excarcelados y no como medio de afrontar los malestares causados al pasivo, su eficacia consideramos es mínima, tan sólo pensando en su cobertura, sus medios de captar las necesidades de ayuda, de acercamiento con los familiares o víctimas, y sobre todo su ambito de aplicación, como única alternativa cuando no haya instituciones privadas o públicas, dice el artículo 5° del referido reglamento, es decir por exclusión se desvincula de la víctima o de sus familiares, nuevamente nos enfrentamos a una disposición legal que se encarga del activo, que se preocupa por su orientación y asistencia y al titular del bien jurídico dañado se le deja en manos de quien se supone velara por sus intereses, los cuales únicamente pueden ser verdaderamente evaluados y justipreciados por el que ha sido afectado, sólo él podrá probar, acreditar y demostrar que está en lo justo y cabal, no hay por que privarle de sus derechos a reclamar su daño privado dándole el lugar de simple espectador, para que desde lejos, desde afuera, se percate de como se "defiende" entre extraños lo que es de él.

MATERIA CIVIL

El artículo 34 del Código Penal Vigente para el - Distrito Federal prevea, en sus párrafos segundo y tercero, la acción civil como forma para hacer efectiva la reparación del daño.

En efecto, el párrafe segundo del artículo preanotado, expresa:

"... Cuando dicha reparación deba exigirse a -- tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fija el propio Código de Procedimientos Penales. ..."

Dando cabida a la figura del Responsable Civil, que en concepto de Fenech, es "aquella parte contingente frente a la que se pide en el proceso penal la actuación de las pretensiones civiles de resarcimiento, cuando se trate de persona distinta del imputado"¹⁴, é también llamado por Claría-Olmado, Tercero Civilmente Demandado, y que define como "la persona que por llamamiento o espontáneamente se introduce en el proceso penal como objeto secundario del mismo, a mérito de atribuírsele responsabilidad indirecta conforme a las leyes civiles, por causa del daño que habría producido el imputado al cometer el hecho objeto del proceso, cuya indemnización o reparación se pretende"¹⁵.

En consecuencia, como contrafigura del responsable civil se encuentra la parte lesionada, sujeto pasivo u ofendido, el cual directamente deberá de tramitar dentro del proceso penal el incidente de reparación del daño exigible a tercera persona, mediante demanda en forma en la que deberá narrar los hechos que originaron el daño, la cuantía de éste, así como los conceptos por los que proceda; con el contenido del referido escrito se dará vista al tercero obligado a la reparación --

14.- Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Labor. 3a. edición, España 1980, pág. 360.

15.- Claría-Olmado, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Editorial EDIAR, Editores, S.A. Buenos Aires. pág. 497.

del daño, para que en el término de tres días concurra a deducir sus derechos; transcurrido dicho término se procederá a abrir el incidente a prueba por quince días y; una vez desahogadas las pruebas se señalará día y hora para la celebración de una audiencia verbal, en la que las partes expondrán lo que a su derecho convenga para fundar sus respectivos derechos.

Este incidente de reparación del daño exigible a persona diversa del inculpado, presenta las siguientes características:

a).- Debe promoverse a partir del auto de formal prisión y hasta antes de que se declare cerrada la instrucción.

b).- Requiere de "solicitud del ofendido externa en una especie de demanda civil"¹⁶.

c).- Se corre traslado al demandado mediante emplazamiento.

d).- Las notificaciones de las resoluciones que recaigan en el incidente, se harán en los términos prevenidos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

e).- Las excepciones que se opongan podrán ser tanto dilatorias como sustanciales, pero ambas se resolverán en la sentencia definitiva, ya que el Código de Procedimientos Penales no autoriza la tramitación de artículo de previo y especial pronunciamiento.

f).- Los términos judiciales se computarán de acuerdo a la ley procesal civil.

