

308
2 ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

"LA INTERVENCION OFICIOSA DEL
MINISTERIO PUBLICO EN LA
REPARACION DEL DAÑO EN MATERIA
PENAL"

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

MARIA DEL CARMEN RAMIREZ ROMERO

FALLA DE ORIGEN



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

INTRODUCCION

CAPITULO I

	EL MINISTERIO PUBLICO	PASINA
A.	NOCIONES GENERALES.....	1
	1. Etimología.....	2
	2. Concepto.....	3
B.	ANTECEDENTES HISTORICOS.....	7
	1. Grecia y Roma.....	8
	2. Italia y España.....	12
	3. Francia.....	15
C.	EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.....	18
	1. Exposición de motivos del artículo 21 Constitucional.....	22
	2. Sus atribuciones.....	25
	3. Principios esenciales que lo caracterizan.....	30

CAPITULO II

	LA REPARACION DEL DAÑO.....	36
A.	CONCEPTOS.....	39
	1. Daño.....	39

	2. Reparación.....	40
	3. Reparación del daño.....	40
B.	EN MATERIA PENAL.....	45
	1. Código Penal de 1971.....	45
	2. Código Penal de 1929.....	48
	3. Código Penal de 1931.....	54
C.	EN MATERIA CIVIL.....	64
D.	EXIGIDA A TERCEROS.....	70

CAPITULO III

LA REPARACION DEL DAÑO EXIGIDA OFICIOSAMENTE POR EL MINISTERIO PUBLICO.

A.	ARTICULO 24 DEL CODIGO PENAL.....	79
B.	INCIDENTE PARA RESOLVER LA REPARACION DEL DAÑO SEGUN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR.....	86
C.	LA CONDENA CONDICIONAL.....	101

CAPITULO IV

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y TENDENCIAS PARA HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO.....

A.	CUANDO EL DELINCUENTE NO PUEDE CUBRIR EL DAÑO O SOLO PUEDE CUBRIR UNA PARTE DE ESTE.....	111
----	--	-----

B.	CUANDO EL DELINCUENTE ES INSOLVENTE O BIEN SE COLOCA EN UN ESTADO DE APARTECENCIA.....	118
C.	EL MINISTERIO PUBLICO POR OLVIDO O NEGLIGENCIA NO ALUDE A LA REPARACION DEL DAÑO.....	120
D.	LA INVACION POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO DE LA FUNCION DECISORIA.....	123
E.	ALGUNAS CONSIDERACIONES DE ORDEN PRACTICO Y LEGAL ACERCA DE LA REPARACION DEL DAÑO.....	126
	1. Fijación provisional de la Reparación del Daño.....	126
	2. Pago indebido de la Reparación del Daño en caso de inocencia del procesado.....	129
	CONCLUSIONES.....	131
	BIBLIOGRAFIA.	

INTRODUCCION

Con la presente investigación jurídica pretende - nos hacer patente nuestra inquietud por hallar soluciones de valor duradero y procedimientos acertados que conlleven a una eficaz intervención oficiosa por parte del Ministerio Público en la Reparación del Daño en Materia Penal.

Cabe aclarar que el móvil que nos llevó a ello, no es, sino actualizar el marco sobre el cual se desenvuelve el ofendido y que además sea congruente con su realidad social; dotándolo con ello de instrumentos jurídicos que pueda hacer valer en contra de quien atente sobre sus intereses patrimoniales y morales.

No omitimos manifestar, que ambicionamos sembrar la impaciencia en aquel que tenga en sus manos el crear o transformar las leyes, con el sano deseo de tratar uno de los problemas que quizá dentro de nuestro medio jurídico, no se le ha dado la debida importancia.

No con ello queremos decir que hemos llegado a la solución del problema, solo hemos tratado de colocarnos dentro de la realidad mexicana en el desarrollo de este trabajo, y es por ello, que nos hemos dejado guiar por los lineamientos que sobre el particular han asentado los juristas consue-

tados.

Es indudable que para lograr este fin habremos de buscar primero el verdadero origen del Ministerio Público en cada uno de los pueblos antiguos, aunque nos obligemos a decir que el capítulo de referencias históricas no tiene como objeto primordial buscar el origen del Órgano de la Representación Social, sino únicamente el de tener un principio acostumbrado que sirva de base para ulteriores capítulos.

Posteriormente en el segundo capítulo abordaremos el tema de la Reparación del Daño, contemplada desde el punto de vista de pena pública, así como su distinción en la rama penal y civil; en el penúltimo capítulo hablaremos de la Reparación del Daño exigida a terceros y la figura jurídica de la Condena Condicional. Finalmente trataremos la problemática de la Reparación del Daño y las posibles alternativas de solución a la misma.

Deseamos desde luego, dejar constancia de gratitud al Licenciado José Hernández Rodríguez, quien prestó su valiosa cooperación en la conclusión de esta pequeña obra.

CAPITULO I

EL MINISTERIO PUBLICO

A. NOCIONES GENERALES

1. Etimología.
2. Concepto.

B. ANTECEDENTES HISTORICOS

1. Grecia y Roma.
2. Italia y España.
3. Francia.

C. EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO

1. Exposición de motivos del artículo 21 Constitucional.
2. Sus atribuciones.
3. Principios esenciales que lo caracterizan.

CAPÍTULO I

EL MINISTERIO PÚBLICO

A. NOCIONES GENERALES.

La Institución del Ministerio Público, se presenta revestida en la actualidad de una gran trascendencia, en virtud de las actividades que le han sido encomendadas, siendo este el motivo por el cual se considera necesario puntualizar en primer término sus raíces etimológicas; sus diferentes acepciones, así como todas aquellas figuras jurídicas antiguas en las cuales se ha tratado de encontrar el antecedente más remoto de nuestra Institución.

De tal forma, podemos afirmar que la Institución del Ministerio Público ha tenido cambios radicales desde sus inicios hasta nuestros días, porque los orígenes más remotos de ésta no guardan una conexión que sea fácil de seguir para llegar hasta la moderna Institución que hoy en nuestros días conocemos.

La Institución del Ministerio Público se ha desarrollado en forma muy diferente en los países que lo han adoptado, aunque presenta los mismos lineamientos fundamenta-

les, es decir, en cierta medida se encuentra unificada su forma de funcionamiento.

En la actualidad la Institución del Ministerio Público tiene señaladas sus bases en los preceptos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales se encargan a la vez de señalar a ésta su ámbito particular dentro de nuestra organización jurídica.

I. Etimología.

Etimológicamente * La palabra Ministerio viene del latín *ministratio*, que significa cargo que ejerce uso, empleo oficio, suspensión, especialmente noble y elevado. Por lo que hace a la expresión Público, ésta deriva también del latín *publicus-populus*: pueblo, indicando lo que es notorio, visto o sabido por todos, aplicase a la potestad o derecho de un carácter general y que afecta en la relación social como tal. "

(1)

De tal forma podemos llegar a la conclusión que la

[1] José Franco Villa; *El Ministerio Público Federal*; Primera Edición; Editorial Fondo Humano, S.A; México, 1985; Pá
gina 3.

expresión Ministerio Público en su sentido gramatical significa: el cargo jerárquico que se ejerce en relación a un pugnado.

2. Concepto.

El autor citado con antelación refiere: " En un sentido jurídico la institución del Ministerio Público es una dependencia del poder ejecutivo que tiene a su cargo la representación de la ley, que esta atribuida al fiscal ante los tribunales de justicia. " (2)

Fenech citado por Sergio García Ramírez, define al Ministerio Público como " Una parte acusadora necesaria de carácter público, encargada por el Estado a quien representa de pedir la actuación de la pretensión positiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal. " (3)

Por su parte Guillermo Colín Sánchez lo conceptualiza en los términos siguientes: El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo)

(2) Op. Cit.; pág. 4

(3) Casos de Derecho Procesal Penal; Cuarta Edición; Edición de la Porrúa, S.A.; México, 1983; Pág. 154.

que actúa en representación del interés social, en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes. " (4)

Joaquín Escriche refiere: " Entiéndase por Ministerio Fiscal que también se le llama Ministerio Público, las funciones de una magistratura particular que tiene por objeto velar por los intereses del Estado y de la sociedad en el de tribunal; o que, bajo las órdenes del gobierno tiene cuidado de promover la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado y la observancia de las leyes que determina la competencia de los tribunales. " (5)

Cabe aclarar que históricamente los fiscales eran los abogados nombrados por el rey promoviendo y defendiendo en los tribunales superiores del reino, los intereses del fisco y las causas de interés público, para más adelante denominarsele Procurador Fiscal, hasta llegar a nuestros días, conociéndosele como Ministerio Público.

[4] Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; Octava Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1984; pág. 85.

[5] Diccionario Enciclopédico de Legislación y Jurisprudencia; Editorial Porrúa; Bogotá 1977; Pág. 1047.

Como podemos apreciar de la lectura de los autores en comento, existe cierta discrepancia en cuanto a la figura jurídica del Ministerio Público, toda vez que, mientras Fe - nech nos dice que representa al Estado, Colín Sánchez dice _ que es representante de la sociedad; sin embargo, al ser dueño de personalidad jurídica, que en contraposición carece la sociedad, la mayoría de los autores están de acuerdo en concebir al Ministerio Público como representante del Estado, _ aunque frecuentemente en la práctica se lo menciona en su _ condición de representante o Representación Social.

Así pues, tanto en la segunda como en la tercera _ de las definiciones descritas se acentúa la participación _ del Ministerio Público en el procedimiento criminal, siendo que en la actualidad dicha participación no es exclusivamente penal, en virtud de que se extiende su actividad, a la vigilancia de la legalidad, veredecación, la preservación de intereses de débiles e incapacitados en el ramo civil, como _ particularmente en la rama familiar.

Por último podemos decir que lo correcto sería con- cebir al Ministerio Público como Representante de la ley, co- mo atinadamente lo señala José Franco Villa, pero debe ac- clararse , que el Ministerio Público no es el único representa- te de la ley, sino también lo son los tribunales, y al afir-

mar que lo correcto es considerarse al Ministerio Público como Representante de la Ley, partiendo del supuesto que obra imparcialmente al no tener un interés determinado en resolver un proceso dirigido a un sentido en especial, porque su interés será la observancia, la justicia y la aplicación de la ley.

Retomando los elementos e ideas de los anteriores autores, podemos concluir que: El Ministerio Público es una Institución dependiente del Estado, que actúa en representación de la ley, y de las causas del bien público, en todos y cada uno de los casos que la propia ley le asigna.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La Institución del Ministerio Público como hoy en día la conocemos en nuestro país y como existe también en otros países, no ha llegado repentinamente, sino que ha sufrido cambios, que van desde los más incipientes gérmenes de aparición en la humanidad, como lo es en la época en que era el propio sujeto pasivo de un ilícito el que llevaba la acusación ante el cuerpo colegiado que impartía las sanciones, hasta la forma más perfecta y organizada que constituyó una verdadera magistratura como lo es en nuestros tiempos.

Al llevar a cabo el estudio histórico a través de los diversos pueblos en los que se cree existió algún antecedente del Ministerio Público, trataremos de precisar de una manera exacta que pueblo fue el que en realidad puede jactarse de haber sido el creador de la Institución en cuestión, aunque resulta difícil, ya que, dichos pueblos antiguos se han desarrollado en forma muy distinta, por lo tanto únicamente haré una breve semblanza, tratando que nos sirva de pauta para un mejor entendimiento de los capítulos posteriores.

1. Grecia y Roma.

La mayoría de los autores apunta que en Grecia se encuentran las primeras conexiones en el pasado con la mujer en la institución, así González Bustamante refiere: " En el Derecho Atico era el ofendido del delito quien ejercitaba la acción penal en los tribunales. No se admitía la intervención de terceros en las funciones de acusación y de defensa. Regía el principio de la acusación privada, que se fundaba en la idea de la venganza, que fué originalmente el primitivo medio de castigar. El ofendido por el delito cumplía a su modo con la noción de la justicia, haciéndosele por su propia mano. " (6)

Después se encomendó el ejercicio de la acción a un ciudadano, como representante de la colectividad, era una distinción honrosa que exaltaba al elegido y el pueblo lo coronaba con laureles. (7)

El antecedente histórico lo encontramos en los

(6) Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano; Segunda Edición; Editorial Nueva Ediciones; México, 1948; Página 88.

(7) Cfr. ; *Ibid.*

llamados " TEMOSTETI " , que tenían en el Derecho Griego la misión de denunciar los delitos ante el senado o ante la asamblea del pueblo para que eligiera un representante que fuera el portavoz de la acusación, lo que, para algunos autores representa el procedimiento de oficio, de lo que se colige el gérmen del Ministerio Público.

Con tales antecedentes podemos apreciar que los TE MOSTETI eran simples denunciadores, toda vez que, al dejar de ser el ofendido el encargado de acusar, y al ponerse en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se hacía con esto que un tercero imparcial persiguiera al responsable, ya sea procurando su castigo o reconociendo su inocencia.

Sergio García Ramírez nos dice que, con posterioridad a aquella figura aparece la institución del ARCONTE, mismo que, " denunciaba cuando la víctima carecía de parientes o esos no ejercitaban la acción ya sea por incapacidad o negligencia de estos. " (8)

En contraposición con los autores antes citados, el maestro Guillermo Colín Sánchez manifiesta " A pesar del

.....
(8) Op. Cit., pág. 133.

alto grado de desenvolviemiento que llegaron tanto los romanos como los griegos, la institución del Ministerio Público era desconocida para estos pueblos, quizá porque, como ya se dijo anteriormente la persecución de los delitos estaba a cargo de la víctima y sus familiares. " (9)

Como podemos apreciar, este autor cae en el error de no tomar en cuenta la existencia del principio de acción popular y la figura del ARDENTE, que no son otra cosa que meras manifestaciones de representación popular, adqui- riendo un carácter imparcial en la persecución de los deli- tos.

Teciente a la civilización romana, existían unos funcionarios que tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos, quienes mantenían una actividad semejante a la del Ministerio Público (Los JUDICES QUESTIONES); posterior- mente, surge la figura del Procurador del César, quien tenía la facultad para intervenir en las causas fiscales y cuidar del orden en las colonias.

Finalmente en las postrimerias del Imperio Romano, se instituyeron funcionarios cuya actividad estaba vinculada

[9] Op. Cit., pág. 87.

con la justicia penal (CURIOSI, STATIONARI y IBEMARCAS).
Estos eran autoridades dependientes directamente del pretor
y sus funciones estaban circunscritas al aspecto policíaco.

[10]

Carlos Franco Sodi infiere: " Que la acción penal
era monopolizada por los ciudadanos, a cuya actividad espon-
tánea se dejaba la persecución de los delitos y este solo ha
cho es suficiente para demostrar como no es posible encon-
trar en el gran Estado de la antigüedad el antepasado del Mi-
nisterio Público. " (11)

Idea con la cual estamos de acuerdo, ello en razón
de que los CURIOSI, STATIONARI y IBEMARCAS, ejercían funcio-
nes policíacas, sin que tenga alguna relación con la figura
del Ministerio Público actual. Sin embargo, la semilla del
Ministerio Público la encontramos en el procedimiento segui-
do de oficio, teniendo un carácter de verdaderos fiscales
los encargados de intervenir en las causas fiscales y cuidar
el orden de las colonias.

[10] Cfr.; *Ibid.*

[11] *El Procedimiento Penal Mexicano*; Editorial Porrúa, S.A.
Segunda Edición; México, 1939; pág. 51.

2. Italia y España.

Italia.

En Italia durante la Edad Media, existieron los __
llamados " SINDICI ó MINISTRALIS " , los cuales se encarga -
ban de denunciar los delitos ante los tribunales y se encon -
traban bajo el mando de estos. De tal forma que es imposible
comparar nuestra actual institución con los SINDICI ó MINIS -
TRALIS en virtud de que mientras aquéllos poseen en movimien -
to los tribunales de quienes son independientes y no pueden
funcionar sin su actividad, los segundos sí eran dependien -
tes, por ser más bien colaboradores de los órganos jurisdic -
cionales en la presentación oficial de las denuncias sobre __
los delitos. Dificultadándose con ello que no tienen propiame -
nte el carácter de promotores fiscales, sino, más bien repre -
sentan un mero-papel de denunciadores oficiales. [12]

España.

Es a mediados del siglo XI cuando surge dentro de
algunas leyes especiales, unos funcionarios que obraban en __

[12] Cja., Ibíd.

representación del monarca siguiendo fielmente sus instrucciones, funcionarios a los que Franco Sodi define como: " los procuradores fiscales, quienes asistían a los tribunales para procurar el castigo de los delitos que no eran perseguidos por un acusador privado. " (13)

Un elemento característico que podemos apreciar de este concepto, es que su actividad podríamos llamarla como de oficio, sin embargo, no es sino hasta el siglo XVI, cuando las funciones de dichos procuradores se reglamentaron, momento en el que empieza ascender la importancia del Procurador Fiscal y que constituye finalmente una de las primeras figuras dentro de los tribunales de la inquisición y cuya raíz la encontramos en el Derecho Canónico.

