

764
24



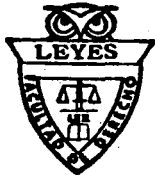
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"LA REPARACION DEL DAÑO EN
MATERIA PENAL"**

T E S I S

**PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIRIAM MARISELA ROCHA SOTO**



MEXICO, D. F.

1992

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

Pág.

CAPITULO PRIMERO

MARCO TEORICO O DE REFERENCIA

1.1. Conceptos Jurídicos Fundamentales	1
1.2. Sentido Etimológico	1
1.3. Aceptación General	2
1.4. Concepto Jurídico de Daño	2
A) Aceptación Lata	2
B) Significación Estricta	3
1.5. Concepto Jurídico-Penal de Daño	4
1.6. Diversas Clases de Daño	4
A) Por la Fuente	5
B) Por la Causa	5
C) Por el Objeto Afectado	5
C.1. Concepto de Patrimonio	6
C.2. Contenido del Patrimonio	7
C.3. Daño Material	9
C.4. Distinción entre Daño Material y Daño Moral ...	10
D) Por la relación entre el Daño y la Conducta	10
E) Por su grado	11
1.7. Concepto Daño Moral	16
1.8. Concepto de Perjuicio	19
1.9. Concepto Jurídico de Perjuicio	19

	Pág.
1.10. Concepto Jurídico Penal de Perjuicio	21
1.10.1. Requisitos para que el Perjuicio se Repare	21
1.11. El Daño Reparable	22
1.12. Requisitos para que el Daño sea Reparable	24
1.13. Formas de Reparación del Daño	26
A) Restitución	29
B) Resarcimiento	30
C) Indemnización	32
C.2. Naturaleza de la Indemnización	33
C.3. Presupuestos de la Indemnización	33
C.4. Elementos constitutivos de la Obligación de Indemnizar	34
C.5. Indemnización en Derecho Penal	35
C.6. Contenido de la Indemnización	36
C.7. Clases de Indemnización	37
C.8. Indemnización Pecuniaria	38
C.9. Determinación de la Cuantía	38
C.10. Supuestos Especiales de Indemnización en Derecho Penal	40

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION, OBJETO Y FIN

2.1. Concepto de Pena	44
2.1.1. Caracteres de la Pena	45

	Pág.
2.1.2. Clasificación de la Pena	46
2.1.3. Fin y Esencia de la Pena	47
2.1.4. Pena y Reparación en el Derecho	50
2.2. Sanción	55
2.3. Obligación derivada de un ilícito que genera una Responsabilidad Extracontractual	57
2.3.1. Concepto Hecho Ilícito	59
2.3.2. Clasificación del Hecho Ilícito	61
A) Concepto de Deber Jurídico	62
B) Concepto de Deber Jurídico Estrictu Sensu	62
2.3.3. Responsabilidad por Hecho Ilícito	63
2.3.4. Antijuridicidad	66
2.3.5. Responsabilidad Civil Extracontractual y Contractual	67
2.4. Objeto y Fin de la Reparación	72

CAPITULO TERCERO

FUNDAMENTOS JURIDICOS

3.1. La Reparación del Daño en la Constitución	74
3.2. La Reparación del Daño en el Derecho Civil	79
3.3. La Reparación del Daño en el Derecho Procesal Civil .	80
3.4. La Reparación del Daño en el Derecho Penal	82
3.5. La Reparación del Daño en el Procesal Penal	89
3.6. La Reparación del Daño en el Derecho Comparado	96

CAPITULO CUARTO

SUJETOS RELACIONADOS CON LA REPARACION DEL DAÑO

4.1. Características de la Acción de Reparación	104
4.2. Sujetos con Derecho a la Reparación	105
4.3. Titulares de la Acción de Reparación	105
A) Directos:.....	105
1) La víctima	105
2) Sujeto Pasivo	110
B) Indirectos:	114
1) Padres	115
2) Tutores o Curadores	115
3) Herederos	116
4.3.1. Causahabientia	118
4.4. Sujetos obligados a la Reparación	121
A) Directos	121
1) Sujeto Activo	121
2) Delincuente	121
B) Indirectos	122
1) Padres	123
2) Tutores y Curadores	123
3) Directores de Internados o Talleres	124
4) Los Dueños de Empresas o Negociaciones Mercantiles	124
5) Las Sociedades o Agrupaciones	124

	Pág.
6) El Estado	125
4.5. La Reparación del Daño a cargo del Estado	126
Conclusiones	145
Bibliografía	148

INTRODUCCION

En una Ciudad como la nuestra, donde se vive rápidamente donde las tensiones forman parte natural de la personalidad de - todo individuo no es raro que momento a momento se cometan ilícitos en contra de la persona, sus bienes, derechos, posesiones, - familiares, etcétera, ilícitos que provocan daños difíciles de - reparar e incluso algunos de imposible reparación.

El derecho como cuerpo normativo que regula toda la acti - vidad humana tiende por una parte a lograr una convivencia armó - nica y respetable entre todos los miembros de la sociedad, por - la otra, trata de cumplir y hacer cumplir los conocidos fines - fundamentales del derecho como son LA SEGURIDAD JURIDICA, LA JUS - TICIA Y EL BIEN COMUN.

Tenemos conocimiento que lamentablemente vivimos en un - país en donde el Estado no puede cumplir al máximo con los fines del derecho y me atrevo a decir que ni siquiera de manera regu - lar cumple con ellos, debido entre otras cosas al exagerado cre - cimiento de la población, a la escasez de recursos humanos y a - la falta de preparación de la gente que tiene encomendada esta - tarea; por lo que considero que el Estado debe al momento de co - meterse un ilícito responsabilizarse y dar apoyo y ayuda de todo tipo a la víctima del mismo.

Es conocido por todos el desinterés general que a través de la historia se ha tenido por la persona de la víctima y su -- sufrimiento a diferencia de la gran preocupación por el delin - ciente, por estudiarlo, protegerlo, tratarlo, explicarlo y auxi -

liarlo; el contraste es evidente, mientras que el Estado colma de atenciones al delincuente dotándolo de asistencia médica, - alimento, vestidos, etcétera, ya que vivimos en un sistema jurídico compuesto por normas altamente protectoras del delincuente que busca su reivindicación, su readaptación al medio social y con el fin primordial de evitar su reincidencia (lo que no crítico de principio), mientras tanto a la víctima se le olvida, - se le desprotege, se le deja sola con los impactos psicológicos, sociológicos y económicos, los traumas casi incurables de una - violación o el dolor implacable de la pérdida de un ser querido situación que no debemos permitir por el hecho de ser humanos y que debe terminar en el orden jurídico-social así como en el - práctico, no debe pues dejarse más en el desamparo a la víctima del delito y contribuyamos entusiastamente al desarrollo de la - casi reciente creación de la Victimología cuyo objeto de estudio es la víctima.

Empezaré por desarrollar todo lo referente al daño desde su concepto, clasificación, regulación jurídica hasta llegar a determinar en virtud de reunir los requisitos establecidos - cual daño debe repararse. Trataré asimismo las diversas formas de reparación resaltando las más eficaces en nuestro Derecho, - haciendo evidente la necesidad de que exista una verdadera reparación atendiendo especialmente al dañor moral.

En el capítulo segundo hablaré de la naturaleza jurídica de la reparación del daño, estableciendo mis criterios por -

considerarla como una obligación que deriva de la comisión de - un hecho ilícito, generando con ello la Responsabilidad Extra-- contractual.

Continuaré con la exposición de la institución de la -- Reparación del Daño en el Derecho Positivo Mexicano a través de de la Constitución, Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código Penal y Código de Procedimientos Penales, en donde se deja ver la dificultad para ejercer la acción de reparación-- debido entre otros motivos a la infelicacia de algunos disposi-- tivos, a lo obsoleto que resultan ser otros y a la dificultad - de nuestro sistema penal para pedir la reparación por la multi-- tud de requisitos para que proceda que bien podrian calificarse de obstáculos.

Finalmente expongo los sujetos que integran la relación jurídica de la reparación, en donde establezco que uno de los - sujetos principales obligados a responder de la reparación es - precisamente el Estado, como órgano rector de la sociedad que - tiene en sus manos el deber de proporcionar a los individuos -- que integran la sociedad una seguridad jurídica y que cuando se cometan delitos que lesionen los más importantes bienes jurídicos tutelados el Estado entonces deberá responder ante la repa-- ración de los daños producidos por tales ilícitos.

Propugnemos pues, para que exista un sistema legal expedito para que la víctima o sus causahabientes puedan reclamar - real y eficazmente la reparación del daño a que tienen derecho,

a resaltar la importancia del ofendido en el delito y a señalar la urgencia que existe de que el Estado preste una atención debida a la víctima y responsabilizarlo cuando se reúnan ciertas circunstancias que expondré más adelante, y en aquellos casos en que el delito afecte a los más altos sentimientos y valores del hombre y en esto, precisamente es a lo que tiende el presente estudio.

CAPITULO PRIMERO

"MARCO TEORICO DE REFERENCIA"

1.1 CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

Toda conducta ilícita cometida en contra de la persona misma, en sus bienes, derechos, propiedades, familiares, etcétera, produce un daño y/o perjuicio de diversa magnitud de acuerdo con el bien o derecho lesionado. Producir un daño es un acto contrario al derecho pues éste protege la integridad de la persona, sea en su aspecto físico, espiritual o moral, económico - así como también a los bienes que complementan su personalidad.

Si bien es cierto que todo daño debería ser reparado, - lo que no acepta de manera absoluta nuestra Legislación en las leyes substantivas como adjetivas, dediquemos esta parte del -- trabajo a definir qué es el daño, cuál es su clasificación y - cuáles son las condiciones para que proceda su reparación; y - en tal sentido veamos también lo tocante al perjuicio aunque de manera menos profunda, pues ambos constituyen los conceptos fundamentales del presente trabajo.

1.2 SENTIDO ETIMOLOGICO.

La palabra DAÑO proviene del latín "damnum" que signifi

ca mal, perjuicio, aflicción, privación del bien, menguar o disminuir algo. (1)

1.3 ACEPCION GENERAL.

Daño es el detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio - que de cualquier modo se provoca, aún cuando se trata de actos dirigidos por la persona o contra sí misma como puede resultar del suicidio o la automutilación, y también aquél que ocasiona una persona a otra en forma tal que no implica en su conducta culpa o dolo. (2)

1.4 CONCEPTO JURIDICO DE DAÑO.

Aclaremos que tampoco dentro de la técnica jurídica dicho vocablo alcanza una significación unívoca, pues aquí también hay que distinguir una acepción lata y una estricta o restringida.

A) ACEPCION LATA: Daño es aquél que causa una persona con respecto a otra al invadir su esfera de libertad, aún - - cuando no medie concreta la lesión a su patrimonio en su aspecto

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, Edit. Bibliográfica Argentina, - S. de R.L., Argentina 1968, p. 511.

(2) Ibid., p. 512.

to económico, afectivo o moral. De dicha definición se restalta que "habrá daño siempre que se causare a otro" y con ello queda excluido el daño que la persona pudiera causarse así misma. (3)

Se ha dicho en líneas precedentes que el daño que se cause así mismo la persona será considerado daño en su acepción general, pero no podrá ser reparado; aunque vamos a un caso extremo para no dejarlo de mencionar donde el daño causado en su persona cause a la vez daño a una tercera persona como: en el caso de la automutilación que hace una persona para evadir la obligación militar de ir a la guerra y con ello se incapacita físicamente en forma voluntaria causando así un daño a la nación. Como este es un ejemplo burdo y que sólo se presenta en situaciones extraordinarias, dejemos claro que cuando se esté en presencia de este tipo de daño nunca procede la reparación.

B) SIGNIFICACION ESTRICTA: Es necesario hablar de ella porque va íntimamente ligada con la responsabilidad civil y con la reparación del daño.

Esta significación se concreta a exigir la existencia del daño como condición sine qua non del acto ilícito anteponiéndolo al dolo o culpa de su autor así como la efectividad.

(3) Idem.

del mismo en el aspecto material o moral del patrimonio de la persona. En este sentido se entiende que existe daño cuando el acto ilícito provoca detrimento o lesión en lo económico como en lo moral reparable mediante una cantidad de dinero o la restitución.

De modo que en cuanto hace a la responsabilidad civil-delictual, la expresión daño ha de usarse en sentido estricto, esto es, aquella lesión o detrimento que ha de repararse mediante el pago de la correspondiente indemnización.

1.5 CONCEPTO JURIDICO- PENAL DE DAÑO.

Podríamos considerarlo como toda invasión prohibida - en la esfera de libertad (moral, económica, sexual, corporal)- de la persona, derivada de un acto ilícito tipificado ya sea - por acción o por omisión y provoque detrimento, alteración, menoscabo o lesión en su patrimonio, afecciones íntimas, reputación, honor, etc.

1.6 DIVERSAS CLASES DE DAÑO.

Se hace mención de la clasificación de daño porque como veremos más adelante no en todas las clases de daño procede su reparación. Veamos las distintas clasificaciones de daño pa

ra determinar ante cuál clase de él procede la reparación:

a) Teniendo en cuenta la fuente del daño, éste puede ser contractual o extracontractual: el primero se produce cuando una obligación de naturaleza contractual no es cumplida o sólo es cumplida parcialmente o con retardo o en forma deficiente. El segundo que es el que nos interesa para el presente trabajo, se produce como una consecuencia de los hechos ilícitos, en este caso existe una persona, la víctima, que debe ser indemnizada del daño sufrido por causa del hecho ilícito.

b) Por razón de la causa los daños pueden ser moratorios (incumplimiento a su debido tiempo de la obligación pactada) o compensatorios (simple incumplimiento por parte del deudor de la obligación pactada).

c) Por la naturaleza del objeto afectado por el daño éste puede ser patrimonial o moral.

Por daño moral, debemos entender aquél que afecta alguno de los derechos inherentes a la personalidad (el honor, la integridad física, la reputación); derechos éstos que no son susceptibles de ser traducidos adecuadamente en dinero pero que ésta sería la única manera de ser reparados.

Por daño patrimonial, se entiende aquél que afecta a -

una de las partes, o en su totalidad al patrimonio de un sujeto. Para precisar este punto considero necesario dejar claro qué es el patrimonio y cuál es su contenido para demostrar que también es un daño patrimonial cuando se afecta el honor o la integridad física de la persona y de ahí que no es tan exacta la clasificación de daño moral y daño patrimonial.

c.1 SENTIDO ETIMOLOGICO DEL PATRIMONIO: Deriva del término latino "patrimonium" que significa hacienda que una persona ha heredado a sus ascendientes, o bienes propios que se adquieren por cualquier título. (4)

La teoría clásica del patrimonio expone que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona - apreciable en dinero formando una universalidad de derechos.

(5)

Existió una crisis acerca de determinar si se debe o no estimar como integrantes del patrimonio de una persona los llamados derechos de la personalidad que también se conocen como derechos morales o no pecuniarios. Por su parte Gutiérrez y

(4) Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral y Derecho Sucesorio. Cajica, Puebla, 1982, p. 20.

(5) Planiol y Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. Tomo III. Edit. Cultural, Habana, 1946, p. 23.

González muy atinadamente define lo que es el patrimonio de la siguiente manera: "Es el conjunto de bienes pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona que constituye una universalidad de derecho". (6) Bien se puede apreciar de esta definición que el patrimonio no sólo comprende aquellos bienes con valor pecuniario sino también comprende a todos aquellos bienes que no tienen un valor pecuniario pero que son inherentes a la persona y que por tal razón forman parte del patrimonio y son aquellos conocidos como los bienes morales.

c.2 CONTENIDO DEL PATRIMONIO: "El patrimonio activo pecuniario se forma:

- a) Derechos Reales.
- b) Obligaciones en sentido amplio.
- c) Derechos de autor.
- d) Derechos de marca.
- e) Derechos de invenciones.

El patrimonio activo moral o pecuniario o derechos de la personalidad se forma con:

Derechos que integran la parte social pública y son:

(6) Op. Cit., supra, note 5, p. 43.

- a) Derecho al honor o reputación.
- b) Derecho al título profesional.
- c) Derecho al secreto o a la reserva.
- d) Derecho al nombre.
- e) Derecho a la presencia estética.

Derechos que integran la parte afectiva y son:

- a') Familiares.
- b') Amistad.

Derechos que integran la parte físico-somática y son:

- a) Derecho a la vida.
- b) Derecho a la libertad.
- c) Derecho a la integridad física.
- d) Derecho relacionado con el cuerpo humano". (8)

Esta clasificación proviene de la división de derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales o inherentes a la persona. Se dice que la violación de algún derecho perteneciente al primer grupo engendra un daño patrimonial y los que - - afectan al segundo originan un daño extrapatrimonial o moral.

(8) Ibid., p. 154.

Con relación a los derechos patrimoniales, se entiende por tales aquellos derechos que tienen por objeto o finalidad la protección de los bienes de una persona que poseen un valor pecuniario (valor de cambio). Por derechos extrapatrimoniales se entienden aquellos que tienen íntima y directa vinculación con la personalidad, que no están en el comercio jurídico y por lo tanto no son sujetos de cambio.

Como hemos visto llamar daño patrimonial es más claro y preciso ya que comprende a los materiales y a otros que menoscaban el patrimonio, tomándolo como conjunto de valores económicos, susceptibles por sí mismos de apreciación pecuniaria, comprendiendo además, los que afectan facultades o actitudes de la persona considerados como fuentes de futuras ventajas económicas como la vida, la salud, integridad física, belleza corporal e inclusive, los que resultan de la lesión del honor o de las afecciones, en la medida en que ella repercute sobre la capacidad de trabajo o de los negocios.

Muy relacionado con la anterior clasificación, está aquella que comprende al daño material.

c.3 DAÑO MATERIAL: Es el que afecta al patrimonio directamente en las cosas o bienes que lo componen, o indirectamente como consecuencia del perjuicio ocasionado a la person

na en sus actitudes o derechos, e inclusive las ofensas del honor, a los sentimientos o a la libertad, en la medida que esta ofensa representa sobre la capacidad y actividad del individuo un beneficio de carácter económico. Bien podemos considerar al daño patrimonial como un daño material cuando se afecte directamente bienes o derechos que posean un valor de cambio, un valor pecuniario.

c. 6 DISTINCION ENTRE DAÑO MATERIAL Y DAÑO MORAL. Una teoría sostiene que el daño material es aquel que se percibe con los sentidos y daña las cosas o la parte corporal de las personas y daño moral es el que no se percibe con los sentidos, afecta a la libertad, el honor, la salud, etcétera.

Otra teoría parte de las consecuencias de la acción-antijurídica: si ésta ocasiona un desmedro en el patrimonio-cualquiera que sea la naturaleza del derecho lesionado el daño es material, si el ilícito ocasiona un sufrimiento a la persona en sus afecciones o derechos de la personalidad, habrá un daño moral.

Continuando con la clasificación del daño:

d) Teniendo en cuenta el tipo de relación que existe entre él y el acto u omisión que ha provocado: si se trata de

una relación inmediata o directa, será daño directo o inmediato. Si se trata de una relación mediata o indirecta, el daño será mediato o indirecto. Esta clasificación suele relacionarse con la distribución entre daño intrínseco y extrínseco la cual atiende a que el daño se produzca sobre la prestación misma o sobre otros bienes no comprendidos en ella.

e) Considerando su grado se clasifica: En daño actual (producido) y daño futuro (no producido aún, pero que se producirá con seguridad como consecuencia de un daño actual existente; - una forma de daño futuro es el meramente eventual); esta distinción se relaciona con la división del daño cierto y eventual:

Daño actual es aquél cuya extensión está determinada en el momento de reclamarse la reparación, por haber cerrado el ciclo de consecuencias ocasionado por el hecho ilícito.