16.- Acero, Julio. Procedimiento Penal. Editorial José M. Cajica, Jr. 6a. edición. México 1965. pág. 389.

g).- Las pruebas han de ser rendidas forzosamente en el incidente, pues las rendidas en el proceso penal carecen de eficacia, debiéndose de ofrecer y desahogar de acuerdo a las reglas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

h).- "No hay acción para demandar el pago de los gastos y costas que origine el juicio, por que el Código de Procedimientos Penales no lo prevé".¹⁷

i).- Puede demandarse la responsabilidad civil mediante juicio ante los Tribunales del orden civil si se promueve después de fallado el proceso.

j).- La naturaleza del procedimiento y del incidente en sí mismo es esencialmente civil aunque legalmente conozca de él la jurisdicción penal, teniendo lugar "un fenómeno de conmixción del proceso penal con el proceso civil".¹⁸

Por otra parte, en cuanto al párrafo tercero del indicado artículo 34 de la Ley Penal Sustantiva, al establecer:

"... Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sententia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente".

Deja abierta la posibilidad para ejercitar la acción civil no solamente en contra de los terceros, después de cerrada la instrucción, sino tambien del propio responsable directo del daño ocasionado, ante los

17.- Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos, 9a. edición, México 1984, pág. 354.
18.- Carzelutti, Francesco. Lecciones Sobre el Proceso Penal I Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959, pág. 206.

tribunales civiles.

Al respecto los licenciados Angel Ceniceros y Luis Garrido, como miembros que fueron de la Comisión redactora del Código Penal de 1931, manifestaron: "Si ya existe sentencia dictada, y fue en sentido absoluto, los efectos jurídicos de esa sanción consisten en que la facultad del poder público para imponer la reparación del daño proveniente de un hecho delictuoso, no existe, ya que o esos hechos no resultaron delictuosos, o a quien se atribuyeron no fue quien los realizó. El -- que haya una sentencia que absuelva del pago de la reparación del daño, no significa que al mismo tiempo necesariamente se extinga el derecho del ofendido para exigir la responsabilidad civil emanada de un hecho ilícito. . . El Código Civil establece este derecho independientemente de la acción pública".¹⁹ Es decir, que la responsabilidad civil no supone responsabilidad penal, pues todo delito es un hecho ilícito, pero no todo hecho ilícito es delito, por lo que el delincuente "puede ser absuelto penalmente, y sin embargo, condenado a la reparación del daño civilmente"²⁰, toda vez que la sentencia pronunciada por el juez penal, no podría servir de prueba plena en un juicio civil, ya que para fundar la sentencia absolutoria se parte de supuestos distintos a los que servirían de base para la procedencia de la acción civil, por ejemplo tratándose de excluyentes de responsabilidad penal, éstas no siempre resultan excluyentes de responsabilidad civil.

Se determina pues, que independientemente de la "existencia de un de-

19.- Ceniceros, Angel y Luis Garrido. La Ley Penal Mexicana. Edición--
nos Botas, México 1934. pág. 119.

20.- Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto. O--
bligaciones. Volumen II. Editorial Antigua Librería Robredo, 2a.
edición. México 1960. pág. 42d.

lito penal²¹ hay responsabilidad civil; y "no hay que confundir el daño causado por el delito con el causado por el acto ilícito a que se refiere el artículo 1910 del Código Civil"²².

Así mismo, debemos de distinguir dos casos, en el supuesto de la absolución, el que se refiere a la absolución del procesado por: haber operado una causa excluyente de responsabilidad penal, por extinción de la acción penal, por tratarse de hechos no delictuosos o por que el inculcado no participe en ellos; y como segundo supuesto, el que se refiere a la absolución únicamente de la obligación de reparar el daño, por alguna de las causas que se han señalado como argumentos — que justifican nuestra oposición a que la reparación del daño se considere como una pena y sea en consecuencia solamente exigible por el Ministerio Público, principalmente por carecer el juez de las bases — que le permitan establecer el monto del daño, lo que da como resultado "que no se probó el daño, pero no, que no exista"²³.

El primero de los supuestos aludidos, es al que se refiere el párrafo del artículo que se comenta, el segundo de los supuestos deja en completo estado de indefensión a la víctima o a los familiares del ofendido, toda vez que resultando absuelto el inculcado, de la reparación del daño, ya sólo será posible fincar la responsabilidad objetiva mediante un juicio civil ante la jurisdicción civil, pues siendo la reparación del daño parte de la sanción pecuniaria, ésta solo puede ser impuesta por el juez que instruyó la causa penal.