Cabe mencionar que la reglamentación a la que aludimos se da con las leyes de recopilación de 1576, expedidas por el rey Felipe II. Otra de las características que señala nos es la oficiosidad que consistía en que actuaban en nombre del pueblo y vigilaban lo que ocurría dentro de los tribunales del crimen.

En la actualidad la figura del Ministerio Fiscal

.....
(13) Op. Cit., pág. 53.

funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, empero, independiente de la Judicial, con la característica de que sus funciones son amovibles. [14]

Así pues, los Procuradores Fiscales o Promotores Fiscales, como defensores que son de la causa pública, eran los encargados de promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad, tenían entre sus funciones como señala el maestro M. Orozco Santana " Apurar todos los esfuerzos de su celo para cumplir bien con tan importantes obligaciones, deben seguir hasta el fin, con esmero y diligencia los pleitos y causas de sus atribuciones y abstenerse de ayudar a los reos y acusados en causas criminales como igualmente en las causas civiles so pena de la pérdida del oficio y de la mitad de sus bienes; y no pudiendo ejercer la abogacía en causa alguna, ni aun ante otros tribunales. [15]

[14] Cja. Op. Cit.; José Franco Villa; pág. 19.

[15] Manual de Derecho Procesal Penal; Segunda Edición; Editorial Cárdenas Editor; México, 1983; pág. 47.

3. Francia.

La mayoría de los autores considera la institución del Ministerio Público de origen francés, ya que como vimos en párrafos que anteceden, el antiguo procurador y abogado del rey (encargado de los negocios de la corona) actuaban en forma particular en relación a los negocios del monarca, es en esta época cuando surge el procedimiento de oficio o por investigación que da margen al establecimiento del Ministerio Público, empero, con funciones muy limitadas, entre las que se encontraban perseguir los delitos, aplicar multas y hacer efectivas las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena.

No es sino hasta el siglo XIV, cuando el Ministerio Público precisa sus funciones con mucho más claridad llegando incluso, a concluir que dependiera del Poder Ejecutivo por considerarse representante directo del interés social en la persecución de los delitos.

En este orden de ideas Juan José González Bustamante nos dice al respecto: " El período de acusación estatal tiene su origen en las transformaciones de orden político y social introducidas en Francia al triunfo de la revolución de 1793 y se funda en una concepción jurídico filosófica. "

Es decir, se restablece el Procurador General que se conserva en las Leyes Napoleónicas del siglo XVIII, que daó el Ministerio Público como una institución jerárquica dependiente del Poder Ejecutivo, con funciones de requerimiento y de acción. Carece de funciones instructorias, reservadas estas a las jurisdicciones, pero esto no significa que se le desconozca cierto margen de libertad para el cumplimiento de su cometido.

Estando dividida en un principio la multitud de la Institución para asuntos civiles y penales, en el nuevo sistema se fusionan las dos secciones y se establece que ninguna jurisdicción estaría completa sin la concurrencia del Ministerio Público.

No es sino hasta después de la segunda República [después de la dominación Napoleónica], cuando al Ministerio Público se le reconoce su independencia en relación al Poder Ejecutivo, teniendo entre sus funciones ejercitar la acción penal, perseguir en nombre del Estado ante la jurisdicción penal a los responsables de un delito, intervenir en el período de ejecución de sentencia y representaba a los

[16] Op. Cit.; pág. 96.

incapacitados, a los hijos naturales y a los asientos en la comisión de crímenes, tiene una intervención de manera preponderante, sobre todo cuando se ven afectados intereses de carácter público, en los demás casos su actuación sólo es de manera subsidiaria. [17]

El Ministerio Público francés ha ejercido gran influencia en el nuestro, que además como ya lo vimos en el apartado que antecede, la recibe de una institución muy similar que es la española.

[17] Cja., Juan José González Bustamante; op. Cit.; pág. 98.

C. EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO.

En relación a la evolución histórica de la Institución del Ministerio Público en México, es conveniente en primer término precisar la evolución política y social de la cultura prehispánica, destacando en forma primordial la organización de los Aztecas.

Es así como Guillermo Colín Sánchez nos dice que, el antecedente inmediato de la figura en cuestión lo era el TLATÓANI, quien representaba la Divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre sus facultades reviste gran importancia la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba en los jueces.

De lo expuesto es preciso hacer notar que la persecución de los delitos estaba en manos de los jueces por delegación del TLATÓANI, de tal suerte que las funciones de éstos eran netamente jurisdiccionales, motivo por el cual no es posible identificarlas con nuestra actual Institución, pues si bien es cierto se perseguía el delito, esto era encomendado a los jueces, de lo que se deduce que eran quienes realizaban -

han las investigaciones y aplicaban el derecho. (18)

Con la llegada de los españoles, en México se introdujo también su lengua, sus leyes y su religión, legándonos así mismo la figura de los PROMOTORES FISCALES, pero con ciertas características adaptadas a la sociedad mexicana. A partir de la independencia de México se empieza a perfilar nuestro Ministerio Público, cuando Juárez crea la Ley de Jurados Criminales, previniendo para tal ley tres promotores o procuradores fiscales llamados por primera vez MINISTERIO PÚBLICO, mismos que eran independientes entre sí, ya que no constituían una organización.

A continuación, en el Código de Procedimientos Penales de 1880 y 1894, se crea ya el Ministerio Público como una magistratura que tenía por objeto ejercitar la acción penal, plidiendo la pronta impartición de la justicia en nombre de la sociedad (inspirada en el Ministerio Público francés).

Es en el gobierno del General Díaz cuando aparece la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, dándole atribuciones ya no como auxiliar de los tribunales penales, sino

[18] CJA.; Op. C.C.; págs. 95 y 96.

como parte en el juicio, como titular de la acción penal.

Así aparece definitivamente en el precepto legal número 21 de la Constitución de 1917 promulgada por Don Venustiano Carranza; como institución encabezada por el Procurador de Justicia, teniendo en sus manos el monopolio del ejercicio de la acción penal.

En 1929 con la aparición de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, vigente aún, pero con algunas modificaciones, se da mayor importancia a la institución, entre ellas se encuentra una con gran relevancia que es la obligación de exigir el pago de la Reparación del Dato. (19)

Concluyendo podemos afirmar, que el Ministerio Público en México se forma por tres elementos a saber:

- a. La Promotoría Fiscal Española;
- b. El Ministerio Público Francés, y
- c. Elementos propios mexicanos.

Del primero de los elementos tomó la unidad y la indivisibilidad, pues cuando actúa el agente del Ministerio

(19) Cfx.; Carlos Franco Sedó; Op. Cit.; págs. 54 a 57.

Público no lo hace a nombre propio, sino en representación de toda la institución; la influencia española se encuentra en el procedimiento, cuando por ejemplo el Ministerio Público formula conclusiones, y por último en cuanto a la influencia exclusivamente Nacional la encontramos en la preparación del ejercicio de la acción penal, ya que en México, (a diferencia de lo que sucede en Francia), el medio preparatorio del ejercicio de la acción penal está reservado exclusivamente al Ministerio Público.

3. Exposición de motivos del artículo 21 Constitucional.

Para poder apreciar con claridad cual fué el alcance que pretendió darle el Constitucionalista de 1917 y la transformación sufrida en ese entonces del Ministerio Público, es conveniente exponer las razones que tuvo, contenidas en el artículo 21 Constitucional. En estas condiciones el primer Jefe de la Nación Don Venustiano Carranza, enumera varias razones entre las que resaltan de mayor importancia: "No obstante las imperfecciones y deficiencias del Ministerio Público, las leyes vigentes han adoptado dicha institución, pero esa adopción ha sido nominal porque la función asignada tiene un carácter meramente declarativo, no acorde con la pronta administración de justicia. Ya que los jueces son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, llegando incluso a obligar a confesar a los reos, desnaturalizando por ende, las funciones de la judicatura. Por lo que la nueva organización del Ministerio Público a la vez que evitará ese sistema procesal tan viciado, dará a la institución toda la importancia que le merece, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos eliminando procedimientos atentatorios, sustituyéndolos con elementos de convicción. Por otro lado, al Ministerio Público con la Policía Judicial a su disposición, quitará a los

Presidentes Municipales y a la Policía como la posibilidad de aprehender a cuanta persona juzguen sospechosa, sin más mérito que su limitado criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, la libertad individual quedará asegurada atento a lo que dispone el artículo 16 Constitución que ordena: " Nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, cumpliendo siempre con las formalidades y requisitos que el artículo en cuestión exige. " (26)

Al presentarse para su discusión el artículo 21 en el seno del Congreso, la comisión interpretó el sentir de la primera Jefatura que no fue otra cosa que quitar a los jueces su carácter de policía judicial, haciendo resaltar la pertenencia de la institución, poniéndola bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, fue así como después de varias modificaciones al texto primitivo del proyecto enviado por el Primer Jefe, finalmente quedó redactada en los siguientes términos:

" La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial la cual estará bajo la autoridad y mando de aquel... "

(26) Cja., González Rodamante; Op. Cit.; págs. 111 y 112.

Como podemos apreciar del precepto legal invocado, se desprende del mismo las bases de organización y estructura de la Institución del Ministerio Público, mismas que a continuación analizaremos brevemente.

2. Atribuciones del Ministerio Público.

Estas se derivan y tienen su fundamento en los artículos 21 y 102 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, al preceptuar en el primero de ellos, que la persecución de los delitos queda en forma reservada a la representación social y a la policía judicial, la cual queda bajo el mando inmediato del primero; facultando en el segundo de los preceptos señalados a la Institución en estudio.

Al respecto el jurista Guillermo Colla Sánchez nos dice que la figura del Ministerio Público " Primordialmente, debe preservar a la sociedad del delito y, en ejercicio de sus atribuciones como representante de la misma, ejercitar las acciones penales. Dentro de este campo realizará las siguientes funciones específicas: INVESTIGADORA y PERSECUTORIA. " [21]

Rivera Silva converge con el autor citado con anterioridad, sólo que menciona como actividad primordial la función persecutoria, y dentro de ésta engloba la actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal.

[21] Op. Cit.; Pág. 106.

Respecto a la función persecutoria, nos dice que _____ consiste en perseguir los delitos, es decir, busca reunir _____ los elementos necesarios y hacer las cuestiones pertinentes para que los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas por la ley.

Así tenemos que, la actividad investigadora entraña una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan.

La actividad investigadora es presupuesto forzoso del ejercicio de la acción penal, es decir, del citar a los tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto, pues _____ es necesario dar a conocer la propia situación y, por ende, _____ previamente estar enterado de la misma. Más adelante este _____ mismo autor nos enumera los principios que rigen el desarrollo de la autoridad en estudio, que son:

1. Principio de requisitos de iniciación, es decir se necesita la reunión de presupuestos fijados por la ley;

2. Principio de oficiosidad, esto es, para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación, no se necesita la solicitud de parte, inclusive, _____

en los delitos que se persiguen por querrela necesaria;

3. Principio de legalidad, es decir, aunque el órgano de investigación practica su averiguación de oficio, es por ello queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo la misma investigación. (22)

La segunda actividad de la función persecutoria consiste en el llamado EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Para entender dicha actividad es necesario puntualizar que se ha de entender por acción penal, y al respecto el maestro Rafael Pérez Palma nos dice: " La acción no es otra cosa más que el derecho o facultad que nos existe de conformidad con el artículo 17 Constitucional, para acudir ante el Órgano Jurisdiccional y pedirle que intervenga, a efecto de que dando aplicación a la ley, haga valer o respetar el derecho del orden privado que nos corresponde, en atención en una determinada situación de hecho y cuyo derecho nos es desconocido por la parte contraria. " (23)

(22) El Procedimiento Penal; Editorial Porrúa, S.A.; Séptima Edición; México, 1975; CJA.; págs. 41 y 42.

(23) Guía de Derecho Procesal Penal; Cadenas Editor y Distribuidor; Segunda Edición; México, Distrito Federal, 1975; págs. 23 y 24.

Como podemos apreciar el autor antes citado define únicamente a la acción, no así a la acción penal; sin embargo, Manzini, citado por el mismo autor considera: " que la acción penal es la actividad procesal del Ministerio Público dirigida a obtener del juez una decisión en mérito a la pretensión punitiva del Estado, proveniente de un delito. "(24)

De lo antes expuesto se deduce que la primera atribución del Agente de la Representación Social, la más propia hoy por hoy, de naturaleza puramente procedimental, lo es la persecución de los delitos, que dicha Institución lleva a cabo tanto en la averiguación previa (anterior al ejercicio de la acción penal), como a través de su atribución procesal acusadora.

Y finalmente, la misión vocacional atribuida a la Institución del Ministerio Público le es asignada por imperio de las leyes aplicables, específicamente, artículo 21 y 102 de nuestra carta magna. Es importante señalar que el Ministerio Público no solo en el ámbito penal tiene funciones derivadas de la ley, sino también en la esfera del derecho civil en razón de que se manifiesta en asuntos en los cuales el interés del Estado debe proteger ciertos bienes colectivos o

[24] Op. Cit., pág. 24.

de una tutela especial. Así como en el juicio constitucional y como consejero auxiliar del ejecutivo, estas funciones atribuidas al Ministerio Público Federal; aunque en algunas ocasiones el Procurador de Justicia del Fuero Común en algunas entidades Federativas tiene también asignadas las funciones de consejero jurídico del Ejecutivo local.

3. Principios esenciales que lo caracterizan.

Referente al funcionamiento de la Institución del Ministerio Público en México, tanto en la doctrina como en la ley se encuentran los principios esenciales que lo caracterizan, los cuales la mayoría de los autores están de acuerdo en que son los siguientes a saber: LA JERARQUÍA, LA INDIVISIBILIDAD, LA INDEPENDENCIA, LA IRRECUSABILIDAD, LA IRRESPONSABILIDAD y LA BUENA FE.

Tocante a la JERARQUÍA, Guillermo Colla Sánchez refiere: " Que el Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones del mismo. Las personas que lo integran, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador. "

[25]

A la luz de lo expuesto por el referido autor, podemos decir que, en cuanto hace al primero de los principios señalados se deduce que el mando se encuentra acumulado en

[25] Op. C&C.; pág. 109.

el Procurador General de Justicia, y que los Agentes Auxiliares (Ministerio Público), tienen facultades derivadas del primero, de tal suerte que sólo así se podría llevar a cabo correctamente las funciones conferidas a éste último.

El principio de INDIVISIBILIDAD, nos dice Carlos Brenes Santana que, " Consiste en que los funcionarios no actúan por cuenta propia, sino en forma exclusiva para el Órgano investigador, de donde se colige que si el funcionario es substituido por otro, las diligencias practicadas por el anterior tengan validez, ya que no se toma en cuenta la característica personal de quien actúa, sino la investida y facultades con que lo hace, de tal suerte que las actuaciones tienen validez jurídica. " (26)

El maestro Rafael Pérez Palma reconoce la característica señalada, sólo que al referirse a la misma lo hace en el sentido de que el Ministerio Público es uno y único, toda vez que representa una sola parte (la sociedad). La persona física de los agentes del Ministerio Público podrá variar pero la pluralidad de sus miembros no altera sus funciones; mismas que se refieren a medidas de orden administrativo, pero que no alteran la esencia de la Representación Social que

(26) Op. Cit.; pág. 48.

realizan, vengada, en el supuesto que un Agente del Ministerio Público actuara en un proceso en contra de las instrucciones recibidas por el Procurador, éste último no podrá modificar lo hecho por el Agente. (27)

Por lo expuesto podemos interpretar que no existen jerarquías, lo cual iría en contra del primero de los afores señalados, idea con la cual nosotros tampoco convergemos ya que, como quedó asentado anteriormente el Ministerio Público depende del Procurador General.

En este orden de ideas la indivisibilidad no consiste en que los funcionarios actúen a nombre propio, sino a nombre de la Institución, pudiéndose separar cualquiera de ellos, o bien ser sustituido sin que por lo mismo se afecte lo actuado.

