



# Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales  
"ACATLAN"

## *El Daño Resarcible en la Comisión de un Delito*



T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
*Aurelio Ortega Pérez*



Santa Cruz Acatlán, Edo. de Méx.

1993

TESIS CON  
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.

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

El motivo que me impulsó a escribir sobre el tema " EL DAÑO RESARCIBLE EN LA COMISION DE UN DELITO ", fué el haberme percatado que en la esfera real y jurídica de nuestro país, la persona perjudicada u ofendida con un determinado delito, queda en un completo estado de indefensión respecto de la reparación del daño en su favor por parte del responsable, ya que éste generalmente no cumple con esa obligación.

No obstante que nuestro Derecho regula amplia y expresamente la figura jurídica de la " REPARACION DEL DAÑO ", como se corrobora en el desarrollo de ésta tesis, lo cierto es que el responsable de la comisión de un delito, en la mayoría de los casos no cumple con la obligación de reparar el daño causado tanto por desconocimiento de la ley, como por los argumentos y creencias que sostiene, los cuales se pueden resumir en el adagio popular de " no puedo pagar con dos monedas; esto es, con cárcel y con dinero". Tal proverbio popular se robustecido, si se toma en cuenta que nuestro Derecho Penal, al igual que el Derecho Penal en general, son sistemas represivos que buscan más mantener un orden público, social y colectivo que la satisfacción individual de una persona.

Por otro lado, la reparación del daño en el Derecho Civil, presenta el inconveniente de lo lento de su procedimiento judicial ocasionando que el perjudicado u ofendido de un delito se desespere y abandone el juicio; aun más, incluso ni siquiera lo intenta, puesto que el tiempo y costo que aporta al mismo no le servirá ni para obtener la reparación y mucho menos para recuperar lo invertido.

Ahora bien: ¿ Cómo me di cuenta que en la vida real la obligación de reparar el daño por parte del responsable no se verifica ?.

Durante mi periodo de estudiante de la carrera de Derecho, como después en la práctica profesional, presté mis servicios a una empresa dedicada al transporte público de pasajeros en donde mi labor consistía en atender los numerosos asuntos que por diversos delitos cometían, tanto los tabajadores y empleados como los socios de aquélla, siendo la atención de esos problemas ante las diversas procuradurías generales de justicia y ante juzgados de primera instancia, tanto civiles como penales.

Durante el lapso de tiempo en que se tramitaba el asunto correspondiente el responsable mostraba gran preocupación por el problema legal que tenía, pero ese sentimiento se traducía fundamentalmente en no verse privado de la libertad personal < cuando gozaban del beneficio de la provisional; o cuando se encontraban privados de aquélla, por obtener la misma > pero nunca se traducía dicha preocupación en tener un arreglo con los afectados con el fin de cubrirles la reparación del daño que le habían causado.

Mientras tanto, el afectado tiene que soportar una gran serie de molestias, además del daño que se le causó, que van desde, según sea el caso, una atención médica deficiente, esperar hasta que el funcionario en turno tenga tiempo o se digne tomarle su comparecencia o declaración, volver a presentarse cuando sea requerido por ésta o aquélla autoridad etc., sin que durante todo ese periodo de tiempo obtenga el resarcimiento a que tiene derecho.

Por lo que respecta a la autoridad en turno, ésta siempre o casi siempre está más ocupada en determinar la situación jurídica del presunto responsable ya sea concediéndole los beneficios que la ley le otorga, o por determinar su responsabilidad, dejando al margen la situación del afectado.

Por su parte el Ministerio Público Investigador, o el adscrito al tribunal correspondiente; en lugar de trámitar la reparación del daño en favor del perjudicado, están más ocupados en demostrar la responsabilidad penal del presunto responsable con la mira de que le sea impuesta una sanción corporal.

Por lo anterior, el presente trabajo tiene como objeto explicar como contempla el Derecho Mexicano en general, el daño que sufre una persona que se ve afectada por un delito cometido por otra en su contra, como se regula el pago o restitución del mismo, bajo que condiciones o requisitos, quien o quienes tienen derecho al mismo, y en que porcentaje se cubre en los juicios del orden penal, con el fin de demostrar el incumplimiento de la " REPARACIóN DEL DAÑO " por parte del responsable.

Asimismo, pugno por la creación de una institución que se encargue de trámitar y obtener en favor de los ofendidos de un delito, la reparación del daño causado, y no dejar está al capricho del responsable para su cumplimiento; a la solicitud del representante social; o en su caso, a que se pueda realizar aquélla por conducto del juez instructor, mediante la forma autorizada por el código Penal, similar a la multa, pues al hacerla en esta forma, todavía existe menos posibilidad de que se le cubra al perjudicado ese resarcimiento, puesto que el gobierno no dispone de una partida específica para ello: Lo que

entra en recaudación por ese concepto se distribuye para otros fines, por lo que la forma de cobro de esta figura jurídica por parte de las autoridades nunca se hará efectiva a los ofendidos o damnificados de un ilícito penal.

Todo lo anterior sirve de base en atención a que la experiencia de la vida enseña que el responsable de la comisión de un delito, siempre tendrá en mente primero resolver su situación jurídica personal, sin importarle el estado en que quede el perjudicado, y si por razón de su responsabilidad penal se le condena a una pena de prisión elevada en donde no tenga derecho a la libertad, lo más probable es que huya y no cumpla con ninguno de los puntos resolutiveos de la sentencia y por ende el de la reparación.

También es conveniente señalar para el caso anterior, pero con la variante que de la sentencia se desprenda que el responsable tiene derecho a la libertad condicional, tratará hasta el último de no cumplir con la obligación de reparar el daño, puesto que garantizará la misma mediante alguna fianza etc., pero nunca la realizará cabalmente y el afectado seguirá padeciendo y en espera de que se le cubra la misma.

## CAPITULO I.

## EL DELITO.

## 1.- ACTO ILICITO, CONCEPTO GENERAL.

Antes de dar una definición legal de lo que es acto ilícito, es necesario determinar su origen, su relación con el hecho jurídico, el acto jurídico y la norma.

EDUARDO GARCÍA HAYNEZ define a la norma como " toda regla de conducta obligatoria, que impone deberes y confiere derechos ". (1)

Por su parte CELESTINO FORTE PÉREZ, define como norma penal, aquélla disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva ( pena o medida de seguridad ). (2)

Y la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE NACION, ha determinado que conforme a la Teoría General del Delito, toda norma jurídica y especialmente la penal, se compone del precepto y la sanción, y el precepto consiste en la descripción del hecho exigido o prohibido. (3)

Respecto al hecho jurídico EDUARDO GARCÍA HAYNEZ, no da una definición propia del mismo, aunque explica lo que algunos juristas definen como hecho jurídico; considerándolo como un suceso temporal y espacialmente localizado, que provoca al ocurrir un cambio en lo existente y que cuando la ley declara y enlaza a un acontecimiento de esta especie, consecuencias normativas, aquel se transforma en hecho jurídico. (4)

En su obra GARCÍA HAYNEZ, opta por sustituir la denominación de hecho jurídico por el de supuesto jurídico, definiéndolo como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma. (5)

Asimismo, GARCÍA HAYNEZ define al acto jurídico como las acciones del sujeto, cuya finalidad es la creación, transmisión, modificación o la extinción de obligaciones y derechos. (6)

En su conituito de supuestos y hechos jurídicos, enuncia varias clasificaciones, de entre ellas la que efectúa el jurista FRANCESCO CORNELIUTI, quien divide los hechos jurídicos en dos aspectos: (7)

- a).- Atendiendo a su naturaleza.
- b).- De acuerdo con los efectos que producen.

Si no querer restar importancia alguna a los puntos de vista del jurista referido, únicamente me ocuparé del enunciado en primer término, y que corresponde al estudio del tema de éste inciso del trabajo.

El jurista citado, nos dice en su explicación de los hechos jurídicos, que de acuerdo a su naturaleza, examinados desde este ángulo, se clasifican en dos grupos: (8)

- 1.- Naturales o causales.
- 2.- Humanos o voluntarios.

Al explicar los primeros, señala que son fenómenos de la naturaleza, y los segundos acontecimientos voluntarios a los que la ley otorga consecuencias de Derecho, estos últimos son también conocidos con el nombre de actos jurídicos y forman el grupo más numeroso e importante de los hechos, jurídicos.

A su vez los actos jurídicos se dividen en tres grupos, atendiendo a las relaciones entre el fin práctico y el efecto jurídico del acto y son:

1.- De indiferencia; cuando la finalidad práctica, no coincide con la normativa ni se opone a ella, dícese que la relación es de indiferencia y el acto puramente lícito.

2.- De coincidencia; cuando el fin práctico del autor del acto, concuerda con la consecuencia jurídica de éste, es propiamente un acto jurídico en sentido estricto.

3.- De oposición; cuando entre la finalidad práctica y la consecuencia jurídica de éste hay oposición, debe de hablarse de actos jurídicos ilícitos; como ejemplo, si en vez de comprar el material para construir una casa, lo robo, no habrá coincidencia entre el fin práctico y la consecuencia de Derecho sino oposición, porque en vez de adquirir la propiedad del material, me hago acreedor a una pena y contraigo la obligación de restituir lo robado.

El jurista FRANCESCO CORNELIUTI termina su explicación afirmando que los hechos jurídicos pueden clasificarse en la siguiente forma: (9)

- a). naturales y causales.

b).- Humanos o voluntarios

c).- Actos jurídicos, que a la vez se dividen en:

1.- Lícitos.

2.- Actos jurídicos estrictu sensu.

3.- Actos ilícitos.

Del estudio anterior, se desprende que el acto jurídico ilícito, tiene su origen en el acto jurídico en general, el cual a su vez deriva del hecho jurídico, que al estar conformado con la norma, es como se le da ese carácter de lícito o ilícito.

#### CONCLUSION.-

Por acto ilícito; se debe entender todo acto o conducta contraria al Derecho objetivo, considerado esté en su totalidad, es por ello y en razón de esa contrariedad que se determina una sanción por parte de la ley, ya que el orden jurídico es por esencia un orden coactivo.

Ante esa situación, el acto ilícito al ser contrario al Derecho, conlleva otros requisitos o elementos subjetivos establecidos por la ley penal ( conducta, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad de los que más adelante hablaré ) para que lo configuren como delito.

## 2.- DELITO.- DEFINICION Y CONCEPTO.

Dar la definición de delito a simple vista parecería una labor muy sencilla, ya que bastaría con remitirse a lo establecido por el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal, pero dada la importancia del tema, es imprescindible entrar al estudio doctrinal del mismo, en base a lo vertido por algunos insignes autores que en su momento mencionaré.

El jurista mexicano RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, realiza un estudio amplio sobre el delito y señala que estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente de tiempo y lugar. (10)

Afirma que la ineficacia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas que cambian según los pueblos y las épocas, con la consiguiente mutación moral y jurídico-política, lo más que podría decirse del delito así



considerado, es que consiste en una negación del Derecho, o en un ataque al orden jurídico ( PESSINA ) y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio, o bien que es la acción punible ( MEZGER ), lo que desde luego lo circunscribe a una sólo actividad humana con exclusión de cualquier otra.

Modernamente se han formulado numerosas definiciones del delito; a saber, es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos ( ROSSI ); es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, < positivo o negativo > moralmente imputable y políticamente dañoso ( CARRARA ); es la violación de un derecho ( FRANK ); es la violación de un derecho o de un deber ( TARDE ); es no solamente la oposición a la voluntad colectiva, cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber ( WUNDT WULFFEN ); es desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena en determinado momento histórico y desde el ángulo valorativo todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena ( GIUSEPPE MASSIURE ).

La escuela positiva con RAFAEL GARRIGALLO, distingue y divide al delito como natural y legal.

El delito natural se da por la violación de los sentimientos de piedad y probidad.

El delito natural, es la lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales ( piedad y probidad ), según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad.

Los sentimientos altruistas de piedad y humanidad resienten ofensas por los ataques a la vida, por cualquier mal físico ( heridas, mutilaciones, malos tratos, enfermedades, voluntariamente causadas ); por actos físicos que producen dolor físico y moral, como la violación, el rapto, la privación ilegal de la libertad, o que lo producen sólo moral como la calumnia y la difamación, por actos de sentimientos de probidad que se resienten por las agresiones violentas contra la propiedad como el robo, el incendio y los daños.

El delito legal, es toda acción que amenaza al Estado, que ataca al poder social sin un fin político, o que lesiona la tranquilidad pública, los derechos políticos, el culto, la moral pública o la legislación particular de un país.

Por su parte la escuela clásica, a diferencia de la positiva, no se ocupa de esta diferenciación del delito, sino

que primordialmente se ocupa del delito legal, aunque la noción del delito en esta escuela carece también de verdadero contenido humano y social, siendo criticada tal distinción del delito, en virtud de que es arbitraria e inútil para el Derecho Penal, pues sólo explica una mínima parte de la criminalidad (ALIMENA), y además porque la moralidad representa un máximo respeto para la delincuencia, mientras que el Derecho Penal representa el mínimo ético considerado como indispensable para el mantenimiento del orden jurídico (MANZINI).

El jurista EDUARDO NOVOA MONREAL, formula la noción del delito desde el punto de vista de la Ciencia Jurídica, tomando en cuenta dos aspectos:

PRIMERO. Que es la realidad de un hecho contradictorio con el Derecho, ejecutado por un ser humano culpable.

SEGUNDO. Que es la valoración política del legislador quien decide que esa realidad debe ser sancionada penalmente para mayor convivencia social.

El delito; es pues, siempre una conducta (acto u omisión), reprobada y rechazada (sancionada). La reprobación opera mediante la amenaza de pena (por las leyes), no es necesario que la conducta tenga eficaz consecuencia en la pena, basta con que está amenace; es decir, se anuncie como la consecuencia mínima legalmente necesaria, la noción teórica jurídica del delito puede así fijarse con estos elementos.

El jurista EUGENIO CUELLO CALON, define al delito como una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.

El delito representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo (integridad física, honor propiedad etc.), pero atenta siempre en forma mediata o inmediata contra los derechos del cuerpo social.

El jurista CARRARA, define el delito como un ente jurídico que para que exista, necesita elementos materiales y ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye su unidad, pero lo que completa su ser, es la contradicción de esos precedentes con la ley jurídica.

Para el jurista FRANZ VON LISZT, el delito es un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena. (11)

ERNESTO VON BELING, define al delito como la acción típica, antijurídica, culpable subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad. (12)

El jurista EDMUNDO MEZGER, considera al delito como una acción típicamente antijurídica y culpable. (13)

MAX ERNESTO MAYER: Sostiene acerca del delito, que es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable. (14)

El jurista LUIS JIMENEZ DE ASUA afirma que el delito es un acto típicamente antijurídico y culpable, cometido en ocasiones o condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción. (15)

Entre los juristas mexicanos CELESTINO PORTE PETIT, RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, FERNANDO CASTELLANOS TENA, FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, MARIANO JIMENEZ HUERTA, e IGNACIO VILLALOBOS es común la definición de delito, el cual consideran como la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible. (16)

EDUARDO GARCIA MAYNEZ define al delito como el calificativo que se les da a ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley cuya comisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas como penas. (17)

Con esos antecedentes, una vez realizado un breve estudio del delito y su concepto, es como paso a dar la definición que hace nuestra legislación sobre el particular.