Daño futuro es aquél cuya extensión no puede determinarse exactamente en el momento de entablarse la reclamación, por cuanto a las consecuencias del hecho ilícito no han cerrado su ciclo. Orgaz al respecto nos dice: "daño futuro no es el simplemente posible y que por lo mismo no ofrece ninguna seguridad de que vaya a existir en alguna medida, sino el que aparece desde ya como la previsible prolongación de un daño actual ya sucedido. No puede considerarse daño futuro indemniza-

ble las simples esperanzas y las eventualidades de hipotéticas realizaciones. Para ser resarcible es preciso que la previsión se apoye en el orden natural de los acontecimientos y no sobre lo que simplemente sea alcatario y de realización incierta". (9)

Daño cierto, es aquel sobre cuya existencia misma, presente o futura, hay certidumbre, pues el perjuicio es efectivo y no depende de otros hechos que pueden en el futuro producirse o no. El daño es cierto aunque su monto no pueda ser aún de terminable.

Daño incierto (eventual o temido), es aquel que no se tiene seguridad de que vaya a existir pues sólo aparece como una posibilidad que depende de hechos contingentes. Respecto de este daño no es sencillo determinar cuando se está en presencia de él y cuando se trata de daños hipotéticos, por lo -- que analizaremos los distintos casos en que pueda presentarse:

1. En el daño emergente actual la certidumbre es absoluta, las consecuencias del daño se han producido y por tanto se conoce su monto; por lo que su reparación procede mientras que el damnificado pruebe su existencia.

(9) Conf. Orgaz A. El Daño Resarcible. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1952, p. 108.

2. Si se trata de un daño emergente en parte futuro, - hay certidumbre en lo que respecta a la prolongación inevitable o previsible del daño actual ya sucedido, su monto es aún indeterminado pero podría calcularse prudencialmente de acuerdo a la sucesión normal de los acontecimientos y circunstancias especiales del caso.

Daño fortuito es el que se causa a una persona o a su patrimonio como consecuencia de la inejecución o falta de cumplimiento de la obligación por caso fortuito. Se ha definido el caso fortuito como el mal causado a otro en su persona o bienes, por mero accidente, sin culpa ni intención de producirlo.

Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor y define al daño fortuito "como el detrimento, perjuicio o lesión que se recibe por un accidente independiente de la voluntad humana y del cual no es responsable ninguna persona de manera directa". -

(10) Este daño no es reparable.

También se hace mención del daño potencial que para hablar de él es necesario atender a los siguientes conceptos:

(10) Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. Heliasta, Argentina, p. 57.

Daño actual, que ya hemos definido; y, daño futuro - que se proyecta en dos modalidades: a) Cierto, cuando surge como una previsible prolongación o agravación del daño actual; - b) Incierto, cuando el daño a ocurrir en el futuro es hipotético o eventual.

El daño potencial se traduce precisamente en esta última forma del daño futuro, desde que el término potencial -- significa lo que puede suceder o existir en contraposición de lo que existe. Concorre este daño cuando el incumplimiento de la obligación o el hecho ilícito tiene potencia de dañar. Este daño no puede ser indemnizable aunque si el juez indemniza las consecuencias futuras de un daño es porque se haya capacitado para apreciar, partiendo de la existencia cierta de un agravio en forma más o menos exacta, las repercusiones que el hecho ocasionará más adelante.

Es en el derecho penal donde se hace referencia con mayor frecuencia al daño potencial. El daño en ciertos hechos delictuosos constituye uno de los elementos objetivos de la acción y se concreta en la lesión total o parcial del bien -- jurídico que la norma tutela. Así pues, el daño puede eventualmente ser un elemento constitutivo de la figura pero no es un elemento conceptual de la definición genérica del delito, salvo que la expresión se emplee en el amplísimo sentido-

de la lesión jurídica.

En nuestro Código Civil se define al daño en el artículo 2108:

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

Asimismo dicho ordenamiento en su artículo 1916 define lo que es el daño moral:

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

Para Gutiérrez y González el daño es "la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio por una conducta lícita o ilícita de otra persona, o por una cosa que posee ésta o persona bajo su custodia y que la ley considera para responsabilizarla". (11)

Bejarano Sánchez ha criticado muy acertadamente la definición que da el Código Civil de daño y perjuicio debido a su estrechez, y sostiene que el daño "no sólo es una pérdida

(11) Op. Cit., supra nota 5. p. 461.

da pecuniaria, sino también todo menoscabo sufrido por la persona en su salud, en su integridad física, emocional, intelectual, así como su aspecto espiritual manifestado en sus creencias, en sus afecciones y sentimientos y todo ello se deduce de que como ya vimos qué es el patrimonio y cuál es su contenido se comprenderá claramente que todo lo que le afecte produce un daño. (12)

1.7 CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

A continuación daré una explicación breve de lo que es el daño moral, pues es de sumo interés debido a su complicada y conflictiva forma de reparar. Se han dado muchas definiciones, las cuales se pueden concretar en la siguiente manera: La lesión que sufre una persona en sus sentimientos, efeccciones, creencias, honor, reputación, aspectos físicos o bien en la propia consideración que de sí misma tienen los demás.

Mazeaud distingue dos partes en el patrimonio moral de las personas:

1. "La parte social que comprende el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causan

(12) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1987, p. 246.

lesiones estéticas.

2. La parte afectiva que comprende los sentimientos morales o religiosos, los del amor, la fe, los sentimientos como el fallecimiento de una persona amada, por ejemplo". (13)

En la obra de este autor se distinguen tres corrientes legislativas y doctrinarias referentes al tratamiento de los daños morales:

a) La que niega de manera absoluta la procedencia de la reparación del daño moral, pues si la reparación significa la restauración de la situación que prevalecía antes del daño sufrido, en tales condiciones, el daño moral nunca podrá ser reparado en virtud de la imposibilidad de borrar sus efectos.

b) La que sostiene que el daño moral se puede reparar siempre y cuando coexista con un daño de tipo económico, supuesto en el cual, la reparación será proporcional al daño económico resentido.

c) La que afirma que el daño moral siempre debe ser -

(13) Mazeaud, Henri Leon. Derecho Civil. Parte II, Vol. II. Europa-América. Buenos Aires, 1967, p. 87.

reparado con independencia del daño económico." (14)

No es materia del presente trabajo de tesis entrar al estudio profundo y crítico de tales doctrinas, más cabe decir que México y su sistema legislativo participa (aunque sólo en la teoría) de la última postura. Las acertadas reformas introducidas al Código Civil de 1982 determinaron la necesidad de reparar en su integridad los daños espirituales e introdujeron un principio de congruencia en el sistema de la responsabilidad civil, dando idéntico trato a los daños económicos como a los morales. Además se define al daño moral, se dispone su reparación forzosa se prescribe su cuantificación, declara resarcible todo daño moral, impone también al Estado el deber de reparar el daño moral, reformas hechas al artículo 1916.

A continuación expongo lo referente al perjuicio su concepto, clasificación y requisitos para que proceda su reparación debido a la estrecha relación tan común que guardan estos conceptos (daños y perjuicios), aunque lo haré brevemente pues lo que me interesa más por ser el objetivo de esta tesis es lo referente al daño y sobre todo al daño moral y su reparación, pues como expliqué más adelante el perjuicio sufrido atendiéndolo a su definición será reparable de manera más viable que

(14) *Ibid.*, p. 90.

el daño, mediante la restitución o una indemnización monetaria, situación no tan complicada a comparación de la problemática -- tan grande que se presenta referente al daño moral.

1.8 CONCEPTO DE PERJUICIO.

La noción de perjuicio está íntimamente ligada al concepto de daño y el tratamiento de la cuestión, involucra el -- examen de ambos elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Se han utilizado estos conceptos como sinónimos. Perjuicio significa genéricamente mal, daño en intereses patrimoniales.

1.9 CONCEPTO JURIDICO DE PERJUICIO.

La ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona u origina una acción u omisión ajena, culpable o dolosa, a diferencia del daño, o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado. (15)

Nuestro Código Civil en su artículo 2109 define al --
perjuicio:

(15) Cabanelias, Guillermo. Op. Cit., supra nota 10, pp. 213-214.

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

Gutiérrez y González define al perjuicio como "la privación de cualquier ganancia lícita que debiera de haberse obtenido, de no haberse generado la conducta lícita o ilícita de otra persona o el hecho de la cosa que ésta posee, o persona - bajo su custodia, y que la ley considera para responsabilizarla. (16)

En cuanto al perjuicio también se podría hacer una -
clasificación del mismo, pero que en los libros consultados -
nos remiten a la clasificación del daño:

- Perjuicio corporal ver daño corporal,
- Perjuicio eventual ver daño eventual,
- Perjuicio directo ver daño directo.

Los hermanos Mazeaud pese a que de lo largo de la ex--
posición de lo que es el daño, su contenido y de lo que es el-
perjuicio, el cual va siempre va relacionado con bienes de ca-
rácter económico han dado una definición de lo que es el per--
juicio moral: "Es aquel que atenta contra un derecho extrapa--

(16) Gutiérrez y González, Op. Cit., p. 461.

rimonial" (17)

1.10 CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE PERJUICIO.

Es toda acción u omisión tipificada en la ley que afecta los derechos pecuniarios de una persona.

Tanto los daños como los perjuicios requieren de ciertos requisitos para ser reparados, y expondré primero los requisitos de procedibilidad para la reparación del perjuicio, - que si bien son casi idénticos a los del daño son más fáciles de describir y comprender.

1.10.1 REQUISITOS PARA QUE EL PERJUICIO SE REPARE.

1. El perjuicio debe ser cierto.
2. No debe haber sido indemnizado ya.
3. Es personal del demandante.
4. Debe atentar contra un derecho adquirido.

Explicaré brevemente cada uno de estos requisitos:

En cuanto al primer requisito diremos que su realiza--

(17) Mazeaud, Henry y Leon. Op. Cit., supra nota 13, p. 68.

ción debe ser cierta, si es solamente hipotética, eventual no puede surgir ningún tipo de responsabilidad. No se necesita que el perjuicio se haya producido ya: desde el momento en que se tiene la certeza de que se producirá en el porvenir y de que cabe apreciar su cuantía por lo que entonces podemos decir que el perjuicio futuro cierto debe ser reparado.

No sólo el perjuicio nacido y actual podrá ser reparado pues basta la posibilidad de la evaluación para que pueda ser admitido el perjuicio futuro, pero de realización cierta.

En cuanto al segundo requisito significa que el perjuicio no deba haber sido objeto de reparación previa, pues si el perjuicio ha sido reparado obviamente ya no existe y por lo tanto no procede su reparación.

En cuanto al tercer y cuarto requisito es necesario que al igual que el daño la persona que sufrió o padeció el perjuicio sea la que solicite la reparación de éste.

1.11 EL DAÑO REPARABLE.

Para que surja la obligación de reparar daños y perjuicios no es necesario que el daño sólo se haya producido en un bien económico, pues puede producirse en un bien de naturaleza-

za no económica (extrapatrimonial o moral) si bien es cierto - que se ha negado la reparación del daño en bienes de naturaleza no económica, debido a su dificultad por cuantificar el monto (quantum), también lo es que en la actualidad ha cobrado - fuerza la tendencia de incluir en la reparación los bienes no económicos es decir los bienes morales y ésto es lógico pues - el orden jurídico protege todo interés legítimo sea de orden ético, estético, moral, económico y natural como la vida y la libertad.

Algunos autores entre ellos Ihering, afirman el carácter indirectamente económico de toda ofensa a cualquier bien jurídico, es decir que el daño a un bien no económico provoca indirectamente un daño patrimonial, ejemplo: una lesión física profunda (desfiguración) trae consigo un sufrimiento-- biológico, moral y espiritual que, quizá no pueda repararse - con una asombrosa cantidad de dinero pero que al mismo tiempo provoca un daño en el patrimonio de la víctima por ejemplo los gastos de hospitalización, terapia, consulta con psicólogos, entre otras.

De lo anterior concluyó que es preciso dejar claro - que todos los daños producidos o derivados como consecuencia de un delito sean estos morales o económicos deben ser objeto de la reparación.

Esta reparación debe de tratarse como un derecho inherente a la persona de la víctima del delito independiente de la pena que por el delito cometido le apliquen al delincuente.

En primer lugar, para que proceda la reparación del daño debemos atender a su significación estricta de la que resalta: Que el daño debe ser producido por un sujeto en contra de otro; tanto en su persona, bienes morales o económicos (ya que el daño producido por sí mismo no es objeto de reparación) y el cual causa una lesión, menoscabo o detrimento en el aspecto moral o económico del sujeto. Aunado a lo anterior con justa razón se dice que el daño debe ser personal para que proceda su reparación, esto es, en el sentido de que quien demande la reparación del daño debe ser aquella persona que lo sufrió o padeció, y es lo que se conoce como "la individualización del daño". No significa lo anterior que dicha reparación sólo la pueda reclamar la víctima del delito, pues como se verá más adelante, se contempla la situación de las personas con derecho a la reparación del daño, aparte de la víctima del delito.

1.12 REQUISITOS PARA QUE EL DAÑO SEA REPARABLE.

Además, como ya hemos dejado manifestado en líneas anteriores en el sentido de que el daño debe ser producido por -

un sujeto en la esfera jurídica de otro sujeto y que además - el daño debe ser personal de quien demanda su reparación, - - otras de las condiciones para que proceda son:

1. Debe ser un daño cierto; es decir, de realización segura, cuya existencia sabemos que va a producirse en el futuro o ya se realizó en el presente sin la menor duda.

2. El daño debe ser actual o consumado; es decir, que al momento de demandar la reparación del daño éste debe estar determinado; sin embargo este requisito procede sólo en aquellos casos en que una vez cometida la conducta ilícita el daño pueda determinarse al momento mismo de su realización por ejemplo en un choque de automóvil el cual queda destruído, el daño además de haberse realizado al momento de cometerse el ilícito está determinado con base en el monto del coche. No es necesario pues que el daño se produzca de manera inmediata a la comisión del delito, pues para que proceda su reparación también - se pueda tratar de un daño determinable en el futuro.

3. El daño puede ser futuro; éste podrá ser reparable cuando sea previsible y se considere como la prolongación de un daño actual. El daño futuro es aquel en donde tenemos la seguridad fundada de su realización debido a hechos y circunstancias presentes que originaron el daño actual. Pueden preverse los -

daños futuros y aquí estamos en presencia de la subclasificación del daño futuro de realización necesaria en donde sí procede su reparación.

De lo anterior concluyo que para que el daño sea reparable debe ser: actual; si esto es posible, ser cierto, aunque futuro, debiendo por tanto el damnificado probar que ha sufrido un daño efectivo, es decir que se concrete el daño, a diferencia de cuando se está en presencia de un simple peligro o la probabilidad lejana del daño, en donde no procede la reparación del mismo; ya que como hemos visto la certidumbre respecto a la existencia del daño es una condición sine qua non para la reparación del mismo.

1.13 FORMAS DE REPARACION DEL DAÑO.

Todos los bienes y cosas que corresponden al ser humano y con los cuales coexistiendo según su situación y circunstancias hacen su vida, pueden ser objeto de lesión, detrimento: Su vida, honor, libertad, propiedad, entre otros por lo justo es que sean reparables para tratar de hacer menos im-pactante el daño causado, a pesar de que existan bienes que tengan irremplazable valor pero que es preferible que sean reparados a que se queden en el saco del olvido. El orden jurídico trata de brindar a todos los individuos que integran la so-

ciudad una Seguridad Jurídica, un Bienestar Común así como una Justicia, pero qué pasa cuando no puede brindar de manera más o menos precisa estos objetivos y se cometen ilícitos que afectan la esfera jurídica de un individuo, justo será que proceda su reparación; reparación que está ligada al fin de la responsabilidad penal. Cabría preguntarnos ¿Cuál es el efecto de la responsabilidad?, y es aquí donde interviene la reparación.

Reparar, no es borrar; ya que borrar un daño material suele ser tan imposible como borrar un daño moral. Los Mazeaud nos dicen al respecto: "reparar, es colocar a la víctima en -- condiciones de procurarse un equivalente" (18).

Los obstáculos para que proceda la reparación del daño principian por tener un erróneo concepto de lo que es la - reparación pues se sabe que casi es imposible que exista una - real y objetiva reparación del daño, ya que reparar en este -- sentido significa tratar de mitigar el daño causado en la víctima, poniéndolo o tratándolo de colocar en la situación que-- tenía hasta antes de ser agraviado, lo que lamentablemente no en todos los casos se logra.

El diccionario de la Lengua Española nos dice al res--

(18) Ibid., p. 69.

pecto:

"Reparar significa componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa, corregir o remediar. Desagraviar, satisfacer al ofendido, remediar o precaver un daño o perjuicio". (19)

Reparar significa poner al lesionado en la situación que tenía con antelación a la comisión del delito.

La reparación consiste pues en enmendar el daño causado a la víctima del delito y las formas más comunes y viables de repararlo son:

- a) Restitución.
- b) Resarcimiento.
- c) Indemnización.

Al respecto el artículo 1915 del Código Civil dispone lo siguiente:

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios".

(19) Diccionario de la Lengua Española, 1970, p. 1132.

Quizo el legislador con esta norma poner a la víctima del hecho ilícito en la posición más parecida a la que tenía antes de que sufriera las consecuencias de la conducta ilícita y de ahí, la idea de que se le restablezca a la situación anterior, y sólo de no ser ello posible, se traduce la indemnización en el pago del daño y perjuicio.

En síntesis, dicho numeral contempla la reparación del daño de dos maneras:

- 1.- Restituir las cosas al estado jurídico que tenían.
- 2.- Sólo de no ser posible restituir, entonces pagar daños y perjuicios.

Cabe mencionar que uno de los efectos de la responsabilidad civil delictual es precisamente reparar el daño a través de sus modalidades que son: La restitución, el resarcimiento y la indemnización.

A) LA RESTITUCION.

Es una forma de reparar el daño, consistente en restablecer a la situación en que se encontraba antes del daño producido aquellos bienes morales o económicos lesionados por ---

aquel.

La restitución claramente opera en aquellos delitos que producen un daño de carácter preponderantemente económico, es - decir, de aquellos delitos que se cometan en contra de las cosas y propiedades de un sujeto, por ejemplo: el robo de joyas o el choque de automóviles.

La restitución sólo procede en aquellos casos en que - es posible regresar la cosa objeto material afectada por el -- delito o en su defecto, regresar otra cosa con las mismas ca-- racterísticas del objeto, tanto en cantidad como en cualidad.

Así pues la restitución procede principalmente en los- delitos patrimoniales.

B) EL RESARCIMIENTO.

La palabra resarcir proviene del latín resarcire que - significa "indemnizar, compensar un daño, perjuicio o agravio".

(20)

Se habla de reparación, resarcimiento e indemnización

(20) Diccionario de la Lengua Española, 1970, p. 1136.

de los daños. Algunos autores utilizan dichos conceptos como -- sinónimos, otros pretenden dar rasgos característicos a los -- mismos. García López hace referencia a autores que hablan dis-- crecionalmente de los términos reparación, resarcimiento e -- indemnización como Acuña Anzorena; Ortiz Ricol habla únicamente de reparación abarcando tanto lo referido al daño patrimo-- nial como al daño moral. (21)

Carnelutti por su parte, distingue en la expresión -- genérica de restitución, los conceptos de restitución direc-- ta, resarcimiento del daño y reparación. En la primera el interés afectado coincide con el lesionado por el acto illici-- to. En el resarcimiento del daño existe una equivalencia entre el interés directamente dañado y el interés en que se -- resuelve la restitución. En cambio, en la reparación la relación de ambos intereses es de compensación. La equivalencia-- entre intereses tiene lugar --según el citado autor-- cuando -- la satisfacción de uno sirve para satisfacer el otro.