La INDEPENDENCIA del Ministerio Público se refiere a la jurisdicción, porque si bien es cierto sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales. Esto se explica sin mayores complicaciones, si para ello hacemos notar la división de poderes existente en nuestro país y las caracte

.....
[27] CJA.; Op. C.L.; págs. 21 y 22.

terísticas que lo singularizan, de tal manera que concretamente, la función corresponde al Ejecutivo, depende del mismo, no pudiendo tener ingerencia ninguno de los otros en su actuación. (28)

En contraposición a dicha aseveración, el maestro Rafael Pérez Palma infiere, que el Ministerio Público es independiente, pues no depende de nadie, se rige por su propia Ley Orgánica actuando bajo la dirección y mando de un sólo jefe, el Procurador de Justicia, cuyo nombramiento y permanencia en el cargo depende del Presidente de la República o de los Gobernadores de los Estados. (29)

Por nuestra parte nos aillamos a lo indicado por el segundo de los autores referidos, en virtud de que podemos apreciar, de los artículos 21 y 102 de la Constitución, que el Jefe del Ejecutivo no posee más facultad que nombrar y remover libremente a los Procuradores; y no hay una sola disposición que le permita una intromisión en el ejercicio de las funciones técnicas propias del Ministerio Público.

(28) Cja.; Guillermo Colla Sánchez; Op. Cit.; pág. 110.

(29) Cja.; Op. Cit.; pág. 11.

De manera que podemos afirmar que el Ministerio Pú-
blico sí es autónomo en sus funciones, no estando limitado
por ningún poder, sino tan solo por la ley.

El sustento jurídico de la IRRECUSABILIDAD del Mi-
nisterio Público la encontramos en los artículos 12 y 14 de
la Ley de la Procuraduría General de la República y Orgánica
de la Procuraduría General de Justicia.

Guillermo Colín Sánchez resume ambos ordenamientos
diciendo, " Cuando existe alguna de las causas de impedimen-
tos que la ley señala para los excesos de los magistrados y
jueces federales, debería excusarse del conocimiento de los
negocios en que intervengan, situación en la que se confiere
al Presidente de la República la facultad de calificar la ex-
cusa del Procurador General y éste de los funcionarios del
Ministerio Público Federal. " (30)

Es decir, la irrecusabilidad como menciona Guillen
no Borja Barro, es otra prerrogativa acordada por ley al Mi-
nisterio Público, porque de no ser así, su acción que es in-
cesante y que interesa directamente a la sociedad, podría
ser frecuentemente entorpecida, si se concediera al acusado

(30) Op. Cit., págs. 119 y 121.

el derecho de recusación; empero, los Agentes tienen el deber de excusarse por los motivos establecidos en el Código de Procedimientos Penales, calificados por la ley como impedimentos. [31]

Concretando las anteriores ideas es necesario apuntar que la irrecusabilidad del Ministerio Público se hace manifiesta en el hecho mismo que tal órgano no puede dejar de conocer los hechos que se le sometan a su consideración, sin que ello signifique que sus agentes no deban excusarse en los mismos términos que los juegadores.

Para Horja Soriano la IRRRESPONSABILIDAD, " tiene por objeto proteger al Ministerio Público contra los individuos que él persigue en juicio, a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal, aún en los casos de ser absueltos. Esto no quiere decir que puedan obrar a su capricho o que no se les pueda perseguir por violación a la ley o infracciones en sus deberes. " [32]

En otras palabras se dice que el Ministerio Públi-

[31] Cja.; Op. C.J.L.; pdg. 11.

[32] Ibíd.

co es irresponsable con motivo de su actividad, ya que no puede atribuirsele la comisión de un delito por ser una institución de buena fe, lo que no significa que sus agentes lo sean, ya que estos son personas de la institución, pero no ella.

Por lo que respecta a la SEMA FE, el maestro Julio Acero nos dice que, " La misión del Ministerio Público es de Buena Fe, en el sentido de que no es su papel el de ningún delator, inquisitor, ni siquiera perseguidor o contestante forzoso de los procesos. Su interés no es necesariamente el de la acusación o la condena, sino simplemente, el interés de la sociedad y la justicia. " (33)

En este sentido el profesor Pérez Palma manifiesta que la Institución del Ministerio Público debe ser de buena fe, ello en virtud de que la sociedad tiene tanto interés en el castigo de los responsables de los delitos, así como en respetar los derechos y garantías de los individuos, de tal suerte que las funciones del Ministerio Público deberán mantener un equilibrio dentro de esos dos extremos, y en consecuencia, esa institución no debe desempeñar el papel de in-

.....

(33) Procedimiento Penal; Editorial José Cajón JA., S.A.; Sexta Edición; Puebla, México, 1988; Págs. 32 y 33.

quisitor, ni mucho menos constituirse en una asonada pública o de procesados. (34)

Lo anterior podemos entenderlo en razón de que efectivamente a la sociedad le interesa tanto el castigo como la absolución del inocente, de ahí que el Código Italiano quiera que no se le denomine parte en el proceso a la Institución de la Representación Social, siguiendo el prototipo de la contienda civil, apoyándose en que el Ministerio Público no debe oponerse a la defensa, y además presentar las pruebas de cargo y descargo y sostenerlas conforme a la ley, sin escorrarse en un sólo criterio como comunmente suele suceder.

Lo cual consideramos improcedente e inoperante, toda vez, que en la actualidad contamos con un órgano de defensa instituido para la asesoría del delincuente y de sus familiares, llamado defensor de oficio.

.....
(34) Cja., Op. C.C., pág. 11.

CAPITULO II

LA REPARACION DEL DAÑO

A. CONCEPTOS.

1. Daño.
2. Reparación.
3. Reparación del Daño.

B. EN MATERIA PENAL.

1. Código Penal de 1871.
2. Código Penal de 1929.
3. Código Penal de 1931.

C. EN MATERIA CIVIL.

D. EXIGIDA A TERCEROS.

CAPITULO II

LA REPARACION DEL DAÑO.

La Reparación del Daño se encuentra consagrada en los artículos 29 a 39 respectivamente, del Código Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales, en los cuales trata conjuntamente a la multa y a la REPARACION del DAÑO.

Se dice que la Reparación del Daño que deba ser hecha por todo delincuente tiene el carácter de pena pública; esto es, que se hace efectiva del mismo modo que la multa.

La indemnización del daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito al cambiar una situación jurídica existente. El artículo 1815 del Código Civil previene que la Reparación del Daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando esto sea imposible en el pago de los daños y perjuicios.

De lo antes expuesto, deviene la necesidad de puntualizar con precisión que se entiende por Reparación y que

por daño.

A. CONCEPTOS.

1. Daño.

Proviene del latín " DAMNUM " daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien. (35)

Esto es, según los doctrinarios, el daño puede ser ya bien material o moral.

Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.

Por daño material, podemos entender el que recae sobre cosas u objetos perceptibles por los sentidos. Luego entonces, el perjuicio es de fácil apreciación, no así el daño moral definido por los juristas, como la lesión que sufre

.....

[35] *Vocabulario Jurídico Mexicano; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Tomo III (P); Ia. Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1945; pág. 13.*

una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos.

2. Reparación.

Entiéndase por esta, como " Resagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. [36]

En otras palabras la reparación puede ser entendida como la indemnización o el resarcimiento por la ofensa o el daño causado.

3. Reparación del Daño.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, define a la Reparación del Daño como: " Pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el status quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito. "

(37)

.....
[36] Diccionario Enciclopédico Universal; Tomo VII; Edición -
Ald. Córdaz; Barcelona, España, 1977; pág. 5518.

[37] Diccionario Jurídico Mexicano; Tomo VIII (sup-1); p.13.

Por su parte Juventino V. Castro infliere, " La Doctrina establece que de la comisión de un delito pueden surgir dos acciones: la acción penal, que ve a la aplicación de la ley penal, y la llamada acción civil, que persigue la Reparación del Daño patrimonial privado que el delito ha ocasionado. Fácil es poner de manifiesto la distinta naturaleza de ambas acciones: la acción penal considera al delito como un daño público que ataca primordialmente al orden social, en cambio, la acción civil considera al delito como un acto que afecta al patrimonio del sujeto ofendido por el delito."

(38)

A pesar de la disimilitud de las acciones señaladas por el autor referido, no se debe perder de vista, la peculiaridad que las hace común, toda vez que ambas acciones nacen de la comisión de un delito. La esfera de acción vira alrededor del acto delictivo, o acto dañoso previsto por la ley penal.

Guillermo García Maynes, confluente con los autores anteriormente citados, manifestando al respecto que: " Si el delito causa por regla general, dos clases de daño, un daño

[38] El Ministerio Público en México Funciones y Disfunción -
mas; Primera Edición; Editorial Porrúa; Méx. 1976; p. 188.

colectiva constituido por la perturbación o alarma social que el delito produce y un daño individual que recae sobre la víctima del mismo, estos daños pueden ser reparados. El daño colectivo se intenta reparar mediante la imposición de una o varias penas correspondientes; el daño individual mediante indemnizaciones de carácter civil. Así pues, toda persona responsable criminalmente lo es también civilmente. "

(39)

Concluyendo podemos decir que, la reparación del daño, es la obligación que al responsable de un daño por delito, culpa, convenio o disposición legal, le corresponde para reponer las cosas al estado anterior, dentro de lo posible y para compensar las pérdidas de toda índole que por ello haya padecido el perjudicado o la víctima.

Presenta dos aspectos diferentes, según se trate de la lesión meramente civil o penal además. De este segundo supuesto se trata en la voz inmediata de " REPARACIÓN DEL DAÑO DEL DELITO. "

[39] Apuntes de Penales; Biblioteca Nacional de la Universidad Nacional Autónoma de México; Sin fecha de Edición; pág. 53.

Con respecto al daño civil, el Código Civil vigente otorga a la víctima una acción para exigir de quien obrando en contra de la Ley o de las buenas costumbres cause un daño en su patrimonio, a menos que se demuestre que dicho daño se produjo, como consecuencia de culpa o negligencia de la víctima.

La Reparación del Daño proveniente de delito obliga al responsable de este aparte de cumplir la pena o medida de seguridad - consecuente en atención a la víctima de la infracción del orden jurídico -, de todo quebranto de orden económico lo cual entraña la responsabilidad civil.

Por otro lado es importante señalar, que las legislaciones anteriores que rigieron en el Distrito Federal, acogieron de una manera decisiva la tendencia de separar la acción que propiamente nace de la consumación del delito, fundamentándose el ejercicio de una de ellas por parte del Estado y la otra por la parte ofendida, debido a que se creyó que existían diversidad de caracteres entre estas acciones.

Es decir, sólo les preocupó el delito como un mal social sin darle la importancia que revestía el interés individual, o sea, la parte que recibió directamente el daño, de ahí que, hagamos una separación de la Reparación del Daño en

materia civil y en materia penal.

B. EN MATERIA PENAL.

1. Código Penal de 1871.

Nuestro Código Penal de 1871, refiere Justino Y. Castro, " Establecía una acción privada para obtener la Reparación de los Daños ocasionados por el Delito, acción que era ejercida por el ofendido o sus herederos, como si se tratara de una acción civil común y que era renunciable y transmisible. " (40)

Dicha acción se encontraba dentro del Libro Segundo, el cual textualmente se denominaba Responsabilidad Civil en Materia Criminal, así el Capítulo I de la Extinción y Requisitos de la Responsabilidad, en su artículo 301 rezaba:

" La responsabilidad civil proveniente de un hecho o omisión contrario a una ley penal, consistente en la obligación que el responsable tiene de hacer:

- I. La restitución;
- II. La reparación;
- III. La indemnización;
- IV. El pago de gastos judiciales. " (41)

[40] Op. Cit., pág. 109.

Según podemos ver en el artículo 101 del Código Civil de 1871, el delito producía la responsabilidad civil, consistente en la imposición al responsable de hacer la restitución, la reparación, la indemnización o el pago de los gastos judiciales. Dicha responsabilidad civil no podía declararse sino a instancia de parte legítima, ella según el artículo 108 del mismo ordenamiento.

Empero, el mismo Martínez de Castro comprendía que no se trataba de una acción civil como cualquier otra, toda vez que expresa en su exposición de motivos: Quien causara daños y perjuicios a otro o bien le usurpara una cosa, está obligado a la reparación de los primeros y a la restitución de los segundos, que en sí es la esencia de la responsabilidad civil. Y haciendo que esa obligación se acatare no solo sería de estricta justicia, sino de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos. (42)

Sin embargo Guillermo García Maynes no está de acuerdo con el autor antes señalado, argumentando que este

.....

[41] Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, Edición de Hacia y Hacia, S.A. de C.V.; México, 1971; pág. 14.

[42] Cja. ; José María V. Castro; Op. Cit. ; pág. 107.

sistema no tuvo éxito porque casi siempre se declaraba la insolvencia real o simulada del sujeto activo del delito.

[43]

Para efectos de nuestro estudio, cabe señalar que el multicódigo Códico de 1871 en su artículo 304 definía a la Reparación del Daño en los siguientes términos: " La Reparación comprende: el pago de todos los daños causados al ofendido, a su familia o a un tercero, con violación de un derecho formal existente y no simplemente posible; si aquellos son actuales, y provienen directa e inmediatamente del hecho o omisión de que se trate o hay certidumbre de que esta o aquél lo han de causar necesariamente, como una consecuencia próxima e inevitable. Si el daño consiste en la pérdida o grave deterioro de alguna cosa su dueño tendrá derecho al total valor de ella; pero si fuere de poca importancia el deterioro sólo se pagará la estimación de él y se le restituirá la cosa. " [44]

A pesar de este sistema, la Reparación del Daño nunca pudo ser una realidad, ello en virtud de que solo en muy contados casos el ofendido llegó a conseguir la corres-

[43] Cja.; Op. Cít.; pág. 54.

[44] Op. Cít.; pág. 89.

condiente satisfacción en la multitud de procesos que se siguieron durante su vigencia. Este Código sin embargo se coligó entre las legislaciones más avanzadas de su época.

2. Código Penal de 1929.

El legislador de 1929 convencido de que había resultado un fracaso la legislación anterior y que se debía al hecho de que los particulares por el delito no ejercitaban su acción de reparación, creyó corregir el mal, dando intervención al Estado en esta materia. Fue así como modificó el antiguo sistema, creando otro, que solo tuvo una efímera existencia y que fue llamada por algunos autores como el sistema mixto.

Este sistema principió por sustituir el antiguo nombre de Responsabilidad Civil por otro que consideramos más apropiado y que seguimos usando: REPARACIÓN DEL DAÑO.

Declarando en su artículo 74: Que la Reparación del Daño siempre formará parte integrante de las sanciones provenientes de un delito. (45)

(45) Cja.: Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; Talleres Gráficos de la Nación; Méx. 1919; pág. 34.

Juventino F. Castro, nos dice al respecto que el Código Penal de 1929 vino de una manera decidida a cambiar el procedimiento para pedir la Reparación del Daño ocasionada por el delito. Declarándose que la Reparación del Daño es parte integrante de la sanción, estableciendo así esa reparación con el carácter de pena pública, exigida de oficio por el Ministerio Público. (46)

Dicha oficialidad se encontraba consignada en el Capítulo Tercero de los Requisitos para la Reparación del Daño, que en su artículo 319 a la letra decía:

" La Reparación del Daño proveniente de delito, se exigirá de oficio por el Ministerio Público en todo caso. Cuando el ofendido expresamente lo renuncia, el importe de ella se remitirá al Consejo Supremo de Defensa y Previsión Social. " (47)

El procedimiento establecido por el Código del 29 para exigir la Reparación del Daño se tramitaba en forma de incidente. Presentada la Demanda (inmediatamente de dictado el auto de formal prisión), se corría traslado de ella al procesado o a su defensor; si alguna de las partes lo solicitaba

(46) C.º, Op. Cit., pág. 109.

(47) Op. Cit., pág. 78.

taba se deben quince días de prueba y se citaba para reconciliación, que se dictaba al mismo tiempo que la sentencia.

Más adelante el maestro Juventino Y. Castro nos dice que, no obstante que la reparación sea exigible de oficio, los herederos del ofendido o éste podrán por sí o por apoderado ejercer las acciones respectivas dándose por terminada así la obligación del Ministerio Público, pero no su intervención.

Esta última parte, se interpretó en el sentido de que el Ministerio Público y el ofendido o sus herederos, eran coactores por lo que respecta a la Reparación del Daño, razón por la cual se la llamó acción mixta. (48)

La conclusión de que la naturaleza de la acción sea mixta resulta lógica, pues cuando el Ministerio Público ejerce la acción, esta es de naturaleza puramente penal, pero cuando la ejerce el ofendido es civil, más como la intervención de aquel no cesa, esto quiere decir que el ofendido tendrá que aportar sus pruebas a través del Ministerio Público.

.....
[48] Cja., Op. Cit., págs. 709 y 710.

Por último este sistema estableció la tabla de indemnizaciones a que se refería el artículo 100 del Código Penal, el cual decía de la siguiente forma: " La indemnización consistente en la obligación que el responsable tiene de pagar la cosa y frutos no restituidos, los daños materiales no reparados, así como los perjuicios causados por el delito y de los que se derivan directa y necesariamente. (49)

La tabla a la que hacíamos mención hablaba de indemnizaciones por pérdida de algún órgano del cuerpo humano como consecuencia de un delito y a los cuales en concepto de Reparación del Daño debían de pagarse ciertos días de utilidad al ofendido, así tenemos que la indemnización más baja que existía era de cuatro días de utilidad que se otorgaban al ofendido por la pérdida del tercero, cuarto y quinto dedo derecho o izquierdo hasta la falange, y la más alta era de setecientos días de utilidad al ofendido que quedaba afectado de exajación mental, resultado de una lesión.