El sustento Constitucional de esta figura jurídica y sus sanciones, se encuentra en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. (18)

El artículo 7 del Código Penal del Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal, da la definición de lo que es delito. (19)

ARTICULO 7.- Delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito es:

1.- Instantáneo; cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

2.- Permanente o continuo; cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y

3.- Continuo; cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

CONCLUSION.- Con éste breve y humilde capítulo se pretende dar una idea general de lo que es el delito en la

doctrina penal, como lo contemplan los tratadistas extranjeros, los juristas mexicanos y nuestra legislación penal, conceptos que considero son muy elocuentes y precisos, ya que a pesar de ser muy breves, son muy completos, tal y como lo sustentan nuestros autores y especialmente a lo vertido por el doctor RAUL CARRANCA Y TRUJILLO respecto a que nuestro Derecho Penal es de resultado.

### 3.- INTERPRETACION DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

A continuación analizaré la forma en que interpretan la ley los juristas mexicanos:

CELESTINO FORTE PETIT, señala que interpretar la ley es precisar su sentido, su voluntad más no la del legislador.

Afirma que no es posible aplicar la norma si no se tiene de ella un claro concepto, si no se ha desentrañado su alcance o su sentido. La interpretación es imperativa; en consecuencia, debe señalarse la necesidad de interpretar la ley penal. (20)

FRANCISCO PAVON VASCONCELOS dice que se interpreta una ley, cuando se busca, esclarece o desentraña su sentido mediante el análisis de las palabras que expresan, estableciendo que la interpretación debe ser según los sujetos, según los medios y según los resultados. (21)

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO sostiene que interpretar, es desentrañar el sentido de una cosa, por ello cuando la ley es confusa, interpretarla será aclarar su sentido y si la ley es clara, será entender su contenido para adecuarla al caso específico en cuestión, referir el precepto abstracto a la vida real que se aplica. Esa búsqueda y explicación del sentido verdadero de la norma, de la voluntad de la ley; o sea su interpretación, pertenece todavía a la estática del Derecho, mientras que su dinámica es ya la aplicación misma. (22)

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, ha establecido: " Si bien el artículo 14 Constitucional, prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos, admiten que pueda ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo Constitucional debe entenderse en su sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos etc. ". (23)

Si bien numerosos códigos modernos, no definen lo que es el delito, < pues la definición como lo dice LUIS JIMENEZ DE ASUA (24) nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos > nuestros códigos penales han procedido distintamente y han dado definiciones de delito.

El código penal Mexicano de 1871 nutrido en el español de 1870, definía al delito como "la infracción voluntaria de una ley penal " ; haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda ( artículo 11 ), concepto sustancialmente idéntico al de < acciones u omisiones > voluntariamente penadas por la ley ( artículo 11 del Código Penal Español ), aunque más imperfecto que él, pues el delito no viola la ley penal, sino al contrario hace posible su aplicación. (25)

El código penal de 1929, definió al delito, como " la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal" y fijó como tipos legales de los delitos, los catalogados en el mismo código ( artículo 11). Definición incompleta por cuanto no circunscribe al delito dentro del radio de las acciones humanas y porque mira exclusivamente a sus efectos, así como porque no comprende a los delitos de peligro y porque hay delitos que no atacan derechos sino los bienes que estos protegen. (26)

El código penal de 1931 volviendo al de 1871 y tomando ejemplo del Argentino, define al delito como el " acto u omisión que sancionan las leyes penales ". Esta definición, es exclusivamente formalista, si bien suficiente a los fines prácticos objetivos de la ley penal. ( 27)

La finalidad pragmática de la definición decidió a la comisión revisora suprimirle la calificativa de voluntariedad a la acción, semillero de contradictoria interpretación en la práctica, considerando sin embargo con EUGENIO CUELLO CALON (28) que para que la sociedad aplique al delincuente una pena por el hecho realizado, basta que este sea voluntario, proveniente de su libre voluntad, ya que se halle determinado por un conjunto de concausas o ya provenga del libre albedrío.

La conducta < acto u omisión > para que constituya delito, ha de estar reprobada o rechazada mediante la amenaza de una pena, por las leyes penales, que trasciende de la definición de delito contenida en el precepto mencionado.

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, al explicar e interpretar la definición legal de delito en nuestra legislación, afirma que acto u omisión, son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana para que pueda constituirse un delito y las explica en la siguiente forma: (29)

**ACTO.**— Consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe.

**OMISIÓN.**— Es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe hacer, en un omitir obediencia a una norma que impone un deber hacer.

Ambas situaciones son conductas humanas, manifestaciones de voluntades que producen un cambio o impulso de cambio en el mundo exterior llamado resultado, con relación de causalidad entre aquellos y éste.

La acción o acto es un hacer electivo, corporal y voluntario, por lo que no son actos penalmente relevantes, ni los movimientos reflejos, ni los accidentales, ni los pensamientos, ideas o intenciones.

La omisión es un no hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es reprobado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal.

En la legislación mexicana la interpretación clara y plena en relación al delito, la establece categóricamente el artículo 14 Constitucional que en su párrafo tercero dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, penas algnas que no estén decretadas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". (30)

El principio formulado en ese párrafo es el postulado más importante del Derecho Penal Mexicano, puede expresarse diciendo que no hay delito sin ley, no pena sin ley (Nullus crimen, nulla poena sine lege), es decir, no hay más hechos delictivos que aquellos que las leyes penales definen y castigan, ni más penas que las que las mismas leyes establecen.

Nadie puede ser castigado sino sólo por los hechos que la ley haya definido como delictivos ni con otras penas que las establecidas legalmente.

Así que en esta máxima se contiene una doble garantía individual; no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos (garantía criminal, nullum crimen sine praescripta lege penali); no ser penado con penas ni en clase ni medida diversas de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, garantía penal (nulla poena sine lege).

La misma idea se puede expresar, diciendo que la ley, es la única fuente del derecho penal, o que la ley penal carece de lagunas. De aquí que se prohíba, la aplicación de penas por simple analogía y aun por mayoría de razón.

La ley penal debe aplicarse exactamente, pero eso no significa que no sea posible interpretarla. (31)

La ley es siempre una forma de expresión del Derecho, lo cual demuestra que en todo caso, exige ser interpretada, y en ese sentido lo que el artículo 14 Constitucional prohíbe, no es la interpretación, sino la integración de la ley penal, puesto que ésta por definición carece de lagunas.

Además de la prohibición del argumento analógico, suele considerarse que la aplicación de la ley penal, se encuentra sujeta a otros dos principios, a saber: (32)

1.- En caso de obscuridad de la ley; es decir, cuando haya duda acerca de su sentido, debe interpretarse en la forma más favorable al acusado.

2.- La interpretación extensiva, sólo es lícita en favor del reo.

Tal es en síntesis la voluntad de la ley, que trasciende de la definición de delito, contenida en el precepto mencionado.

El concepto legal de delito, señalado por el artículo 7 del Código Penal Mexicano, se completa con el principio de que el juez valora conductas y no entes jurídicos.

Por otra parte, es importante señalar que al citado precepto legal le fueron adicionadas tres fracciones por decreto presidencial de fecha 30 de Diciembre de 1983, publicado en el número 10 del diario oficial de la Federación en fecha 13 de Enero de 1984, para quedar como sigue: (33)

ARTICULO 7.- El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito es:

I.- Instantáneo; cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo; cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Al respecto el jurista RAUL CARANCA Y RIVAS, está en desacuerdo con el texto de esas fracciones, pues considera que es absolutamente innecesario, inútil y perjudicial abordar

problemas de doctrina que confunden al invocador, al juez y al intérprete de la ley, argumentando que definir o pretender definir lo que es delito instantáneo; permanente o continuo; y continuado no es función de la ley penal, estableciendo su opinión y las diferencias de ella, con las fracciones legales adicionales. (34)

La fracción primera; referente al delito instantáneo, establece que la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos del delito, y el citado jurista manifiesta que es la violación del Derecho la que se agota en un sólo momento.

En torno al delito permanente o continuo, la fracción legal dispone que es la "prolongación consumada", y el jurista aludido afirma que no es esa aseveración, sino acción prolongada y que a ese delito únicamente debe llamarse permanente.

Del delito continuado, la fracción legal establece que es diversidad de conductas y el jurista referido afirma que es diversidad de acciones y que en lugar de llamarse continuado, debe llamarse delito pluriactivo.

El jurista en cuestión, se basa para su estudio en la definición legal del delito que hace el citado precepto legal el cual habla de acciones (acto u omisión) y no de conductas.

CONCLUSION.- Independientemente de lo aquí vertido, considero que lo sustentado por el Doctor RAUL CARRANCA Y RIVAS tiende a ser un problema puramente gramatical que en nada altera la aplicación de la ley penal o su interpretación, puesto que al realizar el estudio del inciso anterior "Delito, definición y concepto" se dijo que la conducta es acción u omisión, un hacer algo o un dejar de hacer algo, de lo cual se desprende que gramaticalmente pueden significar cosas distintas, pero para efectos de interpretación y aplicación de un delito es igual un vocablo que otro; lo anterior me conduce a afirmar que el delito al igual que la ley si se pueden interpretar.

#### 4.- ELEMENTOS DEL DELITO.

Los juristas mexicanos RAUL CARRANCA Y TRUJILLO; FERNANDO CASTELLANOS TENA, FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, MARIANO JIMENEZ HUERTA, CELESFINO PORTE PETIT e IGNACIO VILLALOBOS definen al delito como la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándose a un criterio pentatómico por considerar que son cinco sus elementos integrantes. (35)



- 1.- Conducta o hecho.
- 2.- Tipicidad.
- 3.- Antijuridicidad.
- 4.- Culpabilidad.
- 5.- Punibilidad.

El jurista CELESTINO PORTE PETIT, manifiesta que es un imperativo responder a la pregunta de GIUSEPPE MAGGIORE y FRANCESCO CARNELLUTTI, de como llamar a las notas esenciales del delito, ya que no existe terminología unanime, pues suele llamarseles " elementos, aspectos, caracteres, requisitos, presupuestos de punibilidad y fuerzas del delito. (36)

A continuación expodré el significado de éstos términos:

A) ELEMENTO.- Del latin ( elementum ), significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base, al mismo tiempo es que concurre a formarlo.

B) ASPECTO.- Del latin ( aspectus ), quiere decir apariencia, representación de los objetos a la vista, o bien semblante, apariencia del estado de las cosas; término que indudablemente responde a al teoría unitaria del delito, debiéndose entender por aspecto, el delito visto por uno de sus lados.

C).- REQUISITO.- Del latin ( requisitus ), debe entenderse como condición necesaria para una cosa, considerándola algunos como equivalente a elemento.

D).- FUERZA.- Es la parte principal de un todo, el estado más vigoroso de una cosa, virtud, energía y eficacia natural de las cosas; término empleado por CARRARA para denominar los elementos del delito.

E) CARACTERES.- Con relación a este término, existen dos posiciones:

a).- La que considera que carácter y elemento son sinónimos.

b).- La que afirma que son conceptos diferentes.

Dentro de la primera posición, donde se emplea el término " caracteres, " como sinónimo de elemento, se encuentran aquéllos autores que no le dan importancia a la diversidad de los términos como GIUSEPPE MAGGIORE. ( 37)

Este jurista al referirse a la teoría del delito y sus divisiones, señala que así como hay una teoría General del Derecho, también existe una teoría General del Delito, y ésta última se encuentra comprendida en aquélla, recibiendo de ella

luz propia y a la vez la ilumina, y en éste sentido los expositores de la teoría general del Derecho, tiene mucho que aprender de la doctrina del delito y de los problemas que plantea con frecuencia ignorados o mal concidos por las otras ramas de la ciencia jurídica.

Si la teoría del delito es ciencia, por lo mismo debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad.

Determinar esa estructura, señalar la organización interna (articulación) de la doctrina del delito, es la parte más delicada de la ciencia del Derecho Penal y por ello es la parte más controvertida.

Esas controversias que se presentan pueden ser y son superadas si se tiene presente que la teoría del delito al igual que la del Derecho, dependen de la lógica (clásica lógica formal) y de ella han de tomar sus divisiones, sus problemas y sus leyes. La lógica, es la del concepto puro (no empírico); es decir, la del concepto que se presenta en su universalidad y necesidad, igualmente la teoría general del delito es la lógica del delito puro; o sea, el delito que se presenta en cuanto tiene de universal y necesario como ente distinto y distinguible de todo otro ente jurídico.

En otros términos, el delito se presenta como homicidio, robo, rapto etc., circunstanciado en una o en otra forma pero también se presenta en su desnudez como un hecho jurídico identificable por medio de algunas notas esenciales que le dan una fisonomía inconfundible con relación a todos los demás hechos, a los cuales es común el predicado de jurídicos.

En esta última forma se va a estudiar el delito y la lógica nos ofrece los instrumentos para su estudio.

¿Cuál es la tarea fundamental de la lógica?

Principalmente la de definir y dividir los conceptos.

El concepto tiene un contenido o comprensión (complexus), y una extensión (ambitus); tiene contenido en cuanto incluye en sí algunas notas características que lo distinguen de cualquier otro concepto, aunque ambos tengan notas comunes.

Tiene contenido; en cuanto comprende en sí mismo otros conceptos subordinados que extienden su Ambito hasta lo infinito.

Explicar el organismo de ese contenido, se llama definir.

Explicar el organismo de esa extensión, se llama dividir o clasificar.

Estas son las dos operaciones fundamentales de la lógica como doctrina del concepto, y si de ésta se pasa a la doctrina del delito (delito como concepto) se presentarán dos problemas correlativos:

- 1.- El de definir el delito.
- 2.- El de dividir el delito.

Ya se dió una definición del delito, aunque de una manera sintética (acto u omisión que sancionan las leyes penales; hecho jurídico ilícito punible); ahora a continuación se trata de dar una noción analítica del delito, pues la definición no es al cabo sino un análisis, una descomposición del concepto en sus partes integrantes.

El delito es un todo, un conjunto lógico unitario, en el cual se puede sin embargo, discernir idealmente lo que tiene de común con otros hechos jurídicos, lo que le es propio, lo que tiene de accidental y lo que tiene de esencial.