En apoyo a lo anterior, a continuación se trans—

21.- Gutiérrez y González, Ernesto. ob. cit. pág. 631.

22.- Arilla Bas, Fernando. ob. cit. pág. 30.

23.- Borja Osorno, Guillermo. ob. cit. pág. 444.

cribe lo expresado por el maestro Manuel Borja Soriano, respecto a la extinción de la acción penal, substitución o conmutación de sanciones: "En los casos de muerte del presunto delincuente, de amnistía o de indulto, se extingue la acción penal, pero no se extingue la obligación de reparar el daño causado. Asimismo la substitución y la conmutación de sanciones no exime de la reparación del daño. En los casos indicados, el que ha sufrido el daño o perjuicio puede exigir la indemnización correspondiente con arreglo al Código Civil, -- por el hecho ilícito cometido."²⁴

No obstante lo expresado, en la práctica se presentan los casos que enseguida se relacionan, que nos muestran claramente la influencia de la sentencia penal sobre la civil, con lo que se determina que no podrá exigirse la reparación del daño si se absuelve en la penal.

"Si los tribunales del orden penal declaran que el hecho que se imputa al acusado fue casual y se sobresee en el proceso por no haber delito -- que perseguir, la influencia de la autoridad de la cosa juzgada en lo penal, se refleja en el aspecto civil de la cuestión, imponiendo a la jurisdicción civil su criterio sobre la inexistencia de la culpa, que tiene los mismos elementos en lo penal que en lo civil, y esta jurisdicción no puede. . . desconocer, ni contradecir, para cualquier efecto, que no existió culpa y que el hecho fue casual, como lo resolvió la jurisdicción represiva; y, por tanto, la sentencia que en el juicio civil absuelva al demandado en las condiciones dichas, es legal." (Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLVIII, pág. 377.)

"La responsabilidad civil proveniente de delito, es una consecuencia ineludible de la penal, y si ésta no existe, tampoco puede existir aquella, -

24.- ob. cit. pág. 426.

"si se tiene en cuenta que, faltando la causa, no pueden existir los efectos". Aguilar Quiróz Salva dor. Tomo XCIII, pág. 1434; 4 votos 11 de agosto de 1947, y ver además Tomo CVI amparo 3393/1950/ 12 pág. 1354.

"Aún cuando la responsabilidad civil es independiente de la penal, ya que puede existir sin la concurrencia de esa última, sin embargo, exige -- como antecedente necesario, la existencia de un hecho calificado por la ley como delito; de manera que si en el proceso se declara que no hay delito que perseguir, no pudiendo haber efecto sin causa, habrá que establecer que no existe la responsabilidad civil consiguiente". A.D. 7009/37. - Quejoso El Fisco Federal. Tomo LV. pág. 3097.

"Si no existe certeza de la culpabilidad del quejoso en el delito que se le atribuye, lo que únicamente puede establecer la sentencia definitiva que en su oportunidad se dicte, es antijurídico -- pretender que se le condene a la indemnización civil, proveniente de un delito del que no se le ha declarado responsable". Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. pág. 982.

Finalmente, como un inciso afín a los que confaman este capítulo, nos referiremos a los sistemas, tesis y teorías - que han sido concebidas, y en algunos casos puestas en práctica, con el fin de conseguir una efectiva protección de la víctima, la que aquejada con abrumadores trámites judiciales, en ocasiones se abstiene de formular sus quejas, aumentándose en consecuencia la cifra negra de la delincuencia, pues sin aliciente de que le sean restituidos sus derechos violados poco le importa verse inmerso en un largo procedimiento judicial, que sólo dará como resultado, el que su resentimiento y deseos de venganza se acrecenten en contra de quien le ha perturbado su paz, su tranquilidad y menoscabado su patrimonio.

En términos generales podemos decir, que se sostiene el carácter de pena o sanción pecuniaria pública de la reparación del daño y, en ese sentido Fernández Arilla Bas²⁵, Ernesto Gutiérrez y González²⁶, Sergio García Ramírez²⁷, Victoria Adato de Ibarra²⁸, Enrique Cardona Arizmendi y Cuauhtémoc Ojeda²⁹, consideran - que debe existir un sistema mixto en el que la víctima u ofendido - tenga la acción principal para exigir la reparación del daño y a requerimiento de éste u imposibilidad del pasivo el Ministerio Público, subsidiariamente podrá ejercitar la acción reparatoria, es decir se rescata el carácter privado de la reparación del daño, pues finalmente la sentencia que condena a la reparación del daño es título ejecutivo para el ofendido, para que en la vía civil demande su cumpli-

25.- cfr. ob. cit. pág. 205.