Por su parte Guillermo García Reyes refiere que: " Los autores del Código de 1929 innovaron el sistema lo quitaron a la Reparación el carácter de acción privada. Al mismo tiempo para hacerla más eficaz propugnaron por la inter -

[49] Op. Cít.; pág. 73 y 74.

rección del Estado para exigir la Reparación del Daño al declarar que esta formaba parte de toda sanción proveniente de la acción u omisión delictuosa. La innovación no tuvo éxito completo, pues al otorgar a los herederos el derecho de acción no se sabía si la acción era pública o mixta." [50]

El legislador del 29 según se deduce de la lectura de los autores en comento, creyó darnos un sistema excelente que resolvería las diferencias de anterioridad y como lo hemos visto, resultó también complicado y sin técnica para su aplicación.

Si la legislación de 71 fracasó por la indiferencia del ofendido que en la gran mayoría de los casos no ejerció su acción, en el nuevo sistema debe agregarse a ella la aptitud del Ministerio Público, derivada de su falta de interés en alcanzar para el ofendido la reparación.

Ambos sistemas tropezaron con un obstáculo insuperable, la insolvencia del delincuente. A todo esto debemos agregar que en el nuevo sistema la acción de la Reparación del Daño debe deducirse inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión, mediante un incidente; como dice

[50] Op. Cit.; pág. 13.

Cesiceros y Ferrido, la imposibilidad en la gran mayoría de los casos de que a las setenta y dos horas se hubieren obtenido datos serios para pasar la demanda y en muchos otros ni siquiera era posible intentarlo porque la base para fijar el monto, era la de los días de utilidad del ofendido y en algunos delitos la ofensa era la sociedad, y no había modo de señalar esa utilidad.

Pronto se vió por todas estas razones la necesidad de reformar el sistema, lo cual se hizo en el año de mil novecientos treinta y uno.

1. Código Penal de 1931.

Como ya quedó asentado en el inciso que antecede, en el mismo sentido se postula al maestro Ricardo Abarca, e infiere numerosas defectos de técnica, lagunas, contradicciones, instituciones teóricas y no prácticas creadas por el legislador de 29, dificultaron la marcha de la administración de justicia en la aplicación de este Código. Muy pronto hubo de nombrarse una nueva comisión que proyectara la reforma... colocándolo en condiciones en que la eficacia de labor es imposible; esta innovación ha alejado por ahora la esperanza de que el Derecho Penal en México, pueda perseguir otros fines que los de la retribución y el castigo. (51)

Al referirse Ricardo Abarca al término eficacia jurídica, lo hace en el sentido de que la validez de la legislación del 31 depende de la especialización de la judicatura y que según su punto de vista, existe un gran número de funcionarios improvisados, carentes de conocimiento de los hondos problemas sociales del Derecho Penal.

Nuestro Código actual de 1931, consagra en el --

[51] Cfr. El Derecho Penal de México; Sin fecha de edición; Editorial Cultural; México, D.F., págs. 414 y 415.

título correspondiente a las penas y medidas de seguridad, un capítulo denominado Sanción Pecuniaria que en su artículo 29 establece: " La sanción pecuniaria comprende la multa y la Reparación del Daño..." Así, la Reparación del Daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena Pública, dejando de tener por lo tanto carácter civil o mixto y solamente cuando la misma reparación deba exigirse a un tercero tendrá el carácter de Responsabilidad Civil.

El sistema adoptado por el referido Código ha sido objeto de severas críticas y en la práctica ha dado lugar a graves inconvenientes, que en el último capítulo examinaremos, no logrando en la realidad el objeto para el cual fue creado.

Tocante a ello, Juventino V. Castro refiere: " La Reparación del Daño no puede ser pena porque se desnaturaliza su esencia, y porque de aplicarse como tal en todas sus consecuencias resultaría una pena trascendental. " (52)

En primer término nos dice que es erróneo, que se hable de pena pública, lo cual resulta contradictorio, ya que toda pena es pública y dicha redundancia o pleonasmo del

[52] D.F. Cód. ; pág. 149.

legislador sólo podría aplicarse en función de darle una mayor fuerza al concepto. Impero, tal repetición, era innecesaria, bastando con que se hubiere expresado que a la Reparación del Daño se le daba el carácter de pena.

Por su parte Raúl Carrancá, nos dice que: " Para combatir la situación de abandono en que ha estado el pasivo del delito con relación a los daños que le causa, moderadamente se da a la Reparación del Daño proveniente de delito el carácter de pena, proveyéndose su ejecución de iguales energéticos medios que de la multa. " (53)

Esto es, en oposición a Juventino V. Castro, Raúl Carrancá y Trujillo ve desde otro punto de vista el artículo 29 del Código Penal, manifestando que se le ha dado la jerarquía de pena pública a la Reparación del Daño con el objeto de convertirla en una especie de sanción pecuniaria.

Referente a lo que Juventino V. Castro critica en el sentido de que, de aplicarse la pena resultaría una pena trascendental, ello se deriva del artículo 22 de la Constitución Política, misma que prohíbe entre otras, las penas tra-

[53] Código Penal Anotado; 9a. edición; Ediciones Penales, S. A.; México, D.F., 1961; pág. 124.

condenales. Por otro lado el artículo 91 del Código Penal del Distrito Federal vigente, establece que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le habieran impuesto, hecha excepción de la reparación del Daño.

Es así donde se puede observar a todas luces su inconstitucionalidad, si la Reparación del Daño es impuesta a los herederos del occiso, lógicamente nos encontramos ante la aplicación de una pena trascendental, ya que puede ser exigida a terceros, con el carácter de responsabilidad civil.

Francisco González de la Vega citado por Juvencio V. Castro, justifica la no extinción de la obligación de reparar el daño con la muerte del delincuente, en los siguientes términos:

" Desde el momento de la comisión del delito, el patrimonio personal de sus autores se disminuye por la deuda ex delicto, quedando solo pendiente la declaración y liquidación judicial de su importe. Los herederos del delincuente muerto, reciben el caudal hereditario mermando por el crédito de los ofendidos. " (54)

(54) Op. Cit., pág. 110.

A este respecto, Raúl Carrascó y Trujillo, manifiesta que, la Reparación del Daño por constituir una deuda hereditaria, grava el haber del de cujus.

Por lo tanto, la sconstrosidad que representa en nuestros tiempos de aplicar una pena de carácter personal, dicho impedimento no existe en el supuesto de la Reparación del Daño como acción privada, lográndose de esta manera de hacer mejor los intereses de los ofendidos por un delito.

El mismo Florian, citado por Juvencio V. Castro, dice que no puede considerársele como pena, sino como acción civil privada, ya que no puede tener ninguno de los efectos de aquella, en virtud de ser una sanción incierta o que se ignora si se podrá o no aplicar. (55)

En el artículo 30 del Código Penal, se estipula que 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, y
- II. La indemnización del daño material y moral y de

[55] Op. Cít.; pág. 111.

perjuicios causados, y

- iii. Tratándose de los delitos comprendidos en el título Décimo, la reparación del daño abarcará la restitución y de dos a tres tantos el precio de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

Para Ramón Lago, citado por Raúl Carrancá y Trujillo, el daño material consiste en : " El menoscabo Directo que ha sufrido en el patrimonio, lo mismo que en las ganancias lícitas que el perjudicado dejó de obtener. " (58)

Es decir, la indemnización del daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito, al modificar una situación jurídica existente, esto es el restablecimiento de la situación anterior al daño.

Según Cuello Calón, citado por el mismo autor los daños morales comprenden: El dolor, la angustia, la tristeza que produce el delito, en una palabra, la pura aflicción moral sin repercusión alguna de carácter económico. (59)

[58] Op. Cit. : pág. 131.

[59] *Ibid.*

Concretando podemos afirmar que el daño material es el que recae sobre cosas o objetos perceptibles por los sentidos, y el daño moral es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otra.

A este último la jurisprudencia se ha postulado en el siguiente sentido:

Los daños morales no pueden valorizarse en peso y medida. Su repercusión económica no es posible medirla, y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza, es absurdo dejarlo a la apreciación de peritos, es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de dicha indemnización. (S.C.J.M.; Tomo LXIV; pág. 1224).

La indemnización del daño moral, es una acción exigible en nuestro Derecho Penal, pues en códigos anteriores, la víctima que sufría daño en su honor no tenía derecho a exigir ninguna indemnización.

Por lo que se refiere al monto de la reparación, el Código actual siguiendo una de las principales corrientes

de la doctrina penal moderna, como lo es el amplio arbitrio judicial, dispone que el monto de la reparación sea fijado _ discrecionalmente por el juzgador, quien deberá tomar en _ cuenta el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las _ pruebas obtenidas en el proceso.

A este respecto Juventino V. Castro, considera que es inconstitucional tal disposición porque " Se priva de su derecho para demandar y perseguir la acción de reparación al ofendido, en la cuantía y en la extensión que sólo el titular de la acción puede probar y demostrar que le es justa. "

(58)

Es de comentarse que en muchos países, particularmente en Europa funciona un seguro obligatorio de accidentes administrado por el Estado y que todo automovilista debe contratar para poder transitar manejando vehículos de explosión interna.

No obstante que desde 1931 está en pleno vigor este artículo 33, aún el Ejecutivo no le ha dado cumplimiento, reglamentando un seguro semejante al referido.

.....
[58] Op. Cit. ; pág. 113.

El artículo 33 por su parte, dispone que habrá preferencia en el crédito que la víctima tiene a su favor, con respecto a los bienes del autor de los daños y aún más la obligación se cubrirá primero que cualquiera otra de las contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Al respecto podemos manifestar, que las obligaciones de carácter real, como lo es la hipoteca, no quedan afectadas por esta regla que fija la preferencia de la obligación de reparación penal. Por lo que tampoco lo están las obligaciones personales contraídas por el delincuente antes de que tenga existencia su acción delictiva y por lo tanto si están las contraídas con posterioridad a ésta.

Por su parte, el artículo 35 del mismo ordenamiento, establece que, la Reparación puede ser renunciada por el ofendido, pero la renuncia no libera al responsable produciendo el único efecto de que su importe se aplique al Estado.

Cuando concurren varios delincuentes, la deuda es mancomunada y solidaria. [Art. 36 del Código Penal]

Si no es cubierta totalmente la deuda, el reo librado sigue sujeto a la obligación de pagar la parte que falta (Art. 38 del Código Penal).

Por último el artículo 39 del Código Penal nos habla sobre los plazos para el pago de la reparación del daño, señalando que el just. teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.

C. EN MATERIA CIVIL.

Cuando no llega a aplicarse la pena que realmente corresponde a un delincuente, por desistimiento de la acción o cualquier otro acto que se suponga indebido, tampoco se ignora hacer la justa y cabal Reparación del Daño, en detrimento del patrimonio del particular ofendido por el delito, si como al que se le niega toda participación directa en el procedimiento.

Objeción a dicho razonamiento sostiene el Ministro Ortiz Tirado citado por Juventino V. Castro, quien afirma, que no existe tal indefensión o detrimento patrimonial a las víctimas del delito, puesto que les queda libre siempre la vía civil para hacer efectiva la Reparación del Daño, basándose en que por medio de un hecho ilícito un particular ha causado daño a otro. Agregando que, mientras exista la vía civil, en virtud de esta se podrá hacer efectiva la Reparación del Daño y por ende no habrá tal privación en detrimento del ofendido. [59]

En este sentido, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 1910 textualmente dice: --

.....

[59] Cja.; Op. Cid.; págs. 113 y 114.

" El que obrando ilícitamente o en contra de las buenas costumbres cause daño a otro está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia de la víctima. " (60)

Siguiendo la técnica Alemana, el referido artículo establece la obligación de reparar el daño causado cuando se obra ilícitamente o en contra de las buenas costumbres.

En nuestro Código Civil de 1870, se reguló dentro del Capítulo de la Responsabilidad Civil las hipótesis de la falta de cumplimiento de un contrato y de los actos u omisiones que están sujetos a responsabilidad por la ley, en sus artículos 1574 a 1601, es decir, el legislador reguló la Responsabilidad contractual y la extracontractual de ilícitos en un sólo capítulo. (61)

En oposición al código de 1870, el legislador de

.....
(60) Código Civil Común del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1987; pág. 81.

(61) Cfr.: Código Civil del Estado Federal y Territorios de la Baja California; Editorial José Siles; México, Estado Federal, 1978.

1920, ha colocado en un capítulo aparte la responsabilidad _
por ilicitud extracontractual, ya que habla de las obligacig
nes derivadas de los actos ilícitos.

Lo que quiere decir el citado precepto es que, si_
alguno obrando ilícitamente o en contra de las buenas costum
bras cause daño a otro, está obligado a repararlo, indepen -
dientemente si entre la víctima y el sujeto activo del delito
existía o no una relación contractual.

Es de vital importancia señalar que, la ilicitud d
vil es opuesta a la valoración penal, toda vez que mientras_
la ilicitud civil hace referencia a la satisfacción de un in
terés privado, la segunda se refiere a un interés público _
destinado a la conservación de la paz social, aspero, lo il
cito penal y lo ilícito civil tienen de común su antijuridie
cidad de actos dañosos; así lo ilícito civil podemos enten
derlo como el acto jurídico que lesiona derechos primordial
mente privados; y lo ilícito penal (tiene su origen sólo en
los delitos), es el acto antijurídico que viola derechos pú
blicos de una manera exclusiva.

Al respecto, Florian citado por Juventino V. Cas -
tre hace notar la relatividad con que se puede hablar de le
siones e intereses privados o públicos, afirmando que son --

términos concomitantes, correlativos e implícitos, separando en que, las acciones civiles no sólo miran a proteger al individuo, sino también a defender la integridad de todo ordenamiento jurídico, y de un modo inverso otro tanto puede decirse del ilícito penal. (62)

Visto de esta forma pudiera pensarse que un sólo acto dañoso puede dar lugar a dos distintos conceptos de ilícitos al mismo tiempo - UNO CIVIL Y UNO PENAL -, lo cual no es posible, pues sería tanto como suponer que de un sólo acto podría nacer una doble obligación de reparar el daño [conflicto de cosa juzgada o de lógica contradicción]. Si se trata de un hecho ilícito señalado en la ley penal [delito] será un hecho ilícito penal; en caso contrario estaremos en presencia de un hecho ilícito civil.

En este mismo sentido se postula José Franco Villa quien refiere que no hay que confundir el daño causado por el delito con el causado por el ilícito a que se refiere el artículo 1910 del Código Civil. La Reparación del Daño de hechos ilícitos constitutivos de delito, debe ser exigida forzosamente por el proceso penal, salvo el caso de excepción previsto en el último párrafo del artículo 34 del Código Pe-

.....
(62) Cja.; Op. C.C.; págs. 114 y 115.

nal y que será objeto de estudio dentro de la presente investigación en el capítulo III.

Agregando más adelante que, quien se considere con derecho a la Reparación del Daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud del no ejercicio de la acción penal sobresumiente o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

(63)

Es decir, los actos ilícitos civiles se reclaman en sede civil y los delitos se castigan y reparan mediante un juicio penal, esto es, es la propia naturaleza de la acción y el objeto de ambos procesos lo que obliga a tan sencilla determinación.

En la práctica de nuestros tribunales, el juez civil, exige para iniciar un juicio civil de indemnización de daños y perjuicios con motivo de la comisión de un delito, la declaración de culpabilidad del autor de los daños por un juez penal o la declaración de que no se trata de un ilícito penal, por ser civil, en su caso; evidenciándose con ello --

(63) Cja.; El Hóndatario Público Federal; Editorial Porrúa, S.A.; 1a. edición; México, D.F.; 1985; págs. 101 y 102.

que no existe la indefensión por parte de la víctima como a-
ludan algunos autores, toda vez que, siempre queda abierta la
vía civil cuando se reúnan debidamente los presupuestos se-
ñalados.

Ya que si el juez civil pudiera decidir sobre la
Reparación del Daño proveniente de un delito, que ha sido e-
levada a la categoría de pena, se establecería la posibil-
dad de que el juez civil imponga sanciones de carácter crimi-
nal. (64)

[64] C/As., Justelino V. Casado; Op. Cit., pág. 119.