Aquí se presentan varias cuestiones. La primera es de nomenclatura: ¿ Como llamar las notas esenciales del delito ?. Al respecto, no hay acuerdo entre los autores, pues algunos los denominan " elementos constitutivos " ( CAMIGNANI ); aspectos esenciales " ( PESSINA ); " características o fuerzas del delito " ( CARRARA ); " presupuestos de punibilidad " ( BELING ); " requisitos " ( CARNELUTTI ) y de otros muchos modos se les conocen. (38)

GUISEPPE MAGGIORE no cree que la cuestión terminológica tenga más importancia que la palabra, pues lo que vale es el concepto, en virtud de ser la sustancia de aquélla, pueden llamárseles elementos, caracteres, aspectos, etc., a las notas esenciales del delito. Concluye diciendo que en cuanto a la propiedad lingüística de esos vocablos, lo más adecuado es el vocablo " aspecto ", que es como decir la fisonomía, las características, las señales distintivas y de identidad del delito. Queda en pie desde ahora, que el delito con relación a estos aspectos, no es lo que un compuesto con relación a sus componentes, el delito es acción más antijuridicidad más culpabilidad; es decir, el delito es un todo. (39)

En relación a la segunda posición; que afirma que caracteres y elementos son conceptos distintos, se encuentran los juristas mexicanos que apoyan ésta corriente, quienes consideran y aceptan la teoría analítica o atomizadora, sin desconocer que entre los elementos existe una vinculación indisoluble en razón de unidad del delito, los términos " elementos, caracteres, aspectos etc. ", tienen una connotación diversa en la teoría del delito, debiéndose admitir que la acepción adecuada para denominar las notas esenciales del delito es la de " elemento " (40), a la que hace por otra parte

referencia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 19, que establece: "ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que expresarán: El delito que se impute al acusado; los ELEMENTOS que constituyan aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad de acusado.

Los códigos de procedimientos penales del D. F., y el Federal, igualmente aluden a "elementos" en sus artículos 97 y 168 respectivamente (41); pero además establecen que en los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por la comprobación de los "ELEMENTOS MATERIALES" del mismo. (art. 115 del código procesal penal del D. F.)

Por elemento en general, se debe entender la parte integrante de algo; por tanto "elemento del delito", es todo componente "sine qua non" indispensable para la existencia del delito en general o en especial.

Los elementos del delito se dividen en:

- 1.- Esenciales o constitutivos.
- 2.- Accidentales (circunstanciales).

Elemento esencial es aquél indispensable y necesario para constituir el delito en general o en particular.

Elemento accidental es el que no contribuye a la existencia del delito, tiene como función agravar o disminuir la pena. Es lo que en la doctrina se llama "circunstancia" y que origina los tipos complementarios.

Recapitulando; los elementos del delito son los cinco mencionados al inicio del inciso, los cuales nuestros autores definen como sigue:

1.- ACCIÓN.- El jurista RAUL CARRANCA Y TRUJILLO señala que acción es la conducta voluntaria, que consiste en un hacer o un no hacer algo, y que produce alguna mutación en el mundo exterior. (42)

Resume el concepto de acción (acto u omisión) afirmando que debe entenderse por la voluntad manifestada por un movimiento del organismo, o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio del mundo exterior.

La conducta (acto u omisión) para que constituya delito, ha de estar reprobada o rechazada mediante la amenaza de una pena.

Algunos juristas agregan que esa acción, debe corresponder a un tipo modelo descrito por la norma penal, es decir, que no basta para constituir un delito, un hecho cualquiera, entendido en sentido físico o histórico, sino un hecho que pueda incluirse en un tipo de delito expresamente previsto en la parte especial del Código Penal.

MARIANO JIMÉNEZ HUERTA escribe a propósito de la conducta, que ésta tiene además del valor realista que como elemento del delito le corresponde, un valor sintomático, en virtud de implicar una manifestación del carácter del sujeto, esto es, una expresión del cuadro moral de la persona, útil para conocer su disposición o capacidad criminógena. (43)

La conducta es en mayor o menor grado fiel reflejo de la personalidad de su autor; cuanto más se identifica con ésta personalidad tanto más plena y rica es de contenido, por el contrario, cuanto más se separa de su personalidad, tanto más pobre y descolorida deviene, sin llegar a perder por ello su relieve personal.

El valor sintomático que la conducta ofrece asume decisiva importancia en orden a la culpabilidad y a la individualización de la pena pues la conducta pone muchas veces al descubierto características biopsíquicas del agente y constituye manifestación de una tendencia íntimamente conexa a la estructura de su personalidad.

La impronta de ésta personalidad dejada en la conducta críminosa marca con huella indeleble la peligrosidad permanente o transitoria del autor.

2.- ANTIJURIDICIDAD.- La acción antijurídica es la acción contraria a una norma jurídica imperativa o prohibitiva, o sea, es la acción que se opone a la norma cultural subsumida en la penal.

La acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva, dice CARRANCA Y TRUJILLO y añade que la acción ha de encajar dentro de las figuras del delito, creada por la norma penal positiva pues de lo contrario, al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. (44)

CELESTINO PORTE PETIT, argumenta que se tendrá como conducta antijurídica, una conducta adecuada al tipo, cuando no se pruebe la existencia de una causa de justificación, recalcando que por hoy así funcionan los códigos penales, valiéndose de un procedimiento de exclusión, lo cual significa en su criterio la concurrencia de una doble condición para tener por antijurídica la conducta; la violación de una norma penal y la ausencia de una causa de justificación. (45)

MARIANO JIMENEZ HUERTA, afirma que una conducta será antijurídica, cuando resulte contraria a una norma. Adentrándose en el problema, considera que la antijuridicidad, presupuesto general de la culpabilidad, "matiza y tinte la conducta de un colorido o tonalidad especial", matiz y color que surgen del juicio formulado sobre la propia conducta, de la cual se afirma su contradicción con las normas del Derecho. (46)

Por su parte FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, afirma que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y la norma de Derecho.

Concibe la antijuridicidad como un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado. (47)

En general, los autores están conformes en considerar que la antijuridicidad es un desvalor jurídico; contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho.

3.- LA TIPICIDAD.- MARIANO JIMENEZ HUERTA, define la tipicidad como una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo, el cual hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho Penal ha creado, para poner de relieve la importancia a que la antijuridicidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca.

EDMUNDO MEZGER define la tipicidad, como el injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. (48)

CELESTINO MORTE PETIT considera que la tipicidad, se constituye por una relación conceptual y proporciona el concepto que algunos juristas dan de tipicidad: (49)

FRANCISCO BLASCO Y FERNANDEZ, en su noción de técnica jurídica, señala que la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar en la generalidad de los casos, un precepto o una norma penalmente protegida.

LUIS JIMENEZ DE ASUA, la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.

LAUREANO LANDABURO, la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal.

EUGENIO FLORIAN: La tipicidad como elemento se da cuando el infractor que no es el destinatario arregla y conforma su conducta con escrupulosa exactitud a la hipótesis de la ley.

FONTAN ROLESIRA. La tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la parte especial de los códigos penales, a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción.

La SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION ha establecido que para que la conducta humana sea punible conforme al Derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo se subsuma en un tipo legal; esto es, que la acción sea típica- antijurídica y culpable, y no concurre en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excludente de culpabilidad.

Puede la conducta humana ser típica porque la manifestación de la voluntad o la modificación del mundo exterior, ( es decir, la producción del resultado lesivo ) enmarquen dentro de la definición de un tipo penal como puede ocurrir por ejemplo tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida por el sujeto activo, cuando este era objeto de una agresión injusta, real y grave, desaparece la anti-juridicidad del acto inculcado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable; o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no interarse sus elementos constitutivos. (50)

La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentre adecuado al tipo que describe la ley penal. (51)

CELESTINO FORTI PUFF define la tipicidad como la adecuación o contornadad a lo prescrito por el tipo, destacando que su radical importancia, es el hecho de establecer en una forma clara y patente que no hay delito sin tipicidad. (52)

FERNANDO CASPELLANOS afirma respecto a la tipicidad, que por ésta se debe entender el encuadramiento de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto y hecha en la ley. (53)

FERNANDESO FAYON VASCONCELOS define la tipicidad como la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa. (54)

RAUL GARBERCA Y BRUJILLO define a la tipicidad diciendo que es el signo distintivo externo de la anti-juridicidad penal. Es la adecuación concreta al tipo legal concreto. (55)

4.- CULPABILIDAD.- Es la acción desobediente, conciente, voluntaria y culpable que puede imputarse a un sujeto, no sólo como causa física, sino también como causa psíquica y por la cual está obligado a responder a determinada ley.

FRANCISCO FAYON VARGONCELOS, al referirse a la culpabilidad en sentido amplio, la define como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (tomando como base la definición de LUIS JIMENEZ DE ASUA ), comprendiendo por ello a la imputabilidad. (56)

La culpabilidad en sentido estricto (al igual que WELZEL ), es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable, y es desde éste punto de vista, la libertad de voluntad y capacidad de imputación: En suma, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.

IGNACIO VILLALOBOS, afirma que la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la forma imperativa de determinación; esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico, por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo. (57)

RAUL BARRANCA Y TRUJILLO, define la culpabilidad como la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate. (58)

JIMENEZ HUERTA sobre la culpabilidad afirma, que ésta sólo puede declararse en contra de una persona, cuando el hecho le fuere reprochable por haberlo libremente cometido, en alguna de las situaciones anímicas o estados psíquicos que integran el contenido de la voluntad que precide a los actos humanos.

Afirma que los escritores patrios, no han visto con buenos ojos la concepción normativa de la culpabilidad; así, los juristas CELESTINO PORTE PETIT, FERNANDO CASTELLANOS TENA e IGNACIO VILLALOBOS, se inclinan por la teoría psicológica dejando al margen la teoría normativa, de las cuales hablaré más adelante. (59)

FERNANDO CASTELLANOS TENA, afirma que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, siendo esa imputabilidad la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal, y afirma que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad. (60)

La doctrina penalista se debate principalmente en las dos teorías enunciadas. (61)



A).- Teoría Psicológica.- Para ésta teoría la culpabilidad consiste en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior ( ANTOISEI ).

CARLOS FOMIÁN PALESTRA dice que culpabilidad, es la relación psicológica del autor con su hecho, su posición psicológica frente a él.

SOLER: La culpabilidad: Es cuando un sujeto capaz obra no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. Ello supone en primer término, la vinculación del sujeto con el orden jurídico, y por otra parte, la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho, fenómenos ambos de naturaleza psicológica pero que tienden a fundamentos distintos, pues mientras el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración.

En síntesis, para esta teoría, la culpabilidad, es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, lo cual supone una valoración normativa.

B).- Teoría Normativa.- Para ésta teoría la culpabilidad, en suma, consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta anti-jurídica.

EDUARDO REZBER define la culpabilidad como un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona; para que alguien pueda ser castigado no basta que haya procedido anti-jurídica y típicamente sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada.

#### ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

El desarrollo actual de la teoría normativa ubica dentro del concepto culpabilidad y por tanto como sus elementos, los siguientes: (62)

I.- La imputabilidad.

II.- Las formas de culpabilidad ( dolo y culpa ) consideradas como partes integrantes de la culpabilidad.

III.- La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas, desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Ac continuación detallo cada uno de los incisos:

I.- Imputabilidad. RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO, señalan que imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, no puede

darse la imputabilidad sin éste alguien, para el Derecho Penal sólo es alguien, aquél que por sus condiciones psíquicas es sujeto de voluntariedad. ( 63)

Ahora bien, voluntad ( escuelas libero-arbitristas ), la libertad de elegir que con la libertad de obrar, es lo que se ha llamado concurso de la voluntad ( CARRARA ).

En las escuelas deterministas, aun reconociendo como base de la imputabilidad, el conocimiento y la previsibilidad del hecho, se entiende la conducta humana determinada por fines antisociales ajenamente en todo al libre albedrío, cuestión abstracta que no interesa, pues lo único que importa a la sociedad humana, es si la conducta cause el hecho objetivo voluntariamente o no, a fin de adecuar el tratamiento al sujeto, es por eso imputable, todo aquél que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; por eso todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en la sociedad humana; siendo imputable en general será culpable.

Como fundamento de la imputabilidad se han sostenido durante siglos, los principios del libre albedrío y de la responsabilidad moral.

PAVON VASCONCELOS afirma que la imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito; como un elemento integral del mismo, o bien como el presupuesto de culpabilidad.

Solo el hombre como entidad individual, puede ser sujeto activo de delito, pero para que la ley pueda poner a su cargo una determinada consecuencia penal, es necesario su carácter imputable.

La imputabilidad y la imputación, son conceptos esencialísimos indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad. (64)

## II.- FORMAS DE CULPABILIDAD.

La realización de un hecho subsumible en una figura típica, no presupone sin más, que a su autor le pueda ser aplicada una pena en ella establecida; necesario es previamente afirmar a través del correspondiente juicio, que el injusto típico perpetrado o reprochable a su autor por haberlo realizado intencional o imprudentemente y en circunstancias en que podía exigirsele otra conducta diversa.

Tradicionalmente se han aceptado como formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa, así como una interrelación

entre ambas que trae aparejada una tercera figura mejor conocida como la PRETERINTENCION, la cual se ubica más en la familia del dolo que de la culpa. (65)

Por dolo se entiende la voluntad de querer realizar la acción u omisión; o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal a la inactividad; es decir, es cuando no sólo se han presentado el hecho y su significación, sino además encamina su voluntad directa e indirectamente, a la causación del resultado.

PAVON VASCONCELOS considera al dolo como la producción de un resultado típicamente antijurídico con conciencia de quebrantar el poder, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de Relación de Causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. (66)

CULPA.- Es el resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible (derivado de una acción u omisión voluntarias) y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres. (67)

CELESTINO PORTE PETIT al definir la culpa, establece los elementos estructurales, precisando además las especies culposas que no encajan en la noción genérica, por no presuponer la previsibilidad, tales como la impericia y la falta de actitud y establece los elementos de culpa como sigue: (68)

a).- IMPRUDENCIA.- Se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible pero no querido, teniendo por tanto carácter de culpa consistente.

b).- NEGLIGENCIA.- Falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconciente. " Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado ". La falta de precaución en el autor provoca que éste ignore o yerré acerca de la naturaleza de lo realizado por él o de su resultado posible.

c).- IMPERICIA.- Es la falta de pericia en la práctica de un arte, profesión u oficio; esto es, la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

d).- FALTA DE REFLEXION O DE CUIDADO.- No tienen contenido autónomo, se trata de formas en las cuales se manifiesta la imprudencia o negligencia, resultando por ello redundante su uso, el cual tiende en forma semicasuista a sugerir la idea de culpa.

El código penal mexicano en su artículo 8 establece:

ARTICULO 8.- Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales.

II.- No intencionales o de imprudencia.

III.- Preterintencionales.

FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA en su código penal comentado, define las tres fracciones como sigue: (69)

I.- DELITO INTENCIONAL.- Es aquél en el cual el agente realiza voluntariamente < dirección psíquica conciente > los hechos materiales configuradores del tipo, cualesquiera que sean los propósitos específicos o las finalidades perseguidas por el autor conciente, hasta a la ley que se haya querido el hecho, cualquiera que sea la intención finalista que se tenga, salvo las eximientes de responsabilidad.

II.- DELITO NO INTENCIONAL O DE IMPRUDENCIA.- A diferencia de la intencionalidad, en la imprudencia el agente ocasiona un daño que no ha querido como efecto de su culposa conducta positiva o negativa.

III.- DELITO PRETERINTENCIONAL.- Se comete cuando se propone causar un mal menor y se realiza uno mayor o distinto del deseado originalmente.

El artículo 9 del Código Penal, define cada uno de estos delitos en la forma siguiente: (70)

Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.