26.- cfr. ob. cit. pág. 630.

27.- cfr. ob. cit. pág. 50.

28.- cfr. ob. cit. pág. 592.

29.- cfr. Cardona Arizmendi, Enrique y Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez, - Nuevo Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato, Edición - Alcaldía Municipal de Guanajuato, México 1978, pág. 38.

niente.

Con base en estas ideas y con el mismo propósito de hacer justicia a los ofendidos y por conveniencia pública, al reprimirse los delitos, el Código Penal para el Estado de Guanajuato, presenta las siguientes modificaciones e innovaciones: No se toma en cuenta la capacidad del obligado a la reparación del daño, en los casos de daño a las personas reenvía a la legislación laboral, asimismo reenvía a la legislación civil para la ejecución de la sentencia por la que se condena a la reparación del daño, se entiende implícito el pedimento para la reparación del daño por el sólo hecho de que el Ministerio Público ejercite acción penal e formule conclusiones - acusatorias.

El Código Penal para el Estado de México, también precisa que la ejecución de la sentencia que condena a la reparación del daño, se haga por la vía civil, reenvía a la legislación laboral en caso de daño a las personas, y supedita la reparación del daño moral, a que el ilícito penal sea cometido intencionalmente, no procediendo en consecuencia cuando se causen imprudencialmente, lo que es por sí mismo reprochable debido a que es de atenderse el principio de que "todo daño - causado debe ser reparado".

El Código Penal para el Estado de Veracruz, establece un sistema principal de acción de resarcimiento a cargo del particular, con la correspondiente acción subsidiaria en manos del Ministerio Público, al igual que los códigos anteriormente señalados, mantiene la idea de que la reparación del daño a cargo del delincuente posee el carácter

de pena pública, y contempla la formación de "un fondo de resarcimiento" alimentado por aportaciones directas del Estado, rendimientos del trabajo penitenciario, multas y fianzas que se hubieran hecho efectivas.

No obstante consideramos, al igual que el maestro Ignacio Villalobos³⁰, que la reparación del daño no puede ser una pena y no pena, es decir que sea una pena para el directamente obligado y no pena para los terceros civilmente responsables, por lo tanto, si se pretende rescatar la verdadera naturaleza jurídica de la reparación del daño, debe ser hecha de plano, dejando la acción correspondiente a cargo del ofendido, víctima o pasivo del delito, quien mejor que él para hacer valer sus derechos, para perseguir la indemnización correspondiente, para acreditar el daño y su cuantía, para probar y demostrar que lo que demanda es justo, más aún si a lo largo de más de cincuenta años de tratar de proteger y tutelar a la víctima se le ha desamparado y dejado en estado de indefensión, quedando impunes los males causados a los sujetos pasivos del delito.

Sin embargo, dada la complejidad que reviste este cambio, que implicaría el reconocimiento del fracaso de la reparación del daño como sanción pecuniaria, constituiría un paso hacia adelante, el que nuestro Código Penal reenviara a la legislación laboral para el caso de daños a las personas, entre particulares; por lo que hace al servicio público se deberá establecer un reenvío a la Ley General de Vías de Comunicación y, en este mismo sentido a la brevedad posible deberá ponerse en marcha el reglamento del artículo

30.- cfr. Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 2a. edición. México 1975. pág. 620.

31 del Código Penal, tratandolo de ajustar a derecho y, exigiendo — que los vehículos que transiten, deberán contar con un seguro que — cubra los daños a terceros, como sucede con las aeronaves y autobu— ses del servicio público federal, casos concretos que nos permiten — apreciar que sí es factible la implementación de un reglamento de e— sa naturaleza sin que con ello se conculquen garantías Constitucio— nales de seguridad jurídica, de libertad, ni de ninguna especie.