B. EXIGIDA A TERCEROS.

Para algunos autores la acción para exigir la Reparación del Daño es accesoria del proceso penal, ya que cuando desaparece la relación principal del proceso, cesa la competencia del juez penal para conocer de la acción reparadora, sin embargo, en nuestra legislación vigente únicamente por lo que toca a la Responsabilidad Civil exigible a terceros, si tiene el carácter de objeto accesorio de la relación principal del proceso.

Es decir, la Reparación Civil exigible a terceros nace de una fuente extracontractual de obligación, el hecho ilícito. A esto se debe, si que esta responsabilidad tenga una reglamentación especial distinta a aquélla que se exige al responsable del delito. Por lo mismo tiene características propias que la distinguen en absoluto de ésta, conservando así su carácter privada.

A este respecto, Juventino Y. Castro refiere, " La obligación de reparar el daño está de tal manera vinculada con el establecimiento del delito, que no puede decidirse aquella sin una decisión sobre éstos últimos. " (85)

[85] Op. C.C.L.; pág. 120.

Desde luego que este no se refiere, a la aplica-
ción o no de una pena trascendental, pues el fin que se persi-
gue no es aplicar la pena, sino la indemnificación en que queda
el ofendido del delito.

Lo anterior lo vemos confirmado por la resolución
de la Corte citada por José Franco Villa, que alude a la res-
ponsabilidad del daño a cargo directo del delincuente que si
constituye pena pública y sobre la que el juez debe resolver
precisamente en la sentencia definitiva del proceso, empero,
la que es exigible a terceros tendrá el carácter de responsa-
bilidad civil, y deberá tramitarse en forma de incidente an-
te el propio juez de la pena, o mediante juicio especial an-
te los tribunales del orden civil, mismo que se promoverá -
después de fallado el proceso. (66)

El artículo 32 del Código Penal enumera a los ter-
ceros no responsables del delito, pero obligados a reparar
el daño en forma de responsabilidad civil.

1. Los ascendientes, por los delitos de sus descen-
dientes que se hallaron bajo su patria potestad.

(66) Cód. P. Cód. P. Págs. 113 y 114.

Es consecuencia del deber impuesto a las personas que ejercen la patria potestad, según el artículo 1919 del Código Civil, cuidar de los menores que se encuentran bajo de ella y educarlos convenientemente.

En este deber se encuentra implícita la importante obligación de vigilar su conducta.

La Patria Potestad impone principalmente deberes a quienes la ejercen, no sólo frente a los hijos, sino de igual manera respecto a los terceros cuyo cumplimiento requiere la atención y diligencia adecuada para impedir que el menor cause daños a estos en la persona o en sus bienes, cesando ésta garantía cuando los hijos no habiten en la casa paterna.

Debe advertirse que la responsabilidad de los accidentes que ejercen la patria potestad, por los daños que cause sus hijos es exigible, siempre que el daño haya sido causado por un hecho culposo o doloso del menor. (47)

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

(47) C(A.) Código Civil Comentado; Op. C.C.C.; Pág. 73 y 74.

De acuerdo con nuestro sistema adoptado en el Código Penal, la responsabilidad del tutor por los daños causados por el pupilo, se rige, según lo dispone este artículo, por las mismas reglas aplicadas en los casos de daños causados por menores de edad sujetos a Patria Potestad.

Este mismo sentido es adoptado por el artículo 19-21 del Código Civil vigente.

3. Los directores de internados, colegios, o talleres que reciben en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten estos durante el tiempo que se hallen bajo su cuidado.

Según el Código Civil Comentado, en su artículo 1920 nos dice que la responsabilidad que establece este artículo a cargo de los directores de escuela, jefes de talleres etcétera, por los daños causados por los menores de edad, cuando se encuentran bajo su autoridad o dependencia, descansa en la presunción *JURIS FANTUM*, de que si el daño ha ocurrido es porque el director, maestro o jefe de taller, no ha ejercido la vigilancia que debía sobre la conducta del menor que se encuentra bajo su autoridad o dirección.

En la vigilancia que están obligadas las personas

sobre el menor, conforme a lo preceptuado, debe poner aquel cuidado necesario para evitar que se produzca el daño razonablemente previsible, dadas la edad y condición del menor que lo ha causado, teniendo en cuenta además la circunstancia concreta en que el hecho ha ocurrido. (58)

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

Pothie y Laurent citados en los comentarios al artículo 1824 del Código Civil Comentado, sostienen la opinión en el sentido de que el fundamento de la responsabilidad de los patronos radica en una presunción de culpa en la elección de sus encargados. (59)

Es decir, este precepto hace presumir que los patronos y los dueños de establecimientos mercantiles incurrirán bien sea en una culpa, negligencia o en una culpa por mala elección, cuando sus empleados u operarios causen daño en la

[58] Cfr. : *Op. Cit.* ; Pág. 75.

[59] *Ibidem.* ; Pág. 75.

ejecución de los trabajos que las encomiendas.

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

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

Según el artículo 194 del Código Civil vigente, en la sociedad conyugal, los cónyuges no tienen bienes propios de cada uno, sino que todos pertenecen a la sociedad, por lo que no se puede apreciar como se podría reparar el daño con "sus bienes propios". Caso contrario sucede en el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes señalado en los artículos 212 y 213 del mismo ordenamiento.

En sus comentarios a esta fracción, Raúl Carrancá y Trujillo nos dice que: "Para salvar la contradicción, por sociedad conyugal entendemos que el Código Penal ha querido referirse, al establecer la excepción al matrimonio; siendo jurídicamente iguales ambos cónyuges, no cabe que uno de ellos sea tenido por incapaz penalmente y que ello responda-

bilica al otro. * (76)

De ahí la totalidad de responsabilidad penal de cada uno, incluso en lo que se refiere a la reparación del daño que se halla causado con motivo de su propio delito, no debiéndose propagar al cónyuge inocente la pena de la reparación del daño.

6. El Estado subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados.

Al respecto los glosarios al artículo 120 del multicitado Código Civil comentado, nos dice que el Estado es responsable por los daños que causen sus funcionarios, en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Siendo el Estado una persona moral debe de responder de los daños y perjuicios que causen sus órganos; pero esa responsabilidad en este caso es subsidiaria.

El funcionario, es el órgano de la persona moral pública y como toda persona moral, debe responder de los actos que lleven a cargo los órganos que la representan, puesto que estos actúan en su calidad de agentes de la persona

.....
[76] Cf. C.C., Págs. 137 y 138.

moral.

La responsabilidad de los servidores públicos es de dos especies: la que contrae frente al poder estatal por delitos y faltas cometidas por una inadecuada prestación del servicio. En este caso la responsabilidad podría ser política, administrativa o penal, según lo determine la Ley de Responsabilidades para los Servidores Públicos.

Un segundo aspecto se presenta cuando en ejercicio de sus funciones actuando como órgano estatal, el servidor público cause daños a terceros. El daño es consecuencia del ejercicio de la representación orgánica, por lo que es la persona moral la que responde así de una manera subsidiaria, frente a la víctima del daño. (71)

La responsabilidad en comento, es derivada de una conducta culpable o dolosa del agente del poder público, causante directo del daño, de ahí quien sea el quien debe responder directamente de la reparación; pero puesto que ha actuado como representante del poder estatal, también debe responder subsidiariamente la persona moral del daño que ha causado el órgano.

.....
[71] CJA. ; Sp. CCA. ; Págs. 81 y 82.

El estudio realizado se hizo a la luz del derecho Civil, ya que estos seis casos, encuentran su correlación dentro del referido Código, toda vez que tienen igual función que en la legislación penal, apreciándose que aquellos quedan comprendidos dentro de éstos, que son más numéricas y más generales, ello en virtud de que las teorías civiles se acomodan en este aspecto a las situaciones previstas en el Código Penal.

Como resultado de lo anterior tenemos que: la acción para ejercitar el derecho a la reparación conserva su carácter patrimonial privado, por lo que es ejercitado exclusivamente por el particular poseedor del mismo derecho, constituyéndose en parte civil; es válida cualquier convenio o transacción celebrado entre ofensor y ofendido; la renuncia que haga el ofendido favorece al obligado, pues le libera de su obligación y la acción prescribe en un año.

CAPITULO III

LA REPARACION DEL DANO EXIGIDA OFICIOSAMENTE POR
EL MINISTERIO PUBLICO.

- A. ARTICULO 34 DEL CODIGO PENAL.
- B. INCIDENTE PARA RESOLVER LA REPARACION DEL DANO SE-
GUN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR.
- C. LA CONDENA CONDICIONAL.

CAPITULO III

LA REPARACION DEL DAÑO EXIGIDA OFICIOSAMENTE POR
EL MINISTERIO PUBLICO

A. ARTICULO 34 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

En relación al referido precepto, el maestro Ricardo Abanca manifiesta lo siguiente: " El artículo 29 del Código Penal distingue la sanción pecuniaria en multa y reparación del daño; a ésta última la Constitución la llama responsabilidad civil estableciendo que por ella no podrá prolongarse la prisión de los reos (artículo 20 fracción X); pero el mismo artículo 34 del Código Penal dice que la Reparación del Daño que debe ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública.... el primer problema es el determinar el derecho del ofendido; si la reparación del daño es una pena la acción para demandarla corresponde al Ministerio Público conforme a los artículos 21 Constitucional, 34 del Código Penal y 29. fracción II del Código de Procedimientos Penales; el ofendido tiene en el orden penal una expectativa de derecho, la de que conforme al artículo 35 del Código Penal, se le aplique el importe de la reparación del daño que haya sido cobrado. " (72)

Lo realmente importante para nuestro estudio del citado precepto Constitucional, es que, en él se otorga al Ministerio Público el monopolio exclusivo del ejercicio de la acción penal, y como veremos más adelante, esta facultad del Representante Social trae consigo significativas reformas al sistema penal, y la ineficacia de los preceptos de las leyes penales, respecto al pago de la Reparación del Daño; a reserva de una explicación más amplia posterior, diremos que una de las reformas que trajo consigo el cambio del sistema penal que hemos citado, es que a la actividad del Ministerio Público dentro del proceso penal, buscando como objetivo principal la aplicación de penas al delincuente, se le agregó como finalidad accesorio del proceso, la obtención mejor dicho, la facultad de solicitar de oficio la Reparación del Daño; pues se elevó a categoría de pena pública - como ya quedó asentado -, misma que debía ser hecha por el acusado.

Antes de continuar con nuestro estudio es importante plasmar el contenido del citado artículo 34 del Código Penal, y que a la letra dice: " La reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con

el que podrá coadyuvar al ofendido, sus derechohabientes o su representante en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales... " (73)

González de la Vega en sus comentarios al artículo en cuestión nos dice: " La iniciativa del ejecutivo estimó que con esta reforma se le permite al ofendido por el delito a sus derechohabientes o a sus representantes, coadyuvar con el Ministerio Público en la exigencia de la Reparación del Daño, medida que fortalece, y favorece la posición del ofendido, cuyos derechos se ven con frecuencia desatendidos. Por otra parte, existiendo la posibilidad de que aún no habiendo responsabilidad penal que funde la Reparación del Daño por esta vía, exista, sin embargo, un ilícito de carácter civil que brinde la oportunidad al ofendido para exigir en el procedimiento meramente civil la satisfacción de sus derechos."

(74)

Espero, es importante señalar que, si durante el proceso se llega acreditar que ha sido reparado en su totalidad del daño causado por el delito, en sus conclusiones el

[73] Código Penal para el Distrito Federal; Cuadragésima Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A. MEx. 1987; pág. 18.

[74] El Código Penal Común; Octava Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, D.F.; 1987; pág. 129.

Ministerio Público no deberá solicitar dicho pago. En caso de no existir certeza durante toda la instrucción sobre el monto de los daños morales o materiales, en este caso la Representación Social tampoco debe solicitar su reparación.

Volviendo al referido artículo 34 a nuestro parecer, representa una regla procesal, por lo que es discutible su ubicación en la ley sustantiva; ya que la ley derogada, por su parte, decía que la Reparación del Daño se exigiría por el Ministerio Público " en los casos que procediera ".

Por consiguiente es a todas luces bastante claro que era mucho más amplia la acepción, y no limitativa como ahora se nos presenta.

Así mismo, a nuestro entender desde el punto de vista de la técnica jurídica el artículo 34 establece un gran adelanto, también lo es desde el punto de vista social, pues actuando en esta forma el Ministerio Público como representante de la sociedad; y si el ofendido forma parte de la sociedad, al representar sus intereses dentro del proceso cumple con una parte de su cometido; la perspectiva que presenta este artículo es indiscutiblemente benéfica para el ofendido, no obstante ello, sólo plantea la primera fase de la Reparación del Daño, o sea la forma de pedir en proceso

su pago justificando su monto, y que para que este efectivamente refundara en beneficio del ofendido, es necesario que su segunda parte, o sea, que la actividad oficiosa del Ministerio Público no se detuviera en la petición a la condena de la Reparación del Daño, sino que esta actividad de la Representación Social debería detenerse sólo hasta que el ofendido recibiera el monto de dicha reparación; pero como veremos al analizar el Último capítulo de la presente investigación, esta segunda fase representada por la ejecución de sentencia no se cumple, pase a estar prevista aunque en forma deficiente en las leyes penales.

En contraposición a los autores referidos Juventino V. Castro infiere, que las víctimas de un delito jamás _ quedarán conformes en ser desplazadas del proceso penal para que el Ministerio Público sea quien a su arbitrio determine _ la cuantía de la Reparación del Daño, rinda pruebas que honestamente pueda y quiera, ya sea por negligencia o mala fe. _ Llegando al extremo de decir que el Ministerio Público es un órgano excesivamente desarrollado en sus funciones, manifestando ello es virtud de que, es a quien se le obliga a representar intereses privados en el proceso penal que bajo su _ criterio son propios de un sujeto o parte sustantiva interesada, concluyendo que, no obstante que el Ministerio Público es parte que no puede ni debe representar dentro del proceso

penal, sino intereses sociales y públicos directos. (75)

En efecto hemos visto, como nuestro Código Penal rigente cambio el sistema mixto que establecía el anterior Código de 1929. Y es así como el artículo 34 ordenaba, como ya dijimos anteriormente, que la Reparación del Daño debería ser exigida por el Ministerio Público en los casos en que procediera.

Si se interpreta el artículo 9o. del Código Procesal caso en el sentido de que permite al ofendido que aporte directamente al Juez Instructor las pruebas tendientes a hacer efectiva la Reparación del Daño y no a través del Ministerio Público, acabando por aceptar que el Código de 1931 no ha terminado con el sistema del Código de 1929, pues establece la intervención de oficio del Ministerio Público en estos casos y además la intervención directa del ofendido por el delito en el mismo punto. Es decir, una acción mixta de Ministerio Público y ofendido por el delito.

Al respecto T. Castro infiere que, el artículo 9o. del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse en el sentido de que establece una actuación indirecta del ofeg

[75] Cja. ; O.p. Cda. ; pág. 118.

dido, a través del Ministerio Público en todo caso, tal y como se establece en el Código Federal de Procedimientos Penales, siendo potestativa para el Ministerio Público el aceptar las pruebas del ofendido. (26)

No es sino hasta el año de 1983, cuando para regir en 1984 se redacta un nuevo primer párrafo del artículo 34 del Código Penal, en donde se da intervención al ofendido, sus derechohabientes o sus representantes.

Así es como se introduce un giro en la intervención del ofendido - inclusive tomando relación procesal directa con el juzgador -, dentro del proceso penal, y además, la posibilidad actual de reclamar no solo los daños, sino también los perjuicios.

Conviniendo con el autor antes citado concluimos que: el Estado debe luchar por atenuar, atemperar o suavizar la intervención apasionada y vengativa de un particular en el proceso penal, que como el Ministerio Público debe ser imparcial, sereno de carácter social y público. Más allá no quiere decir que su intervención debe ser eliminada del proceso, ya que sería tanto como pretender nulificar su interés

.....
(26) C.F.P. ; Op. C.C. ; pág. 153.

personal.

B. INCIDENTE PARA RESOLVER LA REPARACION DEL DAÑO SE-
GUN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN VIGOR.

Habiendo aclarado ya, en nuestros capitulos ante-
riores cual es el sistema penal que nos rige actualmente, _
respecto al ofendido, la Reparación del Daño y su interven-
ción dentro del proceso en el que hemos visto sus rasgos ca-
racterísticos y que ahora repetimos, los cuales son a saber:

1. Monopolio exclusivo del Ministerio Público en _
el ejercicio de la acción penal.

2. La obligación del Ministerio Público para exi-
gir de oficio la Reparación del Daño.

3. El carácter de pena pública de la Reparación _
del Daño cuando deba cubriría el acusado y de responsabili-
dad civil cuando deba cubriría a terceros ajenos a la comi-
sión delictiva.

Atendiendo a este cuadro jurídico que nos rige, _
nos tocará analizar dentro de este punto la forma de tramit-
tar el incidente de Reparación del Daño, con fundamento en _
lo que al respecto describe tanto el Código Penal como el Có-
digo de Procedimientos Penales.