III.- LA AUSENCIA DE CAUSAS DE EXCLUSION DE LA CULPABILIDAD, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto; sobre este punto dos serían las principales causas; a saber:

Inimputabilidad, que es cuando hállase el acusado, al momento de cometer la infracción en un estado de inconsciencia

de sus actos determinado por el empleo accidental o involuntario de sustancias tóxicas, o por un estado toxicoinfeccioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

La inculpabilidad de la que hablaré en el tema de las causas de justificación.

#### 5.-PUNIBILIDAD.

FRANCISCO FAYON VASCONCELOS la define como la amenaza de pena que el Estado asocia, a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social. (71)

MARIANO JIMENEZ HUERTA señala que la punibilidad es la secuencia lógica-jurídica del juicio de reproche " nullum poena sine culpa ". (72)

CENCEROS Y GARRIDO. Punibilidad es la manifestación de la voluntad, el fundamento pragmático de la imputabilidad; es decir, acto u omisión es el elemento objetivo por medio del cual se manifiesta la voluntad, por lo que es imputable y por tanto punible.

CARRANCA Y TRUJILLO manifiesta sobre la punibilidad, que la acción antijurídica, típica y culpable, para ser inculpada, ha de estar conminada con la amenaza de una pena; es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria.

Segun nuestra ley positiva, el concepto de delito se integra con el elemento acción, como presupuesto del elemento punibilidad que es su predicado. (73)

FERNANDE CASTELLANOS TENA define a la punibilidad diciendo que consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, un comportamiento es punible cuando se hace acreedor de la pena. Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada y se engendra una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas ( jus puniendi ). (74)

En resumen: Punibilidad es:

- a).- Merecimiento de una pena.
- b).- Amenaza estatal de imposición de sanciones, si se llenan los presupuestos legales, y
- c).- Aplicación fáctica de las penas señaladas en las leyes.

Estos aspectos o elementos, son necesarios y suficientes para entender el concepto de delito, expresan su esencia y por esto son llamados partes esenciales del delito ( " essentialia delicti " ).

Todos los otros elementos que puedan adherirse al delito por costumbre (naturalia) o por accidente (accidentalialia), quedan fuera de su contenido conceptual, aunque puedan recaer sobre la pena.

Quedan también fuera de la noción elementos del delito, las causas personales de exclusión de la pena, los presupuestos del delito y las condiciones de punibilidad.

El jurista CARRANCA Y RIVAS en su código Penal Anotado define los elementos del delito, en base a la dogmática jurídica moderna y destaca los efectos jurídicos de la siguiente forma: (75)

a).-Acción.- Quiere decir, acto u omisión, elemento físico del delito.

b).- Acción antijurídica.- Es la que se opone a la norma cultural, subsumida en la pena.

c).- Acción típica.- La que se adecúa al tipo legal, hipótesis de conducta humana consagrada en la ley.

d).- Acción culpable.- Es la imputable y responsable; es decir, la que cabe se reproche a un sujeto.

e).- Acción imputable.- Es la atribuible a un sujeto en vista de su capacidad penal.

f).- Acción punible.- La que en la ley esta conminada con una pena, la que sirve de presupuesto a esta, requiriéndose en la ley condiciones objetivas para su justificación como son todas aquéllas que con tal carácter se incluyen en el tipo.

CONCLUYENDO.- Lo aquí detallado, es posible resumirlo como lo efectúa RAUL CARRANCA Y TRUJILLO en su obra, mediante el siguiente cuadro sinóptico de los elementos del delito: (76)

#### 1.- ELEMENTOS DEL DELITO.

A).- ACCION	{ Acto u Art. 7 { Omisión C. P.	{ simple omisión { comisión por omisión	{ resultado y relación de Causalidad.

B).- ANTIJURIDICIDAD

C).- TIPICIDAD

D).- CULPABILIDAD  
art. 8 C.P.

Intencionales ( dolo )  
No intencionales o  
imprudenciales ( culpa )  
Preterintencionales ( dolo )

IMPUTABILIDAD

E).- PUNIBILIDAD ( Con previsión o sin previsión )

## II.- Elementos negativos.

Según el artículo 15 del Código Penal.

AUSENCIA DE { Acción o - - - ( ausencia de conducta )  
Antijuridicidad - ( causas de  
justificación )  
Tipicidad - - - ( atipicidad )  
Culpabilidad - - ( inculpabilidad )  
Punibilidad - - - ( excusas absolutorias. )

¿ Pero qué entiende la doctrina por cada uno de éstos elementos negativos del delito ?

**AUSENCIA DE CONDUCTA.**- Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no puede atribuirse al sujeto, no son " suyos " por faltar en ellos la voluntad. (77)

Como ejemplos de ausencias de conducta se pueden citar: La violencia, el constreñimiento físico, la fuerza irresistible, la fuerza mayor, el sueño, el sonambulismo, la sugestión, la narcosis, la inconciencia y los actos reflejos.

**CAUSAS DE JUSTIFICACION.**- Estas se clasifican en la forma siguiente: (78)

a).- Legítima defensa.- Es la repulsa inmediata y proporcionada a una agresión actual, injusta, violenta y sin derecho, de la cual deriva un peligro inminente para los bienes tutelados por la ley.

b).- Estado de necesidad. Es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace

imprescindible el sacrificio del interés ajeno como el único medio para salvaguardar el propio.

c).- Cumplimiento de un deber.- Dentro de ésta noción se comprende por ello, tanto la realización de la conducta ordenada, por expreso mandato de ley, como la ejecución de conductas en ella ordenadas.

Dentro de ésta excluyente o causa de justificación se incluye la posición de EJERCICIO DE UN DERECHO, que es el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado, de la facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.

d).- Impedimento legítimo.- Es cuando no ejecuta aquéllo que la ley ordena porque lo impide un obstáculo que no está al alcance de su mano vencer.

ATIPICIDAD.- Es ausencia de adecuación típica ( lo no contemplado por la legislación ).

INCUFPABILIDAD.- Con este nombre se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, y son en orden genérico dos las causas principales. El error y la no exigibilidad de otra conducta.

EXCUSAS ABSLUTORIAS. Se pueden clasificar en: (79)

a).- En razón de arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente.

b).- En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor.

## 5.- TIPOS DE DELITO.

El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula " nullum crimen sine typo ". (80)

Pero antes de pasar al estudio del tema, es imprescindible entrar al estudio de lo que se entiende por presupuesto del delito.

Algunos autores entre los que se encuentra PANNAIN, consideran que sobre éste tema subsiste aun incertidumbre, por su parte, MAGGIORE, advierte que la noción de presupuesto no está bien definida en el terreno de la teoría General del Derecho, tal vez por ser una apresurada trasposición de un dogma del Derecho Privado al campo del Derecho Penal, señalando que la categoría de los presupuestos no tiene razón de ser en



asuntos penales, pues el único sentido que podemos darles es el de la antecedencia de un delito con relación a otro. El creador de los presupuestos del delito es MANZINI, definiéndolos como aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho < positivos o negativos >, o a la existencia del título delictivo de que se trata. (81)

Ahora bien, como se señaló en el inciso que precede, el delito está formado por varios elementos, los llamados presupuestos generales del delito; los cuales serán en su caso, elementos de esos elementos del delito.

Una vez realizada una ligerísima explicación de lo que es presupuesto general del delito, donde se incluye al tipo, procederé a definir éste término:

El tipo es una conducta o hecho descrito por la norma, o en ocasiones una mera descripción material, conteniendo además según el caso, elementos normativos y subjetivos ( o ambos ).

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, ha establecido que el tipo delictivo de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. (82)

En otra ejecutoria la corte sostiene, que el tipo en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción, por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de algunos presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse. (83)

EDMUNDO MEZGER afirma que el tipo en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal. (84)

JIMENEZ DE ASUA. El tipo es la abstracción concreta que se ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. (85)

IGHACIO VILLALOBOS sostiene que el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial en su aspecto objetivo y externo. (86)

FRANCISCO PAVON VASCONCELOS. El tipo es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal. (87)

JIMENEZ HUERTA.- El tipo es el injusto recogido y descrito en la ley penal ( corpus delicti ). (88)

FERNANDO CASTELLANOS TENA, afirma que el tipo es la creación legislativa, es la descripción que el Estado hace de una conducta. (89)

De acuerdo con la prelación lógica en el delito, primeramente debe existir una conducta o hecho y despues la adecuación o conformidad al tipo, en consecuencia ha de estudiarse con posterioridad de la conducta o hecho, la tipicidad.

Según la teoría de BELING, llamada de la pura coordinación, se describe al tipo como meramente objetivo o descriptivo, también es conocida como doctrina tipo. (90)

Esta doctrina ha tenido sus opiniones favorables así como severas críticas, entre las primeras se encuentran las de MEZGER, BALLVE PALLISE Y JIMENEZ DE ASUA. (91)

MEZGER afirma, el gran mérito de BELING, lo constituye el haber despertado la atención respecto a esta importante figura del genuino tipo legal, que reviste una importancia básica en todo el sistema.

BALLVE PALLISE dice que hasta antes de BELING, no se había conseguido construir una dogmática del delito que constituyera una unidad orgánica.

JIMENEZ DE ASUA puntualiza, que independientemente del papel que se asigne a la tipicidad, no puede negarse ni discutirse su significación decisiva en la teoría jurídica del delito y quienes tratan de negarla inciden en el más voluminoso error.

Combaten la teoría de BELING, entre otros BETTIOL Y FLORIAN. (92)

BETTIOL considera que prescindiendo de toda discusión prolija acerca de toda utilidad del dualismo de la mencionada teoría, a su modesto juicio, no realiza desde el punto de vista metodológico un paso hacia adelante, pues no permite sistematizar de acuerdo con un esquema mejor, los elementos esenciales a la noción del delito; subrayando que la tripartición entre hecho antijuridicidad y culpabilidad enunciada en la doctrina del delito, permanece inalterada y si se agrega la distinción entre tipo de delito y cuadro dominante del mismo, las nuevas argumentaciones, se tornan sutiles pero poco fructuosas y finaliza destacando el hecho de que toda cuestión de Derecho Penal, debe ser resuelta con preferencia al " leitbild " de un tipo autónomo de delito.

FLORIAN, afirma que la doctrina del tipo ( tipicitá ) o conformidad con el contenido del acto punible, no hace más que revestir de muchas sutilezas y abstracciones un concepto tan simple, como es el de que un hecho para ser punible debe exactamente corresponder a alguna figura delictuosa, descrita en el sistema de derecho vigente.

La fase a la que nos hemos referido de BELING, se llama de la independencia o de la pura coordinación, pero es preciso señalar que en la doctrina existen otras fases como las del " caracter indiciario, del indicio y de la ratio cognoscendi ", la del tipo como " ratio essendi de la antijuridicidad ", teoría de la identidad o de la superación; La antijuridicidad como ratio essendi del tipo, la del tipo como elemento de concreción y de conocimiento y por último la fase destructiva.

La tesis del indicio, sostenida por MAYER, atribuye al tipo penal un valor indiciario de antijuridicidad, o sea, toda conducta que se ha conformado a un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijurídica, así piensan entre otros ANTOLISEI, cuando escribe que el " tatbestand ", es la base del conocimiento ( ratio cognoscendi ) de la antijuridicidad; En forma más simple, la conformidad al tipo, es un indicio de la ilicitud. (93)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado el criterio de MAYER al sostener, que el tipo delictivo es indicio de antijuridicidad, mas no fundamento de la culpabilidad. (94)

En otra ocasión ha sostenido, que " es bien sabido, que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se haga una consecuencia jurídica; o en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio más no fundamento de la culpabilidad. (95)

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO. Define al tipo legal como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. (96)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho:

" Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón de su índole fundamental y por tener plena independencia; los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del

tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial de tal manera que éste último elimina al básico, por último los tipos complementarios, presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan. Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar de la legislación federal, el homicidio como un tipo básico, el homicidio calificado como un tipo complementario, y el infanticidio como un tipo especial; el peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al sujeto activo, de tal manera que sólo pueden cometer éste delito, aquéllos que reúnan las condiciones o referencias típicas en el sujeto; lo mismo sucede en los llamados delitos funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen esa calidad. (97)

Comencemos pues el estudio de la clasificación de los tipos. (98)

A).- TIPO BÁSICO ( simples o fundamentales ).- Con acierto precisa MEZGER, que los tipos de la parte especial pueden ser referidos todos ellos a un número de tipos fundamentales, los cuales constituyen por así decirlo, la espina dorsal del sistema de la parte especial de los códigos penales.

MARIANO JIMENEZ HUERTA manifiesta que el tipo básico se presenta en su puro modelo legal, sin más características que los "essentialia delicti". (99)

EDUARDO NOVOA MONREAL afirma que el tipo básico, es el que contiene una descripción que sirve de base a otros tipos derivados. (100)

Tipo básico es aquél que no deriva de tipo alguno y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo; o sea, es aquél que no contiene circunstancia alguna que agrave o atenué el delito.

B).- TIPO ESPECIAL.- En contraste con el tipo básico, existe el tipo especial que se forma autónomamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito.

Los tipos especiales pueden ser:

- a).- Privilegiados.
- b).- Cualificados.

Un delito especial privilegiado se forma autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminución de la pena.

Un delito especial cualificado, se forma autónomamente agregando al tipo fundamental otro requisito que implica aumento o agravación de la pena.

### C).- TIPOS COMPLEMENTARIOS.

El tipo complementario es aquél que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, pero sin que origine un delito autónomo.

JIMENEZ DE ASUA señala que el tipo complementario presupone la aplicación del tipo básico, el cual se ha de incorporar a aquél, y si falta en los hechos la posibilidad de adecuación al tipo básico que se ha de complementar al tipo especial subordinado, no podrán subsumirse en éste.

Estos tipos de delito, también se dividen en:

#### A).- Tipo complementario privilegiado.

Es aquél que necesita para su existencia el tipo fundamental o básico < pero sin que se origine un delito autónomo > es decir, sin tener vida propia > al que se agrega una circunstancia atenuándolo.

#### B).- tipo complementario cualificado.

Es aquél que necesita para su existencia, del tipo básico o fundamental < pero sin que se origine un delito autónomo > al que se agrega una circunstancia agravándolo.

Al estar hablando de los diversos tipos, surge la interrogante de ¿Que es delito autónomo, en cuanto al tipo?, por lo que es necesario definir a éste, el cual se entiende como el que agota la descripción individualizadora de la conducta en sí mismo, sin que sea necesario acudir a otro tipo para hacerlo.

Las diferencias entre tipo especial y tipo complementario son que mientras el especial necesita para su existencia del tipo básico, una vez creada su forma se independiza de aquél y tiene su propia autonomía, en tanto que el complementario presupone su existencia al tipo básico, sin el cual no puede existir y al que sólo se agrega un aditamento como norma que contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

CELESTINO FORTE PETIT, aparte de las clasificaciones anteriores, da una clase de tipos que a su juicio contiene la legislación penal mexicana y los describe en la siguiente forma: (101)

#### 1.- Tipos de formulación casuística:

Por este tipo debe entenderse aquel que señala casuísticamente (categóricamente), el medio productor del resultado típico.

Da como ejemplo de estos delitos los contenidos en el título quince del Código Penal referente a los delitos sexuales de estupro y rapto.