Por su parte Rodríguez Manzanera, hace la distinción entre resarcimiento e indemnización; el resarcimiento es la -- reparación del daño a cargo del delincuente; y, la indemnización es la reparación del daño proporcionado por el Estado u

(21) García López, Rafael. Responsabilidad Civil por Daño Moral. Bosch, Madrid, 1990, p. 110.

otro fondo para tal fin.

En un principio se habló de resarcimiento, refiriéndose de modo exclusivo a los daños patrimoniales, pero con la -- aparición de los daños morales dicho concepto se ha ampliado -- por lo que ahora también se aplica dicho término a los daños -- morales.

Si la reparación es el acto por medio del cual se trata de corregir el daño producido, considero que el resarcimiento es un equivalente de la indemnización ya que en ambos conceptos se repara el daño mediante la entrega de una suma de dinero, por lo que ambos conceptos pueden utilizarse de manera -- indistinta.

c) LA INDEMNIZACION.

C.1 CONCEPTO: La indemnización es el "resarcimiento -- económico del daño o perjuicio causado. En general significa -- reparación, compensación. La indemnización puede ser de carácter civil (incumplimiento de un contrato), administrativo (expropiación) y, penal que es la que desarrollaremos a lo largo del presente trabajo.

Cuando una persona causa a otra un daño ya sea inten--

cional, por descuido, negligencia o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido, es decir, además de la pena que por el delito le corresponda está obligado a la responsabilidad civil consistente en la indemnización.

c.2 NATURALEZA DE LA INDEMNIZACION: La indemnización de daños y perjuicios es el resultado de una reacción del derecho que incide contra aquella persona que ha causado un daño efectivo, material o moral a otra, esta reacción no se dirige en contra de la persona misma porque para eso se impone pena o sanción, sino que se dirige en forma indirecta en contra de su patrimonio, surgiendo así la obligación legal de indemnizar daños y perjuicios, lo que consiste y se traduce en "pagar determinada cantidad de dinero".

C.3 PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACION: Para que exista la indemnización del daño se requiere:

1.- La existencia efectiva de un daño, sea moral, económico o material, pues el daño es un elemento constitutivo del derecho de la indemnización.

2.- Que dicho daño se pueda cuantificar (quantum).

En cuanto a este presupuesto opera de manera diferente atendiendo a la clase de daño que se afecte; moral o económico. En el primer caso la falta de correspondencia o adecuación entre un daño moral y la obligación de pagar una cantidad de dinero es tal, que para la constitución del derecho a indemnizar no puede exigirse ni determinación ni determinabilidad, en cambio cuando se trata de un daño material si se exige la determinación o determinabilidad del quantum, determinación que consiste en fijar el quantum mediante una cifra en dinero o determinabilidad consistente en la fijación de unas bases a través de las cuales con un criterio estrictamente lógico deductivo, pueda llegarse al conocimiento del quantum exacto.

Se dice que el daño moral jamás podrá ser reparado en cuanto a la fijación de su cuantificación lo que es plenamente cierto pero que sin embargo debe ser indemnizado puesto que no es pretexto justificado, lógico ni jurídico que por tratarse de un daño moral no debe proceder su reparación.

C.4 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR:

- 1.- Actividad u omisión cuya existencia sea capaz de causar un daño o perjuicio, según una normal previsibilidad.
- 2.- Haberse causado efectivamente un daño o perjuicio,

que según su naturaleza, material o moral exigirá o no la específica determinación antes aludida.

3.- Existencia de culpabilidad.

4.- Perfecta relación de causalidad entre la actividad u omisión y el daño o perjuicio.

C.5 INDEMNIZACION EN DERECHO PENAL:

En un sentido lato, la indemnización en el derecho penal constituye el objeto de la responsabilidad civil derivada del delito. La indemnización en este sentido se entiende como prestación a favor del perjudicado (víctima) con cargo al responsable civil del delito que tiende a contrarrestar las secuelas dañosas producidas por la infracción penal.

Autores españoles principalmente consideran que el daño sólo puede ser reparado y el perjuicio sólo puede ser indemnizado; lo que no del todo es cierto y correcto.

Reyes Monterreal, nos dice: "es preciso evitar el indistinto manejo que suele hacerse en la práctica de los conceptos reparación e indemnización, puesto que en buena técnica debe siempre tenerse presente que, conforme nos enseña la-

doctrina cuando se habla de daño hemos de entender que nos estamos refiriendo a un concepto amplísimo comprensivo de dos elementos que lo integran: El daño propiamente dicho, o valor de la cosa en sí, y el perjuicio que la pérdida de la misma nos ha producido o nos puede producir en el futuro, conceptos ambos -- que todos conocemos con las denominaciones de daño emergente y lucro cesante". (22)

Es necesario establecer que todo ilícito puede generar daños o perjuicios o ambos a la vez, y que por lo tanto ambos deben ser reparados, a través de la restitución o de la indemnización, atendiendo al bien jurídico lesionado.

c.6 CONTENIDO DE LA INDEMNIZACION:

La indemnización tiene la finalidad claramente determinada, consistente en restablecer paralelamente a la pena, el equilibrio perturbado por el daño dimanante del hecho delictivo. Por ello en esta materia es fundamental la distinción entre ofensa y daño; la cual consiste en que la ofensa es el ataque, la agresión del interés protegido por el derecho, es el mal propio del hecho ilícito, que se resume en el detrimento del interés; el daño es, en cambio la consecuencia que se de-

(22) Reyes Monterreal, V. Acción y Responsabilidad Civil derivados de los Delitos y Faltas. 2a. Edición, 1956, p. 255.

riva del delito, y más precisamente aquel particular perjuicio que consiste en las consecuencias nocivas del hecho. Aclarado lo anterior diremos que el contenido de la indemnización es - una cantidad de dinero que se aplica para reparar el daño.

c.7 CLASES DE INDEMNIZACION:

Atendiendo a la naturaleza de la indemnización se puede dividir en dos grupos: el primero, se compone de prestaciones pecuniarias, y el segundo, de prestaciones específicas consistentes en un dar o en un hacer, por ejemplo la destrucción de fotos.

Señale que la restitución tiene carácter precedente - sobre la indemnización (se aplica primero la restitución y sólo en defecto de ella puede entrar la indemnización, porque es fundamento esencial de la justicia aplicada la de restaurar el derecho quebrantado) y la forma primordial y más adecuada de llevar a la realidad tal propósito es la de situar las cosas - que fueron objeto del ataque delictivo en el estado que mantenían cuando se efectuó aquél.

La reparación natural o en forma específica consigue - con fidelidad el fin a que está destinada: restablecer la -

situación del perjudicado tal como era en el momento anterior a la producción del daño. Claro está que no siempre será posible, y no será posible en aquellos casos en que la situación de hecho, preexistente a la infracción que ésta ha venido alterar - no pueda ser restablecida, pensemos en la destrucción de un objeto irremplazable por tratarse de una obra de arte único o - por el valor afectivo depositado en él, en la muerte o en la - mayoría de los daños morales. Es aquí donde tiene cabida la indemnización, a falta de una restitución se deberá reparar el - daño a través de una indemnización, es decir, mediante la entrega de una determinada cantidad de dinero.

C.8 INDEMNIZACION PECUNIARIA.

Cuando el bien lesionado no puede ser restaurado mediante la restitución, deberá acudir a un equivalente monetario, previa valoración del daño. Sin embargo el problema más agudo que se presenta en este rubro es la fijación del quantum.

c.9 DETERMINACION DE LA CUANTIA.

La más debatida e importante de las cuestiones que suscita la indemnización es la relativa a la determinación de su cuantía. Se ha dicho que el único criterio que debe tenerse

en cuenta para fijar cuantitativamente el contenido de la indemnización es el importe de los perjuicios que emanan de la actividad del infractor.

El nacimiento del deber de indemnizar siempre que exista delito, viene indicado por el ordenamiento penal, pero para evacuar el monto de la indemnización deberá atenderse a criterios comunes del llamado derecho de daños.

Las consecuencias de una conducta ilícita deben ser soportadas íntegramente por el delincuente, "la equidad exige un equilibrio entre la indemnización y el grado de importancia de la culpa".

Dos doctrinas contrapuestas dividen a los autores en materia de evaluación de los daños. La teoría concreta, que efectúa el cómputo sobre la base del singular objeto dañado, y, la abstracta, que toma en consideración las repercusiones sobre el patrimonio en el que la cosa está integrada, ésta es la comúnmente admitida. El deterioro o pérdida de una cosa constituye por sí mismo un daño; además, la carencia de aquella cosa en el patrimonio del titular puede ocasionar otros perjuicios que, reconociendo el mismo origen delictivo que el daño causado directamente a la cosa, deben ser igualmente reparadas.

Hay que buscar un equilibrio entre el riguroso sistema objetivo y el de pura subjetividad, el cálculo de la indemnización deberá hacerse, ¿Con criterios objetivos, teniendo en cuenta el llamado valor general del patrimonio es decir, el que tiene cualquiera que sea su titular,, o por el contrario, ¿Deberá inspirarse en criterios subjetivos de afección?. Es menester pues, colocar a un observador imparcial y mirar como suficiente la satisfacción que le haría pensar que a éste precio no sentiría mucho padecer un mal igual. Se busca pues un equilibrio entre el riguroso sistema objetivo y el de pura subjetividad. No se indemniza el daño realmente sufrido por el perjudicado, tal y como el lo siente, sino como le parece a un observador imparcial que debe sentirlo.

Por otra parte interviene un factor subjetivo, el valor de afección del agraviado. Hay valores que no tienen un valor económico, no son de naturaleza pecuniaria y para repararlo debe antedarse a los criterios de valoración del daño moral. Criterios que considero que por no estar escritos, palapables en ninguna ley tan sólo se reducen a usos o costumbres.

C.10 SUPUESTOS ESPECIALES DE INDEMNIZACION EN

DERECHO PENAL:

EL DAÑO MORAL.

Es aquí donde empieza la parte medular del trabajo, - pues cuando se produce un daño moral va éste dirigido a afectar los más altos valores morales del ser humano, como es en el caso de los delitos contra la vida y contra la integridad - (física, sexual, intelectual) de la persona, pues en estos casos el daño que se produce y que repercute más hondamente en el hombre es el moral.

La máxima dificultad en la evaluación de una indemnización justa y proporcionada al daño efectivo la encontramos en la reparación del daño moral, para algunos el no poder evaluarse con exactitud los daños morales y la consiguiente arbitrariedad judicial que de su indemnización lleva consigo, es argumento suficiente para pronunciarse en contra de la admisión de este tipo de daños y se dice: "No siendo valuable el honor en los delitos cometidos contra él no es posible fijar la cantidad en que consiste el perjuicio ni imponer al delincuente como responsable civil la de pagar una indemnización - al ofendido". (23). Sin embargo, y pese a lo anterior el sentido común nos dicta que siempre es preferible y se acerca - más al ideal de justicia conceder una indemnización aunque no esté dosificada con exactitud minuciosa que dejar desampara--

(23) Mascareñas, Carlos. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XII, Barcelona, 1987, p. 284.

das a las víctimas.

Los sentimientos no tienen un contenido patrimonial y, por lo tanto, no se puede traficar con ellos. La pérdida de la virginidad o de una vida humana son justamente calificadas de irreparables, porque no pueden ser reemplazadas mediante dinero. Pero no debe olvidarse, que, aparte de su función como medio de pago, el dinero también tiene una función satisfactoria. La lesión causada en el patrimonio moral de la víctima no puede ser borrada con unas monedas, pero es preferible esto a que quede sin reparación.

Respecto al daño moral, Brebbia señala que son dos los elementos que deben tomarse en consideración: "En primer lugar, la gravedad objetiva del daño, considerando la importancia del derecho vulnerado y el de la lesión causada; en segundo lugar, la personalidad de la víctima, este criterio de valoración es de suma importancia en las reparaciones del daño moral, en este sentido deben ser tomados en consideración dos factores, el estatus familiar, social y profesional del perjudicado, que influye notablemente en la integración de su patrimonio moral, y la receptividad particular de la víctima deducida de datos fisiológicos y psíquicos. Conjuntando ambos factores, puede el juzgador reconstruir la personalidad del agraviado en su doble versión, social e interna y en conse-

cuencia, apreciar los estragos que haya podido producir el delito". (24)

Así pues, es en este tipo de delitos que producen daños morales, en donde debería proceder su reparación necesaria, especialmente cuando se afecte la vida o la integridad (física, sexual e intelectual) de las personas.

(24) Brebbia, Roberto. El Daño Moral. Orbi, Buenos Aires, 1950, p. 205.

CAPITULO SEGUNDO

"NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION, OBJETO Y FIN"

Corresponde a este capítulo desentrañar la naturaleza jurídica de la reparación del daño, y, para hacerlo tenemos - que atender a aquellos conceptos, efectos, consecuencias y fines con los que se ha equiparado, incluso confundido a la reparación.

Para poder desarrollar este tema debemos cuestionarnos de la siguiente manera: ¿Es una sanción? o ¿Es una obligación que deriva de un hecho ilícito, dando origen a una responsabilidad extracontractual?. Planteadas estas preguntas comencemos por dar respuesta a la primera, por lo que iniciaré señalando o estableciendo qué es la pena, su clasificación y sus fines.

2.1 CONCEPTO DE PENA.

1. La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito. (C. Bernaldo de Quirós).

2. La pena es la imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha co

metido. En tal sentido es, de acuerdo a su esencia, una retribución por el mal que ha sido cometido. (25)

3. "La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico". (26)

2.1.1 CARACTERES DE LA PENA.

De acuerdo con el maestro Castellanos Tena, la pena - debe reunir los siguientes caracteres:

a) Intimidatoria: Es decir, evita la delincuencia por el temor de su aplicación.

b) Ejemplar: Sirve de ejemplo para los demás sujetos - y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal.

c) Correctiva: Al producir en el delincuente la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales, impidiendo con ello la reincidencia.

d) Eliminatoria: Ya sea temporal o definitivamente, - según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles.

(25) Mezguer, Edmund. Derecho Penal. Bibliográfica Argentina, 1985, p. 352.

(26) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa, México, 1992, pp. 317-318.

e) Justa: Pues la injusticia acarrearía males mayores no sólo para el delincuente sino para todos los miembros de la localidad al esperar que el derecho realice los valores de la justicia. (27)

Por su parte Villalobos señala como caracteres de la pena los siguientes: "La pena debe ser aflictiva, legal, cierta, pública, humana educativa, equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal". (28)

Para Eugenio Cuello Calón, los caracteres de la pena son: "La pena la establece la ley, la imponen los órganos jurisdiccionales competentes, y sólo se impone al delincuente". (29)

2.1.2 CLASIFICACION DE LA PENA.

La siguiente clasificación la proporciona Castellanos-Tena: La pena se clasifica de dos maneras atendiendo al fin y por el bien jurídico que afecta:

a) Por su fin la pena se clasifica en intimidatorias,

(27) Ibid., pp. 319-320.

(28) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, 3a. Edición, México, 1975, p. 620.

(29) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I, Porrúa, p. 536.

correctivas y eliminatorias, según se aplique a sujetos no corrompidos, individuos ya maleados pero susceptibles de corrección o a inadaptados peligrosos.

b) Por el bien jurídico que afectan pueden ser: contra la vida, corporales como azotes, marcas, mutilaciones; contra la libertad como prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado; pecuniarios como la multa y la reparación del daño; y contra ciertos derechos como destitución de funciones, pérdida de la patria potestad y tutela. (30)

2.1.3 FIN Y ESENCIA DE LA PENA.

El fin de la pena se podría concretar en que persigue la prevención del delito; veamos que opinan algunos autores:

Para Mezguer la pena tiene como fin prevenir el delito, es decir, "El Estado persigue a través de la pena la prevención del delito", dicha prevención se puede hacer por dos caminos, el primero, actuando sobre la comunidad y estaríamos en presencia de una prevención general; el segundo, actuando sobre el individuo que tiende a delinquir o que ya haya delinquido y es entonces una prevención especial. Agrega que con la

(30) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., p. 320.

prevención general se producen efectos de intimidación y educación sobre la conciencia de la comunidad que evitan la comisión de delitos. Por su parte, la prevención especial, que se realiza de manera corporal o física y de manera anímica y psíquica; los fines de esta prevención son seguridad y corrección. El fin de la seguridad es que la colectividad esté asegurada contra el delincuente; (en mi opinión, la seguridad es la confianza de ir o regresar de un lugar o realizar alguna actividad sin que se lesionen los derechos por la comisión de un delito). En cuanto a la corrección, consiste en corregir al delincuente, liberándolo para un futuro de sus tendencias delictivas; la corrección es una forma de educación, es decir, se trata de corregir al delincuente de las conductas nocivas y se le educa para que tenga un camino recto y conductas no dañinas a la sociedad". (31)

Para Cuello Calón el fin de la pena es mantener el orden y equilibrio de la sociedad, señala que la pena debe obrar en el delincuente creando en él por sufrimientos, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Agrega que la pena contribuye a elevar los sentimientos morales de la sociedad, porque el hecho de saber que el delincuente ha sido castigado, fortifica

(31) Mezguer, Edmund. Op. Cit., supra nota 25, pp. 370-377.

en los hombres sus sentimientos indignación moral, termina alegando que la pena tiene una esencia de castigo, la pena siempre conserva su sentido retributivo en relación al mal causado.

Pues bien, he dejado señalado algunos conceptos de pena, su clasificación, caracteres y fines para que al final del capítulo establezca cuál es la naturaleza jurídica de la reparación. Considero oportuno asentar algunas opiniones de estudiosos, respecto al tema:

Ferri, manifiesta que las medidas que la sociedad puede emplear contra el delincuente son de tres órdenes: preventivas, eliminadoras o represivas y reparadoras, considera que estas últimas son de carácter público, de derecho público y su exigencia debe ser función estatal. La confusión entre pena y reparación es evidente para Ferri quien dice: "Si el delito no ha producido un daño valorable desde el punto de vista económico, el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las condiciones económicas del procesado, podrá añadir la obligación de pagar, no para satisfacer el resarcimiento del ofendido, sino en beneficio público de la caja de multas, ello para reforzar la idea de que todos deben sufrir también económicamente las consecuencias del propio delito". (32)

(32) Ferrí, Enrique. Principios de Derecho Criminal. Madrid, 1933, p. 710.

Santos Briz por su parte dice: "No se puede admitir - que a la reparación se le atribuya un carácter penal; toda vez que la reparación tiene características propias diferentes a la pena y siendo así, la reparación además tiene un fondo de carácter civil y la pena de carácter público". (33)

Este planteamiento dado por Santos Briz, es el camino por el que se enfoca mi opinión sobre la naturaleza jurídica de la reparación.

2.1.4 PENA Y REPARACION EN EL DERECHO PENAL

Ahora bien, en el Derecho Positivo vigente, la Ley Fundamental ha establecido de manera determinante cuál es la naturaleza jurídica de la reparación; el artículo 21 Constitucional establece:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos le incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél..." (34)

(33) Santos Briz.. A. Derecho de Daños. Madrid, 1963, p. 139.

(34) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En relación con el precitado artículo está el 34 del -
Código Penal para el Distrito Federal que dice:

"La reparación del daño que deba ser hecha por el de--
lincente tiene el carácter de pena pública y se exigi
rá de oficio por el Ministerio Público, con el que po-
drán coadyuvar el ofendido, sus derechoahabientes o su
representante en los términos que prevengan el Código-
de Procedimientos Penales.
Cuando dicha reparación deba exigirse a terceros, ten-
drá el carácter de responsabilidad civil y se trami-
tará en forma de incidente en los términos que fije el
propio Código de Procedimientos Penales.
Quien se considere con derecho a la reparación del da-
ño que no pueda obtener ante el Juez Penal, en virtud-
de no ejercicio de la acción, por parte del Ministerio
Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, po-
drá recurrir a la vía civil en los términos de la le-
gislación correspondiente".