Al respecto Julio Acero nos dice que la indemnización por los daños del delito exigido del propio delincuente pasó a formar parte de la necesaria sanción de interés público dejando de ser derecho privado abandonado al ofendido. Por lo mismo en este carácter de medida social aneja a la pena repressiva principal aunque en provecho de la víctima cuando esta la reclama; no se necesita ya, el incidente aparte para decretarla por todos sus pesos a religiosa instancia del interesado; sino la comprobación de su necesidad y cuantía deben formar parte de la investigación del proceso, su tramitación se confunde con la del mismo.

Únicamente cuando la reparación no se exige al mismo reo, sino a terceros, se conforma este incidente en regla y se requiere solicitud del ofendido en una especie de demando civil, ante el mismo juez del proceso y antes de concluir la instrucción, pues de lo contrario la reclamación sólo podrá formularse ante los jueces civiles en forma correspondiente. (77)

En este mismo sentido se pronuncia Franco Villa al referir: " El incidente que nos ocupa consiste, como su nombre lo indica en reclamar la Reparación del Daño no al suje-

(77) Cja. ; Op. C.C. ; pág. 382 y 383.

to activo del delito, sino alguna de las personas que el artículo 32 del Código Penal señala. " (78)

Al referirse el maestro Julio Acero a los Terceros manifiesta que, no se trata de verdaderos terceros (esto en el sentido de extraños a las partes), y particularmente a la personalidad y obligaciones del reo; sino se comprende con él a quienes para los efectos civiles tienen cierta representación de dicha personalidad o por lo menos cierta li- ga que los constituye de antemano como responsables de los actos de aquél. (79)

Ahora bien desarrollando la idea que en un principio señalamos, vemos lo que prescribe el artículo 34 del Código Penal: ... Cuando dicha reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales. (80)

Al efecto el capítulo VII del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales en su artículo 502 nos dice lo siguiente:

(78) Op. C&L ; pág. 342.

(79) C&L ; Op. C&L ; pág. 344.

(80) Párrafo II ; Artículo 34 del Código Penal.

La Reparación del Daño que se exija a terceros de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, debe promoverse ante el Juez o Tribunal que conoce la acción penal, siempre que éste no haya declarado cerrada la instrucción, y se tratará y resolverá conforme a los artículos siguientes:

El maestro Pérez Palma en sus comentarios al referido artículo nos dice que la acción en pago de la responsabilidad exigible a terceros es de la competencia del juez penal que conoce del proceso; pero por excepción serán competentes para conocer los Jueces de lo civil. El momento procesal para promover dicho incidente es el de la instrucción del proceso. El procedimiento a seguir, es el que establece las disposiciones que siguen, pero de manera supletoria será el Código de Procedimientos Civiles. (81)

De lo anterior desprendemos desde el punto de vista procesal lo siguiente:

1. Que el precepto de que hablamos solo es aplicable a los casos que señala el artículo 32 del Código Penal o sea, cuando hay responsabilidad de terceros, al pago de la reparación del daño producto del delito.

2. Que la forma de tramitar dicha reparación, debe

(81) Cja. ; Op. Cód. ; pág. 411.

ser mediante incidente ante el juez o tribunal que conoce de la causa.

3. Que el término dentro del cual puede iniciarse, ante el juez o tribunal del orden penal, va desde el auto -- de formal prisión hasta antes que se declare cerrada la instrucción; y por último las reglas para la tramitación de dicho incidente serán las que especifican los artículos sí. -- guientes al que se comenta.

El artículo 533 del Código de Procedimientos Penales dice a la letra: " La responsabilidad civil por reparación del daño no podrá declararse sino a instancia de la parte ofendida contra las personas que determine el Código Penal. "

Cabe señalar que la Reparación del Daño, que debe pagar los terceros se deberá reclamar a instancia del ofendido, este es como requisito de procedibilidad del incidente en cuestión, es la petición en forma del incidentista, dentro del proceso, solicitando, mejor dicho exigiendo responsabilidad civil de los terceros.

En este mismo sentido se postula el jurista Pérez Palma al manifestar que no es al Ministerio Público a quien corresponde intentar la acción de pago de la reparación, --

sino la parte ofendida ya sea por sí misma o por conducto de su legítimo mandatario o representante legal), en caso de que el ofendido hubiese fallecido.

Más adelante agrega que es lógico suponer que el Ministerio Público carezca de legitimación procesal dentro del incidente, de la misma manera que el ofendido o sus representantes tampoco la tendrán dentro del proceso. Así pues es factible que una y otra parte tenga pretensiones distintas y criterios diferentes, sobre una misma causa.

Es relevante acotar lo dicho por nosotros anteriormente, respecto a que, la Reparación del Daño que tiene que hacer el acusado directamente en el proceso, conserva esta calificativo, empero, cuando dicha Reparación del Daño la deben hacer terceros ajenos a la comisión del delito, entonces el Código Procesal le llama responsabilidad civil, puesto que no implica para los obligados a la Reparación del Daño, aspecto delictivo alguno. (82)

Por lo que hace a la forma de trámite del incidente, la encontramos consignada en el artículo 334 del mismo denominado, que reza de la siguiente manera:

.....

[82] C.J.A. ; *Ibíd.*; pág. 41).

En el escrito que inicie el incidente se expresarán sucintamente enumerados los hechos e circunstancias que hubiesen originado el daño y fijará con precisión la cuantía de éste, así como los conceptos por los que proceda.

Como decíamos, éste precepto sólo señala la forma de iniciar el incidente dentro del proceso penal, describiendo como deberá hacerse, aunque según veremos más adelante, tiene la forma común de todos los juicios sumarios que establece el artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles.

En lo que respecta a la fijación, con precisión de la cuantía de la demanda, Pérez Palma hace notar que, por una parte el Ministerio Público durante la instrucción estará aportando pruebas para determinar el monto de la reparación debida, y que no será sino hasta el día que formule conclusiones cuando concreta su pedimento, en cambio; en el incidente, la suma por la que se demande el pago de la responsabilidad habrá de ser fijado en el escrito de demanda, aún cuando en el proceso no haya pruebas. [83]

El artículo 535 dice: " Con el escrito a que se refiere el artículo anterior y con los documentos que se acom-

[83] Cja. ; Ibíd; pág. 411 y 412.

pañas, se dará vista al demandado por un plazo de tres días, transcurrido el cual se abrirá a prueba el incidente por el término de quince días si alguna de las partes lo pidiera. "

A nuestro parecer este artículo no merece mayor comentario, pues solo establece los momentos procesales de traslado de la demanda, plazo para contestarla y período probatorio.

Ello con apego a los artículos 117 y relativos del Código de Procedimientos Civiles, en razón de lo ordenado en el artículo 537 que sigue.

El multicitado autor que señalamos en párrafos que anteceden, nos habla de tres cuestiones a debate con motivo de la interposición del incidente; la de responsabilidad penal, la de reparación del daño exigible al delincuente y la de responsabilidad civil que se demanda a un tercero; concluyendo, que en consecuencia habrá también pruebas de tres clases que aunque relacionadas en el fondo, difieren en cuanto a personalidades y procedimientos.

El artículo 538 nos señala: " No compareciendo el demandado o transcurrido el período de prueba el juez, a pe-

ción de cualquiera de las partes, dentro de tres días oírse en la audiencia verbal lo que estas quisieran exponer para fundar sus derechos, y en la misma audiencia declarará cerrado el incidente, que fallará al mismo tiempo que el proceso, o dentro de ocho días si en este ya se hubiere pronunciado sentencia.

En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo 477, se continuará la tramitación del incidente hasta dictarse sentencia.

Después del período probatorio a petición de parte dentro de los tres días siguientes de concluido aquél se oír a las partes en audiencia en forma verbal a fin de que aleguen sus derechos, y hecho lo cual en la misma audiencia se decretará cerrado el incidente reservándose el juez para resolver hasta la definitiva o dentro de los ocho días siguientes si ya hubiere pronunciado sentencia en la causa en que se ventiló el incidente.

En otras palabras este artículo es lo que prescribe, sin embargo, cabría preguntarnos que efectos tendría la no comparecencia del demandado, a este respecto el maestro Pérez Palma, nos dice que son cuestiones no previstas dentro del precepto, pero que, indiscutiblemente se habrá de regir

por lo que sobre el particular dispone el Código de Procedimientos Civiles.

Otra duda que nos surge, es en cuanto a que pasaría en caso de haber sentencia absolutoria en cuanto a la responsabilidad penal, y por lógica que sucedería con la responsabilidad civil que proviene del hecho delictuoso que originó el proceso. Tocante a ello el mismo autor más adelante nos dice que en caso de absolución de la responsabilidad penal habrá necesidad inexcusable de absolver también de la reparación del Daño y obviamente de la responsabilidad procedente de delito. Pero ello no será impedimento para el acto o emisión que dió origen al proceso, se reduzca a un simple hecho ilícito, que sirva de fundamento a ulteriores acciones civiles. (84)

La excepción a este precepto la encontramos en los casos en que el responsable se hubiere sustraído de la acción de la justicia y en los casos en que la ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento, situaciones en las cuales se tramitará el incidente hasta dictarse sentencia.

.....
(84) *Ibid*; págs. 418 y 419.

Por su parte el artículo 537 literalmente menciona que: " En el incidente sobre responsabilidad civil, las notificaciones se harán en los términos prescritos en el Código de Procedimientos Civiles.

Como podemos apreciar este precepto remite por cuanto a reglas de notificación al Código Adjetivo Civil y a nuestro parecer no sólo las notificaciones sino los recursos, las excepciones y todas las incidencias que puedan surgir, han de ventilarse conforme a ese ordenamiento legal.

El artículo 538 de la Ley Adjetiva Penal, al pie de la letra estipula: " Las providencias precautorias que pudiera intentar la parte civil se regirán por lo que sobre ellas dispone el Código mencionado en el artículo anterior. "

Este precepto también remite por cuanto a medidas precautorias se refiere, al Código de Procedimientos Civiles y las cuales según este ordenamiento consisten en el arraigo de la persona o en el aseguramiento de bienes; Pérez Palma nos da los requisitos de procedibilidad: previa prueba de la necesidad de la medida como acto prejudicial o dentro del juicio mediante la fianza, por no estar fundadas en títulos ejecutivos y podrán ser reclamadas por terceros que se vean afectados por la providencia.

El penúltimo precepto otorga facultad al ofendido para reclamar la Reparación del Daño exigible a terceros tanto ante el juez penal como al juez civil que corresponda según la cuantía del negocio. Dicho ordenamiento lo encontramos consignado en el artículo 539 que idénticamente establece: " Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviere el incidente a que se refiere el presente capítulo, después de fallado el precepto respectivo, podrá exigirla por demanda puesta en la forma que determina el Código de Procedimientos Civiles según fuere la cuantía del negocio y ante los tribunales del mismo orden."

Sin embargo, es importante recordar que el artículo 35 del Código sustantivo nos dice en su párrafo tercero, que si la parte ofendida renunciara a la reparación, el importe de esta se aplicara al Estado debiendo constar esa renuncia fehacientemente en autos mediante la correspondiente declaración o escrito ratificado judicialmente, hecha por el ofendido o su legítimo representante. Luego entonces, sólo podrá el ofendido reclamar dicha reparación si no hubiere con anterioridad renunciado expresamente a ella.

Por último el ordenamiento que comentamos establece que la resolución que caiga al incidente promovido ante autoridad penal es apelable en ambos efectos, ello en razón

de lo establecido por el artículo 540 que literalmente refiere " El fallo en este incidente será apelable en ambos efectos, pudiendo interponer el recurso las partes que en el intervergan."

Un problema que a todas luces se advierte dentro de los artículos referidos en este incidente, es el relativo a la ejecución de las sentencias, preguntándonos que juez las ejecuta. Al respecto el maestro Pérez Palma nos dice que la ley no lo menciona, pero es difícil admitir que un juez penal utilice la vía de apremio para ejecutar sus propias sentencias, y aún más cuando el artículo 575 dispone que la ejecución de sentencia en materia penal corresponderá a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. (35)

Sin embargo, esta dependencia tampoco tiene facultades jurisdiccionales para la ejecución de este tipo de sentencias, entonces debemos entender que la ejecución habrá de ser promovida en la vía ejecutiva ante los jueces de lo civil, tomando como base la pronunciada por la jurisdicción penal, la cual en virtud de su ejecutoriedad se habrá convertido en título ejecutivo; quedando la duda en cuanto a la vía

(35) *Ibid*; pág. 414.

de apremio, ya que ésta posiblemente no resulta procedente en virtud de la cuestión de la competencia.

Lo anterior se ve reafirmado por la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:

* REPARACION DEL DAÑO INCIDENTE DE.-

La circunstancia de haber resuelto el incidente reparación del daño proveniente de delito en la sentencia del principal no agravia a la parte queja se en cuanto no viola los principios de la ley que rigen el fondo del incidente planteado.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XLIII, Pág. 83, A. D. 4016/60, José Arévalo -- Córdova y Cosca., Unanidad de 4 votos. * [88]

En suma podemos concluir, que este incidente

[88] Véase *El Poder Judicial*, 1917-1983; *Apendice al Sumario Judicial de la Federación*; Segunda Parte; Primera Sección; México, 1983; Editorial Mago Ediciones SA; pág. 444.

dentro del proceso penal en materia común, es mixto por lo que se refiere al sistema de trámite, pues el mismo Código de Procedimientos Penales que nos ocupa, hace remisiones al Código de Procedimientos Cíviles, especialmente en tratándose de notificaciones y de medidas precautorias dentro del propio incidente, teniendo todas las prerrogativas que a los juicios sumarios le otorgan; y es lógico que ello ocurra, pues la finalidad que se persigue con este incidente es el restituir al ofendido en el goce de los derechos que le han sido violados por la comisión de un delito, a la mayor brevedad posible; tal obligación de todo tribunal o juez según lo ordena el artículo 26 del Código de Procedimientos Penales, que establece: " Todo tribunal o juez, cuando esté comprobado un delito dictarán oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en el goce de sus derechos que estén justificados.

C. LA CONDENA CONDICIONAL.

En primer término es de verse que se entiende por condena condicional, y al respecto Carrascó y Trujillo infligir: La condena condicional o más correctamente, suspensión condicional de la pena, tiene por objeto evitar la ejecución o cumplimiento de las penas cortas de privación de libertad en ciertas condiciones, evitando en lo posible la contaminación moral que produce la prisión en los delincuentes de escasa peligrosidad, a quienes se supone corregibles mediante el empleo de determinados estímulos. (87)

Al aludir al autor a la contaminación moral, no es otra cosa que, en caso de aplicar penas contrarias de corta duración produce resultados funestos, pues influye en corroper a los delincuentes primarios, lejos de readaptarlos socialmente.

En este mismo sentido se postula el maestro Farnag de Castellanos Tena, e infligir: " Mediante la condena condicional se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no volverá a delinquir en un tiempo determinado; de lo contrario se le hace cumplir -----

(87) C.G.A. / Op. C.C.C. / pág. 113.

la sanción señalada." (88)

De acuerdo con este autor, en caso de que el sentenciado vuelva a delinquir durante los tres años, contados desde la fecha de sentencia ejecutoriada, se le hará efectiva la sanción prevista para el delito que haya cometido.

Por su parte Ricardo Abarca al referirse a la Condena Condicional manifiesta: "En virtud de ella se mantiene suspendida la ejecución de la sentencia durante un término de tres años, a condición de que el reo no vuelva a delinquir; si la condición se cumple cesa la suspensión y la pena se ejecuta, en caso contrario al término de los tres años se extingue la pena." (89)

Como podemos apreciar el último de los autores mencionados, conviene en idéntica forma con los autores antes señalados, sin embargo, comete un error al afirmar que cesará la suspensión y se ejecutará la pena en caso de que la condición se cumpla y ello no es posible, ya que la condi-

[88] *Los Elementos Elementales de Derecho Penal*; Sexta Edición; Editorial Porrúa; México 1981; pág. 312.

[89] *Op. Cit.*; pág. 444.

ción es que no vuelva a delinquir y no sería justo que se _
privara de un derecho por el apagado cumplimiento de lo esta-
blecido en la propia ley; y más adelante comete el mismo e-
rroer e infiere, que al término de los tres años se extingui-
rá la pena en caso de que no se de cumplimiento a la condi-
ción, lo cual al igual que lo anterior resulta inoperante _
por las razones antes expuestas.

Así pues, la condena condicional tiene por objeto _
principal hacer que la pena no se aplique si ejecute cuando
se compruebe su necesidad y no cuando pueda ser nociva y se
produzcan efectos antisociales y difíciles para la readapta-
ción del infractor de la ley.