#### 2.- Tipos alternativamente formados.

Indudablemente es suficiente una sola conducta o un hecho para que exista un delito, empero el tipo puede contener más de una conducta o hecho.

Señala como ejemplos de éstos, los contenidos en el título primero del Código Penal Federal referente a los delitos contra la seguridad de la nación y concretamente el indicado en el artículo 124 sobre la traición a la patria.

#### Tipos acumulativamente formados.

Es cuando una conducta o hecho que contiene están previstos en forma acumulativa.

Como ejemplo cita los contenidos en el título segundo del Código Penal Federal; delitos contra el Derecho internacional.

#### 4.- Tipos de resultado cortado.

Son los que se dan en cualquier momento del llamado "inter criminis"; anteriores a la propia consumación, resolución manifestada, actos preparatorios o bien ejecutados (tentativa).

#### 5.- Tipos de ofensa simple.

Es cuando se lesiona un sólo bien jurídico.

#### 6.- Tipos de ofensa compleja

Es cuando se lesionan varios bienes jurídicos.

Dentro de la última clasificación de los tipos, en ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones, a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas y así se tiene que se dividen en dos formas, ideal (formal) y real.

CONCURSO IDEAL, es cuando con una sola conducta se infringen varias disposiciones penales, o sea, cuando por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, ejemplo, una persona dispara una arma de fuego, mata a su rival, lesiona a un transeúnte y ocasiona un daño en propiedad ajena.

CONCURSO REAL, cuando un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes sin haber recaído sentencia y la acción para perseguirlos no está prescrita.

CONCLUSION.-- Considero que la legislación penal mexicana contiene una gama amplísima de tipos de delitos, como puede observarse del Código Penal, donde se desprende una clasificación más basta que la proporcionada por el jurista CELESTINO PORTE PETIT, ya que en sí cada delito es un tipo diferente, pero concuerdo plenamente con la doctrina penal y con lo sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de clasificar los tipos fundamentales o básicos, especiales y complementarios, por las diversas conductas y circunstancias que se dan en la vida real de nuestro país, tomando como ejemplo el del homicidio ( tipo básico ) el infanticidio ( tipo especial ) y el homicidio calificado ( tipo complementario ).

#### 6.- PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS.

El Código Penal mexicano, establece en una forma clara y sencilla en los artículos 12, 13, y 14 quienes son responsables de los delitos (102), pero transcribir el contenido de esos preceptos sería una labor muy simple, no siendo justo dejar fuera del tema lo que la doctrina penal ha establecido durante siglos y lo que los juristas mexicanos han expuesto al respecto:

MARIANO JIMENEZ HUERTA dice que el derecho penal no puede limitar su alcance a sancionar exclusivamente las conductas de aquellas personas que de modo principal lesionan o ponen en peligro de lesión los bienes jurídicos que protegen las figuras típicas. (103)

En el ámbito de su área entran también en juego otras personas diversas de las que el tipo expresamente menciona, pues en torno a la conducta principal que en él se describe, existen a veces, otras conductas accesorias, ora anteriores, ora simultáneas y desde el momento en que esas acciones accesorias son en mayor o menor grado coadyuvantes de la acción principal ( por tanto antijurídica ), obvio es que adquieren una trascendente importancia que no es posible desconocer si se quiere que el derecho penal valore los hechos del mundo circundante en su viviente plenitud.

Estas conductas accesorias ( delictivas ) no quedan comprendidas en el tipo delictivo, pues no implican la realización de la conducta principal que el mismo describe - quien induce a otro a que ejecute la acción principal

descrita en el delito de homicidio no ha cometido por sí la acción de matar - pero es evidente que ha efectuado una conducta anterior a la misma de notoria trascendencia en orden al resultado.

Del mismo modo, quien vigila con el objeto de auxiliar en la ejecución, el lugar donde esta cometiéndose un robo, no efectúa el "apoderamiento", aunque es también evidente que con su simultánea conducta ha prestado un auxilio o ayuda en la ejecución de dicha acción principal.

Para lograr la punición de estas conductas accesorias, es preciso arbitrar algún medio adecuado y el derecho penal crea al efecto los oportunos dispositivos legales que amplían la base típica del concreto delito.

Los dispositivos legales que hacen posible estas ampliaciones son los preceptos que sobre participación contienen los códigos penales en su parte general ( nuestra legislación en el libro primero ), pues al conectarse con un concreto tipo delictivo, posibilitan ampliar su base típica a otras personas y conductas.

Las conductas de las personas que quedan abarcadas por el dispositivo legal de la participación, devienen en virtud de esta ampliación del tipo, sujetos activos del mismo. Pero este carácter lo adquieren no en forma primaria, sino a través de un dispositivo que con el tipo se conecta, su condición de sujetos activos surge en un ulterior plano que sirve de base para denominarlos sujetos activos secundarios.

Al respecto el jurista BETHIOL afirma que la actividad del autor recae bajo el ámbito de incriminación de la norma principal, en tanto que la actividad del partícipe puede ser considerada penalmente relevante sólo en relación a la norma sobre participación prevista en la parte general. (104)

Por su parte SOLER nos dice que si la ley no tuviera estas disposiciones, " sóloamente sería punible el sujeto activo primario, correspondiente a cada una de las figuras de la parte especial ", estas disposiciones tienen la función de ensanchar el campo de la punibilidad para cada figura en una forma análoga a la de tentativa ( artículo 12 ), pero mientras estas últimas establecen la punibilidad de un mismo sujeto por otras acciones que no son todavía la acción típica, en la participación la pena se extiende a otros sujetos, quienes a pesar de haber producido el hecho, de él no fueron sin embargo autores. (105)

Continuando con JINENEZ HUERTA, estas conductas accesorias, tienen siempre como denominador común y como piedra de sustentación esas ampliaciones, la base típica del concreto delito, sin la previa existencia de este denominador común, carecen de potencia funcional. (106)



El primer requisito que se necesita para que puedan entrar en función, es la existencia de una conducta principal subsumible dentro de un tipo delictivo, bien directamente para llenar del todo su contenido o bien a través del dispositivo de la tentativa, en caso de que dicha conducta constituya tan solo el principio de ejecución.

La participación requiere en síntesis, como base mínima, un principio de ejecución de la acción principal. Para que los tipos penales puedan ser ampliados a las conductas accesorias ( como lo establece el artículo 13 ), preciso es que dichas acciones tengan algún influjo sobre la acción principal.

¿ Pero qué debe entenderse por acción principal ?

JIMENEZ HUERTO afirma que es aquella encuadrable < ora directamente, ora a través del dispositivo del artículo 12 > en el tipo de delito que proceda aplicar. (107)

De manera genérica debe afirmarse que sin la ejecución parcial o total de parte del sujeto activo primario de la acción principal que la figura describe, no hay posibilidad de subsumir la conducta accesoria de los partícipes en el dispositivo típico del artículo 13; asimismo, es conveniente también subrayar si la conducta realizada total o parcialmente, por el sujeto activo primario no lesiona ningún bien jurídico y no ofende los ideales valorativos de la comunidad; tampoco lesionan y ofenden dichos bienes e intereses jurídicos, las conductas accesorias que en orden a la concreta conducta principal, realizan los partícipes.

Las conductas accesorias descritas en el artículo 13 del código penal, pueden clasificarse según sus relaciones o incidencias con la conducta principal descrita en la figura típica a la que cada dispositivo ha de ensamblarse en:

a).- Conductas anteriores < concebir, inducir, preparar, compeler al delito >.

b).- Conductas simultáneas < intervenir, auxiliar o cooperar en su ejecución >.

Este sistema de clasificación obliga siempre a tener presente, el fundamental principio de accesoriedad de todas esas ampliaciones típicas, ya que como eje de las clasificaciones, se sitúa la acción principal.

Las personas que efectúan estas conductas accesorias, no hacen otra cosa que participar en una obra común.

Aquí surge la interrogante sobre definir ¿ qué es autor coautor, partícipe, cómplice y encubridor ?.

Al efecto FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, señala que por autor debe entenderse a aquél que ejecuta la acción delictuosa típica. (108)

Divide al autor en tres categorías:

A).- Autor material: Aquél que físicamente ejecuta los actos descritos en la ley.

B).- Autor intelectual: El que induce o compele a otro a cometer el delito.

C).- Autor por cooperación: El que presta auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictuoso propuesto.

Coautores: Son aquéllas personas que juntas ejecutan los actos descritos por la ley.

Cómplice.- Es el sujeto que presta auxilio o cooperación al autor de un delito, a sabiendas de que favorece al mismo, siendo esa cooperación o auxilio secundarios.

Encubridor: Sujeto que presta auxilio o cooperación al autor de un delito, con posterioridad a la comisión del mismo.

Por su parte RAUL CARRANCA Y TRUJILLO los define de la siguiente forma: (109)

AUTOR.- Es la persona que sola o conjuntamente con otras ejecuta un delito, todo entero y de propia mano, o bien que determina a otra imputable y culpable o no para que lo ejecute.

Este autor también divide al actor en tres categorías:

COAUTOR.- Es cuando son varios sujetos que han ejecutado un mismo hecho lícito o delictivo.

COMPLICE.- Es el que ayuda o socorre al delincuente principal, mediante previo acuerdo para cometer el delito. Su cooperación ha de ser tal que sin ella el hecho no se habría cometido -cómplice primario- o ha de contribuir de cualquier modo a la consumación del hecho -cómplice secundario-.

ENCUBRIDOR.- Aquel sujeto que realiza una acción posterior a la ejecución del delito y en favor del delincuente, sin acuerdo previo a la ejecución del delito mismo.

MARIANO JIMENEZ HUERTA el único autor que define claramente lo que es partícipe, señalándolo como la persona que concurre en la perpetración de un delito, desplegando una actividad lógicamente distinta de la del autor, en cuanto recae bajo el ámbito de la norma extensiva bajo participación. (110)

Cada conducta accesoria coopera a la formación de un sistema, cuyo desarrollo pertenece tanto a todos como a cada uno de los partícipes, no solamente porque es el resultado de sus contribuciones, sino porque es desenvolvimiento de una única serie, que enunciada por la conducta antecedente, es prosequible por la sucesiva, desenvuelta y final.

Una vez analizado y definido las interrogantes surgidas en relación a los nombres que se les da a las personas que cometen un delito, continuaré con la explicación de la división de la conducta accesoria:

A).- Conducta anterior; (111)

Concebir.- Es aquella clase de participación criminal que consiste en idear, planear y comunicar a otro un propósito delictivo que en éste no existía, el cual se presta voluntaria y espontáneamente a su ejecución.

Preparar.- Es la participación de aquellos individuos en la causación de un delito, o que han cooperado al mismo mediante su conducta personal para hacer posible o facilitar su ejecución por otra persona.

Inducir.- Significa instigar, persuadir, mover a otro (convencer) para que actúe libre y conscientemente a cometer un delito, mediante una promesa, un pago etc.

Compeler.- Es obligar a una persona por la fuerza o por autoridad a cometer un delito.

B).- Las conductas simultáneas son: (112)

Intervenir en la ejecución.- Es cuando se ejecuta materialmente un delito; esto es, con sus propias manos toman parte en la realización del delito, o para que lo realice o consume otra persona con ayuda directa y material de otro.

Auxiliar.- Consiste en la realización o no de una conducta al tiempo de ejecución de la acción principal del delito.

GONZALEZ DE LA VEGA, en su Código Penal Comentado explica, en la mira de aumentar correlativamente el arbitrio judicial en la imposición de las medidas de seguridad o represión, el Código Penal de 1931, reformado por decreto de 30 de Diciembre de 1983, publicado con fecha 13 de Enero de 1984, disminuye el casuismo al eliminar la antigua y complicada clasificación legal de autores, cómplices y encubridores de los que habló y que contenían los códigos de 1871 y 1927.

Argumenta que dentro de las mallas de esas artificiosas y detalladísimas clasificaciones, eliminadas por el

Código Penal vigente se escapaban los delinquentes más temibles por su inteligencia, astucia, cobardía o malicia, o al menos obtienen represión ineficaz como sucede en la mayor parte de las legislaciones que siguen tan engorrosa reglamentación. (113)

Dentro del artículo 13 del Código Penal, no ofrecen mayores problemas aquellas formas de participación manifestada antes de la perpetración consumativa del delito (acción de inducir o compeler); o en el momento de la ejecución (auxilio o cooperación de cualquier especie); o los que en los casos previstos por la ley auxilian a los delinquentes una vez que estos efectuarán su acción delictuosa.

Como autor del delito o como participante, sólo puede ser punible, el que ha puesto una condición del resultado, la causación del resultado constituye el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal.

Una vez que he definido brevemente como contempla la doctrina penal, las conductas delictivas diversas de los que intervienen en la comisión de un delito y los comentarios que al respecto hacen nuestros autores, pasará a definir como describe nuestra ley penal a los responsables de un delito. (114)

ARTICULO 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiera llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delito.

ARTICULO 13.- Son responsables de los delitos:

- I.- Los que acuerdan o preparan su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión:

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito;

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

ARTICULO 14.- Si varios delinquentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes :

1.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

2.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

3.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y

4.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

No incluyo en el estudio de este trabajo, lo referente al artículo 409 y 409 Bis del Código Penal, acerca del delito de encubrimiento, porque considero que independientemente de que aquí también se derivan algunas conductas, éste es un tipo específico de delito, como lo es por ejemplo el infanticidio.

CONCLUSION.- Considero que el artículo 13 del Código Penal, contiene todas las ampliaciones típicas que se han detallado tanto de la doctrina, como los conceptos de nuestros juristas, pues establecen claramente la responsabilidad criminal de cada persona por la realización de sus conductas, tanto principal como diversas a ésta y que en cada figura típica se describe, realizadas por el sujeto activo, como por las personas distintas a las que el tipo regula.

En tal sentido, el precepto citado funciona como un auténtico dispositivo amplificador de los tipos penales, pues ensancha en orden a las personas y a las conductas, la base típica de cada delito, evitando cualquier posibilidad de impunidad y al mismo tiempo reordena en forma más técnica la participación delictiva en la comisión de un delito.

## BIBLIOGRAFIA.

- 1.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. " Introducción al estudio del Derecho ". Vigésima sexta edición, editorial Porrúa S. A., México, 1977, pág. 4.
- 2.- FORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. " Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal ". Décima tercera edición, editorial Porrúa S. A., México, 1990, pag 109.
- 3.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. CXXII. pág. 110 y 111.
- 4.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Op. Cit. pág. 170 y 171.
- 5.- Idem. pág. 172.
- 6.- Idem. pag. 184.
- 7.- Idem. pág. 180.
- 8.- Idem. pág. 181.
- 9.- CARNELUITI, FRANCESCO. " Sistema de derecho procesal civil y penal ". Edición del primero de Agosto de 1959, tomo 1, editorial Jurídica Europa-América, Buenos aires Argentina, 1971.pág. 58 y 59.
- 10.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. " Derecho Penal Mexicano, parte general", Décima octava edición, editorial Porrúa S. A., México 1988, págs. 220 a 223.
- 11.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. " Manual de Derecho Penal Mexicano ". Segunda edición, tomo 1, parte general, editorial Porrúa S. A., México, 1967,pág. 140.
- 12.- Idem. pág. 142 y ss.
- 13.- Idem.
- 14.- Idem.
- 15.- Idem.
- 16.- Idem.
- 17.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Op. Cit. pág. 141.
- 18.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 86a. edición, editorial Porrúa S. A., México, 1989.
- 19.- CODIGO PENAL DEL D. F. y FEDERAL. 50a. edición, editorial Porrúa S. A., México, 1972.
- 20.- FORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, Op. Cit. pág. 113.
- 21.- PAVON VASCONCELOS , FRANCISCO. Op. Cit. pág. 72.
- 22.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 175.
- 23.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION XXVI. pág. 1277.
- 24.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. págs. 224 y ss.
- 25.- Idem.
- 26.- Idem.
- 27.- Idem.
- 28.- Idem.