Castellanos Tena, nos dice en relación con este artí-
culo lo siguiente:

"Este dispositivo permite apreciar que la reparación -
del daño unas veces es pena y otra pierde tal carácter lo - -
cual resulta contradictorio. En realidad, por su naturaleza, -
la reparación del daño no puede ser una pena, ésta se extingue
por la muerte del sentenciado lo cual no ocurre con la repara-
ción del daño de acuerdo con lo que dispone el artículo 91 del
Código Penal". (35)

(35) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., p. 323.

Dicho numeral invocado señala:

"La muerte del delincuente extingue la acción penal, - así como las sanciones que le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él".

Por su parte, el Código Penal no da una definición de qué es la pena, tan sólo se concreta a señalar un artículo referente a las penas y medidas de seguridad dentro de las que - incluye a la sanción y a la reparación del daño: El artículo - 24 del Código Penal vigente señala de manera enunciativa las - penas y medidas de seguridad de las que merece especial reflexión la sanción pecuniaria la que incluye a la vez la reparación del daño.

El artículo 24 señala: Las penas y medidas de seguridad son:

6. "SANCION PECUNIARIA..."

Así pues, establecido y señalado lo anterior, ese derecho que el ofendido tiene a la reparación del daño, sólo puede ejercitarlo a través del Ministerio Público, porque tal como - quedó expuesto se considera su naturaleza como pena pública.

Ciertamente, porque así lo ha establecido la Constitución y el Código Penal, la reparación del daño que nazca de un delito y que sea exigible al delincuente, tiene el carácter de pena pública, lo cual quiere decir que al igual que la acción penal, el titular único de ese derecho es el Ministerio Público es decir, se considera que es pena pública la reparación - del daño porque:

1).- Su titular es el Ministerio Público, es decir - el ofendido no es titular independiente del derecho a la reparación;

2).- Lo exige a nombre de la sociedad;

3).- Se reclama ante el Órgano Judicial competente;

Pero, qué sucede respecto al segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal en donde la reparación del daño exigible a terceros se convierte en una responsabilidad civil debido a que la reparación en este sentido es de naturaleza civil, se ejerce ante el Órgano judicial competente en materia civil, y esto es lógico primero por el principio de que a nadie puede privarse de la libertad por deudas de carácter civil y porque toda reparación sea en materia civil y casi siempre en materia penal termina por convertirse en el pago de daños y perjuicios.

Parecería que ya no hay nada que decir porque todo lo ha dejado establecido la Constitución y el Código Penal al señalar el carácter de la reparación del daño, pero debido a que éste es un trabajo de tesis daré mi opinión en el sentido siguiente: Si bien es cierto que la reparación del daño desde el punto de vista formal es una pena pública porque así está establecido en la Ley Fundamental y en el Código Penal (artículo - 21 y 34 respectivamente) materialmente no es del todo una pena en atención en primer lugar, a que como se ha visto en lo señalado al inicio de este capítulo los fines y características de la pena e incluso su concepto no encuadran del todo dentro de la reparación del daño su concepto y sus fines.

El Código Penal en su artículo 24 tiene como rubro - "PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD", entre las que menciona a la sanción pecuniaria y a su vez el artículo 29 señala:

"La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño".

De lo que en un primer término concluiríamos diciendo que la reparación del daño es una especie de pena consistente en una sanción pecuniaria.

2.2 ¿ES UNA SANCION?

En lo tocante a la segunda pregunta señalamos que el Código Penal Vigente para el Distrito Federal sólo hace referencia a una sanción pecuniaria, en tal sentido diremos que la sanción es una forma de pena pero de naturaleza pecuniaria, es decir afecta y va dirigida directamente al patrimonio del individuo que cometió el ilícito.

Nuestro ordenamiento sustantivo penal no hace referencia entre pena y sanción, por lo que respecta a la teoría y a la doctrina es indistinto el manejo que hacen los autores respecto a los conceptos de pena y sanción, en ocasiones se llama pena la que incluye a la sanción y a la reparación del daño, - en otras se le llama sanciones penales como lo hace Fernando - Castellanos Tena, y al hablar de ellas incluye a la pena y a la reparación del daño,

El artículo 29 del Código Penal dice:

"La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño".

Debido a lo anterior considero que el problema de diferenciar a la pena y a la sanción es un tanto de carácter semántico, ya que ambos conceptos se manejan indistintamente e in-

cluso como sinónimos por diversos autores, aunque sí considero que algo que los distingue es entre otras cosas que la sanción es una forma de pena pecuniaria, es decir, que la sanción siempre afectará el patrimonio del individuo que delinquirá y la pena como género que creo que es puede ser dirigida contra la vida, la libertad, los derechos del individuo, además del aspecto pecuniario que puede afectar; por lo tanto si consideramos a la reparación como consecuencia del delito, diremos que es una pena que afecta al patrimonio y que se encuadra por lo tanto dentro de una sanción pecuniaria, es decir, es una especie de pena (como género) de naturaleza pecuniaria y que está comprendida en la sanción penal y esto es así en virtud de que el Código Penal establece la reparación del daño como una sanción pecuniaria y además porque en su artículo 30 enfoca siempre y en aquellos casos que no va a ser posible la restitución hacia una reparación económica, es decir hacia una indemnización.

El artículo 30 del Código Penal señala:

"La reparación del daño comprende:

- I.- La restitución de la cosa obtenida por un delito y si no fuera posible, el pago del precio de la misma.
- II. La indemnización del daño material y moral de los perjuicios causados, y
- III. Tratándose de los delitos comprendidos en el título Décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o de los bienes obtenidos por el delito."

Este artículo al igual que el 29 al habar de lo que - comprende la reparación del daño lo encamina especialmente a - una reparación económica.

Concluiremos diciendo al respecto y para tratar de dar la respuesta a nuestra segunda pregunta de la siguiente manera: La reparación del daño es una especie a su vez la sanción-pecuniaria y esto es lógico ya que como se ha visto la reparación del daño más viable y práctica es la que consiste en indemnizar mediante una cantidad de dinero, lo anterior se aplica sobre todo y a falta de una reparación real y objetiva en aquellos delitos que provocan un daño moral como el homicidio, la violación o las lesiones.

2.3 LLEGAMOS AQUI A LA ULTIMA PREGUNTA PLANTEADA:

¿Es la reparación del daño una obligación derivada de la comisión de un hecho ilícito que engendrará una responsabilidad extracontractual?

Es preciso que para entrar en materia de este planteamiento se aclare lo siguiente: El tema de los hechos ilícitos- y la responsabilidad extracontractual se ve muy hondamente en el Derecho Civil en su parte de obligaciones, y ésto porque - los hechos ilícitos constituyen desde la época antigua del De-

recho Romano una de las fuentes de las obligaciones que genera una responsabilidad civil y a primera impresión tal vez se pregunte por qué hablar de hechos ilícitos, de responsabilidad civil e incluso de derecho civil si la tesis es proyectada en materia penal, pues primeramente porque hecho ilícito se llama - como veremos más adelante a toda conducta antijurídica, culpable y dañosa que enfocada a la materia penal es sinónimo de delito; porque además, todo hecho ilícito que provoque un daño genera a su vez una responsabilidad civil que se traduce en el pago de los daños y perjuicios ocasionados lo cual a su vez en una reparación del daño, esto, aclaro nuevamente en materia civil, aunque en materia penal también se da esta responsabilidad civil pero de carácter extracontractual y también consiste en el pago de los daños causados es decir en una indemnización, tal y como lo señala el segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal vigente. Entremos pues al estudio del tema para responder a nuestra última interrogante:

Cuando la conducta de un sujeto produzca daños a las personas, alterando con ellos el orden social imperante, es lógico y justificado que la víctima del hecho ilícito espere a que se le reparen los daños y perjuicios sufridos. Los antiguos romanos ya consideraban al delito como fuente de obligaciones y por lo tanto al producirse el daño surgía la obligación de repararlo a la víctima.

2.3.1 CONCEPTO DE HECHO ILICITO.

El artículo 1830 del Código Civil lo define de la siguiente manera:

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

Por su parte el artículo 1910 del Código Civil dice:

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

Por su parte el maestro Gutiérrez y González lo define como "toda conducta humana culpable por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio". (36)

"Hecho ilícito es la conducta humana que va en contra de una ley de orden público o de las buenas costumbres, y en donde la voluntad del autor haya querido o no el hecho, y haya querido o no también las consecuencias, éstas se generan inde-

(36) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Cajica, Puebla, 1982, p. 441.

pendientemente de su voluntad. A estos hechos se les da el nombre de delitos. (37)

Relacionado con lo anterior es procedente que a continuación definamos qué es el delito. El artículo 7o. del Código Penal, lo define:

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

Y esto se trae a colación en virtud de que se considera que el hecho ilícito es un delito o viceversa que el delito es un hecho ilícito pues ambos atacan una ley de orden público - afectan las buenas costumbres y en consecuencia producen daño. Manuel Moguel Caballero a propósito de este tema señala "En vez de hacer el Código Civil su propia relación de delitos, empleó la voz ilícitamente para incorporar al propio Código las conductas humanas contrarias a Derecho contenidos en otros Códigos, en especial en el Derecho Penal, éste contiene normas reguladoras de conductas, por lo que de esa manera define al delito". (38)

(37) Ibid., p. 127.

(38) Moguel Caballero, Manuel. La Ley Aquilia y los Derechos de la Personalidad. Edit. Tradición, S.A., México, 1983, p. 30.

2.3.2 CLASIFICACION DE LOS HECHOS ILICITOS.

a) La conducta humana culpable, por dolo o negligencia que pugna con una declaración unilateral de voluntad.

b) La conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con lo acordado por las partes en un convenio.

c) La conducta humana culpable por dolo o negligencia que pugna con lo determinado por un deber jurídico en estricto sentido, plasmándose en una ley de orden público o dictado por las buenas costumbres, ejemplo: Una persona que atropella a otra con toda intención; aquí se está cometiendo un hecho ilícito pues la ley prohíbe atentar contra la integridad corporal o contra la vida de las personas, otro ejemplo sería -- aquél en donde se esté invitando a una persona a consumir -- enervantes, claramente se está cometiendo un hecho ilícito -- pues la ley prohíbe atentar contra la salud de las personas. Esta última clasificación es la que nos interesa para fines -- de este trabajo.

Pertinente es aclarar lo que debemos entender por concepto de deber jurídico estricto sensu.

A) CONCEPTO DE DEBER JURIDICO

Es la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de derecho. Esto en sentido lato. (39)

B) CONCEPTO DE DEBER JURIDICO ESTRICTO SENSU.

"Es la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de persona indeterminada o de persona determinada". (40) V.g. La ley determina la necesidad de que todo habitante del país respete la propiedad privada de los demás habitantes del mismo país, como también prescribe el respeto que se debe a la vida de cada persona. En tal sentido el deber jurídico debe ser observado por todos los habitantes del país en favor de persona indeterminada como el respeto a la vida, a la propiedad, a la salud, a la integridad de la persona, etcétera.

A este tipo de hecho se le denomina "extracontractual" porque es un hecho ilícito que proviene de atentar contra un deber jurídico estricto sensu.

A mayor abundamiento se llama extracontractual porque no existe ningún vínculo jurídico previo entre el delincuente y la víctima del delito que genere la obligación de reparar el

(39) Gutiérrez y González, Op. Cit., supra nota 37, p. 24.

(40) Ibid., p. 25.

daño, por lo que en el momento en que se comete el hecho ilícito surge una responsabilidad. Por lo tanto veamos lo referente a la teoría de la responsabilidad proveniente de hecho ilícito.

La responsabilidad civil tiene varias especies:

- a) Contractual.
- b) Por hecho ilícito, y
- c) Objetiva por riesgo creado.

2.3.3 RESPONSABILIDAD POR HECHO ILÍCITO.

El Código Penal de 1871 para el Distrito Federal y territorio de Baja California en su artículo 301 disponía:

"La responsabilidad civil proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer: I.- La restitución. II.- La reparación, III.- La indemnización, IV.- El pago de gastos judiciales".

Bonasi dice que esta responsabilidad ha sido definida como "la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso". (41)

(41) Bonasi Benucci, Eduardo. La Responsabilidad Civil. Bosch Edit., Barcelona, 1958, p. 7.

El concepto que Gutiérrez y González da de responsabilidad por hecho ilícito es el siguiente: Responsabilidad por - - hecho ilícito "es la conducta de restituir las cosas al estado jurídico que tenían y de no ser posible, pagar los daños y perjuicios causados por una acción u omisión, de quien los cometió por si mismo, o esa acción u omisión permitió que los causaran personas a su cuidado o cosas que posee en vista de la violación culpable de un deber jurídico estricto sensu, o de una -- obligación lato sensu previa". (42)

Si atendiéramos la definición que nos da dicho autor, - podemos desprender los elementos de la responsabilidad por hecho ilícito.

- a) Acción u omisión.
- b) Un daño o perjuicio.
- c) Relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño o el perjuicio.
- d) Restituir las cosas al estado jurídico que tenían.
- e) De no ser posible la restitución, entonces pagar -

(42) Gutiérrez y González, Op. Cit., p. 458.

daños y perjuicios.

f) Es imputable al autor de la acción u omisión.

g) Que la acción u omisión sea de hecho propio, o que por ella sea persona a su cuidado, o cosa que posee, los que causen el daño.

h) Violación culpable de un deber jurídico stricto sensu o de una obligación lato sensu previa.

Se hace referencia a los conceptos de daños y perjuicios del Código Civil porque el Derecho Penal ni el Código Penal los ha definido por lo que pretendo dar una definición de ellos enfocándolos a la materia penal en virtud de que los conceptos de Daños y Perjuicios que establece el Código Civil son conceptos estrechos que se aplican al hecho ilícito que viola una obligación previa contractual, sin considerar los hechos ilícitos provenientes de violentar un deber jurídico consignado en la ley.

Partiendo del concepto que Bejarano Sánchez da de hecho ilícito (conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo la responsabilidad civil), manifiesta que la -

responsabilidad civil es el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios a otros.

Es decir concretando su idea: De toda conducta u omisión antijurídica, culpable y dañosa surge la responsabilidad civil traducida ésta en el pago de daños y perjuicios.

2.3.4 ANTIJURIDICIDAD

Se habla de ella por que va relacionado con los conceptos de responsabilidad civil contractual o extracontractual atendiendo al tipo de norma violada. Existen diferentes clases de conductas antijurídicas atendiendo a la naturaleza de la norma violada; así pues existe hecho antijurídico civil de derecho privado y hecho antijurídico de derecho público cuya especie más significativa es el delito (ilícito penal).

El derecho civil vigila el interés de los particulares y los protege de la acción de los demás, creando normas cuya inobservancia o violación constituyen un hecho ilícito civil; el derecho penal por su parte reprime los hechos que hacen imposible la convivencia humana, creando normas cuya violación constituyen un hecho antijurídico penal que conforme al Código Penal se conoce como delito.

Ruggiero diferencia el ilícito civil del penal señalando que el primero es violación de un derecho subjetivo privado y el segundo es violación de la Ley Penal; el primero, tiene - como consecuencia el resarcimiento del daño y el segundo, la - imposición de una pena. Las consecuencias que dicho autor señala para estos tipos de ilícitos es tajante y cuestionable por la suscrita en atención a que considero que el ilícito penal también da lugar a un resarcimiento de los daños, es decir a la - reparación del daño en sus diferentes modalidades.

Tenemos conocimiento de que existen normas de observancia general es decir normas generales y normas de observancia particular, es decir normas individuales, las primeras son leyes, las segundas corresponden a las cláusulas de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad; por lo tanto la - violación a una ley (en nuestro caso penal) constituye un hecho ilícito extracontractual y la violación de un contrato - - constituye un hecho ilícito contractual.

2.3.5. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL.

La responsabilidad civil es consecuencia del hecho ilícito y consiste en la obligación de reparar los daños y perjuicios causados, se clasifica tradicionalmente, atendiendo a su

origen (por la especie de la norma violada) en extracontractual y contractual. Hay responsabilidad extracontractual cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general, si alguien viola la ley y causa un daño, incurre en responsabilidad extracontractual, a su cargo surge la necesidad de reparar los daños y perjuicios (responsabilidad civil) y el origen de ésta es la violación de una ley y no de un contrato, por eso se dice que es responsabilidad fuera de contrato, es decir, extracontractual.

La responsabilidad contractual es la proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma de observancia individual de un contrato.

La responsabilidad delictual que es una responsabilidad extracontractual nace de la comisión de un delito y por lo tanto en ciertas condiciones el autor del daño está obligado a repararlo. Ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, tienen una sola semejanza que consiste en que ambas tienen como fuente la comisión de un hecho ilícito sea civil o sea penal y que constituyen fuente de obligaciones.

Dejando planteadas las ideas y los razonamientos para poder resolver a nuestra última interrogante y tomando en cuenta también los conceptos y pensamientos expresados en este segundo capítulo, formulo mis conclusiones respecto a la natu-

raleza de la reparación del daño en los siguientes términos:

Es sabido que la comisión de un delito motiva siempre la imposición de una pena y puede dar lugar a la vez a la reparación del daño con pretensión de resarcimiento o indemnización y esto ocurre cuando el ilícito causa un daño; es decir - un mismo hecho delictivo origina dos consecuencias, a) las penales en virtud de su tipicidad y b) las civiles de reparación respecto a los daños producidos.

Formalmente la reparación del daño es una pena pública porque sólo la puede pedir el Ministerio Público y su naturaleza es la de ser una sanción pecuniaria que surge por la comisión de un delito (hecho ilícito) que produce un daño moral o económico generando con ellos una responsabilidad extracontractual la que se traduce en el pago de daños y perjuicios -- ocasionados; materialmente la reparación del daño es una obligación que nace de un hecho ilícito o delito generando con -- ella la responsabilidad civil de carácter extracontractual, -- en donde aquí puede pedir la reparación tanto el ofendido como las personas que tengan derecho a esa reparación. Dicha responsabilidad civil también se traduce en la obligación de reparar el daño a través de la restitución o en su defecto de la indemnización.

Por lo anterior considero que la reparación del daño es una obligación extracontractual (es decir no existía vínculo jurídico previo a la comisión del delito entre la víctima y el delincuente, por lo que aparte de cumplir con el castigo - por el delito éste tiene también que cumplir con esta obligación de reparar el daño sea restituyendo las cosas al estado - que tenían antes de ser alterada la situación jurídica y de no ser posible a través de la indemnización mediante el pago de determinada cantidad de dinero.

Considero como consecuencia última que la reparación del daño es de carácter civil porque frecuentemente se traduce en el pago de daños y perjuicios en defecto de la restitución y a falta de una verdadera reparación en materia penal sobre todo en aquellos delitos que atacan contra la vida y la integridad corporal de las personas en donde nunca existirá una real reparación del daño.

A continuación establezco desde mi punto de vista algunas características que pueden considerarse para diferenciar a la reparación del daño de la pena, es decir para sostener - que la reparación del daño no es una pena en toda su amplitud.

LA PENA

- 1.- Es el castigo que se impone por la comisión del delito.
- 2.- Va dirigido a la persona misma del delincuente.
- 3.- Sólo es debida por el culpable y para el Estado.
- 4.- Es de interés social: La sociedad está interesada en que al delincuente se le imponga una pena para prevenir con ello la comisión de futuros ilícitos.