CONCLUSIONS

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La responsabilidad civil es una sanción general del derecho, que necesariamente entraña un daño, el cual puede ser definido como: "Toda lesión, pérdida, menoscabo, deterioro o agravio sufrido en el patrimonio, pecuniario o moral, por una conducta lícita o ilícita de otro, o por una cosa que éste posee, o por persona bajo su custodia y que la ley considera para responsabilizarla".

Este daño, puede ser causado esencialmente por un hecho ilícito o por un riesgo creado, quedando comprendidos dentro de los hechos ilícitos, el incumplimiento de los contratos y la inobservancia de un deber en estricto sentido.

Las doctrinas Alemana, Francesa o Italiana, sostienen que el daño debe ser reparado tomando en cuenta: La fecha en que se condena a esa reparación, a la cual se deberá atender para el pago; deberán tomarse en cuenta, los fenómenos inflacionarios, devaluatorios e indexatorios, dar lugar a una revisión que puede generar una indemnización suplementaria o una compensación.

SEGUNDA.- La reparación del daño, desde la legislación Romana hasta nuestro días, ha tenido como fin el que la víctima, que no ha dado ocasión a la perturbación de su patrimonio, de ser posible recupere sus objetos o cosas que le han sido privadas o bien perciba una suma de dinero por concepto de resarcimiento, aminorando su resentimiento hacia el que le dañó e impidiendo la venganza, contribuyendo así al mantenimiento del orden jurídico.

En México, igualmente, se ha procurado tutelar y proteger los inter

ses de las víctimas de los delitos o de sus herederos, a través de diversos sistemas, que podríamos dividir de la siguiente forma:

a).- Desde la época del Imperio Azteca hasta el segundo tercio del siglo XIX, la acción indemnizatoria del daño correspondía exclusivamente al poder público, no haciendo distinción alguna entre la reparación del daño y la pena misma.

b).- En el año de 1871 el Código Penal, concede a la víctima u ofendido, la titularidad de la acción reparadora mediante el fincamiento de la correspondiente responsabilidad civil, sistema que cambió debido a la insolvencia del criminal, apatía del ofendido para deducir sus derechos, consideración de que la pena corporal es suficiente sanción para el delincuente y el desprecio del ofendido hacia las cantidades que el victimario pudiera entregar por concepto de indemnización.

c).- El Código Penal de 1929, inicia la transición de la indemnización del daño como parte de la pena, nuevamente, dejando en manos del Ministerio Público el ejercicio de la acción reparadora, a través de un incidente y con la posibilidad de que el ofendido interviniera directamente como coactor, pero dada su imprecisión al regular la materia, nuevamente se cambió de sistema.

d).- Con el fin de lograr una reparación del daño "aunque sea parcial" (así lo dice la Comisión Redactora) definitivamente se deja en manos del Ministerio Público la acción de responsabilidad civil, previendo diversas facilidades en favor del ofendido para la mejor pro-

tección de la víctima.

Sin embargo han fracasado, por la lenta, arbitraria, ineficaz, deficiente y caprichosa actuación del Representante Social, que por la carga de trabajo o falta de conocimientos cumple con su trabajo a medias, con la idiosincracia de nuestro antepasados, de que con la imposición de la pena basta, sin considerar que en ocasiones, aunque parezca inmoral, el poco o mucho dinero que un reo pague en concepto de indemnización por el daño ocasionado, deja de animar a la comisión de los delitos, reafirma la confianza del ofendido por las instituciones y contribuye a la persecución de los delitos; y más aún, puede constituir un aminoramiento de el odio hacia el agresor de el patrimonio del pasivo, ya que en ocasiones la mayor angustia de una madre, de una mujer o de unos hijos, la constituye el quedar desamparado o haber perdido el único sostén de la familia.

TERCERA.- Como causa de origen de los daños, podemos mencionar, como ya lo hemos hecho anteriormente, a los hechos ilícitos, ya sea con trascendencia civil o penal, pues el campo de la anti-juricidad es sólo uno. Y en este sentido podemos afirmar que siempre genera la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula, consistente en una indemnización, ya sea restituyendo, reparando o resarciendo el daño ocasionado.