- 29.- Idem.
- 30.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Op.Cit.
- 31.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Op. Cit. pág. 377 y 380.
- 32.- Idem.
- 33.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO." Código Penal comentado ". Novena edición, editorial Porrúa S. A., México 1983, pág. 56.
- 34.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL." Código Penal anotado ", tercera edición, editorial Porrúa S.A., México, 1971., Pág. 34, notas 21 y 22.
- 35.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. pág. 141.
- 36.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pág. 215 a 217.
- 37.- MAGGIORE, GIUSEPPE. " Diritto Penale ". Quinta edición, editorial Lemis LIDA, Bolocna, 1951-1952, Bogotá Colombia. Págs. 267 a 275.
- 38.- Idem.
- 39.- Idem.
- 40.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. cit. pags 215 a 217.
- 41.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Vigésima quinta edición, editorial Porrúa S.A., México, 1978.
- 42.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit.pág. 238 y ss.
- 43.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. " Derecho Penal Mexicano ". Primera edición, tomo 1, editorial Porrúa S.A., México, 1972, pags.65 y ss.
- 44.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 353 y ss.
- 45.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pags. 373 y ss.
- 46.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit.pags. 65 y ss.
- 47.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. oags. 267 y ss.
- 48.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. pags.134 y ss.
- 49.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pags. 331 Y ss
- 50.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, CXVII-p. 731.
- 51.- Idem. XXXIII- P.103-sexta época-XLIX,p.p.93 y 103, segunda parte, sexta época.

- 52.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.pág.333.
- 53.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. " Lineamientos Elementales de Derecho Penal ". Décima cuarta edición, editorial Porrúa S.A., México, 1980., pág. 166.
- 54.- FAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit.pág. 261.
- 55.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op.Cit. pág. 422 y 423.
- 56.- FAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. pág. 331.
- 57.- VILLALOBOS, IGNACIO. " Derecho Penal Mexicano ". Parte general, cuarta edición, editorial Porrúa S.A., México, 1983- pág. 272 y ss.
- 58.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 431.
- 59.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. pag. 333 y ss.
- 60.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. págs. 231 y 232.
- 61.- FAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. pág. 333 y ss.
- 62.- Idem.pág 338.
- 63.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 430 y ss.
- 64.- FAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. págs.338 y 339.
- 65.- Idem.pág. 349 y ss.
- 66.- Idem.
- 67.- Idem. pág. 371.
- 68.- Idem. pág. 375 y ss.
- 69.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Op. Cit. pág. 59.
- 70.- CODIGO PENAL DEL D.F. Y FEDERAL. Op. Cit. pág. 9.
- 71.- FAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. pág. 395.
- 72.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. pág. 336 Y ss.
- 73.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 424.
- 74.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. pág. 267.
- 75.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Op. Cit. pág. 35 nota 22.
- 76.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 233.
- 77.- FAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. pág 227 y ss.
- 78.- Idem. págs. 287, 299, 311, 323 y ss.
- 79.- Idem. pág. 408.
- 80.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pág. 335.



- 81.- Idem. pág. 207 y ss.
- 82.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. CXIX, P. 2887. Cfr: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION XVI. P. 257. Sexta época, segunda parte.
- 83.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. CXIX, P. 2884, Cfr: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION XVI. P. 257. sexta época, segunda parte; CXXXI. P. 121, quinta época.
- 84.- MEZGER, EDMUNDO. " Tratado de Derecho Penal ". Segunda edición, tomo I, editorial Madrid, España, 1946, pág. 352.
- 85.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. " Tratado de Derecho Penal ", cuarta edición, tomo III, El delito, editorial Lozada S. A., Buenos Aires, Argentina, 1953. pág. 747.
- 86.- VILLALOBOS, IGNACIO. Op. Cit. pág. 250 y ss.
- 87.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. pág. 243.
- 88.- Idem. pág. 239 y ss.
- 89.- CASTELLANOS IGNA, FERNANDO. Op. Cit. pág. 165.
- 90.- PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pág. 334 y ss.
- 91.- Idem.
- 92.- Idem.
- 93.- Idem.
- 94.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION . Tomo XXXIII, P. 103, sexta época.
- 95.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION . Tomo CCXXIX, P. 535, quinta época.
- 96.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 423.
- 97.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION . Tomo XV, P. 68, Sexta época, segunda parte.
- 98.- PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pág. 353 y ss.
- 99.- Idem.
- 100.- Idem.
- 101.- Idem.
- 102.- CODIGO PENAL DEL D. F. Y FEDERAL.
- 103.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. pág. 261 y ss.
- 104.- Idem.
- 105.- Idem.
- 106.- Idem.
- 107.- Idem.
- 108.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Op. Cit. pág. 448 y ss.

- 109.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 679 y ss.
- 110.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. pág. 261 y ss.
- 111.- Idem. págs. 267 a 281.
- 112.- Idem. págs. 282 a 283.
- 113.- BONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Op. Cit. págs. 72, 73.
- 114.- CODIGO PENAL DEL D.F. Y FEDERAL. Op. Cit. pág. 10 y 11.

## CAPITULO II.

## EL DAÑO.

## 7.- CONCEPTO Y CLASIFICACION.

El tratadista italiano ADRIANO DE CUPIS, señala que la vida diaria ofrece al observador más distraído el espectáculo de una serie múltiple y heterogénea de daños. En su concepto "DAÑO" no significa otra cosa más que nacimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable. (1)

Las fuerzas de la naturaleza actuadas por el hombre, a la par que pueden crear o incrementar una situación favorable, pueden también destruirla o limitarla. El concepto de daño se presenta bajo este aspecto sumamente amplio, ya que de hecho ninguna limitación ofrece el lenguaje ordinario en cuanto al número de lesiones o perjuicios a los que pueden aplicarse la denominación de "daños".

Por la facilidad con que puede apreciarse, el daño es objeto de conocimiento común, pero además de ser fenómeno físico puede también integrarse como un fenómeno jurídico; es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y desde este punto de vista, entra en los dominios de los juristas.

Más específicamente, el daño puede ser un efecto jurídico; ciertamente, perjuicio puede ser padecido por una determinada persona a causa de la inobservancia de una norma que para obtener un resultado favorable, le impone una determinada conducta, por lo que precisamente el efecto desfavorable ha sido querido por el Derecho a raíz de la falta de matización de tal comportamiento; es decir, de la inobservancia por el mismo de aquella norma, traduciendo en no alcanzar las consecuencias favorables subordinadas a la observancia de la norma.

Por tanto, el daño como causa de efectos jurídicos < o sea, como hecho jurídico > conlleva dos aspectos ( el físico y el jurídico ), e integra a su estructura con dos elementos que son:

(I).- El elemento material o sustancial que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico

( hecho considerado tanto en su creación o actuación ( aspecto dinámico ), como en su subsistencia ( aspecto estático ).

DOS.- El elemento formal que proviene de la norma jurídica.

El efecto jurídico causado por el daño, consiste en una reacción que el Derecho facilita para lograr la represión de aquél.

Podría dudarse de si la calificación de hecho jurídico corresponde precisamente al daño; o bien al hecho del hombre de quien se deriva ( como en seguida podrá verse el daño en sentido jurídico, no puede derivarse más que del hecho del hombre ).

Cuando se habla de lesividad como un simple atributo del hecho causante del daño, se tendrá que tomar en cuenta como hecho productivo de la reacción del Derecho, el hecho dañoso; cuando por el contrario, se sitúe la cuestión en torno a la relación causal entre el hecho productor del daño y el daño ( considerados como entidades conexas pero distintas ), el hecho productor del daño podría considerarse como un hecho jurídico en razón de una relación de causalidad indirecta. Directamente sólo el daño debería llamarse hecho jurídico ( productor de reacción jurídica ). (2)

En cuanto como hecho jurídico, el daño constituye como se ha expresado, una especie entendida simplemente como fenómeno de orden físico; el que no todos los fenómenos físicos obtengan relevancia jurídica es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El Derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia, como tenga elección en la esfera de los daños, es lo que en éste momento se propone examinar.

La elección recae ante todo, en el daño ocasionado por un acto humano antijurídico, y es éste precisamente su aspecto visible. La consideración de la antijuridicidad ( oposición al Derecho ), presupone un exacto conocimiento del concepto del Derecho. (3)

La expresión " Derecho " tiene diferentes significados indicando un conjunto de normas o reglas jurídicas ( Derecho objetivo ) como una facultad de querer conformarla a ese Derecho objetivo ( Derecho subjetivo ), o fundamentalmente como objeto del Derecho correspondiente a un sujeto, quedando de lado el significado de Ciencia o Arte, pero al hablar de antijuridicidad se pretende referir al Derecho entendido en sus dos primeros significados; es decir, tanto Derecho Objetivo como al derecho Subjetivo. (4)

SALVAPERRA UCHIDA DEVERA nos proporciona la definición de daño, traduciendo la que da el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como sigue: (5)

" DAÑO " ( del latin damnum ), efecto de dañar; perjuicio, detrimento, menoscabo.

En cuanto al verbo:

DAÑAR.- ( De danmar ) v. a. Causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor etc., / maltratar, hechar a perder, pervertir. Ut. c. r. Condenar, sentenciar / dañar al prójimo en la honra.

Dentro de la teoría jurídica, dichas concepciones tienen elementos que podemos llamar determinantes para mejor entendimiento y comprensión del daño; por ejemplo, el dolor, el detrimento, el perjuicio, el menoscabo, el sufrimiento etc. Toda mención al concepto jurídico de daño, se entenderá como una íntima relación de la definición gramatical, en el entendimiento de que ya dependerá de la técnica jurídica en cada caso, el señalar la precisa idea del daño jurídico, y aún más, indicar los elementos que deba contener esta figura para que cuando se hable conforme a Derecho, se entienda si en un caso dado se trata de daño patrimonial o un daño extrapatrimonial. (6)

Termina explicando que por daño, debe entenderse toda lesión, disminución o menoscabo sufrido por un bien o interés jurídico y ofrece la definición que dan sobre el particular los pocos autores que hablan del tema. (7)

ALFREDO ORGAZ, dice que daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o un bien jurídico cualquiera.

ENNECCERUS LEHMANN afirma que daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos ( patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición etc.

Para FRANCESCO CARNELUTTI, el daño es toda lesión a un interés.

El jurista AGUIAR lo define como la destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes.

El jurista MANUEL BORJA SORIANO define al daño como lo hacían los antiguos, señalando que el daño ( emergente) consiste en la pérdida que sufre una persona en su patrimonio, y reputa como perjuicio ( lo que antiguamente llamaban lucro cesante ) la privación de una ganancia lícita.

OCHDA OLVERA afirma que empleando las palabras daño, o perjuicio, con una sólo de ellas se quiere designar lo vertido por los antiguos como daño emergente y lucro cesante. (8)

Termina con un comentario sobre daño en forma genérica sosteniendo que en nuestro derecho, se distingue entre daños y

perjuicios , a diferencia de las legislaciones Francesa y Argentina quienes consideran a estos vocablos sinónimos y denominan " lucro cesante " , lo que nuestro Derecho llama perjuicio.

La legislación mexicana, concretamente en el código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal, en sus artículos 1916, 2108 y 2109, definen al daño como sigue: (9)

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

ARTICULO 2108.- Se entiende por daños, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación. ( daño patrimonial )

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

CONCLUSION.- De lo expuesto anteriormente y estipulado por nuestra ley, se desprende una clara y precisa clasificación del daño, el cual se puede dividir primordialmente en DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL.

La materia que se relaciona con el año, exige para su exacta comprensión y aplicación, numerosas distinciones de las que más adelante hablaré, pero la distinción fundamental que se expresa en nuestro código Civil, es sin duda la mencionada en el párrafo antecedente, como se desprende de los artículos ya citados líneas antes, que se complementa con lo establecido por los artículos 30, 30 Bis y 31 del código penal enunciado.

## 8.- EL PRIMER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.

El daño es el primer elemento del delito ( acto ilícito ) en el sentido estricto , puesto que sin daño , efectivamente no hay ilícito punible como refieren a éste respecto los artículos 2110 del código Civil y 31 del código Penal. (10)

A continuación se traduce lo establecido por los textos legales citados.

ARTICULO 2110 del CODIGO CIVIL.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la

falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

ARTICULO 31 del Código Penal.- La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

Para el caso de reparación del daño causado con motivo de delitos de imprudencia, el ejecutivo de la Unión reglamentará sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que administrativamente deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.

Al decir que este es el primer elemento de la responsabilidad, no atiendo a la cronología, pues desde éste punto de vista es razonablemente el último, como consecuencia o resultado de la acción antijurídica; lo llamaré primero en la consideración metódica, cuando el problema de la responsabilidad del agente comienza a plantearse al existir un daño causado.

En presencia de éste daño, el juez o el jurista tiene que preguntarse luego si ha sido causado ilícitamente (antijuridicidad) y culpablemente (culpabilidad).

A la inversa si no hay daño alguno, resulta superfluo indagar la existencia de los otros dos elementos antes citados. (11).

## 9.- DOBLE ACEPTACION DEL DAÑO.

Del Daño puede hablarse en dos sentidos diferentes: (12)

a).- En uno amplio, se identifica simplemente con la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera, y es claro que con esta acepción, todo acto ilícito por definición debe producirlo. La acción u omisión ilícitas, entrañan siempre una invasión en la esfera jurídica de otra persona y en este sentido general puede decirse que ésta persona sufre un daño, aunque el hecho no haya lesionado sus valores económicos ni afectado su honor o sus afecciones íntimas tuteladas por la ley.

Como ejemplo de lo anterior, se tiene el simple uso comercial de la fotografía ajena sin el consentimiento de la persona fotografiada, puede afirmarse que causa un daño a ésta persona y le da derecho a la acción para hacer cesar ese uso ilícito, aunque no hiera sus intereses patrimoniales y aunque no pueda invocarse ante los tribunales un daño moral indemnizable.

b).- Sin embargo nuestra legislación da al daño, relativamente a la responsabilidad una significación muy precisa e ilimitada, significando el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones ( daño material, artículo 2108 del Código Civil citado ), o bien en hipótesis particulares como la lesión al honor, a los sentimientos, a las creencias, el decoro, etc., ( artículo 1916 del ordenamiento civil referido acerca del daño moral ).