LA REPARACION DEL DAÑO

- 1.- Es una obligación que nace por la comisión del delito, que obliga al delincuente a reparar el daño sea mediante la restitución o la indemnización a través de una cantidad de dinero.
- 2.- Va dirigido al patrimonio del delincuente.
- 3.- Puede realizarse por un tercero que puede ser persona física o moral y por el propio delincuente y el beneficiario es la víctima del delito o sus causahabientes.
- 4.- Es de interés particular ya que la víctima tiene el interés supremo y primario que se le restituya en el goce de sus derechos o bienes lesionados.

- | | |
|--|--|
| <p>5.- Su fin es prevenir el delito y reprender al delincuente.</p> | <p>5.- Su fin es restablecer lo más posible la situación jurídica alterada al estado que tenía antes de ser afectada. - Dar nuevamente equilibrio a la alteración de una determinada situación jurídica.</p> |
| <p>6.- Se extingue con la muerte del condenado (artículo 91 del Código Penal).</p> | <p>6.- No se extingue por la muerte del condenado.</p> |

2.4 OBJETO Y FIN DE LA REPARACION

La reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo, por lo tanto la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea restablecida mediante la restitución, si es posible, o por medio de la indemnización.

Así pues, el fin de la reparación es anular del modo más completo posible los efectos lesivos sufridos por el perjudicado a consecuencia de la infracción penal.

Si bien es cierto que la reparación del daño presenta una dificultad en su efectividad respecto del daño moral, se desprende la necesidad urgente de establecer una regulación jurídica referente al daño moral en materia penal que tienda a cumplir con el fin y con el objeto de dicha reparación.

CAPITULO TERCERO

FUNDAMENTOS JURIDICOS

3.1 LA REPARACION DEL DAÑO EN LA CONSTITUCION.

Los dispositivos constitucionales vigentes que regulan lo referente a la reparación del daño son los artículos 21, - 22, 102, 103 fracción I, 107 fracción X.

ARTICULO 21:

Este dispositivo establece el monopolio exclusivo del ejercicio de la acción penal a favor del Ministerio Público y por lo tanto sólo a través de este Órgano persecutor de los de litos puede el ofendido reclamar su derecho a la reparación del daño, pues, como se desprende de este artículo, la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y porque además la víctima no tiene personalidad en el proceso pues no se le considera como parte en el mismo de acuerdo con lo establecido en los artículos 9o. y 141 del Código de Procedimientos Penales - para el Distrito Federal, por lo que no puede reclamar la repa ración del daño de manera autónoma y sólo está autorizado para aportar las pruebas relativas a la comprobación del delito y la responsabilidad del delincuente, con la condición de que dichas pruebas las dé solamente al Ministerio Público quien, si lo consi dera prudente, las podrá aportar o no al procedimiento.

Por su parte el artículo 417 Fracción III de la Legis-
lación Procesal Penal establece que el ofendido sólo podrá ape lar lo relativo a la reparación del daño.

Con ello el ofendido se encuentra encerrado porque aún cuando tiene derecho a apelar contra una sentencia con la que se inconforma, sólo puede hacerlo en relación con la reparación del daño, más no en lo que respecta al delito y a la responsabilidad y si el Ministerio Público no apela en caso de sentencia no acusatoria, no puede el Tribunal Superior hacer ninguna declaración en lo tocante a la reparación del daño - cuando no están declarados el delito y la responsabilidad. Con esto vemos que la víctima del delito depende única y necesariamente de la actividad procesal del Ministerio Público.

Respecto a la reparación del daño exigible a terceras-personas también es algo inexacto, ya que cuando el delincuente se sustrae de la acción de la justicia o es desconocido, se paraliza todo procedimiento y no puede por ende dictarse condena alguna por ese concepto, por motivo de que tal sanción penal sería sólo es dable imponer al resolverse en la sentencia de la causa penal sobre el delito y responsabilidad.

ARTICULO 22:

De este dispositivo lo que nos interesa es lo establecido en el segundo párrafo que dice:

"No se considera como confiscación de bienes la apli-

cación total o parcial de los bienes de una persona - hecha por la autoridad judicial, para el pago de la - responsabilidad civil resultante de la comisión de un - delito, o, para el pago de impuesto o multas, ni el -- decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilf cito en los términos del artículo 109".

De lo transcrito son dos los aspectos que nos interesa-- san:

a) La prohibición de que las penas trasciendan a la - persona del autor del ilícito.

b) La posibilidad de confiscación de sus bienes en pago total o parcial de la reparación del daño.

Respecto al primero, tiene concordancia con lo que señala el artículo 91 del Código Penal, pues, de la redacción de este numeral aparentemente trascendería la obligación de reparar el daño a los herederos del delincuente, mayormente si se toman en cuenta los antecedentes constitucionales legislativos, sólo que el pago debe efectuarse con bienes del propio delincuente fallecido ya que de otra forma se heriría la conciencia de equidad y de justicia pues las penas no son trascendentales, en este supuesto sólo aparece la figura de la causahabien- cia, en que los herederos del delincuente deberán cumplir con la obligación de reparar el daño, pero únicamente con los bienes que integran la masa hereditaria del fallecido.

En cuanto a la confiscación total o parcial de los bienes del delincuente para el pago de la reparación del daño, vemos como esta facultad económica coactiva del Estado de asegurar al ofendido en el delito la reparación del daño, carece de facticidad, por falta de una adecuada reglamentación a pesar de la concordancia que encuentra este dispositivo constitucional con lo ordenado por el artículo 37 del Código Penal, así como con lo establecido por los artículos 28 y 35 del Código de Procedimientos Penales.

ARTICULO 102:

Este numeral establece la estructura y funciones del Ministerio Público de la Federación, del cual interesa a los fines de este trabajo el segundo párrafo.

Es de vital importancia las funciones del Ministerio Público para que con ellas pueda proceder la reparación, de las que destacan la de buscar en el procedimiento penal, las pruebas que acrediten la responsabilidad del delincuente así como pedir la aplicación de las penas entre las que queda implícitamente la reparación del daño.

ARTICULO 103, FRACCION I:

La importancia que tiene este numeral es lo relativo a la resolución que deberán hacer los Tribunales de la Federación cuando existan leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, y esto se aplica en virtud de la problemática que existe para el caso de determinar si el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad y proceder en contra de él juicio de amparo en caso de violar garantías individuales de la víctima del delito por no ejercer la acción penal, desistirse de dicha acción, o de formular conclusiones no acusatorias, causando con ello agravio a la víctima pues al presentarse tales supuestos no procederá la acción de reparación.

ARTICULO 107, FRACCION X:

Esta fracción se refiere a que los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión y para ello se deberá de tomar en cuenta la naturaleza de la violación alegada y la dificultad de la reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución.

Así vemos, que la reparación del daño se contempla de manera muy general en la Constitución y que únicamente instituye al Ministerio Público como órgano para ejercitar la acción penal y por ende la acción de reparación.

3.2 LA REPARACION DEL DAÑO EN EL DERECHO CIVIL.

La víctima del delito y su derecho a la reparación a -
priori corresponden al Derecho Penal en virtud de eleva -
ción a pena pública la acción de reparación del daño, ante tal
situación quedo sustraída del Derecho Civil siguiendo lo que -
establece el artículo 34 primer párrafo del Código Penal, a --
contrario de lo que se establecía en el Código Penal de 1871 -
en donde la institución de la reparación del daño era de ca -
rácter privado aunque se regulaba en dicho Código Penal.

Es así entonces como el tratamiento que da el Código -
Civil a los hechos delictivos y la obligación de reparar su da -
ño queda comprendido desde un punto de vista civil, con exclu -
sión de los ilícitos penales, esto es, el Derecho Civil regula -
los delitos civiles sean dolosos o culposos así como la respon -
sabilidad objetiva.

El Código Civil vigente habla de las obligaciones que -
nacen de los hechos ilícitos en sus artículos 1910 al 1934, --
y del hecho ilícito en su artículo 1830, sin embargo, lamenta -
blemente estas disposiciones se aplican sólo en materia civil,
es decir, no hay una identidad de los preceptos del Derecho -
Civil aplicados en el Derecho Penal; los principios que se con -
sagran en nuestro derecho positivo civil no tienen facticidad-

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

en el ámbito de nuestro sistema penal, atenta a la realidad jurídica-social, en razón de que incongruentemente con la jurisdicción civil, nuestra ley penal no señala los caminos, las vías legales expeditas para hacer aplicables los dispositivos del Código Civil ya mencionados. De ahí la necesidad imperante de que el Código Penal tenga conceptos propios relacionados con la institución de la reparación del daño.

Así pues, la acción de reparación tiene un camino expedito en la vía civil toda vez que cuenta con los conceptos propios y necesarios para tramitarla y así tener una eficacia en nuestra realidad social, lo que lamentablemente no ocurre en la vía penal.

3.3 LA REPARACION DEL DAÑO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL.

Hemos venido señalando que la reparación del daño cuando es reclamada al delincuente, conforme a nuestro sistema penal vigente, se considera como pena pública y por tanto es exigible sólo a través del Ministerio Público y ante el propio órgano judicial penal. Sin embargo, cuando es exigible a terceras personas la propia ley adjetiva señala que supletoriamente es aplicable el Código de Procedimientos Civiles en cuanto al procedimiento que al respecto señala tal Código de Procedimientos Penales; también dicho ordenamiento señala que a

elección de la víctima puede éste reclamar su derecho a la reparación a través del procedimiento que regula el Derecho Procesal Civil positivo, esto último en la hipótesis de que previamente exista ya una declaratoria de responsabilidad penal y no se haya intentado en dicha vía penal.

El procedimiento que el Derecho Procesal Civil establece para reclamar la responsabilidad civil extracontractual, se regula por lo dispuesto en los artículos 255 a 429 del Código de Procedimientos Civiles, relativos al juicio ordinario, debiendo el actor probar, con independencia de lo declarado en la jurisdicción penal, la culpa y el nexo causal entre el ilícito y el daño, así como si éste se produjo en menoscabo de su patrimonio pecuniario o moral.

Se hace hincapié en el sentido de que cuando la reparación del daño es exigible a terceras personas, es en el procedimiento penal donde directamente el ofendido lo demanda en forma incidental aplicándose en dicho procedimiento, supletoriamente, las disposiciones relativas al Código de Procedimientos Civiles o bien puede optar por demandar dicha responsabilidad de terceros directamente ante la vía civil, pero una vez dictada la sentencia penal respectiva en la que se declare la existencia del delito y la responsabilidad de su autor.

Así pues resulta del todo ilusorio el procedimiento -

establecido en el sistema penal vigente para que el ofendido en el delito pueda reclamar y obtener eficazmente el pago del daño.

3.4 LA REPARACION DEL DAÑO EN EL DERECHO PENAL.

El régimen de la reparación del daño en el Derecho Penal se encuentra regulado por los artículos 24 incisos 6, 29 - al 39, 52 en relación con el 51, 76, 84 fracción III, 90 fracción II, inciso e), 91, 92, 93 del Código Penal.

Tales dispositivos fueron inspirados en el Código Penal de 1929, que rompe con lo establecido en el Código Penal de 1871, que coincidía a la vez con el Código Penal Italiano, - en cuanto a considerar que la reparación del daño era una institución civil que se desprende del Código Penal para ser exigida a través de los dispositivos del Derecho Civil.

El sistema seguido por el actual Código Penal es el de considerar a la reparación del daño proveniente de un delito como pena pública cuando es reclamable al delincuente y sólo puede ser exigida por el Ministerio Público a través de la jurisdicción penal. Esto obedeció en principio a la pretensión de dar una mayor protección a las víctimas del delito -- pero por el contrario considero que se produjo una desprotección y desventaja para la víctima, en virtud de no existir un

procedimiento expedito para reclamar eficazmente ese derecho - que tiene toda persona afectada por la comisión de un delito.

El artículo 34 del Código Penal establece: un sistema híbrido en cuanto a la naturaleza de la reparación del daño - al considerarse ésta también como responsabilidad civil cuando es exigible a terceras personas en los términos del artículo 32 del citado ordenamiento y supletoriamente los artículos 1910 al 1934 del Código Civil.

Empero, al hacer nuestro sistema represivo la regulación del procedimiento que debe seguirse para reclamar dicha responsabilidad civil, encontramos con que la misma permanece aún ligada al delito y a la declaratoria de responsabilidad; y es hasta que en el procedimiento penal respectivo se declara previamente que éste existe, cuando entonces puede reclamarse ante la sede civil, en caso de no haberse ya hecho ante el - - tribunal penal.

Ahora bien, el requisito previo de la declaración del delito y de la responsabilidad, implica todo un proceso penal, y que en ocasiones puede ser burlado el ofendido por diversas causas de suspensión del procedimiento que ocurre conforme al artículo 477 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en hipótesis como la sustracción del procesado - a la acción de la justicia, cuando durante el procedimiento se

enferma mentalmente o cuando muere.

En tales supuestos de suspensión del procedimiento, el ofendido en el delito, queda burlado en cuanto su derecho a la reparación, ello en razón de que no se dictará ya sentencia que declare la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, condición sine qua non para poder emitirse una sentencia de condena al pago de la reparación del daño en el proceso penal; o en caso de no haberse reclamado en el mismo, poder hacerlo ante la jurisdicción civil.

Aún cuando el artículo 91 del Código Penal establezca que la muerte del delincuente extingue la acción penal así como las sanciones que se le hubieren impuesto a excepción de la reparación del daño, toda vez cuando dicha muerte ocurre antes de dictarse sentencia existe por los motivos ya apuntados, imposibilidad legal para hacer efectiva dicha reparación de daño, ya sea que se reclame al delincuente o a terceras personas. En tal sentido si la muerte del delincuente extingue la acción penal y si el proceso todavía no ha concluido entonces, por lo tanto ya no se puede continuar ni mucho menos terminarse con el mismo por lo que no podrá dictarse sentencia que lo condene y que declare la existencia del delito y la responsabilidad para que proceda la reparación; es decir, con ello, se cierran los caminos para que la víctima del

delito sea por vía civil o penal pueda demandar el pago de la reparación.

Otro de los artículos que no tiene ninguna efectividad es el 30 fracción II.

Esta fracción se refiere al pago de la indemnización moral pero como decíamos no tiene efectividad en virtud de que no existe ningún reglamento o disposición legal complementaria en que pueda basarse el juez para tasar el importe o extensión del daño moral causado. Si bien es cierto que se aplica supletoriamente las tablas de indemnizaciones que contempla la Ley Federal del Trabajo, es importante no perder de vista que dichas tablas se aplican únicamente a enfermedades y accidentes de trabajo que lógicamente no reúnen las circunstancias de los delitos que producen los daños.

Se podría decir que el juez a su prudente arbitrio, basándose en la realidad probada en el proceso pudiera señalar una determinada cantidad de dinero impuesta a título de reparación moral.

El artículo 31 trata lo referente a la garantía que debe existir del pago nacido de la responsabilidad por la comisión de aquellos delitos que constantemente ocurren con motivos del tránsito de vehículos, y en su último párrafo exige la

expedición de un reglamento por parte del Ejecutivo de la - -
Unión para que mediante un seguro especial se garantice eficaz-
mente la reparación del daño causado a las víctimas de tales -
delitos culposos, dicho reglamento fue en efecto publicado en-
el Diario Oficial de la Federación del 29 de agosto de 1934 -
previniendo que ningún vehículo podría circular sin una póliza
de seguro y tasando las indemnizaciones correspondientes, lo -
que a todas luces resulta letra muerta pues nunca se llegó a -
aplicar y menos aún en la actualidad.

Lo anterior también ocurre respecto a lo establecido-
en el último párrafo del artículo 35 que dispone:

El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá:
Los depósitos que garanticen la libertad caucional se-
aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el -
inculpado se substraiga a la acción de la justicia".

Se sostiene lo anterior en cuanto a que dicho numeral-
terminantemente establece que los depósitos que garantizan la
libertad caucional de un procesado, deberán aplicarse al pago-
de la sanción pecuniaria en los casos en que el inculpado se --
sustraiga a la acción de la justicia. En la realidad no sucede
esto pues no existe ningún fondo común que por inferencia de-
dicho artículo deba y pueda formarse con el importe de las ga-
rantías recabadas con motivo de las libertades que se revoquen
es sin lugar a dudas que sería bueno que existiera una garan--

tía para indemnizar a las víctimas del delito.

Respecto de los artículos 51 y 52, hablan de la individualización judicial de la pena, la cual deberá tomar en cuenta todos los factores exógenos y endógenos para fijar la pena, dentro de los que se encuentra la víctima del delito. La función de interpretación y aplicación de la ley penal debe ser libre de coacción al momento de individualizar la pena. De aquí que para dar cumplimiento a los artículos 51 y 52 se ve como primera condición la calidad del juzgador, su mayor preparación en lo que respecta a todo lo relacionado con las ciencias penales, para así, aplicar debidamente dichos artículos y haya una mejor realización de los valores de justicia.

Por otra parte, tales artículos deben adecuarse a la realidad, por ser tan importantes por referirse a la pena que se le impondrá al delincuente. En tal sentido es muy significativo el conocimiento que se tenga del ofendido dentro de los factores endógenos y exógenos del hecho criminoso, pues el fundamento y fin último de la pena, en su contenido preventivo, es la conservación del conglomerado social. Entonces, para adecuarla correctamente debe atenderse lo más posible a la observancia de estos dispositivos para aplicar la pena, ya que si es excesiva resulta injusta, y si es leve, no cumple con los fines a que es destinada.

Es incuestionable que los objetivos de los citados artículos si están congruentes con la finalidad básica del derecho penal retributivo y de defensa social, como lo es el nuestro.

Por lo que se refiere a los demás artículos señalados - si tienen congruencia con la realidad procesal por referirse - en su mayoría a requisitos de garantía de la reparación del daño para efectos de diversos tipos de libertad, a excepción del artículo 91 en cuanto a lo obsoleta que resulta que no se extinga con la muerte del delincuente la reparación del daño, -- pues si muere sin haberse dictado sentencia condenatoria no es posible decretarla ni demandarla en la vía penal ni civil.

Carrancá y Trujillo menciona que el artículo 52 tiene tres vértices: 1, el delincuente, 2, el ofendido, y 3, el hecho delictuoso; al delincuente se refieren los incisos 2 y 3, - al ofendido el inciso 3 refiriéndose a su calidad que va unida con la idea de dignidad, nobleza y jerarquía social". (43)

Asimismo comenta que este artículo es más amplio en - virtud de referirse a circunstancias exteriores e interiores de ejecución dentro de las que contempla al sujeto pasivo -

(43) Carrancá y Trujillo, Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Porrúa, 15a. ed. México 1990, p. 196.

del delito. Agrega que dicho numeral considera al delito como un complejo biopsíquico, físico y social.

3.5 LA REPARACION DEL DAÑO EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.

Los artículos que se refieren a la reparación del daño son: 2, fracción III, 6, 9, 28, 35, 70, 80, 101, 102, 123, 146, 264, 271 párrafo segundo y tercero, 360, 379, 417 fracción III, 487, 532 a 540, 676 fracción II del Código de Procedimientos Penales.

De lo establecido por dichos preceptos se desprenden algunos principios importantes:

- 1.- El ofendido no es parte en el proceso penal.
- 2.- Tiene personalidad procesal sólo para reclamar la responsabilidad civil exigible a terceras personas y pedir el aseguramiento precautorio de bienes que garanticen su derecho a la reparación del daño.
- 3.- Sólo puede apelar la sentencia en lo que respecta a la reparación del daño.
- 4.- Puede alegar en las audiencias, y pedir acumula--

ción de procesos.

5.- El ofendido debe ser sujeto de estudio psicossomático y social para efectos de individualización de la pena.