Los requisitos de procedencia para la mayor efica-
cia de la condena condicional, serán primordialmente, una --
buena organización y vigilancia de la policía con estableci-
miento de un efectivo archivo judicial que permita conocer _
los antecedentes de los reos y hacer positivas, en su caso -
las penas condicionales.

Las normas reguladoras del inciso que nos ocupa --
vienen establecidas en el artículo 90 del Código Penal para _
el Distrito y Territorios Federales, en el que nos hace sa--

ber: Podrá suspenderse la ejecución de la sanción impuesta - por sentencia definitiva ya sea a petición de parte o de ofi- cio cuando:

a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de dos años.

El fin que se persigue con ello, es que, como es una pena de prisión relativamente corta no se aplique, ya que la mayoría de los casos resultaría contraproducente aplicar penas cortas de privación de la libertad.

b) Que sea la primera vez que el sentenciado incurra en un delito intencional y además que haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho delictivo.

Esto se entiende que debe tratarse de un delincuente primario, lo cual resultará prueba de su escasa temibilidad y su casi segura readaptación social. Además debe tratarse de un delito intencional; al respecto Raúl Carracci y Trujillo nos dice: " La modificación en principio, nos parece, positiva porque la exclusión de los delitos imprudenciales implica que se pudo haber incurrido en uno de ellos sin que esto quiera decir que se es peligroso. (90)

Al referirse la ley a la buena conducta antes del hecho, a nuestro parecer es redundante, toda vez que la ley sólo toma en cuenta las circunstancias de ejecución.

c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como su naturaleza modalidades y móviles del delito se presume que el sentenciado no volverá a delinquir.

Tocante a ello la Suprema Corte de Justicia ha resuelto en el sentido de que el juzgador debe de tomar en cuenta el índice de peligrosidad que revela el sentenciado así como que tenga un modo honesto de vivir. Por lo tanto, quien ejerza la prostitución le podrá ser negado el beneficio de la condena condicional, por no reunir todos los requisitos.

Al respecto Ricardo Barcos infiere, que los requisitos del modo honesto de vivir y la buena conducta anterior son circunstancias normativas cuya existencia debe determinar la cultura del juez y no, como ocurre en nuestros tribunales, que se remite a la apreciación de los testigos. (91)

.....
[90] Op. C.C.C. ; pág. 215.

[91] Cja. ; Op. C.C.C. ; pág. 446.

La suspensión de la ejecución de la pena está sujeta a la condición de que el reo otorgue fianza para garantizar que comparecerá ante la autoridad siempre que fuera requerido para ello y que pagará la Reparación del Daño, ello lo encontramos contenido en la fracción II del artículo 90 del Código Penal.

Igualmente, en este orden de ideas Ricardo Abarca nos dice, que el pago de la Reparación del Daño tiene un fuerte valor de prevención especial y general, y la ley aprovecha esta situación para asegurar su pago. (92)

Debemos diferenciar que cuando se trata de fijar el monto de la fianza para la libertad bajo caución se está en presencia de un individuo que, aunque sujeto a proceso puede ser irresponsable del hecho que se le imputa, en tanto que cuando se fija el monto de la condena condicional se trata de un individuo cuya culpabilidad ha sido ya declarada.

Así mismo, el monto de la fianza para otorgar la libertad caucional puede ser menor que el de la condena condicional, porque en el primer caso, sólo se trata de garantizar la libertad individual, mientras que en éste debe tener-

.....
[92] CJA. y Op. C.J.C. ; pág. 447.

se en cuenta que hay que reparar los daños causados y que existe más interés en el proceso para evadir la acción de la justicia por tratarse de una sentencia condenatoria.

La fracción VII del multicitado artículo 90 nos habla de la extinción de la sanción fijada en la condena condicional, y nos dice que, si durante el término de tres años _ contados desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria el condenado no diere lugar a un nuevo delito se considerará extinguida la sanción fijada en aquella.

En relación a ello, el mismo Ricardo Aberca manifiesta que, " La condena condicional es una causa de extinción de la pena y aunque tiene proximidad con las prescripción, no puede confundirse con ella; si en ambas existe un _ plazo de tiempo, en la prescripción basta este elemento para producir la extinción; en tanto que en la condena condicional la ejecución de la pena caduca cuando durante el término prescrito el reo no vuelva a delinquir. " (93)

La X y última fracción nos habla de que el reo que considere que al dictarse sentencia reuna las condiciones fijadas en la ley, si es por inadvertencia suya o de los tribu

.....
[93] Op. Cit. , pág. 444.

nales que no obtuvo el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover su consecución mediante el incidente respectivo ante el juez de la causa.

Carrascá y Trujillo en sus comentarios a ésta fracción nos dice que se trata evidentemente de una norma de carácter procesal; la promoción de un incidente cuya adopción por el Código Penal sólo se explica ya que el Código de Procedimientos Penales no entiende ninguna regla sobre la condena condicional. [94]

En este sentido cabe citar la siguiente tesis jurisprudencial que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

CONDENA CONDICIONAL.

El otorgamiento del beneficio de la condena condicional no es imperativo sino potestativo, para el juzgador y puede negarlo con tal que nazca lógicamente los motivos tomados en cuenta.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XXIV, Pág. 26, A.O. 4066/58. Ernestina Coribay Jiménez

[94] Op. Cit. ; pág. 111.

Unanidad de 4 votos. A.D. 4014/58. David.

Siqueros, Unanidad de 4 votos.

A nuestro parecer la condena condicional es uno de los mayores aciertos del legislador, toda vez que se da protección tanto al procesado como a la víctima; el procesado se ve protegido desde el momento en que se le otorga el beneficio de poder obtener la suspensión de la sanción, cuando reúne los requisitos previstos en el artículo 90 del Código Penal; logrando así la no contaminación del delincuente ocasional. Y por otro lado se protege a la víctima, al obligar al delincuente a otorgar fianza para garantizar el daño sufrido por la víctima.

CAPITULO IV

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y TENDENCIAS PARA HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO.

- A. CUANDO EL DELINCUENTE NO PUEDE CUBRIR EL DAÑO O SOLO PUEDE CUBRIR UNA PARTE DE ESTE.
- B. CUANDO EL DELINCUENTE ES INSOLVENTE O BIEN SECONDOCA EN UN ESTADO DE APARIENCIA.
- C. EL MINISTERIO PUBLICO POR OLVIDO O NEGLIGENCIA NO ALUDE A LA REPARACION DEL DAÑO.
- D. LA INVACION POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO DE LA FUNCION DECISORIA.
- E. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE ORDEN PRACTICO Y LEGAL ACERCA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

1. Fijación provisional de la Reparación del Daño.
2. Pago indebido de la Reparación del Daño en caso de inocencia del procesado.

CAPITULO IV

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y TENDENCIAS PARA HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO.

A lo largo del problema jurídico referido, ha sido nuestro propósito señalar con claridad y precisión la irresquegable Reparación del Daño y su efectividad a través del curso histórico de nuestra legislación. Hemos hecho notar, como desde los primeros tiempos se ha pugnado porque el perturbador grave de la paz pública, haga efectiva esa obligación _ contraída, originada por su acción ilícita, y que hasta hoy_ aún no se ha conseguido

Al llegar al capítulo que nos ocupa es menester _ dejar asentado y bien entendido que realmente si existe una_ problemática sobre la efectividad de la Reparación del Daño_ causado por el delito, por lo que procederemos a enunciar _ las tendencias dirigidas a resolver tales problemas, aportan_ de nuestra opinión al respecto.

En este orden de ideas pasaremos al análisis de _ los multicitados problemas en los siguientes términos:

A. CUANDO EL DELINCUENTE NO PUEDE PAGAR EL DADO O SÓLO PUEDE CUBRIR UNA PARTE DE ESTE.

Al respecto la fracción V del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece: " Cuando se a credite que el sentenciado no puede pagar la multa o sólo -- puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sub stituir total o parcialmente, por prestación de trabajo en favor de la comunidad, "

Sobre el particular, Geniceros y Garrido citados -- por Raúl Carrancé y Trujillo apunta: " La conversión de la multa en prisión sólo se estableció en el Código Penal por una verdadera necesidad casi diríamos dolorosa necesidad con vincidas de que técnicamente es incongruente dicha conver -- sión. " [95]

Más adelante el mismo autor refiere que la mayor parte de las legislaciones adopta dicha conversión, por medio de dos vías, de sustitución y de apremio (Código Penal Uruguayo), ya bien autorizando plazos o el pago mediante el trabajo libre (Argentina, Perú y Suiza), otras legislaciones sólo imponen la prisión sustitutoria cuando la insolven-

[95] óp. Cit. ; pág. 114.

cia del sentenciado le sea imputable culpablemente; solución doctrinaria justa, pero en la práctica resulta de difícil ya lucación. El Código Penal Veracruzano prescribe que: " La multa que no quede pagada por ser imposible hacerla efectiva se cubrirá por el reo con el producto del trabajo que realizara en el trabajo (sic) que designe el Ejecutivo. En caso de imposibilidad física para efectuar trabajo alguno se le perdonará la multa. "

De lo expuesto, el jurista Ramón Lugo citado por el autor en comento dice: " El Estado no debe aceptar categorías económicas en sus medidas represivas... aceptarlas es ampliar coercitivamente y oficialmente las injusticias sociales. " (96)

También otros autores, proponían hacer efectiva la Reparación del Daño proveniente del ilícito penal, con trabajos obligatorios en servicio del particular ofendido.

En nuestra opinión no sería aconsejable adoptar -- tal medida, pues iría contra los principios más elementales de los derechos del hombre. Y ya hace bastante tiempo que la esclavitud dejó de existir en nuestro país. Aún, de que --

.....

(96) Ibíd; pág. 116.

violaría el artículo 22 de nuestra Carta Magna constituyéndose por lo tanto en una pena inconstitucional.

Por nuestra parte, tocante a la sustitución aludida en párrafos que anteceden podemos decir que resulta a todas luces imperante en virtud de que el trabajo prestado a favor de la comunidad no representa bajo ninguna circunstancia el aseguramiento de los daños sufridos directamente, en la víctima, si bien es cierto por un lado se atiende primordialmente a satisfacer los intereses de la comunidad, por otro lado se deja aislado y en total abandono el daño sufrido por el ofendido, desvirtuándose con ello la esencia de la Reparación del Daño, consistente en proteger el estado de indefensión de la víctima.

Fiorretti, citado por Carrasco y Trujillo Rold, probablemente pueda aducirse más a la solución del problema enunciado, para ello afirma que: " El Estado tiene gran culpa en la comisión de los delitos en razón a ello debe subrogarse (económicamente) en los derechos del ofendido para luego exigir del delincuente el correspondiente reembolso. (97)

[97] Derecho Penal Mexicano; Quinta Edición; Tomo II; Parte General; Editorial Antigua Librería de Córdoba; México 1968; pág. 134.

Sobre el particular estimamos acertado lo expuesto por el mencionado jurista en cuanto a que el Estado es el indicado para resarcir los daños y perjuicios causados al ofendido por parte del delincuente; pero discernimos en las razones que expresa al respecto, es decir; que nosotros no estimamos que " el Estado tiene gran culpa de la comisión de los delitos ", sino que más bien, delito y delincuente son el resultado del medio en que viven, produciéndose aquéllos por _ ignorancia, extrema pobreza, deficiente o mala educación, -- falta de trabajo o apatía a él, etc.; consecuentemente, el _ directamente culpable sería en todo caso la sociedad, por el medio en que se desenvuelve el delincuente y no tanto el propio Estado.

Y decimos que el Estado es el " indicado ", no por que sea el "culpable", sino porque es el representante de la _ sociedad en la administración de justicia, ello es virtud de que la comunidad no puede ejercerla colectivamente. Por ello la sociedad cede al Estado más atribuciones y este impartirá la justicia mediante una observancia general, obligatoria y _ estabilizadora, " la ley ".

Esto implica desde luego, que el Estado por ser el representante de la sociedad, será quien imponga las sanciones y responda por ellas... por ser el indicado; a mayor ---

abundamiento, creemos que la idea propuesta por Fiorretti, -- puede adoptarse perfectamente en nuestra legislación si ategemos a los principios que la Ley menciona (aplicandolos en sentido estricto), en varios de sus preceptos en materia penal, y así tenemos que " La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial " (el Estado), - artículo 21 Constitucional -; " El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público " [el Estado], y tiene por objeto... I... II. Pedir la Reparación del daño (artículo 2o. del Código de Procedimientos Penales... como estas, podemos agregar muchos más preceptos en los cuales el Estado reconoce tácita o expresamente su competencia para imponer las sanciones y hacerlas efectivas en representación de la sociedad; más no entendemos el porque de la pena de la Reparación del Daño hace una excepción a la regla general, si ésta, repetimos, es también pena y pública [agrega la propia ley aunque redundante y necesario, para darle mayor énfasis].

De lo anteriormente expuesto, se deducen las razones por las cuales indicamos que el Estado como representante de la sociedad, debe resarcir al ofendido del daño causado por el delito, para luego exigir al responsable el cumplimiento de la obligación subrogada (por costar con mayores ventajas coactivas para hacerla efectiva).

A mayor enteraza, a continuación confirmamos nuestra sugerencia, proponiendo el establecimiento de un fondo - mediante el cual pueda sostenerse económicamente el Estado y mediante esta forma no se vea mermado su caudal y pueda hacer frente a la Reparación del Daño de una manera desahogada.

En principio se denominaría FONDO ECONOMICO PARA LA SUBROGACION DEL ESTADO EN LA REPARACION DEL DAÑO EN MATERIA PENAL, mismo que se alimentaría de:

- a) Aplicación de las multas provenientes de las sentencias judiciales;
- b) Aplicación del importe de la Reparación del Daño que anteriormente se destinaba al ofendido, atendiendo al daño que sea preciso reparar y de las pruebas obtenidas en el proceso;
- c) Aplicación del importe de la libertad caucio -- na), en caso de que el reo se sustraiga de la acción de la Justicia, agregándose que deberá aumentarse cuando menos en un 20 % el valor de la fianza;
- d) Aplicación del importe económico de los delitos conmutables, mismos que deberán aumentarse cuando menos en un 100%;
- e) Hipoteca sobre los bienes presentes del delincuente (inmuebles), hasta el monto fijado por el Juez apli

**B. CUANDO EL DELINCUENTE ES INSOLVENTE O BIEN SE CO--
LOCA EN UN ESTADO DE APARICENCIA.**

Anteriormente el artículo 31 del Código Penal, pre--
veía que en tratándose de la obligación al pago del resarc--
miento del daño por parte del acusado, se requería fuera fi--
jado pericialmente y atendiéndose a la capacidad económica _
del acusado.

Actualmente en el tipo penal vigente ha desapare--
cido " atendiendo a la capacidad económica... ", toda vez --
que ello implica que en la mayoría de los casos no se aten--
diera debidamente a la Reparación del Daño de la Víctima, --
por la insolencia del obligado, sin embargo, tratándose de _
delitos patrimoniales no resultaba de toda justicia el que _
se atendiera a la reparación en función de la capacidad eco--
nómica del obligado a cubrirla, ya que en las más de las oca--
siones el beneficio obtenido a través de su acción ilícita _
era mucho mayor que el resarcimiento que decretaba el juez _
pagar.

Lo anterior se ve confirmado por la tesis sosteni--
da por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el si --
guiente sentido:

REPARACION DEL DAÑO.-

* En los delitos patrimoniales contra las personas, el juzgador no debe tomar en cuenta las circunstancias condónicas del acusado, para los efectos de la Reparación del Daño en su aspecto reparatorio, en todo caso deben decretarse; porque lo contrario implicaría favorecer un enriquecimiento ilícito en beneficio del delincuente. * [58]

A. O. 1325/1962.- Francisco Peniche Bates.- Resuelto el 30 de agosto de 1962 por unanimidad de 5 votos. Ponente el señor maestro Vela. Secretario Lic. José M. Ortega. Primera Sala. Boletín 1962. Página 541.

Tocante al caso en que el deudor se coloque en un estado de insolvencia aparente, como manifestamos anteriormente, si se prevé esta situación, se pueden pedir las medidas precautorias, mismas que señalamos con anterioridad, y que solicitamos se tengan por reproducidas en obvio de inútiles repeticiones. Y en caso de que ello no fuese solicitado en el momento procesal oportuno ratificamos nuestro tésis en el sentido de que sea el Estado el que se subroga en el pago de dicha reparación.

[58] Jurisprudencia y Tésis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 1955-1963; suscitadas por la Sala Plena; Primera Sala; Nueva Edición en; México 1964; Pág. 104.