Solo en este sentido especial y estricto, debe entenderse el principio antes señalado, de que no hay acto ilícito punible a los efectos de la responsabilidad, sin daño causado.

Cuando no se trata de establecer esta responsabilidad, sino de otro efecto cualquiera ( cesación de la acción antijurídica, destrucción de lo hecho ilícitamente etc.. ), también hay acto ilícito punible, según señalé sin necesidad de que exista un daño material o moral indemnizable.

En suma, lo objetivamente ilícito, autoriza siempre a exigir el restablecimiento de la situación conforme a derecho, pero sólomente la ilicitud que causa un daño en el sentido específico que mencioné, da lugar a la reparación del mismo.

Distinguidas las dos acepciones de la palabra " daño " las cuales son usadas sin mucho rigor en esta materia, con grave perturbación de la teoría y sus aplicaciones, se debe entender que todo acto ilícito injuria a un derecho o a un interés ajeno.

#### 10.- DAÑO PATRIMONIAL O MATERIAL.

Daño material es simplemente el que menoscaba el patrimonio como conjunto de valores económicos y que por tanto es susceptible de apreciación pecuniaria.

En esta categoría se comprenden los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, así como también los que afectan las facultades o aptitudes de la persona consideradas como fuentes de futuras ventajas económicas ( vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc. ), e inclusive los que resultan de la lesión del honor o de los sentimientos en la medida en que ella repercute sobre la capacidad de trabajo o sobre la atención de los negocios. (13)

El daño patrimonial consiste en el menoscabo del patrimonio en sí mismo, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales y previstas.



La idea de menoscabo es esencial en el concepto del daño que estudio, para que haya daño material, no basta efectivamente la mera alteración de los elementos del patrimonio lo cual puede ocurrir cuando el ilícito produce perjuicios y ventajas que se compensan ( *compensatio lucri cum damno* ) o cuando el afectado por el acto ilícito recibe un valor económico equivalente al que perdió; o bien cuando se trata de meras alteraciones materiales que no disminuyen el valor general del patrimonio.

En éstos casos, aunque no corresponda acción de resarcimiento, puede haber la necesaria para exigir la restitución de las cosas al estado anterior ( reparación in natura ), aunque se prueba que no existe menoscabo real alguno, no habrá daño en el sentido estricto que he señalado, pero si en aquél otro más amplio.

El daño patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas: (14)

1.- Como pérdida o disminución de valores económicos ya existentes; esto es, como un empobrecimiento del patrimonio ( daño emergente o positivo ).

2.- Como frustración de ventajas económicas esperadas; es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto ( lucro cesante ).

La indemnización debe en principio comprender ambos aspectos del daño, salvo los casos en que la ley haya dispuesto expresamente otra cosa

A menudo el acto ilícito produce ambas clases de daño, pero puede ocasionar sólo un daño emergente sin lucro cesante; por ejemplo, las heridas corporales que no impiden al lesionado el desempeño de su trabajo; en la destrucción o deterioro de cosas muebles no fructíferas; o bien sólo un lucro cesante sin daño positivo como ocurre frecuentemente en los actos ilícitos que lesionan el honor, o el prestigio de una persona y determinan la pérdida de un trabajo o cargo remunerado o la frustración de un negocio.

El daño emergente es por lo común, susceptible de una apreciación más o menos exácta ( salvo cuando además es parte futuro ), cuando se trata de la pérdida o disminución de valores ya existentes en el patrimonio, su estimación puede efectuarse en general de un modo muy preciso.

En cuanto al lucro cesante, conforme a lo expuesto, consiste en la frustración de ganancias que la víctima podía razonablemente esperar de acuerdo a las circunstancias generales o especiales del caso, si no hubiese sucedido el acto ilícito.

Puesto que se trata en rigor de ganancias supuestas, su determinación ofrece bastante latitud no sólo en su monto, sino también en su existencia misma, son ganancias en cierto sentido imaginadas, desde que consisten en las ganancias que verosíblemente se habrían obtenido por la víctima suponiendo que se hubiesen mantenido las demás circunstancias necesarias. De aquí que como se ha observado, sea corriente que la víctima a la manera de la lechera de la fábula invoque ganancias sólomente soñadas, para conjurar éste peligro se reconoce unánimemente que el lucro cesante indemnizable deba ser también cierto, como el daño emergente mismo, lo cual importa poner un límite objetivo a los frecuentes excesos subjetivistas.

El daño patrimonial es por tanto, aquél que recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona en sus derechos o facultades, así es daño material o patrimonial directo el que sufren los bienes económicos destruidos o deteriorados y daño patrimonial indirecto por ejemplo los gastos realizados ( daño emergente ) por la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran ( lucro cesante ) por efecto de la incapacidad para el trabajo sobrevinida a la víctimas como consecuencia de un daño a su salud o a su integridad corporal.

#### 11.- DAÑO PRESENTE Y FUTURO.

Desde el punto de vista de la doctrina, el daño ( como emergente o como lucro cesante ) tiene otras clasificaciones: Presente ( o actual ) y futuro. (15)

El daño presente lo define SALVADOR OCHOA OLVERA diciendo que daño actual es el que se da en el momento en que surge la controversia y cuya existencia, magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce. (16)

ALFREDO ORGAZ manifiesta que el momento que se considera para esta distinción es el del fallo. El juez al dictar sentencia y condenar al autor del delito a las reparaciones consiguientes puede encontrar que el daño positivo se ha consumado ya totalmente o sólo en parte, también el lucro esperado puede aparecer ya como fallido en el todo o parcialmente. (17)

Al respecto cabe aclarar que el daño o parte de él debe ser actual y ya estar acreditado en el juicio, porque de no existir daño alguno, aunque se deduzca y aparezca como posible, el acto ilícito no estaría integrado a los fines de la responsabilidad.

Quien demanda un daño, en consecuencia debe probar la existencia de ese daño actual o presente en alguna medida, pues el Derecho en éste caso, no persigue fines preventivos o represivos, sino el restablecimiento al estado anterior al daño.

Quando el daño positivo ya se ha consumado o sucedido, el lucro esperado también está ya fenecido, se tiene un daño actual o presente, ésta distinción tiene interés a los fines de la determinación del perjuicio y de su resarcimiento, ya que el daño emergente consumado puede lograr su comprobación con gran exactitud, sin perjuicio de las posibles complicaciones que puedan ofrecer las diligencias judiciales correspondientes, lo mismo cabe decir del daño consumado parcialmente en la medida en que lo está.

Por lo que hace al daño futuro, SALVADOR OCHOA OLVERA, señala que nunca presenta en el momento de la controversia, las tres características del daño actual: es decir, existencia, magnitud y gravedad, sino que al producirse el hecho ilícito, éste es consecuencia directa del evento dañoso que se actualiza con posterioridad. ( 18)

Por su parte ALFREDO ORGAZ, dice que el daño futuro no es el que podría entenderse de acuerdo con la literalidad del vocablo, sino sólomente el que aún no se ha producido pero que aparece desde ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias y la experiencia de la vida. ( 19)

En base a lo anterior, el juez debe analizarlo y considerarlo al fijar el resarcimiento, pues al dictar sentencia por ejemplo, comprueba que el lesionado en su salud deberá continuar realizando algún tiempo más los gastos necesarios para su atención y curación médica, pues su restablecimiento físico necesitará una operación quirúrgica más o menos próxima con los gastos correspondientes.

Del ejemplo anterior, el daño aunque futuro, es cierto y se muestra sólo como la prolongación de un daño ya presente o actual, de tal suerte que el juez debe analizarlo y estimarlo al fijar la indemnización.

Pero también puede ocurrir a la inversa, que el daño presente deba ser, según las previsiones normales, disminuido en el futuro y aún desaparecer totalmente. Retomando el ejemplo señalado, la persona que sufre una lesión en una parte de su cuerpo, con el descanso y ejercicio debe recuperar enteramente su salud afectada.

Estas mismas hipótesis pueden formularse respecto del lucro cesante, ya que al momento de dictarse la sentencia, la ganancia esperada se ha perdido definitivamente, o sólomente se puede prever como posible en un tiempo futuro, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Todas estas contingencias, deben ser atentamente analizadas por el juez al fijar la indemnización.

El daño eventual, a diferencia del daño futuro que se desprende de un daño actual y cierto, es aquel cuya existencia depende de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con este a la formación del perjuicio, pero dichos acontecimientos darán origen a otro tipo de daño, que hasta el momento que se da, podrá apreciarse con certeza.

## 12.- DAÑO DIRECTO E INDIRECTO.

Otra clase de daño conforme a la doctrina y nuestra ley, es el que se denomina daño directo y daño indirecto.

Dentro de la doctrina, esta clasificación tiene dos significados diferentes. (20)

a).- Daño directo es el que afecta directa e inmediatamente las cosas de que se tiene dominio o posesión ( artículo 2110 del Código Civil ); y daño indirecto es el que recae sobre el patrimonio sólo como una consecuencia mediata, por mera repercusión de un perjuicio causado inmediatamente a la persona misma, o a sus derechos y facultades.

B).- El otro significado más importante, resulta de la definición de daño directo, el cual sostiene que es aquel daño que sufre la víctima inmediata del acto ilícito, como ya se dijo en la acepción anterior, recae directamente al patrimonio o indirectamente en él, por el mal hecho a la persona o a sus derechos y facultades: Así como de la definición de daño indirecto, el cual le resulta a toda persona ajena o distinta de la víctima inmediata, como por ejemplo el daño que se produce a la persona y le cause la muerte, incapacidad total o permanente, total temporal, o parcial temporal ( damnificado directo ); y damnificados indirectos, serán aquéllas personas con carácter de padres, cónyuges, hijos, así como aquélla que tenga derecho a indemnización por el acto ilícito cometido en contra de la víctima, como lo dispone el artículo 1915 del Código Civil.

ARTICULO 1915.- 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.

Quando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal, o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base, el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que este en vigor en la región y se entenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los HEREDEROS DE LA VICTIMA.

En las doctrinas alemanas, Italiana y Argentina, en concordancia con la nuestra, distinguen entre el interés inmediato tutelado por la ley, y el interés de los terceros lesionados sólo de manera mediata y eventualmente; el daño de la esposa, del hijo o de los padres descrito en el inciso "b" de este tema, al igual que en esas legislaciones, la nuestra lo considera daño indirecto. (21)

En rigor, en el homicidio no hay damnificado directo, pues el muerto no puede ser considerado como quien sufre patrimonial o moralmente por su muerte, sino son los afectados indirectos (padres, cónyuge, hijos etc.) o los que sufren tanto moral como patrimonialmente.

De los primeros como de los segundos significados narrados en este trabajo, debe decirse que nuestra legislación civil como penal, estipulan que tanto el daño directo como el indirecto son legalmente indemnizables si se dan los requisitos generales establecidos en los hechos respectivos.

Por el contrario en la legislación Francesa, el daño indirecto no es reparable, como tampoco lo es en la legislación Argentina.

SALVADOR URDIA OLVERA define al daño directo como aquel que sufre el agraviado del hecho delictivo.

Define el daño indirecto (replejo) como el sufrimiento del mismo daño por una persona distinta del agraviado inmediato. (22)

### 13.- LOS REQUISITOS DEL DAÑO PATRIMONIAL INDEMNIZABLE.

El acto ilícito al lesionar a una persona en sus intereses económicos, produce innumerables alteraciones o modificaciones, no sólo con respecto a la persona misma que es la víctima, sino también con relación a otras personas que se hallan vinculadas con aquella y que indirectamente reciben del mismo acto ilícito un perjuicio.

El Derecho no impone al autor del acto ilícito, como es razonable, la obligación de responder de todas y cada una de las consecuencias que de cualquier modo se hayan originado o derivado de su conducta o acto, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de la actividad individual y de los intereses de la sociedad misma, los cuales el Derecho trata de regular y proteger. (23)

De aquí la necesidad de establecer los límites de ésta responsabilidad o de otro modo, los requisitos que debe reunir el daño patrimonial para que sea jurídicamente resarcible.

Nuestra legislación Civil y Penal fijan los límites del daño patrimonial en los artículos que a continuación se detallan:

CODIGO CIVIL, LIBRO CUARTO, TITULO PRIMERO, CAPITULO V.- De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos: (24)

ARTICULO 1910.- 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.

TITULO CUARTO, CAPITULO UNO.

ARTICULO 2112.- Si la cosa se ha perdido o ha sufrido detrimento tan grave que a juicio de peritos no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella.

ARTICULO 2113.- Si el deterioro es menos grave, sólo el importe de éste se abonará al dueño al restituírle la cosa.

ARTICULO 2114.- El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época.

ARTICULO 2115.- Al estimar el deterioro de la cosa, se atenderá no solamente a la disminución que él causo en el precio de ella sino a los gastos que necesariamente exija la reparación.

ARTICULO 2116.- Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

Todos estos preceptos tienen relación inmediata y directa con lo sustentado por el artículo 2110, que establece:--

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

Por su parte, el Código Penal, en su libro primero, título segundo, capítulo V, referente a la sanción pecuniaria establece:

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

ARTICULO 30.- La reparación del daño comprende:

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

II.- La indemnización del daño material y moral y 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.

ARTICULO 31.- La reparación será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

ARTICULO 35.- Párrafo segundo:

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

ARTICULO 37.- El cobro de la reparación del daño se hará efectivo en la misma forma que la multa.

ARTICULO 38.- Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.

Una vez delineado los límites que nuestra legislación establece para el daño, hay que explicar los requisitos que tanto la ley como la doctrina establecen en esta materia; a saber: (25)

a).- Que haya relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño (tema del que hablaré en el capítulo siguiente).

B).- Que el daño sea cierto.

C).- Que el daño sea personal del accionante.

De estos dos últimos requisitos hablaré en los incisos que completan el trabajo de éste capítulo.

D).- Que resulte de la lesión de un Derecho subjetivo o de un bien protegido por la ley, de tal suerte que el accionante pueda ser considerado un damnificado en sentido jurídico ( tema que se tratará en el capítulo cuarto de esta tesis ).

Por lo que hace al daño insignificante, diré que aunque este tipo de daño, como la palabra lo indica, sea pequeño debe ser tomado en consideración puesto que puede ser apreciado económicamente, el puede ser y debe determinar la condenación del autor a repararlo, siquiera para que la violación de la ley no quede impune y se de al lesionado la satisfacción que merece; y si esa apreciación no es posible, ya se sabe que el juez puede en tales casos fijar una suma prudencial, pero rechazar la demanda cuando se ha comprobado la existencia e ilegalidad de un daño cierto sólo porque esto es escaso o pequeño ( mínimo ), es apartarse de los principios que rigen la responsabilidad.

SALVADOR OCHOA OLVERA considera necesario determinar los tipos de daño, en virtud de los requisitos esenciales para determinarlo, para que posteriormente, con conocimiento de causa se pueda distinguir entre el tipo de daño que se cause y la relación jurídica que nace entre los sujetos activos y pasivos de la misma y poder concluir como operará la reparación del agravio en beneficio de la persona que ha sufrido detrimento en sí misma o en su patrimonio. (26)

Establece que los requisitos para que el daño patrimonial sea indemnizable son: Ser un daño actual o presente, cierto, directo o indirecto, personal y que exista relación de causalidad.