En el proceso penal existen dos partes el imputado y el ofendido, pero de acuerdo a lo que establece nuestro sistema procesal penal el ofendido en el delito no es parte en el proceso porque el Ministerio Público lo sustituye, pero este órgano sólo debe ser regulador pues los intereses que representan son más altos que los del ofendido en virtud de que representa a la ley y a la sociedad; así pues el Ministerio Público es parte en el proceso; no en representación exclusiva de la víctima del delito, sino en tutela de la sociedad en la que cada miembro que la compone puede ser sujeto de la comisión del delito y ser víctima de dicho delito.

Establezcamos lo que es parte; según Guarneri: "Es --- aquel que pide o contra quién se pide en juicio una declaración de derecho, es decir el que figura en el juicio, como actor o como demandado, como Ministerio Público o como imputado". (44)

Sin embargo, conforme al artículo 9o. del Código de -

(44) Guarneri, José. Las Partes en el Proceso Penal. Editorial José M. Cajica, Puebla, México, 1952, pág. 19.

procedimientos Penales la intervención del ofendido es posible aunque limitada, cuando el mismo se constituye ante el juez en coadyvante del Ministerio Público aportando sólo pruebas que demuestran la culpabilidad del procesado y la justificación de la reparación del daño; para tales fines puede por propio derecho pedir al juez el aseguramiento de bienes que garanticen ese derecho que tiene a la reparación del daño (de conformidad con lo establecido en el artículo 35), alegar en las audiencias (art. 70) , acumulación de autos (art. 487) y apelar a la sentencia únicamente en la parte relativa a la reparación del daño (artículo 417 fracción III).

En nuestro sistema con las anteriores salvedades, el único que puede constituirse en parte procesal es el Ministerio Público, pero no es una parte pura en el sentido de que se alíe con el ofendido, sino sólo en cuanto éste representa el interés de una sociedad que reclama el mantenimiento del orden y seguridad pública, se justifica su presencia porque busca la verdad histórica, real, subsanando las deficiencias de una parte, evitando el abuso y la desvirtuación de realidades de otra y aportando por sí las pruebas tendientes a la búsqueda de esa verdad.

Sin embargo en ocasiones muy frecuentes existe una desventaja procesal del ofendido ya que el Ministerio Público que lo representa puede convertirse de acusador en defensor, -

pues puede ordenar una libertad en caso de desistimiento o de formular conclusiones inacusatorias; aunado a lo anterior también se encuentra la defensoría de oficio; no hay que perder de vista que el Ministerio Público como órgano que representa los intereses de la ley y la sociedad representa también los intereses de la víctima y del inculpado a la vez. Con ello se pronuncia más el desequilibrio procesal de las partes. Lo ideal sería que el Ministerio Público al apearse estrictamente a nuestra Constitución, fuera únicamente de parte formal en el proceso y como tal representase los intereses del ofendido únicamente cuando éste no se constituyera en parte procesal.

De tal suerte que sin vulnerar lo establecido en el artículo 21 Constitucional en cuanto a la atribución que tiene el Ministerio Público de perseguir los delitos, una vez ejercitada la acción penal pudiera optar el ofendido por reclamar paralelamente a la acción del Ministerio Público su derecho a la reparación del daño, constituyéndose en parte procesal formalmente considerada, con amplias facultades igual que las del ministerio público; con excepción únicamente de aquella que a éste compete de manera privativa por mandato constitucional, ental supuesto la sanción pecuniaria atribuible al delincuente dejaría de ser pena pública para convertirse también, cuando se exige a terceras personas en responsabilidad civil.

En este cuadro el Ministerio Público no tendría más interés en el proceso que la búsqueda desinteresada de la verdad real, la que únicamente puede decidir el juez, en razón de que el Ministerio Público fue quien ejercitó la acción penal, y su posición se contrapone por ende al interés del imputado. Con ello se lograría el ideal de justicia procesal penal al garantizarse su legalidad en un equilibrio de partes imputado-ofendido.

Habíamos dicho anteriormente que cuando la responsabilidad es exigible a terceras personas deja de ser pena pública para convertirse en responsabilidad civil, asimismo expusimos que conforme al sistema del Código de Procedimientos Penales - tal responsabilidad civil continúa todavía ligada al proceso penal y condicionada a que en el mismo se dicte sentencia para poder exigirse después ante los Tribunales Civiles correspondientes; como si aún tuviera el carácter de pena pública. Y es que en este supuesto existe una falta de técnica en la ley, ya que si se considera en el supuesto la reparación del daño como responsabilidad civil, no tiene porque seguir ligada a la declaratoria del delito y responsabilidad para poder reclamarse ante la jurisdicción civil, como exige el artículo 539 del Código de Procedimientos Penales.

Con mejor lógica el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en su artículo 419 determina que en el caso de hallarse prófugo el inculpado se suspende la tramitación del incidente de reparación del daño, pero dejando en -

libertad al interesado para ejercitar sus derechos en la vía - civil correspondiente. Sin embargo no prevé el supuesto de suspensión del procedimiento por muerte o enfermedad mental del delincuente mediante el proceso lo que parece más apegado a la justicia y realidad.

El artículo 492 del Código Federal de Procedimientos - Penales prevé únicamente el supuesto de que el inculcado se encuentra prófugo y se haya iniciado la tramitación del incidente ante el Tribunal Penal, pudiendo en tal hipótesis continuar se el mismo hasta dictarse sentencia. Sin embargo nada dice - respecto a que pueda seguirse ante el órgano civil correspondiente en la anterior hipótesis, nada dice tampoco respecto a los supuestos diversos de suspensión del procedimiento ya analizados.

Y es que cuando la reparación del daño se exige a terceras personas y la ley expresamente la considera como responsabilidad civil, ya no puede considerarse como pena pública, - ni tener por qué estar sujeta al procedimiento penal, pudiendo entonces reclamarse esta responsabilidad ante los Tribunales--Civiles correspondientes ya se deriven en el delito penal o civil pero sin tener que sufrir las consecuencias de un procedimiento penal que no resuelve con toda claridad todas las hipótesis que se presentan, debiendo únicamente probarse en dicha-

jurisdicción civil obviamente, la relación causal entre el hecho y el daño producido.

Otro inconveniente para el ofendido de que su acción reparadora esté ligada al proceso penal y a la acción del ministerio público es que cuando el tribunal correspondiente dicta sentencia absolutoria y el ministerio público no apela de la misma, queda en tal supuesto burlado en su derecho a la reparación del daño por falta de interés jurídico; pues como hemos visto para que proceda la reparación es necesario la existencia de sentencia condenatoria que determine la responsabilidad penal y la reparación del daño con lo que el derecho que la ley le concede de impugnar la sentencia, conforme a la realidad procesal, es del todo ilusorio; ello sin duda se contrapone a lo que señala el artículo 417 fracción III.

"Tendrán derecho a apelar:

III.- El ofendido o sus legítimos representantes cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a éstas".

Puesto que la mayor afectación para el ofendido de una sentencia absolutoria, es que nada dice respecto a la reparación del daño.

Con base en lo anterior sostengo que con objeto de que al ofendido realmente se le repare el daño, dejare de ser esta acción considerada como pena pública y adquiriera el ca-

rácter de obligación para que la pudiera hacer valer ante la propia vía civil o penal a elección del ofendido. Y sólo sea considerada como pena pública en aquellos casos en donde el Ministerio Público asumiera el interés del ofendido y de la sociedad para los supuestos en que el ofendido abandone su derecho a la reparación por miseria o ignorancia.

3.6 LA REPARACION DEL DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO.

En este rubro daré una visión general de los sistemas de la reparación del daño haciendo una distinción de dichos sistemas seguidos en otros países respecto a la reparación del daño. Para destacar lo importante, delimitaremos en este estudio, los razgos diferenciales respecto a la facultad que el ofendido en el delito tiene en los diversos sistemas, para reclamar su derecho al pago de la reparación del daño.

La potestad del ofendido en el ejercicio de la acción reparadora, va desde aquellas legislaciones que le otorgan hasta el mismo derecho de ejercitar la acción penal, hasta aquellas otras que por completo le niegan toda intervención en el procedimiento punitivo y reparatorio.

La participación que el ofendido tenga en el procedimiento penal, se debe al arraigo y desarrollo que la institu-

ción del Ministerio Público ha tenido en las diferentes legislaciones. Existen países como Inglaterra y España que han sostenido a través de su historia, la acción popular del ofendido, habiendo hasta la fecha obtenido eficacia en su operatividad ese sistema, ello se debe a la fuerte tradición del espíritu de libertad.

La víctima del delito en relación con el Ministerio Público no tiene facultad de acción por lo que al ofendido se le niega casi de manera absoluta su intervención en el procedimiento por el peligro que pudiera existir en el mismo de una idea de venganza o un afán de lucro. Algunos autores apoyan la situación de que las víctimas no ejerzan la acción de reparación porque se dejarían llevar por sentimientos de odio y venganza, pero esto es de preocupación porque la idea y solución a la vez de lo anterior en concentrar en el Ministerio Público el monopolio de la acción penal excluyendo toda intervención del ciudadano, traería un supuesto que frecuentemente se da en realidad, de que dejare de haber proceso si el órgano de la acusación pública se rehusara a promoverla.

De los sistemas procesales implantados, podemos reducir el derecho de acción del ofendido en lo que toca a la reparación del daño, a los siguientes sistemas:

1.- Los sistemas que otorgan al ofendido la acción -
persecutora y reparadora del delito.

2.- Los que permiten al ofendido la acción principal-
reparadora, conjuntamente con una institución persecutora del
Estado.

3.- Los que monopolizan la acción persecutora a fa-
vor de una institución del Estado y dejan la reparadora a fa-
vor de la parte civil u ofendida.

4.- Los que niegan en absoluta toda intervención del -
ofendido en la acción penal persecutora y reparadora del daño.

Dentro de la primera clasificación encontramos al sis-
tema inglés, en virtud del cual tradicionalmente se ha confia-
do al particular la titularidad del derecho subjetivo de acción.
Ello es debido al arraigo que en dicho país tiene el concepto-
de libertad, el respeto de los ciudadanos entre sí y su rela-
ción con el Estado.

Tal derecho de accionar de los particulares en la per-
secución penal, opera indistintamente en lo que respecta a de-
litos perseguibles de oficio o de instancia de parte. Aquí la
acción penal se ejercita ante los órganos jurisdiccionales or-
ganizados por el Estado, y aún cuando se estructura en una ac-

ción particular de la víctima en el delito, ella es inminentemente pública, ya que su publicidad deriva de que su ejercicio se hace en nombre del rey. Por la especial idiosincracia del pueblo inglés, celoso de su libertad y respetuoso de sus derechos, es que ha logrado perdurar este sistema pues considera que el sistema del acusador privado coloca a las partes procesales en un plano de igualdad que no se logra si quien acusa es un órgano dependiente del Estado, no obstante existen algunos órganos especializados en la acción penal que representan a los particulares en la acusación. Con ello vemos que los intereses de la víctima en su derecho a la reparación del daño causado por el delito, se encuentra ampliamente garantizado con una plena capacidad de parte procesal.

En la segunda clasificación encontramos al sistema penal español aún cuando conserva excepciones de acción del ofendido en cuanto hace a aquellos delitos que se persiguen por querrela de parte, tales como calumnia, injuria, adulterio; en los que el acusador privado actúa en ejercicio de la acción penal y reparadora, con total independencia del órgano oficial acusador del Estado denominado Ministerio Público.

Sin embargo, la característica de este sistema se encuentra en que en los delitos perseguibles de oficio existe el ejercicio conjunto de la acción penal y reparadora entre el acusador particular y el Ministerio Fiscal. Existen también

en este sistema el llamado actor civil que se erige en el proceso penal como parte contingente que ejercita únicamente la pretensión de reparación del daño. Dentro de esta clasificación también encontramos a los sistemas alemán y austriaco, en los que se observa que en los delitos de querrela de partes -- pueden seguir los sujetos acusadores privados y subsidiariamente puede el particular ejercitar la acción penal en los delitos perseguibles de oficio cuando el Ministerio Fiscal se abstiene de seguir la acción penal como ocurre en el sistema austriaco o bien adherirse a dicha acción principal como acontece en el sistema alemán.

A la tercera clasificación pertenece el Sistema Penal-Italiano en donde la acción penal pertenece al Estado y la -- ejercita fundamentalmente el Ministerio Público pudiendo ser -- substituido subsidiariamente en esa potestad en excepcionales -- y específicos casos por el pretor.

En lo que respecta a la acción accesoria, ésta tiene -- carácter privatista y se instaura por el ofendido con independencia de la principal, y ante los tribunales civiles, aún -- cuando pueda también exigirse en el mismo procedimiento penal.

Francia también queda comprendido en esta clasificación, la acción penal la ejercita principalmente el Ministe--

rio Público insitado por el Órgano jurisdiccional, la Administración y los Sindicatos; pudiendo también el ofendido tener intervención en la acción penal, hasta el grado de obtener la citación directa de parte en lo que respecta a simples faltas o contravenciones castigadas con pena correccional, pero sin poder conducir la acción hasta el final.

En la última clasificación se asimilan aquellos sistemas en donde el Órgano persecutor oficial del Estado ha asumido facultades absolutistas que impiden toda participación del ofendido en el ejercicio de la acción pública, y de la acción reparadora.

Tal característica es propia y singular de nuestro sistema procesal, ya que la excepción que pudiera existir en cuanto a la responsabilidad civil exigible a tercero se encuentra también supeditada a la actividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y del Órgano jurisdiccional represivo.

Sin embargo, existe aquí una incongruencia entre el grado de facultades que ha asumido nuestro Ministerio Público y el Sistema Constitucional que nos rige que es de característica democrática y liberal. Tal cuestión Vázquez Sánchez considera "que se debe a cuestiones más bien de índole política, en

cuanto a que el Ejecutivo mantiene con el mismo su preeminencia sobre los demás poderes". (45)

(45) Vázquez Sánchez, Rogelio. El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño. Tesis Doctoral, UNAM. México, 1980, p. 89.

CAPITULO CUARTO

SUJETOS RELACIONADOS CON LA REPARACION DEL DAÑO

La acción de reparación de la víctima nace cuando se comete un ilícito, la cual posee entre otras características-- la de ser personal e intransmisible en el sentido de que sólo es titular de ella y por lo tanto únicamente la podrá ejercitar la víctima del delito, la persona que sufrió el daño cierto y actual; es decir, la víctima del delito es el titular directo de esa acción de reparación. Sin embargo como expongo -- más adelante hay situaciones que rompen con estas características y ante tales supuestos dicha acción de reparación puede -- ser ejercitada, también por los ofendidos de la víctima los -- que adquieren la categoría de titulares indirectos de la acción de reparación.

De la misma manera respecto a los sujetos con derecho a la reparación del daño, también hay quienes están obligados de manera directa a reparar el daño, como es el caso del delincuente o sujeto activo del delito y personas obligadas a reparar el daño pero de manera indirecta; por lo que en este capítulo hablaré de los sujetos titulares directos e indirectos -- de la acción de reparación así como sujetos directos e indirectos obligados a reparar el daño que se originó por la comi-

sión del ilícito.

4.1 CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE REPARACION.

Las características de la acción de reparación del -
daño son las siguientes:

1) Personalísima.

2) Intransmisible.

1.- La acción de reparación es personalísima. Esto sig-
nifica que tal derecho se extingue con la muerte de su titular.

2.- Asimismo la acción de reparación también se caracte-
riza por ser intransmisible en el sentido de que no puede - -
transmitirse a terceros por acto entre vivos.

Se dice que el hecho de que la reparación del daño sea-
personalísima e intransmisible es con el objeto de evitar que -
tan subjetivos y personales derechos sean comerciados. Sin em-
bargo tales características no operan de manera absoluta sino -
que se presentan ante ellas excepciones que veremos más adelan-
te.

4.2 SUJETOS CON DERECHO A LA REPARACION.

El artículo 30 bis. del Código Penal vigente señala -
 las personas que tienen derecho a la reparación del daño:

"Tiene derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento - del ofendido; el cónyuge superstite o el concubinario - o concubina, y los hijos menores de edad, a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependían económicamente de él al momento del fallecimiento".

Dicho dispositivo nos señala quienes son los sujetos titulares directos e indirectos de la acción de reparación del daño; haciendo la aclaración en el sentido de que tal artículo -- utiliza el concepto de ofendido como sinónimo de sujeto pasivo o víctima del delito pues en nuestro derecho y en la doctrina -- no siempre el ofendido es el que sufrió el daño directamente -- sino más bien se identifica con aquellas personas que tienen -- una relación con la víctima del delito y que por tanto sufrieron el daño de manera indirecta.

4.3 TITULARES DE LA ACCION DE REPARACION.

A) DIRECTOS.

1) LA VICTIMA.

2) SUJETO PASIVO.

1) La palabra víctima proviene del latin víctima, y con ello se designaba a la persona o al animal sacrificado o que se destina al sacrificio". (46)

El concepto víctima tiene varios sentidos, desde el originario que parece tener contenido religioso como ofrenda a la divinidad, pasando por el concepto popular de sufrimiento, - hasta el jurídico, que a su vez puede ser general (el que padece por un acto ilícito), penal restringido (el sujeto pasivo) o penal amplio (la sociedad ofendida por el delito).

De lo anterior podemos deducir de acuerdo a los intereses del presente trabajo que víctima en sentido amplio es el -- sujeto que padece un daño por culpa propia, ajena o por causa - fortuita.

El maestro Rodríguez Manzanera comenta la opinión de -- diversos autores extranjeros sobre el concepto víctima, así por ejemplo Stanciu nos señala que la víctima es un ser que sufre de una manera injusta, los dos rasgos característicos de la víctima son por lo tanto el sufrimiento y la injusticia, aclarando - que lo injusto no es necesariamente lo ilegal". (47)

Agrega el mismo Rodríguez Manzanera que desde el punto- de vista puramente jurídico, una persona es víctima cuando-

(46) Diccionario de la Real Academia Española.

(47) Rodríguez Manzanera, Luis. Víctimología. Edir. Porrúa, México, 1988, - p. 57.

cualquiera de sus derechos han sido violados por actos deliberados y maliciosos, así víctima será "la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos las consecuencias nocivas de dicha acción". (48)

Así pues, la noción de víctima no sólo ha sido objeto de preocupación a nivel nacional sino también a nivel internacional; preocupación que no sólo radica en definir qué es víctima y quién puede ser víctima sino sobre todo la inquietud es en el sentido del tratamiento especial y cuidadoso que se debe dar a la víctima del delito e incluso se han establecido expresamente los derechos de la víctima.

La Organización de las Naciones Unidas a través de sus diversos Congresos celebrados en Caracas 1980 y Milán 1985, establece que el término víctima puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que:

a) Constituya una violación a la Legislación Penal Nacional.

b) Constituya un delito bajo el Derecho Internacional -

(48) Idem.

que constituya una violación a los principios sobre derechos hu manos reconocidos internacionalmente.

c) Que de alguna forma implique un abuso de poder por - parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.

También se ha aclarado que la víctima puede ser un indi viduo o una colectividad incluyendo grupos, clases o comunida-- des de individuos, corporaciones económicas, grupos u organiza-- ciones políticas.

De la misma manera se llegó a la conclusión de manejar a las víctimas en dos grandes grupos: Las víctimas de delitos y las víctimas de abuso de poder que quedaron definidas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia rela-- tivos a las víctimas, en la forma siguiente:

"Víctimas de delito (artículo 10.). Se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente, hayan su frido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (49)

(49) Congreso, Informe Final, A/Conf. 1/21, Pfo. 223, p. 159.

En cuanto a la primera categoría se considera víctima - de un delito no sólo al que lo sufre directamente, sino también se incluye a los demás familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Hago hincapié en el sentido de que lo anterior sólo es a nivel internacional, ya que como veremos más adelante en nuestro derecho víctima no se identifica con los familiares u ofendidos ni éstos con el sujeto pasivo del delito; aunque víctima con sujeto pasivo de delito en la mayoría de los casos coincide.