C. EL MINISTERIO PÚBLICO POR OLVIDO O NEGLIGENCIA NO ALUDE A LA REPARACION DEL DAÑO.

Jovestino Y. Castro al abordar la problemática y sistemática del Ministerio Público expresa: " Es frecuente ver en los procesos que el Ministerio Público no reúne las pruebas necesarias tendientes a lograr la Reparación del Daño sin llegar a la condena judicial, por lo tanto, sobre este importantísimo capítulo, quedan así burlados los intereses de los lesionados por el delito, pues el juez tiene que absolver de la reparación del daño, y así no se puede ir a la vía civil en forma alguna, pues la absolución sobre la reparación se convierte en cosa juzgada. " (99)

Como señalamos en el inciso A del capítulo III, el legislador de 1931 al elevar a la categoría de pena a la Reparación del Daño, fue con el fin de hacerla exigible de OFICIO POR EL MINISTERIO PÚBLICO, para así lograr una efectiva Reparación del Daño en beneficio de las víctimas del delito, sin embargo, es común ver en la práctica que los resultados han sido fatalmente contrarios, ya que se ha exacerbado la situación de ellos al no permitirse su intervención directa.

(99) Op. Cit. ; Pág. 124.

Si bien es cierto que el número de procesos en que se hace efectiva la Reparación del Daño ha aumentado, se debe principalmente a la exigibilidad de repararlo para que -- proceda la Condena Condicional, como requisito de procedibilidad, pero esto no reporta en sí la solución al problema que planteamos.

Toda vez que hemos sido testigos de como el órgano de la Representación Social ha abandonado la acción de reparación por su incapacidad material de desempeñar una función superior a sus fuerzas y por la falta del natural interés sobre el caso, ya que de lo contrario lo convertiría en un agnoscado y vengativo particular dentro del proceso penal rompiéndose por ende con ello, el motor de la mecánica social.

En consecuencia el ofendido por el delito se convierte en un sujeto procesal accesorio en donde sus pruebas quedan al arbitrio del Ministerio Público al ser aceptadas.

Hacemos nuestra la solución planteada por el maestro Juventino V. Castro, en torno a esta problemática, en el sentido de que es necesario darle al ofendido una mayor facilidad para defender sus intereses patrimoniales, permitiendo su intervención directa en el proceso, situación que hasta el momento sólo es posible mediante el Juicio de Amparo de

Garantías para reclamar los hechos que afectan sus intereses patrimoniales que son correlativos de la acción penal. (100)

[100] C/a. y Tód. y Pdg. 179.

D. LA INVACION POR EL MINISTERIO PUBLICO DE LA FUNCIÓN DESCISORIA.

Antes de abordar este grave problema, es importante dejar de manifiesto, que dada su complejidad, requiere de una investigación mucho más amplia y exhaustiva de la que podríamos lograr en este apartado, a mas de que se desviaría el tema principal de nuestra investigación jurídica y que de be ser tema de subsecuentes investigaciones.

No obstante ello y hecha la aclaración anterior, haremos una breve exposición del problema anotada, en los siguientes términos:

Según el artículo 21 de la Constitución Política, la imposición de penas, es propia y exclusiva de la autoridad judicial, e incumbe al Ministerio Público la persecución de los delitos.

Y es el caso que cuando formula conclusiones no acusatorias, así como se desiste de la acción penal intentada o no ejercita la acción de Reparación del Daño (puesta en sus manos), en beneficio de las víctimas del delito; el Ministerio Público se convierte en autoridad decisoria, pues el hecho de que al formular conclusiones no acusatorias y eg

tas a su vez sean confirmadas por el Procurador, dando como resultado que el juez sobrees el proceso con efectos de sentencia absolutoria, quitándole al juez la facultad otorgada en el precepto en comento, resultando tal invasión en la función decisoria notoriamente anticonstitucional.

Pero hay más, el desistimiento arbitrario del Ministerio Público invade concomitantemente los poderes autónomos del juez y los derechos patrimoniales de las víctimas en donde actúa el órgano de la Representación Social como juez inapelable sobre la acción pública y sobre la acción patrimonial privada.

Lo cual conviene como refiere Juventino V. Castro en su obra Funciones y Desfunciones del Ministerio Público, en un monstruo como Levistán, o en un ser divino que puede reunir en sus esencias las del defensor, de acusador y de juez, resultando infinitamente sabio, bueno, poderoso, en fin la propia encarnación de la sabiduría.

Por lo que para evitar esto último, propendríamos la creación de un órgano especial que podríamos llamarle de cualquier forma, pero eso sí, con facultades específicas para intervenir, limitando hasta cierto punto la función del Ministerio Público y obligándolo en los casos en los que pro

cada de acuerdo con la ley.

E. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE ORDEN PRACTICO Y LEGAL
ACERCA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

1. Fijación provisional de la Reparación del Daño.

En primer lugar, es menester analizar si constitucionalmente es posible llegar a la fijación provisional de la Reparación del Daño, sin quebrantar ninguna garantía Constitucional.

Al efecto el artículo 14 de nuestra Carta Magna en su párrafo segundo dice: " Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expuestas con anterioridad al hecho."

Encontramos desde luego, por lo que respecta a la materia que nos ocupa, que el referido artículo constituiría aparentemente un obstáculo para llegar a la reparación provisional, ya que el procesado alegaría que se le despojaba de lo que le pertenece sin antes ser oído y vencido en juicio y decimos que el obstáculo es aparente, toda vez que, el juicio si existe, la garantía de audiencia es una realidad con-

sagrada en el propio artículo 14 de la Constitución, puesta_ que después de decretada la formal prisión al procesado, ven_ dría la demanda del Ministerio Público pidiendo al juez la _ fijación provisional de reparar el daño, posteriormente el _ perfedo para las pruebas relacionadas con la misma, y por ú_ timo, la resolución del juez aceptando o rechazando la soli_ citud hecha por el Órgano de la Representación Social; y es_ natural que el presunto responsable del delito, durante todo_ este proceso gozaría de todas y cada una de las garantías _ que la ley le otorga, tales como oponer excepciones, aportar_ pruebas para llegar al ánimo del juzgador y demostrarle que_ no es indispensable la suspensión provisional, por no requeri_ rle así la gravedad del caso. Por lo tanto proponemos la a_ dopción en nuestro Código de la fijación provisional de la _ Reparación del Daño, después de decretada la formal prisión_ al detenido, ya que sería esto además de una medida precauto_ ria, una manera de llegar a la efectividad de la Reparación_ del Daño.

Por otro lado, tenemos que el artículo 36 del Cód_ igo de Procedimientos Penales autoriza al Órgano del Ministe_ rio Público o al ofendido en su caso, para que cuando se ten_ ga temor fundado sobre ocultación o enajenación de los bie_ nes en que debe hacerse efectiva la Reparación del Daño, es_ tos pueden pedir al juez un embargo precautorio sobre dichos

bienas.

En la segunda parte de este artículo, encontramos el procedimiento a seguir, es decir, que basta la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida, para que el juez dicte el embargo precautorio, a menos que el acusado otorgue fianza suficiente a juicio del juez. Éste decretará el embargo bajo su responsabilidad.

Cabe hacer notar que la ley otorga cierto arbitrio al jugador para que de conformidad con las pruebas que le aporte determine si dicta o no la medida de que se trata.

Sin dejar de reconocer las bondades de este precepto, no creemos que en la práctica tenga una aplicación constante, toda vez que aunque el mismo autoriza al juez a decretar el embargo precautorio estas cosas se presentan en contadas ocasiones debido a la precaria situación en muchas de las veces de los delincuentes. Por ello consideramos conveniente la adición de una tercera parte al referido artículo, o bien, se reglamente por separado en donde se autorice al juez a fijar la suspensión provisional cuando el Ministerio Público se la pide y de acuerdo con las pruebas aportadas, dictar su resolución.

2. Pago indebido de la Reparación del Daño en caso de inocencia del procesado.

Al respecto, nos preguntamos que sucedería cuando, después del proceso o bien por cualquiera de las causas que la ley señale se declare la inocencia del procesado y que además ha estado pagando una determinada cantidad por concepto de reparación.

En caso de que el procesado tuviese alguna acción en contra del ofendido para resarcirse de la cantidad que se le ha hecho pagar sin ser responsable del delito por el cual se le siguió proceso, caeríamos en un círculo vicioso, esto es, el procesado tendría acciones para repetir en contra del ofendido solicitando el pago de la reparación moral por los daños causados; a nuestro parecer la acción debe ordenarse en contra del Estado, ya que el ofendido probó que efectivamente el daño existe y también la necesidad de tal medida, como manifestamos en este mismo capítulo en incisos anteriores, es el Estado el que debe resarcir el pago de la cantidad reclamada, porque es obligación de este hacer que el verdaderamente culpable responda ante la sociedad por el delito que ha cometido, y ante el ofendido por la Reparación del Daño, pues éste último no es responsable de los errores cometidos por las autoridades.

De este modo el Estado tiene mayores ventajas y mejores medios para exigir al delincuente el pago de la Reparación del Daño, sólo de este modo habrá perspectivas eficaces para hacer más enérgico dicha reparación causada por el delito; así el delincuente, al saber que el Estado es el subrogante de su obligación deberá pagar a éste los daños y perjuicios ocasionados por su delito, haciéndose con ello desaparecer la insolencia real o simulada.

De esta forma el Estado cumplirá así, con tan encomiable misión de salvaguardar y velar por los intereses jurídicos colectivos y el ofendido, por fin, dejará de ver burlados sus derechos y observará que nuestra ley, no es del todo letra muerta para las desvalidas víctimas del delito.

En el presente estudio hemos dejado discorrir nuestras inquietudes y pareceres, tal vez un poco atrevidos y en algunos momentos sin medir alcances ni críticas o malos entendidos; simplemente hemos expresado nuestra opinión al respecto, con la consabida preocupación típica de todo estudiante universitario egresado de sus filas. Cabe sin embargo recalcar que hemos llegado al final de nuestro estudio, habiendo cumplido con ello no un requisito formal impuesto por la Universidad, sino con nosotros mismos y con nuestra sociedad.

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

PRIMERA.- Estudiando previamente el contenido del presente trabajo de investigación jurídica, podemos concluir que: En nuestro Derecho Penal, se considera a la Reparación del Daño proveniente de delito como una pena pública y compete exigirla oficialmente al Ministerio Público, siendo esta diferente de la acción sobre responsabilidad civil por hechos ilícitos o contra las buenas costumbres que regula y contempla el Código Civil vigente.

SEGUNDA.- La Reparación del Daño que deba ser exigida oficialmente por el Ministerio Público, se encuentra consagrada en el artículo 34 del Código Penal vigente, mismo precepto que faculta al ofendido, a sus derechohabientes o a sus representantes a coadyuvar con el mismo; por lo que consideramos esa intervención favorable, ya que con ella se suavizará el espíritu vengativo del ofendido, logrando con ello una equitativa impartición de justicia.

TERCERA.- En ejercicio de la Acción Penal, sería conveniente que se estableciera, que el Ministerio Público dictado el auto de formal prisión, de oficio solicitare al aseguramiento de bienes del procesado, suficientes a garantizar el pago de la Reparación del Daño, ya que esto sería, --

además de una medida precautoria, una manera de llegar a la efectividad del pago.

CUARTA.- Cuando no se logra obtener el pago de la Reparación del Daño en materia penal, por el no ejercicio de la acción, sobreseimiento o absolución, podrá recurrirse a la vía civil, ya que de esta forma, la responsabilidad exigida a terceros no tiene el carácter de pena pública, ya que esta sólo es exigible al delincuente, conservando aquella su carácter patrimonial privado.

QUINTA.- La Condena Condicional tiene estrecha relación con la Reparación del Daño, en el sentido de que como requisito sine qua non, no procederá en caso de que no exista suficiente fianza que garantice el pago de la totalidad de la Reparación del daño causado por el delito, y es por ello que consideramos una de las avances más significativos en cuanto a la protección de la víctima y del propio delincuente.

SIXTA.- Creemos que la vía más idónea para la problemática de la Reparación del daño, sería la subrogación por parte del Estado a través de un órgano creado para tal fin, que permita hacer frente a tales erogaciones sin menoscabar el haber y a la vez evita en la mayor medida posible que el victimario no cumpla con el pago de la Reparación del Daño.

pues el Estado tiene mayores ventajas y mejores medios para exigirlos, y así de esta forma, cumplirá con su misión de vigilar los intereses jurídicos colectivos. Por lo tanto, si el Estado se propone; la efectividad de la Reparación del Daño causado por el delito podrá hacerse realidad y la estadística desalentadora de los resarcimientos de daños y perjuicios, delito y delincuente y víctima, disminuirán enormemente y como consecuencia, la armonía, paz y seguridad pública podrá imperar con mayor posibilidad y firmeza en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFIA

Abarca Ricardo; El Derecho Penal en México; sin fecha de edición; Editorial Cultural; México; 501 pp.

Acero Julia; Procedimiento Penal; Sexta Edición; Editorial José Cajica Jr. S.A.; Puebla, Pue.; 1988; 500 pp.

Barja Osorno Guillermo; Derecho Procesal Penal; Tercera reimpresión; Editorial Cajica; Puebla, México, 1981; 478 pp.

Carrancé y Trojillo Raúl; Código Penal Anotado; sexta Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1981; 871

Carrancé y Trojillo Raúl; Derecho Penal Mexicano; Quinta Edición; Tomo II, Parte General; Editorial Antigráfica Robledo; México, 1960; 329 pp.

Castellanos Tena Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Décima Sexta Edición; Editorial Por S.A.; México, 1981; 339 pp..

Cofre Sánchez Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; Octava Edición; Editorial Porrúa, S. A.;

México, 1984; 487 pp.

Franco Solís Carlos; El Procedimiento Penal Mexicano; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1979; 605 pp.

Franco Villa José; El Ministerio Público Federal; Primera Edición; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1985; 445 pp.

García Maynes Guillermo; Apuntes de Derecho Penal; Biblioteca Nacional de México; sin fecha de Edición; 68 pp.

García Ramírez Sergio; Curso de Derecho Procesal Penal; Cuarta Edición; Editorial, Porrúa, S. A.; México, 1983; 875 pp.

González Bustamante Juan José; Principios de Derecho Procesal Penal; Segunda Edición; Editorial Betas; México, 1945; 606 pp.

González de la Vega Francisco; El Código Penal Comentado; Octava Edición; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1987; 529 pp.

Granda Santana Carlos M.; Manual de Derecho Procesal Penal; Segunda Edición; Editorial Cárdenas; México, 1983
230 pp.

Pérez Palma Rafael; Guía de Derecho Procesal Penal
Segunda Edición; Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor; _
México, 1975; 460 pp.

Rivera Silva Manuel; El Procedimiento Penal, Décima
Sexta Edición; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1986; 403
pp.

V. Castro Juventino; El Ministerio Público en Méxi
co, Funciones y Desfunciones; Primera Edición; Editorial Po-
rrúa, S. A.; México, 1976; 189 pp.

LEYES

Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California; Imprenta dirigida por José Batiza; México, 1870; 634 pp.

Código Penal para el Distrito Federal; Cuadragésima Cuarta Edición; Editorial Porrúa, S. A.; México 1938; — 243 pp.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; Editorial Herrero Hermanos, Sucesores; México, 1871; — 328 pp.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; Talleres Gráficos de la Nación; México, 1929; 273 pp.

O T R A S F U E N T E S

Diccionario Enciclopédico Universal; Tomo VII; Editorial SIEDSA; Barcelona, España, 1972; 3758 pp.

Escriche Joaquín; Diccionario Bases de Legislación y Jurisprudencia; Editorial Teneis; Bogotá, 1977; 680 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal Comentado; Libro IV, Tomo IV; Primera reimpresión; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1968; 206 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Diccionario Jurídico Mexicano; Tomo III, - D -; Primera reimpresión; Editorial Porrúa, S. A.; México 1985; 359 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Diccionario Jurídico Mexicano; Tomo VIII, (REP-2); Primera reimpresión; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1985; 433 pp.

O T R A S F U E N T E S

Diccionario Enciclopédico Universal; Tomo VII; Editorial SIEDSA; Barcelona, España, 1972; 3758 pp.

Escriche Joaquín; Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia; Editorial Temis; Bogotá, 1977; 690 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal Comentado; Libro IV, Tomo IV; Primera reimpresión; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1968; 286 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Diccionario Jurídico Mexicano; Tomo III, - D -; Primera reimpresión; Editorial Porrúa, S. A.; México 1985; 359 pp.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Diccionario Jurídico Mexicano; Tomo VIII, [RDP-2]; Primera reimpresión; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1985; 433 pp.

Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 1955-1963; Sustentadas por la Primera Sala Penal; Primera Sala; Editorial Mayo Ediciones; México, 1964; 806 pp.

Tesis Ejecutorias 1917 - 1985; Apéndice al Seminario Judicial de la Federación; Segunda Parte; Primera Sala; Editorial Mayo Ediciones; México, 1985, 754 pp.