CUARTA.- La Reparación del daño encuentra su fundamento, desde la Constitución, como Ley suprema, en los artículos 5, 17, 20 y 22, hasta las Leyes secundarias, como el Código Civil, en sus artículos ---

1910 al 1934 y 2104 al 2118 en lo conducente, el Código Penal en sus artículos 29 a 39 y algunas otras disposiciones en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias y la extinción de la responsabilidad penal, asimismo la Ley de Normas Mínimas y el Reglamento del Patronato de Asistencia para Reincorporación Social en el Distrito Federal. Ordenamientos que dedican sus mayores esfuerzos en favor del reo, a través de garantías constitucionales, reglas para el fincamiento de la responsabilidad, establecimientos penales, beneficios del reo, sistemas de educación correccional, opciones para su sostenimiento, etcétera, en fin los sufrimientos del ofendido subsisten, pues - siendo un ente ajeno en el juicio en el que se resuelve respecto de bienes jurídicos tutelados, supuestamente en su favor, y funcionando los tribunales como si la víctima no existiera, no tiene nada que hacer.

El supuesto jurídico, consistente en que la existencia o inexistencia de la responsabilidad penal, no implica la irresponsabilidad de reparar el daño conforme a la legislación civil, no se actualiza en el caso de que el reo sea sentenciado a una pena corporal y no así a la reparación del daño, pues no quedan a salvo los derechos del ofendido para hacerlos valer, por que resulta violatorio de garantías y debido a que los hechos delictuosos no quedan reglamentados en el Código Civil, sólo es competente el juez penal para imponer la obligación a reparar el daño, y más aún, el particular no puede ejercer una acción que se encuentra monopolizada por el Ministerio Público.

CUARTA.- El obligado a la reparación del daño, lo es el delincuente, pero puede exigirse de terceros, mediante un incidente de carácter civil dentro del procedimiento penal. Las personas que se señalan como responsables son las mismas a las que se refiere la legislación civil, excluyéndose o no considerando al Código Penal a algunos terceros responsables, pero siendo una responsabilidad civil, queda regulada dentro de los hechos ilícitos como fuente de las obligaciones, a las que se refiere la Legislación Civil.

QUINTA.- La forma en la que se debe reparar el daño, se ha analizado y en materia penal de manera alguna es satisfactoria.

Refiere un reglamento que regulará la forma en que administrativamente se garantizará la reparación del daño, que se encuentra desde hace más de 50 años suspendido en sus efectos, unos depósitos que supuestamente garantizan la reparación del daño, pero que en realidad lo que garantizan es la libertad caucional y que en caso de sustraerse a la acción de la justicia, el reo, quedan en beneficio del Estado, no señalándose por cierto para que fines, que bien pudieran ser para un fondo que se aplicaría para la reparación del daño, de la actividad de la autoridad fiscal en el cobro de el importe de la reparación del daño, que resulta ineficaz y lenta, y asimismo de la intervención, en el procedimiento federal, del juez y del Ministerio Público aún cuando ya ha terminado el juicio y toca la etapa de ejecución de sentencia la cual es netamente administrativa.

Por lo que se refiere a la materia civil, es decir el incidente que se deberá tramitar para exigir la reparación del daño de tercera por

sona ajena al delincente, como primer obstáculo presenta, el que sin fundamento legal alguno no pueda promoverse sino se es coadyuvante - del Ministerio Público, coadyuvancia que se obtiene a través de una promoción ante el juez, con la firma de visto bueno del Representante Social, que en ocasiones sin motivo niega, posteriormente si el - anárquico Ministerio Público considera que resultara muy complejo el procedimiento tratará de convencer al ofendido de que se conforme -- con la pena corporal, si es que la logra, del activo del delito.

Esta es la situación que prevalece, cuantas veces no hemos oído en - el foro, que el ofendido se lamenta de esta situación o el propio Agente del Ministerio Público, en la mayoría de las ocasiones, comenta lo engorroso que es perfeccionar las pruebas que presenta el ofen- dido para que proceda la reparación del daño.

SEXTA.- Si la ineficacia de los sistemas que precedieron al actual - sistema, ocasionaron su modificación, toca entonces pensar en el que sustituya al presente, pues se ha visto que no satisface los motivos por los cuales se torna la acción de reparación del daño o responsa- bilidad civil como acción pública.