Por otra parte, Rodríguez Manzanera considera que el - concepto de víctima está rodeado de moralidad o justicia y propone un concepto amplio de víctima: "Es el individuo o grupo - que padece un daño por acción u omisión propia y ajena o por - causa fortuita". (50)

Considero que debemos asociar víctima con el concepto - de sufrimiento, que en principio quiere decir dolor o pena, la víctima siente dolor físico o moral.

De lo antes expuesto podemos observar y concluir que di

(50) Rodríguez Manzanera, Luis. Op. Cit., p. 66.

cho concepto de víctima incluye tanto a personas físicas como morales, sujetos a los que matan, torturan o mutilan, aquéllos a quienes ilícitamente se priva de sus derechos o son lesionados en su persona o propiedades, asimismo incluye (sólo a nivel internacional) aquéllas que son víctimas indirectas, es decir, a los que sin recibir el daño directo sufren un daño; el ejemplo más claro es el de la familia de la víctima directa en el homicidio.

2) EL SUJETO PASIVO

No siempre puede equipararse el sujeto pasivo del delito con la víctima, este concepto es notablemente más amplio que el primero.

Se han hecho varias distinciones desde el punto de vista jurídico, así Carnelutti marca la diferencia que entre perjudicado, paciente y ofendido.

"Perjudicado es la persona cuyo interés ha sido lesionado por el delito, en tanto que paciente es el hombre que constituye la materia del delito.

Ofendido es el perjudicado en cuanto la ley encomienda a su juicio la disposición o el goce del bien agredido; es decir, en cuanto depende de su juicio el desarrollo del inte-

rés lesionado. Una persona es ofendida por el delito en cuanto se le reconozca el poder jurídico sobre el bien que constituye la materia de él". (51)

Ramos dice que el sujeto pasivo puede ser el hombre, - una persona moral, una colectividad o el estado, es decir, siempre un ente capaz de tener derechos y sufrir un ataque a los - bienes jurídicos protegidos por la ley, como la vida, honor, et cetera. (52)

Por su parte el maestro Rodríguez Manzanera distingue - entre el damnificado o perjudicado por el delito y el sujeto pasivo: El primero (damnificado o perjudicado) es la persona (in-dividual o jurídica) a al cual el delito le produce un daño de carácter civil, que debe ser reparado. En ocasiones éste coinci-de con el sujeto pasivo, pero en ocasiones no ocurre. (53)

Para Núñez, son directamente damnificados por el deli-to sus víctimas, esto es los entes físicos o colectivos sobre - cuyas personas o cosas o derechos recae directamente el delito (daño material), o cuya seguridad personal o goce de los bienes

(51) Carnelutti, Francesco. El Delito. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1952, p. 70.

(52) Ramos, Juan. Curso de Derecho Penal. Biblioteca Jurídica Argentina, - Buenos Aires, 1938, p. 57.

(53) Rodríguez Manzanera, Luis. Op. Cit., p. 304.

o afecciones legítimas, el delito ataca directamente (daño moral). (54)

Vázquez Sánchez por su parte nos dice en relación al tema: "Cabe pues concluir, que ofendido es toda persona a la que resulta un perjuicio económico o moral con motivo de la comisión de un delito, lo que fundamenta su derecho al pago de la reparación del daño.

Así pues, de lo señalado podemos establecer que el ofendido en el delito no se identifica entonces, sólo con el sujeto pasivo, sino que adquiere una connotación mayor si se considera que no siempre es la víctima la que sufre el daño, sino además sus causahabientes o derechohabientes, sus herederos y sus familiares. De donde todo ofendido no es necesariamente la víctima, y sí la víctima resulta siempre ser ofendido, siendo siempre víctima y ofendido a la vez. (55)

El maestro Rodríguez Manzanera considera que tanto el sujeto pasivo como el ofendido, damnificado o perjudicado son víctimas del delito.

Por víctima del delito entiende "a toda persona física

(54) Núñez, Ricardo. Derecho Penal Argentino, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, pp. 563, 565.

(55) Vázquez Sánchez, Rogelio. Op. Cit., supra Nota 46, p. 13.

o moral que sufre un daño por causa de una conducta antijurídica típica y culpable.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídicamente protegido. Ofendido será aquél que sufra un perjuicio por la comisión del delito, pero que no lograría que el daño le sea reparado, aunque no tuviese mayor culpa ni participación en el ilícito.

Por ejemplo en un homicidio, el asesinado es el sujeto pasivo, su familia pasa a formar parte de los ofendidos, en tanto que la familia del delincuente será la damnificada. (56)

Asimismo se ha dicho que con excepción del homicidio, - (por imposibilidad natural) el sujeto pasivo es siempre ofendido aunque no todo ofendido es sujeto pasivo.

Para Castellanos Tena, el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado - por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre - el sujeto pasivo y el ofendido pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el su jeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.(57)

(56) Rodríguez Manzanera, Luis. Op. Cit., supra nota 48, p. 305.

(57) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., págs. 151 y 152.

Dejamos claro pues, que los sujetos directos titulares de la acción de reparación del daño son la víctima y/o el sujeto pasivo, pues muchos consideran al sujeto pasivo como víctima, es decir, que la víctima y el sujeto pasivo son lo mismo; algunos otros consideran que la víctima no es sólo el sujeto pasivo, pues víctima puede ser también de acuerdo con las definiciones que señalamos los familiares del sujeto pasivo quienes resienten el daño de manera indirecta, a quienes también se les denomina generalmente como ofendidos.

Para la suscrita el sujeto pasivo sólo es el titular del bien o derecho legítimamente protegido y que fue lesionado o vulnerado por lo que se constituye a su vez en la víctima del delito, aunque cierto es que víctima es un concepto más amplio que abarca al sujeto pasivo del delito:

B) INDIRECTOS

Aquí desarrollaré lo concerniente a los sujetos titulares de la acción de reparación pero indirectos, hablándose especialmente de la figura de la causahabencia y de los ofendidos.

Hemos visto que el artículo 30 Bis del Código Penal establece quiénes tienen derecho a la reparación del daño.

Vázquez Sánchez afirma: "Conforme al Derecho Civil sus

tantivo quienes tienen derecho a la reparación del daño son justamente las víctimas, o a falta de éstas, sus herederos o quienes dependan económicamente de ellas". (58)

Dichos sujetos indirectos de la acción de reparación son:

1) Los padres que tienen la patria potestad sobre los menores. Precisamente serán aquéllos que ejercen la patria potestad sobre los menores, quienes en todo caso ejercerán la acción de reparación; en virtud de que el menor no cuenta con capacidad de ejercicio para ello. Son titulares indirectos, porque el menor es el que soporta el daño, pero quien ejerce la acción de reparación serán los padres o quien ejerza en el momento del acontecimiento dañoso la patria potestad; por ejemplo en una violación a una niña de doce años, los padres o quienes ejerzan la patria potestad deberán ejercitar la acción de reparación.

2) Los tutores y curadores: Aquí ejerce la acción de reparación el tutor o curador del incapaz legal o natural conforme a lo dispuesto en el artículo 450 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; esto es, debido a la existencia de la incapacidad y toda vez que estas personas no tienen capacidad de ejercicio y sí de goce, la acción de reparación tiene -

(58) Vázquez Sánchez, Rogelio. Op. Cit., supra nota 46, p. 48.

que ser ejercitada por sus tutores, que son aquellas personas - legalmente autorizadas para actuar en todo lo referente al inca paz.

3) Los herederos del agraviado o víctima del delito, - siempre y cuando éste haya intentado la acción en vida. Hemos dicho con anterioridad que una de las características de la acción de reparación es que además de ser personalísima de la víctima del delito, no puede ser transmitida, por lo que es intransferible e incedible. Pero existe como siempre, la excepción, - que expresamente regula el artículo 30 Bis del Código Penal que contempla además de la víctima del delito en caso de fallecimiento de éste al cónyuge superviviente o concubinario o concubina, y a los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás ascendientes y descendientes que dependieran económicamente de él al momento de fallecimiento, como sujetos con derecho a ejercitar la acción de reparación.

Por su parte el artículo 1916 del Código Civil vigente, dispone que se debe cumplir necesariamente dos presupuestos para que tenga validez y eficacia esta acción indirecta de reparación del daño:

- 1o.- Que los titulares sean herederos del agraviado, y
- 2o.- Que el agraviado, quien fue el que soportó el daño producido de manera directa anterior a su muerte, haya in-

tentado la acción de reclamación en vida.

En cuanto al primer supuesto, consideramos necesario señalar específicamente a los herederos como únicos titulares de esta acción indirecta de reparación, en virtud de su característica de intransmisibilidad de la misma por acto entre vivos, - por prohibición expresa del artículo 1916 que en su parte condicente señala:

"La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida".

Si entendemos por heredero la persona que adquiere a título universal los bienes del de cujus en todos sus derechos y obligaciones, y que se convierte en responsable de todos sus derechos y obligaciones, y que se convierte también responsable de todas sus cargas a partir de la muerte de éste, así como de sus derechos, en tal sentido la reparación del daño es un derecho que nace en favor de la víctima del delito y a falta de éste es el heredero quien debe ejercitarlo, claro está que aquí los herederos como los demás sujetos que he mencionado, serán titulares indirectos de la acción de reparación del daño.

Algunos autores hablan de ofendidos y es el nombre con el que se conoce a aquella persona o personas que resultaron dañadas aunque de manera indirecta con la comisión del delito, -

tales como los familiares, herederos, tutores, curadores, etcétera.

LA CAUSAHABIENCIA

Es una figura en virtud de la cual una persona llamada causante transmite a otra llamada causahabiente derechos o bienes de su propiedad.

La figura de la causahabencia puede presentarse y operar en las diversas ramas del Derecho: Civil, Administrativo, - Laboral y Penal. En materia penal la causahabencia se da precisamente en este rubro de la acción de reparación del daño en el supuesto de que la víctima del delito muere y haya ejercitado la acción en vida pues en tal supuesto transfiere el derecho a ejercer la acción de reparación a sus causahabientes que en este caso siempre serán los herederos.

Así pues, por disposición del artículo 91 del Código Penal se establece que la muerte del condenado es causa de extinción de las penas y sanciones con excepción de la reparación - del daño:

"La muerte del delincuente extingue la acción penal, - así como las sanciones que le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y de la de decomiso - de los instrumentos con que se cometió el delito y de - las cosas que sean efecto u objeto de él".

Lo anterior tiene su fundamento en la Ley Fundamental - del país en su artículo 22 que establece, entre otras cosas, - que las penas no serán trascendentes, es decir, no pueden ir - más allá de la persona y patrimonio de los sentenciados por lo que, la causahabiente sólo podría presentarse en lo referente a la reparación del daño en dos vertientes:

La primera, considero que es la prevista en el artículo 30 Bis número segundo del Código Penal que establece que en caso de fallecimiento del ofendido, quienes tienen derecho a la acción de reparación del daño son el cónyuge supérstite, el concubinario o concubina y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran - económicamente de él al momento del fallecimiento, es decir, es tas personas mencionadas se concretan a la institución del heredero que a la vez son los causahabientes.

Aquí el derecho a la acción de la reparación se transmite únicamente a los herederos que serían en este caso los causahabientes de la víctima, para ellos poder continuar con la acción de reparación, pero siempre y cuando dicha acción la haya intentado en vida la víctima del delito.

La otra vertiente en que opera la causahabiente en la reparación del daño es la que se presenta en los sujetos obligados a la reparación del daño de manera indirecta, por lo que di

cho supuesto será tratado en el momento de ver este tema.

Respecto al artículo 30 Bis del Código Penal considero que tiene una omisión, al no prever la situación de que la víctima del delito muera al mismo tiempo en que se cometió el ilícito es decir, que la víctima no tenga tiempo para ejercer en vida dicha acción pues ¿qué pasa si al momento de la comisión del delito muere la víctima instantáneamente y no tiene tiempo de ejercer la acción de reparación? Ante tal circunstancia, ¿el cónyuge supérstite ya no tendrá derecho a esa reparación?, ¿los hijos menores tampoco tendrán derecho a ejercitar esa acción ni los dependientes económicos?, considero que ante tales supuestos, cuando muere la víctima al momento mismo de cometerse el ilícito debería operar una excepción al requisito que establece que los herederos podrán ejercitar la acción de reparación siempre y cuando la haya ejercido la víctima en vida y por lo tanto otorgar el ejercicio de dicha acción al cónyuge supérstite a los hijos menores de edad o en su caso a los dependientes económicos, sin necesidad de que previamente la haya ejercitado la víctima del delito.

Por lo tanto en tal sentido dicho artículo debería de ser reformado, agregando un apartado que contemplara el supuesto de que la víctima muriera al instante de ser cometido el ilícito otorgando el ejercicio de la acción de reparación sin necesidad de que la víctima la haya ejercitado en vida a las -

personas que señala el apartado segundo del artículo 30 Bis del Código Penal.

4.4. SUJETOS OBLIGADOS A LA REPARACION

A) DIRECTOS

1) El sujeto activo del delito o agente dañoso, que puede ser toda persona física y se discute si la persona moral puede ser sujeto activo, aunque la mayoría de los autores concluyen diciendo que sí pueden ser sujeto activo aunque el hecho delictuoso se tenga que imputar necesariamente a una persona física y se considera como aquella persona a quien se le imputa que por un hecho u omisión ilícitos afecta a otra persona en sus derechos o bienes legítimamente protegidos, lesionándolos, en otras palabras, será la persona a quien directamente se le reclame por haber cometido un agravio material o moral y que por consecuencia deberá reparar el daño producido.

2) Aquí también daré una pequeña definición de delincuente que es aquella persona que por un hacer u omitir infringe la ley penal causando lesiones a bienes o derechos legítimamente protegidos de otra persona.

Aquí para que un sujeto activo esté obligado a la reparación del daño necesita haber sentencia condenatoria establecien

do la responsabilidad penal y condenándolo a la reparación del daño, por lo que ante tal situación el sujeto activo del delito adquiere la categoría de sentenciado, condenado o reo.

Concluyendo, el único sujeto obligado de manera directa a reparar el daño producido por la comisión del delito es el su jeto activo, mejor conocido como delincuente.

B) INDIRECTOS

De igual manera que en el rubro de los sujetos titulares indirectos de la acción de reparación aquí también existen sujetos obligados indirectamente a reparar el daño.

El artículo 32 establece:

"Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29;

- I.- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;
- II.- Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;
- III.- Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de dieciséis años. por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallan bajo el cuidado de aquéllos;
- IV.- Los dueños de empresas o encargados de negociaciones, o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de su servicio;
- V.- Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por

las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y VI.- El estado, subsidiariamente, por sus funcionarios o empleados".

En efecto, el numeral invocado habla de los terceros - obligados a reparar el daño; demos una explicación breve de cada fracción.

FRACCION I.- Los ascendientes, por los delitos de sus - descendientes, que se hallaren bajo su patria potestad. Aquí - concretamente se refiere a los padres de los menores de edad, - ya que no son ellos quienes cometieron el ilícito y provocaron el daño sino son quienes están obligados a repararlo, es decir, a responder por los actos de sus hijos que tienen bajo la patria potestad. Al respecto lo señalan los artículos 1921 y 1922 del Código Civil.

Relacionado con esto diremos que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años por lo que los sujetos que cometan un ilf cito antes de llegar a tener dicha edad son inimputables y por lo tanto responderán de la obligación de reparar el daño sus pa dres o quienes ejerzan la patria potestad.

FRACCION II.- Los tutores y los custodios, por los deli tos de los incapacitados que se hallan bajo su autoridad. De

igual forma debe destacarse que existe la obligación del tutor y curador cuando el incapaz cause daño y recaiga la responsabilidad en los primeros, ya que el incapaz podría cometer el daño en un momento de lucidez siempre y cuando se encuentre bajo su tutela y habite con el tutor o curador, y no prueben éstos que observaron el cuidado y vigilancia necesaria para evitarlo.

FRACCION III.- Los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallan bajo el cuidado de aquéllos. En este supuesto es aplicable lo dispuesto por el artículo 1920 del Código Civil.

FRACCION IV.- Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio. Dicho numeral se relaciona con lo que establecen los artículos 1923, 1924, 1925 del Código Civil, en concordancia a su vez con el artículo 228 fracción II del Código Penal.

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

relacionada con lo dispuesto por el artículo 1918 del Código Civil.

FRACCION VI.- El estado, subsidiariamente por sus funcionarios o empleados, dicha fracción se encuentra relacionada con el numeral 1928 del Código Civil.

Antes de continuar con el importante tema del Estado, - como sujeto indirecto obligado a reparar el daño, hay que retomar y concluir el concepto de la causahabencia que mencionamos cuando señalamos los sujetos titulares indirectos de la acción de reparación.

Dijimos que la figura de la causa habencia en materia penal sólo opera en el rubro de la reparación del daño de acuerdo con el artículo 22 Constitucional en lo referente a la prohibición de las penas tascendentales y con el artículo 91 del Código Penal referente a que la muerte del delincuente extingue - las penas y las sanciones impuestas a excepción de la acción de reparación del daño, y por lo tanto la causahabencia opera en dos vertientes o supuestos, el primero que es el referente a la víctima del delito que muere y el segundo, que es el que a continuación expongo y que está contenido en el artículo 91 del Código Penal:

Cuando el delincuente es condenado a reparar el daño en

favor del sujeto ofendido y tiempo después muere sin haber cumplido con la obligación de pagar lo referente a la reparación, los herederos de esta persona asumirán por lo tanto como consecuencia de la figura de la causahabiente la obligación de cumplir con la reparación del daño, hasta por el total de la masa hereditaria pues se han convertido en causahabientes del difunto sentenciado que es o mejor dicho fue el causante de la situación.

De lo establecido por el artículo 1928 del Código Civil y 32 fracción VI del Código Penal, considero que el Estado no sólo debería estar obligado a reparar el daño por los delitos - que causen sus funcionarios sino también debe estar obligado - cuando los ilícitos que se cometan atenten la vida del ser humano y su integridad corporal, por ser éstos como ya hemos visto, delitos que lesionan los más altos valores del ser humano y por lo tanto los que afectan de una manera más profunda al hombre y su personalidad.

Lo anterior lo expondré más ampliamente en el siguiente apartado relativo a la reparación del daño a cargo del Estado.

4.5. LA REPARACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO.

Mencionamos desde el inicio del presente trabajo que la

finalidad del Derecho es hacer posible la vida social de los - hombres encauzando su conducta externa, a través de normas jurídicas que se imponen por medio del poder coercitivo del Estado, cuya sistematización está inspirada en ideas del más alto valor ético y cultural para obtener la paz y seguridad social.

El Estado es una abstracción, no lo podemos palpar y - sólo se hace presente a través del Derecho; es decir, el Estado sólo tiene facticidad si cumple y hace cumplir con el Derecho - positivo, con lo establecido en las leyes.

Ahora bien, es importante señalar que no sólo los individuos están sometidos al derecho sino también el Estado mismo, que como ente abstracto que es sólo se manifiesta en la vida de los hombres a través del derecho, de ahí que estamos constituidos como un Estado de Derecho. Es de destacar que el Estado de Derecho no sólo es aquél que se ciñe a un orden jurídico, sino que reconoce y respeta los derechos del hombre y se autolimita en virtud de esos derechos.

El Derecho Positivo es el medio a través del cual el Estado se hace presente, por lo que el derecho se convierte en un instrumento con que cuenta aquél para lograr una mejor convivencia ante todos los hombres, por lo que derecho y Estado están - íntimamente relacionados, y el Estado por lo tanto, tiene que - respetar y hacer que los sujetos respeten los fines del derecho,

así como, todo el sistema de normas de los diversos órdenes por los que se compone. Para tales fines, el Estado está facultado y obligado a valerse de los medios idóneos necesarios, originándose la justificación del Derecho Penal, que por su naturaleza esencialmente punitiva es capaz de crear y conservar el orden social.

El Derecho Penal tiene una gran importancia en virtud de que encierra todos los supuestos normativos de conductas ilícitas y su respectiva sanción, por lo que a su vez el Derecho Penal es el fiel protector de los valores del ser humano es la libertad, la vida, la salud, la integridad de la persona y sus propiedades convirtiéndose, a su vez, estos valores en los bienes jurídicamente tutelados por el Derecho y por ende, por el Estado.

El Derecho tiene como fines primordiales proporcionar a la colectividad Seguridad Jurídica, Justicia y Bien Común, por que sólo con la realización de tales fines se logra una buena armonía social.

La seguridad es el derecho del individuo que forma la sociedad de exigir que los demás miembros que la componen reconozcan y respeten sus derechos naturales de libertad, de vida y de propiedad y los proteja por medio de su administración política, jurídica y administrativa.

En consecuencia, no basta que los derechos humanos y -- los bienes jurídicamente protegidos sean reconocidos en la Legislación Penal, sino que se hace necesario su respeto por cada uno de los órganos del Estado que tienen injerencia en el sistema de justicia penal.

El Estado como ente abstracto está obligado a cumplir él mismo y hacer cumplir a todos los miembros de la sociedad el derecho positivo y a llevarlo al campo de la realidad para que cobre eficacia y validez, y una realidad lamentablemente palpable es que a la víctima del delito se le tiene relegada de la justicia. Los legisladores deben saber que justicia no sólo comprende que al delincuente se le imponga una pena sino también que a la víctima del ilícito se le atienda, se le ayuda y se le proteja; que realmente opere lo establecido en el Derecho Penal vigente tanto sustantivo como adjetivo referente a la reparación del daño y sobre todo de los daños que son producidos por lesionar y afectar los bienes jurídicos más importantes como son la vida y la integridad corporal de las personas. Ante tales circunstancias es precisamente donde el Estado en mayor grado debe estar obligado a responder por la reparación del daño toda vez que fueron lesionados los más altos valores del ser humano.

Así pues, cuando una persona lesiona un bien jurídicamente protegido por el Derecho y por el Estado que produce un daño se hace merecedora a una pena y a su vez contrae la obligación

de reparar el daño producido. Los bienes jurídicamente protegidos, en especial la vida, la seguridad personal y la propiedad, deben ser respetados por todos y quedan bajo la tutela de la función judicial la prohibición de ser lastimados o vulnerados.

Vivimos en un Estado de Derecho y como tal el Estado está obligado a respetar y a cumplir con los dispositivos integrantes de la Constitución. Nuestra ley fundamental establece en su parte dogmática que comprende del artículo 1o. al 29 garantías en favor de los miembros integrantes del Estado Mexicano; dichas garantías las podemos clasificar de la siguiente manera:

Garantías de Libertad.

Garantías de Igualdad.

Garantías de Propiedad.

Garantías de Seguridad.

Se han clasificado de esta manera porque abarcan los bienes esenciales de todo ser humano que deben ser protegidos. De tales garantías se desprende genéricamente la obligación del Estado de hacer frente a la reparación del daño en virtud de ser insuficiente en el cumplimiento de los fines del derecho de seguridad jurídica, justicia y bien común; es decir, en forma general se garantizan los derechos de la víctima a través de las garantías de seguridad y de libertad entre las que se en-

cuenta implícitamente el derecho a la reparación del daño y el Estado obligado a proteger a todos los individuos y a la vez a hacer que también se respeten dichas garantías individuales, de be de responder por lo tanto desde el momento en que se cometa un delito y produzca un daño a repararlo.

La Constitución Política que además de diseñar el modelo de Estado Mexicano, contiene una serie de principios fundamentales de carácter penal, que sirven para orientar el sistema penal mexicano y la actividad de los órganos estatales en el ejercicio de su poder punitivo, establece los lineamientos que deben seguir las legislaciones secundarias, como es la penal formada por el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales y consagra diversos principios rectores del sistema penal, los que por ser mínimos deben ser ampliados por la ley secundaria y llevados al campo de la facticidad.

Sabemos que la Constitución como ley fundamental y primaria establece y consagra específicamente garantías en favor del delincuente en sus diversos artículos 20, 21 y 22 principalmente, de la misma manera considero que también debería señalar la reparación del daño como un derecho de la víctima, como una garantía de que goza la víctima del delito que tiene que ser respetada y llevada al campo de la realidad.

Tampoco es mi intención exagerar la operatividad de la

reparación del daño a cargo del Estado en todos los tipos de delitos cometidos pues parecería en tal virtud que el Estado sólo se tendría que dedicar a responder por la reparación y por otra parte sólo a obtener ingresos para reparar el daño por lo que - se llegaría a desatender otras necesidades primarias del país - como la salud, la educación, que son factores a la vez que previenen el delito y que son de suma importancia.

Lo que quiero destacar a través del presente trabajo es el hecho de que exista realmente una responsabilidad del Estado para que esté obligado a reparar el daño, por lo menos en aquellos delitos que afecten la vida y la integridad corporal de las personas por ejemplo en el homicidio, en la violación, en las lesiones calificadas, además cuando aunado a lo anterior se presenten las siguientes circunstancias:

- 1.- Que el delincuente sea insolvente.
- 2.- Que el delincuente sea desconocido, se sustraiga a la justicia.

Uno de los artículos constitucionales de vital importancia para el presente trabajo es el 17o., que en su inicio nos señala:

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho..."

En efecto, ya pasó la época en que la víctima tenía derecho de vengar la ofensa por propia mano, ahora es el Estado el que debe impartir justicia; y justicia sería a propósito del presente tema que se haga realmente una reparación del daño a la víctima del delito. Con lo anterior la víctima adquiere una mayor importancia, pues sus derechos deben ser atendidos por el Estado, previniendo la reparación por parte del delincuente o del Estado mismo. El Estado está pues obligado a garantizar los derechos de las víctimas y éstas a exigirlo.

El problema de la reparación del daño no sólo ha sido planteado a nivel nacional sino también a nivel internacional, en donde se han celebrado tratados referentes a la víctima del delito y la responsabilidad del Estado frente a la reparación.

Por su parte México ha suscrito y ratificado en los últimos años varios de los pactos y convenios internacionales en virtud de considerarlo congruente con el marco jurídico interno en materia penal con especial atención a la víctima del delito y su derecho a la reparación del daño. Dichos convenios internacionales adquieren la categoría de ley suprema pues así lo dispone el artículo 133 Constitucional:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión - que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada

Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados".

En el ámbito internacional merece especial atención el -
VII Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán, Italia:

El Congreso debatió y aprobó una "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de Delitos y Relativos a las Víctimas del Abuso de Poder".

En este Congreso se reconoció la necesidad de promover el progreso de todos los Estados en sus esfuerzos por respetar y garantizar los derechos de las víctimas de delitos y del abuso de poder.

La declaración está dividida en dos grandes rubros: Los principios relativos a las víctimas de delitos y los relacionados con las víctimas del abuso de poder, aclarando que deben aplicarse los conceptos sin distinción de sexo, raza, color, nacionalidad, etc. Está compuesta de 21 artículos, de los cuales 17 reglamentan el primer grupo y los otros 4 el segundo. Tal declaración se ha convertido en la carta magna de las víctimas y por su importancia se transcribe a continuación lo más destacable en relación a este trabajo de investigación:

DECLARACION SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES
DE JUSTICIA.

- a) Relativos a las víctimas de delitos, y
- b) Relativos a las víctimas del abuso de poder.

SECCION A. Relativos a las víctimas de delitos.

Art. 1o. Se entenderá por "víctimas", las personas - que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la Legislación Penal vigente en los Estados miembros, incluida la que - proscribe el abuso de poder.

Art. 3o. Las disposiciones de la presente Declaración - serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, - origen étnico social, o impedimentos.

Acceso a la justicia y trato justo.

Art. 4o. Las víctimas serán tratadas con compasión y

respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que ha yan sufrido, según lo dispuesto en la Legislación Nacional.

Art. 5o.- Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obte ner reparación mediante esos mecanismos.

Resarcimiento.

Art. 8o. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o pago de los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de ser vicios y la rehabilitación de derechos.

Art. 9o.- Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento - como una sentencia posible de los casos penales, además de otras sanciones penales.

Indemnización

Art. 12o.- Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de los delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado incapacitadas física o mentalmente como consecuencia de la victimización.

Art. 13o.- Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia Social.

Art. 14o.- Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autócto-

nos.

Art. 15o.- Se informarán a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

Art. 16o.- Se capacitará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado para informarlo de las necesidades de las víctimas y proporcionarles directrices para garantizar una ayuda apropiada y rápida.

Art. 17o.- Al prestar servicios y asistencia a las víctimas se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 2 supra. (59)

Ahora bien, por lo que respecta a la legislación secundaria, compuesta en nuestra materia por el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales se establecen dispositivos que contemplan y regulan la institución de la reparación del daño, los cuales deben ser respetados y cumplidos.

Los artículos que regulan la reparación del daño son: del 29 al 39 del Código Penal en donde cabe resaltar la impor--

(59) Organización de las Naciones Unidas. Informe del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/Conf. 121/22.

cia del Estado es la tutela de los derechos de los ciudadanos, parece que cuando dicha tutela ha resultado inútil, debe aquella institución hacer algo por reparar el mal que no supo impedir, no obstante que para impedirlo reciba los impuestos y límite de mil maneras la libertad individual". (60)

Por su parte Sánchez Tijerina manifiesta: "Insistimos en que no debía salir ningún recluso de la prisión mientras no hubiese reparado el delito a sus víctimas, al menos en la mitad y la otra mitad que la pagase el Estado, quien deberá anticipar la totalidad". (61)

Finalmente, Bentham preconizaba que "Ante la injusticia de que por insolvencia del obligado o responsable no sea resarcible el perjudicado o la víctima, que el Estado convertido en asegurador universal, abonará en tales situaciones los daños inferidos".

Existe, sin embargo, a pesar de los razonamientos expuestos, discrepancia respecto a si la reparación debe quedar exclusivamente a cargo del infractor o si es el Estado el que debe pagar en forma parcial o supletoria.

(60) Garófalo, Raffaele. Indemnización a las Víctimas del Delito, pp. 57 y 58.

(61) Sánchez Tijerina. Derecho Penal Español. Editorial Reus, 1945, Tomo I, p. 494.

A continuación menciono los argumentos en pro y en contra que se han esgrimido respecto al tema en examen:

Los sistemas de indemnización a cargo del Estado pueden justificarse por:

A) El Estado del mismo modo que se ocupa de los sectores de población en condiciones desventajosas (inválidos, personas sin trabajo, etc.) es pertinente que extienda su acción en beneficio de las víctimas de actos delictivos.

B) El Estado tiene la obligación de indemnizar a las víctimas de actos criminales, ya que no es capaz de proteger a la colectividad de la criminalidad, no obstante que ésta paga los servicios de policía, tribunales, cárceles, etc.

C) La aportación de una ayuda financiera hacia las víctimas de actos criminales, facilitará su colaboración respecto al sistema de justicia criminal. Se trata de estimular a la víctima en una doble vía: a) Que denuncie el delito y b) Que contribuya con la policía en la detención y prevención de la criminalidad.

D) El estado de insolvencia económica en que se encuentra la mayor parte de los delincuentes, sea porque son condenados a largas penas de prisión o porque carece de posibilidades

económicas, tanto ellos como sus familiares, para pagar los delitos causados a sus víctimas.

E) La policía no llega a detectar la tasa real de crímenes y múltiples delincuentes escapan a la acción de la justicia, dejando a la víctima sin ningún recurso o protección.

F) Los sistemas de indemnización a cargo del Estado son un argumento sobre el plan político.

La obligación del Estado no puede terminar en proteger a través de un Código Penal diversos bienes jurídicos, ni siquiera se agota persiguiendo y castigando al responsable de su violación, es necesario reparar los daños causados por la conducta antisocial.

Al tomar el Estado bajo su responsabilidad la seguridad ciudadana toma también la obligación de reparar sus fallas, - atendiendo a las víctimas en la misma forma que a otros minusválidos, deber que se fundamenta también en los impuestos que los ciudadanos pagan al Estado para su protección.

Argumentos en contra:

A) La criminalidad puede sufrir un incremento si las - víctimas son indemnizadas (víctimas fraudulentas, mayor libera-

lidad del criminal si sabe que la víctima no sufrirá menoscabo). Considero que en los delitos en donde pretendo responsabilizar al Estado no se podría tratar de una cuestión fraudulenta sobre todo en el caso del homicidio y de las lesiones calificadas en donde en el primero de los mencionados se pierde la vida de manera irreparable y en el segundo el resultado del delito es notoriamente visible.

Considero que ya es cuestión de valoración, de sentar en la balanza de la justicia cuáles argumentos tienen más fuerza, - en lo personal considero que como lo he expuesto a lo largo de este trabajo, el Estado debe reparar los daños causados a las víctimas de delitos contra la vida y contra la integridad de las personas, cuando el delincuente sea insolvente o cuando sea desconocido o se sustraiga a la acción de la justicia.

Concluyendo, el Estado está obligado a responder de la reparación del daño en virtud de que así está establecido implícitamente en nuestra Constitución a través de las Garantías Individuales de Libertad y de Seguridad especialmente y además por celebrar tratados internacionales referentes al tema, que conforme al artículo 133 de la Constitución tienen el carácter de ley fundamental y por lo tanto deben respetarse y cumplirse.

Y finalmente, porque la legislación secundaria que prevé en nuestra Institución de la reparación del daño también forma -

parte del derecho positivo vigente que obliga al Estado y a sus órganos a cumplir con lo establecido en ella.

Por todo lo expuesto existen fundamentos de Derecho y de hecho para que el Estado se obligue a la reparación del daño en los delitos señalados y cuando concurren las circunstancias a que me he estado refiriendo.

Así pues, es de suma importancia dejar establecido que el Estado como ente superior que rige y gobierna la vida de los integrantes de la sociedad debe estar obligado a responder de la reparación del daño, cuando menos en los tipos de delito y ante las circunstancias a que me he referido anteriormente.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La Reparación del Daño es el Derecho más importante - con que cuenta la víctima del delito y que lamentablemente no se respeta y por ende no se llega a concretar en la realidad.

SEGUNDA: A la víctima se le tiene olvidada, relegada de la justicia, se le priva de su Derecho a la Reparación del Daño, en virtud de no existir mecanismos justos y expeditos para poder reclamar ese derecho.

TERCERA: La Institución de la Reparación del Daño no cobra efectividad en virtud de estar regulada por dispositivos jurídicos entorpecedores de su procedencia, que bien podríamos calificarlos como obstáculos, y que realmente son letra muerta.

CUARTA: De todo lo expuesto en el trabajo se concluye que no existe jurídica ni realmente una Reparación, pues para que se tenga acceso a ella, la víctima tiene que recorrer un camino tedioso, lleno de requisitos que lo encierran y que hacen que ese derecho se convierta en inalcanzable.

QUINTA: La mayoría de las formas de la Reparación del Daño, -

terminan en una indemnización, por ser la forma más viable y eficaz de reparar el daño.

SEXTA: La Naturaleza Jurídica de la Reparación del Daño, es la de ser una obligación derivada de la comisión de un delito que genera, a su vez, una Responsabilidad Civil traducida en el pago de daños y perjuicios, porque en todos los casos en que no sea posible la restitución operará la indemnización, la cual equivale al pago de daños y perjuicios.

SEPTIMA: La vida y la integridad de las personas son los valores más altos del ser humano, y, una vez lesionados, producen daños morales que forzosa y necesariamente deben ser reparados, a través de la indemnización.

OCTAVA: El Estado como órgano supremo y rector de los miembros de la sociedad, está obligado, entre otras cosas, a proporcionar una seguridad jurídica que, cuando no lo logra, se cometen ilícitos que lesionan los valores más altos del ser humano y cuando aunado a lo anterior se trate de un delincuente desconocido o insolvente, deberá necesariamente responder de la Reparación del Daño.

NOVENA: La Reparación del Daño se contempla implícitamente en

la Constitución y en la Legislación secundaria de la -
materia aplicable al caso, por lo que todos debemos -
respetarla, y el Estado responder de ella, en los ti-
pos de delito y ante las circunstancias señaladas ante
riormente.

BIBLIOGRAFIA

- Arnaiz Amigo, Aurora. "Ética y Estado". Textos Universitarios. México, 1975.
- Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles". 3a. Edición. Harla, México 1984.
- Beristáin, Antonio. "Proyecto de Declaración sobre Justicia y Asistencia a las Víctimas". CRIMINALIA, Año LI, números 1-12, p. 108, Porrúa, México, 1985.
- Brebbia, Roberto. "El Daño Moral". Orbi, Argentina, 1967.
- Burgoa, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano". Editorial Porrúa, México, 1982.
- Cabanellas, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Tomo II, 21a. Edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1989.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. "Código - Penal Comentado". Editorial Porrúa, México, 1990.
- Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". 31a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1992.
- Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Tomo I, Parte General, 18a. Edición, Editorial Bosch, España, 1980.
- Drapkin, Israel. "El Derecho de las Víctimas". Revista Mexicana de Ciencias Penales, año III, núm. 3, INACIPE, México 1980.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo V, Argentina, 1968.
- Fischer, Hans. "Los Daños Civiles y su Reparación". Madrid, 1928.

- García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". 38a. Edición, Editorial Porrúa, 1986.
- Garófalo, Raffaele. "Indemnización a las Víctimas del Delito". Editorial La España Moderna, España, s/f.
- Gutiérrez y González, Ernesto. "El Patrimonio". Editorial Cajica, Puebla, México, 1982.
- Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Cajica, Puebla, México, 1982.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano". Tomo V. Editorial Porrúa, México, 1985.
- López, Tapia, Guillermo. "Victimología y Compensación a las Víctimas". Criminalia. XLIII, núms. 1-12, Editorial Porrúa, México 1982.
- Mazeaud Henry y León y Mazeaud Jean. "Derecho Civil". Parte 2, Volumen II. Editorial Ediciones Jurídicas Euro-América. Argentina, 1978.
- Mezguer, Edmund. "Derecho Penal". Editorial Bibliográfica Argentina. Argentina, 1985.
- Moguel Caballero, Manuel. "La Ley Aquilia y los Derechos de la Personalidad". Editorial Tradición, México, 1983.
- Neuman, Elías. "Las Víctimas del Sistema Penal". Editorial Córdoba, Argentina, 1985.
- Ochoa Olvera, Salvador. "La Demanda por Daño Moral". Editorial Mundo Nuevo, México, 1991.

- Organización de las Naciones Unidas. Informe del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente. A/Conf. 121/22.
- Orgaz, Armando. "El Daño Resarcible. Actos Ilícitos". Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952.
- Ramírez González, Rodrigo. "La Victimología". Editorial Temis, Colombia, 1983.
- Recasens Siches, Luis. "Introducción al Estudio del Derecho". 7a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.
- Reyes Tayabas, Jorge. "La Reparación del Daño en Procesos Penales. Necesidad de una Nueva Estructura Jurídica para que los Ofendidos consigan Justicia Pronta y Expedita". Revista Mexicana de Justicia, Núm. 4, Vol. I, INACIPE, México 1983.
- Rodríguez Manzanera, Luis. "Victimología". Editorial Porrúa, México, 1988.
- Terrazas, Carlos. "Los Derechos Humanos y las Sanciones Penales en México". INACIPE, México 1992.
- Vázquez Sánchez, Rogelio. "El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño". Editorial Unión Tipográfica, México, 1981.

LEGISLACION

- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Porrúa, México, 1992.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal. Editorial Porrúa, México, 1992.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 1992.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 1992.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 1992.