En principio, deberá reconocerse que la reparación del daño es esen- cialmente civil y que no puede considerarse pena, para el delincente y no pena, para los terceros, pudiéndose establecer la interven- ción del Ministerio Público, como subsidiaria, para el caso de que - la víctima así lo pida o no pueda ejercitar por sí mismo la acción,

debiéndose evitar los sistemas ilusos, como por ejemplo el que establece el Código Penal del Estado de México y el de Guanajuato, por decir algunos que procuran un cambio, pero no sustancial, tibio, tímido, parcial, no obstante que en la Exposición de Motivos correspondiente expresan claramente que no ha dado resultado el sistema actual, parecido al del Código Penal del Distrito Federal, indicando que la sentencia penal que condena a la reparación del daño, sirve de título ejecutivo para demandar su pago en la vía civil, valiosa tutela que obliga a un doble procedimiento.

Es el ofendido, la víctima, el pasivo y sus herederos, los que mejor que ninguna otra persona, verán la forma de hacer valer sus derechos, quienes podrán todo el empeño para creditar el monto del daño, su existencia, para acreditar su acción, para hacer que se desestime la excepción del demandado, para creditar su justa demanda.

En tanto se obtiene este cambio radical, deberá hacerse un reenvío a la legislación laboral para el caso de daños a las personas; por lo que hace a las cosas u objetos, deberán establecerse tablas que fijen mínimos para la reparación del daño, cuando no se pueda acreditar el monto, ponerse en vigor nuevamente el reglamento al que se refiere el artículo 31 del Código Penal, pues si es posible que previo al permiso para circular un vehículo se le exija un seguro, pues lo mismo sucede con el servicio público federal de autobuses, barcos y aviones, a los cuales se les obliga a la contratación de un seguro y se establecen cantidades a cubrir por concepto de indemnización en el caso de pérdidas humanas o materiales.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- Abouhamad Hobaica, Chibly. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano 1. Tomo II. Editorial Jurídica Venezolana. 3a. edición. Caracas 1978.
- Acero, Julio. Procedimiento Penal. Editorial José M. Cajica, Jr. -- 6a. edición. México 1968.
- Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial -- Kratos. 9a. edición. México 1984.
- Bonnecase, Julian. Elementos de Derecho Civil. Tomo II. Editorial -- Cajica. México 1946.
- Berja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial José M. Cajica, Jr. México 1960.
- Berja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1959.
- Berja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo II. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1960.
- Cardona Arizmendi, Enrique y Cuauhtémoc Ojeda Louríquez. Nuevo Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. Editorial Cárdenas. México 1978.
- Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Lecciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1950.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. La Organización Social de los Antiguos -- Mexicanos. Ediciones Netas. México 1966.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Givas. Código Penal -- Anotado. Editorial Porrúa. 12a. edición. México 1986.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 4a. edición. México 1974.

- Castro, Juventino C. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa. México 1976.
- Ceniceros, José Angel. El Nuevo Código Penal. Talleres Gráficos de la Nación. México 1931.
- Ceniceros, José Angel y Luis Garrido. La Ley Penal Mexicana. Ediciones Botas. México 1934.
- Claria-Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Editorial EMLAR. Buenos Aires 1959.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Nacional. - 9a. edición. México 1961.
- Declarevil, J. Roma y la Organización del Derecho. La Evolución de la Humanidad. Síntesis Colectiva, Sección Primera. Introducción. Tomo XXI. Editorial UTEHA. 2a. edición. México 1958.
- Fenech, Miguel. Derecho Procesal Penal. Tomo 1. Editorial Labor. - 3a edición. España 1960.
- García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.
- García Ramírez, Sergio y Victoria Adato de Ibarra. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1984.
- González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. 4a. edición. México 1978.
- González de la Vega, Rene. Comentarios al Código Penal. Editorial Cárucmas. 2a. edición. México 1981.
- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. 5a. edición. México 1980.

- Medemann, J. W. Tratado de Derecho Civil. Volúmenes II y III. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - 1958.
- Lehmann, Heinrich. Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Público. Serie "C". Volumen XXXIX. Parte General. Volumen I. Editorial Revista de Derecho Privado. 7a. edición. Madrid 1956.
- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo II. Editorial Témis. 4a. edición. Bogota 1972.
- Manzini, Viconze. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Primera Parte Teorías Generales. Editorial EDIAR, Buenos Aires 1942.
- Margadant S, Guillermo F. Derecho Romano. Editorial Esfinge. 9a. edición. México 1980.
- Mazeaud Henry y León y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. -- Parte Segunda. Volúmenes I y II. Ediciones Jurídicas Europa, América-Buenos Aires. Buenos Aires 1969.
- Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV. Derecho de las Obligaciones. Parte General. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. 8a. edición. Argentina 1971.
- Miguel Caballero, Manuel. La Ley Aquilia y los Derechos de la Personalidad. Editorial Tradición. México 1983.
- Muñoz, Luis. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Obligaciones y Contratos. Editorial Novela. México 1971.
- Obregón Heredia, Jorge. Código de Procedimientos Penales para el -- Distrito Federal. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1977.
- Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. -- Editorial Témis. Bogota 1976.

- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1974.
- Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Editorial Cárdenas. México 1974.
- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. 9a. edición. México 1963.
- Piña y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 1948.
- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Las Obligaciones. Tomo IV. Primera Parte. Editorial La Ley. Buenos Aires 1964.
- Ripert, George y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Las Obligaciones. Tomo V. Segunda Parte. Editorial La Ley. Buenos Aires 1965.
- Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto. Obligaciones. Volúmenes I y II. Editorial Antigua Librería Sobredo. 2a. edición. México 1960.
- Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto. Obligaciones. Volumen III. Editorial Antigua Librería Sobredo. 2a. edición. México 1965.
- S. Macedo, Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Editorial Cultura. México 1951.
- Salvat, Raymond M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Tomo I. Obligaciones en General. Editorial Tipográfica Editora Argentina. 6a. edición. Buenos Aires 1962.

- Soto Pérez, Ricardo. nociones de Derecho Positivo Mexicano. Editorial Lafinge. 2a. edición. México 1978.
- Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Editorial Porrúa. 3a. edición. México 1986.
- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. 2a. edición. México 1975.
- Ven Thur, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volúmen I¹. Los Derechos Subjetivos. Editorial de Palma. -- Buenos Aires 1946.
- Ven Thur, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volúmen II. El Patrimonio. Editorial de Palma. Buenos Aires 1946.
- Ven Thur, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volúmen III². Los Hechos Jurídicos (el negocio jurídico). -- Editorial de Palma. Buenos Aires 1946.
- Zoltán Mészé, Kornél. La Injuria en el Derecho Penal Romano. Editorial Abeledo-Ferret. Buenos Aires 1970.

LEGISLACION

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. 77a. edición. México 1985.
- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. 53a. edición. México 1984.
- Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871. Editorial Tipográfica de J. M. Aguilar Ortiz. México 1875.
- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929. Talleres Gráficos de la Nación. México 1929.

- Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, 43a. edición, México 1987.
- Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados; promulgada por LCA el 4 de Febrero de 1971; publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de Mayo de 1971; y en vigor el 19 de Junio de 1971.
- Reglamento del Artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales; promulgado por ALF el 28 de Agosto de 1934; publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de Agosto de 1934; y en vigor sesenta días después de su publicación.
- Decreto por el cual se aplaza la vigencia del Reglamento del Artículo 31 del Código Penal; promulgado por ALF el 25 de Octubre de 1934; publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de Octubre de 1934.

OTRAS FUENTES

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada para los jóvenes. Editada por el Consejo Nacional de Recursos para la Atención de la Juventud. CNAJ, México 1985.
- Derechos del Pueblo Mexicano. México A través de sus Constituciones III. Antecedentes y Evolución de los artículos 1 al 15 Constitucionales. Editada por la XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. - México 1967.
- Derechos del Pueblo Mexicano. México A través de sus Constituciones IV. Antecedentes y Evolución de los artículos 16 al 27 Constitucionales. Editada por la XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. - México 1967.

-Semanao Judicial de la Federación, Jurisprudencia de la Suprema -
Corte de la Nación de los fallos pronunciados en los años 1917 a --
1965. Primera Parte, Primera Sala. Imprenta Murguía, México 1965.