#### 14.- EL DAÑO CIERTO.

Otra denominación que se da al daño es el calificativo de " cierto ", ésto significa que debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, presente o futura, directa o indirecta y aunque todavía no pueda ser determinado su monto.

Por otra parte éste concepto general tan claro y sencillo puede verse complicado y obscurecido cuando se aplique concretamente, la circunstancias particulares tiene aquí influencia decisiva y esto explica la imposibilidad de establecer criterios inflexibles.



Para apreciar mejor las diferentes modalidades que pueden asumirse, es conveniente considerar las distinciones antes señaladas del daño. (27)

PRIMERO.- Cuando se trata de apreciar el daño emergente que además es presente, la certidumbre suele adquirir la máxima expresión: El daño es cierto en su existencia como ya sucedido y también en su monto ya determinado, de tal suerte que puede ser fijado en una cifra aritmética, como es el caso de las cosas destruidas o deterioradas como lo describen los preceptos legales invocados en el inciso precedente.

SEGUNDO.- Cuando se trata de un daño emergente, en parte futuro, con el sentido ya indicado, el requisito de la certidumbre existe con respecto a éste daño futuro, cuando se trata de consecuencias del acto ilícito que aparecen desde ya como la prolongación inevitable del daño actual ya sucedido.

En este caso, es claro que no se trata de un daño sólo posible o eventual desde el punto de vista de que existe certeza de que la prolongación se ha de producir, su monto en cambio es indeterminado aun, pero el juez debe prudencialmente calcularlo para fijar la indemnización.

Entre estas distinciones señaladas, es claro que la certidumbre del daño es cierto, aunque sea futuro, en el primer caso ya se encuentra determinado su monto y en el segundo caso el monto del mismo no puede determinarse aún.

TERCERO.- Respecto al lucro cesante, el daño se considera cierto cuando las ganancias frustradas debían lograrse por la víctima con suficiente probabilidad, de no haber ocurrido el acto ilícito.

No se trata de la mera posibilidad de esas ganancias, pues como no se esperaba el daño, la probabilidad del lucro es cierta, tampoco de la seguridad de que ya se habría obtenido, ya que tal certeza no puede lógicamente existir con respecto a las ganancias en cierto modo supuestas como he dicho.

El criterio a seguir y aplicar es uno intermedio entre esos dos extremos, el de la probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Esas circunstancias que se dan en este tipo de daño pueden ser generales o especiales.

En las circunstancias generales, el responsable debe resarcir a la víctima de las ganancias que cualquiera habría podido obtener en la misma situación antes del daño, de acuerdo con el curso ordinario de las cosas, aunque pretendiese que el lesionado es persona de inteligencia inferior a la normal.

La aplicación más frecuente de esta regla es la que impone la condenación por los intereses cuando se trata de obligaciones de sumas de dinero, se considera que el dinero es por sí mismo productor de frutos, cualquiera que sea su poseedor.

El responsable sin embargo, podría demostrar que en virtud de alguna circunstancia en especial y bien caracterizada, la víctima no habría logrado en el caso concreto las ganancias comunes u ordinarias.

Las circunstancias especiales son en efecto de particular consideración para apreciar la existencia y el monto del lucro cesante, puesto que la indemnización debe procurar la reparación del daño realmente sufrido por la víctima y no por otra persona cualquiera.

Este principio llamado del interés o de la individualización del daño, exige con respecto al lucro cesante, la contemplación de las ganancias esperadas, no sólomente en relación a las circunstancias generales del caso sino también a las especiales, particularmente a las medidas y providencias adoptadas, pues como dice el artículo 232 del Código Civil Alemán; si el lesionado pretende haber sufrido un lucro cesante superior al ordinario y prueba que podía con suficiente probabilidad, esperar ganancias mayores, de acuerdo con las medidas que había adoptado o con sus excepcionales aptitudes, éste será el lucro cesante " cierto " a resarcir por el responsable.

#### 15.- EL DAÑO PERSONAL.

Esta clasificación de daño, es desde el punto de vista del sujeto titular de la acción de resarcimiento, el daño deber ser personal del accionante, se trate de una persona física o de una persona moral, sea este daño directo o indirecto, presente o futuro.

Esto significa que nadie puede pretender sino la reparación de un daño que le es propio y que ( salvo el caso de reparación legal o convencional ) no puede incluir en su pretensión los daños sufridos por terceros, aunque uno y otro hayan derivado del mismo acto ilícito.

El principio señalado es obvio, pero no quiere literalmente decir que quien pretende la indemnización no pueda invocar en ciertos casos el daño de terceros, como elemento de su propia pretensión. (28)

A veces éste perjuicio de terceros, constituye a la vez un perjuicio del accionante en razón de una obligación legal o convencional preexistente; por ejemplo, la persona lesionada en su salud puede naturalmente incluir en su demanda el importe de los alimentos que ha dejado de suministrar a su familia o a los demás parientes dependientes, durante el tiempo en que duró su restablecimiento y no realizó su actividad de trabajo que le permitía esa ganancia; otro ejemplo: El dueño de la cosa destruida, puede reclamar el importe de su propia obligación hacia el tercero a quien estaba obligado a transmitir esa cosa, cuando había tomado a su cargo el caso.

En estos supuestos y en todos los demás casos en que el accionante estaba obligado hacia un tercero, el perjuicio de éste es al mismo tiempo el de aquél y solamente en virtud de esa circunstancia puede válidamente incluirlo en su pretensión.

Tampoco la necesidad de que un perjuicio sea personal, significa que la acción de indemnización del daño patrimonial no sea susceptible de cesión a terceros.

**CONCLUSION.** Considero que aunque en este capítulo del trabajo de tesis, únicamente traté lo referente al daño patrimonial, proporcionando las definiciones que de éste dan los pocos estudiosos de la materia, cabe concluir que nuestra legislación regula con gran exactitud y precisión lo que es el concepto o figura jurídica de " DAÑO ", los elementos que lo integran, las condiciones específicas de cada uno de los tipos o divisiones de él y que se traducen en sus dos clasificaciones principales, que son el DAÑO PATRIMONIAL Y EL DAÑO MORAL.

Como he dejado explicado en éste capítulo, únicamente se estudió y trató al daño patrimonial, pero las disposiciones que la doctrina enuncia y que corresponden al daño presente ( actual ) y futuro, directo e indirecto, y personal no obstante que no están expresamente contenidas en los preceptos legales de nuestra legislación; tanto civil como penal, fué necesario su estudio puesto que van aparejados a las dos clasificaciones mencionadas en la parte final del párrafo que antecede, dejando la segunda de ellas para su estudio en el capítulo séptimo de éste trabajo.

#### BIBLIOGRAFIA.

1.- DE CUPIS, ADRIANO. " El daño ". Traducción de la segunda edición Italiana, por Bosch casa editorial S. A., Barcelona España, 1975, págs. 81, 82.

2.- Idem. pág. 83.

- 3.- Idem. págs. 84, 129.
- 4.- Idem.
- 5.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. " La demanda por daño moral ". Primera edición, publicaciones Mundo Nuevo, México, 1971, pág. 1 y ss.
- 6.- Idem.
- 7.- Idem.
- 8.- Idem.
- 9.- CODIGO CIVIL DEL D.F. Y FEDERAL. Op. Cit.
- 10.- CODIGO PENAL DEL D.F. Y FEDERAL. Op. Cit.
- 11.- ORGAZ, ALFREDO." El daño resarcible ". Segunda edición, editorial bibliográfica, Buenos Aires Argentina, 1960, págs. 33 y 36.
- 12.- Idem. pág 37.
- 13.- Idem. pág. 38.
- 14.- Idem. pág. 42 y ss.
- 15.- Idem. pág. 45 y ss.
- 16.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. pág. 6.
- 17.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pág. 46 y ss.
- 18.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. pág. 6.
- 19.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pág. 40.
- 20.- Idem. pág. 49.
- 21.- Idem. pág. 50 y ss.
- 22.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. pág. 6.
- 23.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pág. 50.
- 24.- CODIGOS CIVIL Y PENAL DEL D. F. Y FEDERALES. Op. Cit.
- 25.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pág. 51 y ss.
- 26.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. pág. 5 y 6.
- 27.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pág. 94 y ss.
- 28.- Idem. pág. 113 y ss.

## CAPITULO III.

## LA RELACION DE CAUSALIDAD.

## 16.- ENUNCIADO GENERAL.

La doctrina general en el Derecho, señala que para que un daño deba repararse jurídicamente, es preciso que haya sido causado por el responsable con su acción u su omisión. (1)

En el Derecho Mexicano son elementos de la responsabilidad, los siguientes: (2)

- a).- La comisión de un daño.
- b).- La culpa.
- c).- La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Logicamente toda responsabilidad supone en primer lugar que se cause un daño.

En segundo término que alguien haya causado ese daño procediendo con dolo o simple culpa.

Finalmente que medié una Relación de Causalidad entre el hecho determinante del daño y éste último.

Si no existiere un daño en la más amplia acepción de la palabra, comprendiendo también el perjuicio; o sea, la privación de una ganancia lícita, es evidente que para el Derecho no puede existir responsabilidad; es decir, obligación aún y cuando hubiere dolo en el agente y existiera la relación de causa--efecto de que se ha hablado, que en este caso propiamente no podría referirse al hecho y al daño, toda vez que éste por hipótesis no se causaría, sino tal relación sólo podría mediar entre el hecho y la culpa.

Pero de este tema ya hablé en el capítulo precedente cuando se analizó el concepto de daño, sus requisitos, formas o tipos etc.

El segundo de los elementos enunciados, que es la culpa, también es esencialísimo, pues la reparación del daño

sólo se presenta como una sanción que se aplica a aquél que procedió con dolo o con culpa, conceptos de los que ya hablé (supra 4 Culpabilidad), pero que nuevamente volveré a tratar en el inciso 18.

Por último, la relación de causalidad entre el hecho y el daño es esencial, pues lógicamente no puede hacerse responsable a alguien de las consecuencias perjudiciales que no puedan imputarse directa o indirectamente a su actividad.

En el Derecho Penal Mexicano, la responsabilidad que causa un daño moral, se determina por el simple hecho de que se haya exteriorizado el pensamiento a través de los actos para la preparación o comisión de un delito tal y como lo establecen los artículos 12, 13 y 14 del Código Penal.

De lo vertido destaca claramente el tercer elemento de la responsabilidad, que es el que estudiaremos a continuación;

Empezaré por dar la definición que los juristas mexicanos dan de la Relación de Causalidad:

RAUL CARRANCA Y TRUJILLO señala que entre la acción y el resultado debe haber una relación de CAUSA- EFECTO; causa es por tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado, como la que lo origina mediatamente; o sea, por elementos inoperantes "per se", pero cuya eficacia dañosa es aprovechada. (3)

Tanto la acción Strictu Sensu (acto) como la omisión se integran por estos elementos pero en el acto la manifestación de voluntad es siempre un movimiento muscular, mientras que en la omisión es inactividad; el resultado en el acto es cambio sensible a los sentidos y en la omisión puede serlo, pero también puede ser simple conservación de lo existente; y en cuanto a la relación de causalidad que en el acto es fuerza directamente causal del resultado, en la omisión carece de esa eficacia directa por razón de la misma inactividad pero no de la directa.

Por su parte FERNANDO CASTELLANOS TENA sostiene que entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa, el hacer del agente una cosa positiva. (4)

Por supuesto sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo, a cuyo elemento objetivo CELESTINO PORTE PETIT, denomina "hecho". (5)

Serio problema es el de determinar, cuales actividades humanas deben ser tenidas como causas del

resultado. ¿ Con qué criterio se puede determinar esta circunstancia, necesaria para que el daño o perjuicio le pueda ser imputado jurídicamente a su autor ?.

Al respecto existen dos corrientes: (6)

UNA.- La corriente Generalizadora que afirma que todas las condiciones productoras del resultado, considérense causa del mismo.

DOS.- Corriente Individualizadora que establece que debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad y cantidad.

ALFREDO ORRAZ , en su tratado de daño resarcible, trata de darnos las respuestas a esa interrogante y nos dice que el tema empezó a plantearse a mediados del siglo pasado, que en aquél tiempo el tema apenas era rozado por los juristas y por los jueces como una de esas nociones empíricas que por lo mismo, se amoldan y se deforman según el gusto de cada uno. (7)

Esto explica, asimismo, que en los Códigos Penales y Civiles de esa época o de la inmediata posterioridad no se contenga ninguna regla sobre el requisito de la conexión causal.

Esta relativa modernidad del problema, se justifica, sobre todo, porque en la mayor parte de los casos, la cuestión de la relación causal no necesita plantearse explícitamente, ella se muestra tan clara que basta la apreciación empírica, y se puede dar como ejemplo el caso del automovilista que atropella violentamente a un peatón y éste muere aplastado por el vehículo, nadie pondrá en duda que el manejador causó la muerte del peatón. Si además la causó ilícitamente y con culpa, su responsabilidad penal y civil resultará inevitable.

Pero basta variar un poco los elementos del ejemplo anterior para que la vinculación causal aparezca oscurecida y más vaga, sobre todo si en el acto del presunto responsable y el daño se han interpuesto algunas circunstancias particulares, sean de origen natural, sean de la propia víctima o de un tercero.

Retomando el ejemplo, el automovilista atropella al peatón y solamente le causa lesiones, pero éste padecía una enfermedad cardíaca o de hemofilia y muere por éstas últimas causas, o bien fallece por efecto de la anestesia a que se le sometió para su curación, o bien a causa de las heridas que recibió, pero con la circunstancia de que la atención médica no fué la correcta o muy deficiente, éstos y otros ejemplos análogos obligan a los fines de la responsabilidad a formular esta interrogante. ¿ Debe considerarse al automovilista, en tales casos como autor o causante de la muerte del peatón ?.

La respuesta a esta pregunta es de real interes tanto en materia penal para la aplicación de la pena, como en materia civil para la reparación del perjuicio.

Pero este jurista sin embargo y a pesar de los ejemplos que proporciona, no contesta ni da la respuesta a las interrogantes planteadas, pues unicamente nos da las variantes o circunstancias que dicho ejemplo tiene sin determinar en el caso concreto, si es o no responsable el automovilista de la muerte del peatón. (8)

Retomando lo narrado por el jurista RAUL CARRANCA Y TRUJILLO (9), en el sentido de que el Derecho Mexicano es de resultado, a lo vertido por el profesor FERNANDO CASTELLANOS TENA, en el sentido de que nuestro Derecho se basa en la Teoria de la Equivalencia de Condiciones ( de la que más adelante hablaré ), por lo sustentado por el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, respecto a la responsabilidad derivada y establecida por los artículos 1915, 1916, 1919, 2112 al 2116 todos del Código Civil y por los artículos 29, 30, 31, 35, 37, 38 del Código Penal ya tratados, pero fundamentalmente a lo dispuesto por los preceptos 303, 304, 305, 315 al 319 del ordenamiento criminal invocados, que nos definen clara y precisamente como se pueden apreciar las interrogantes planteadas es este trabajo y que son : ¿ QUE ACTIVIDADES HUMANAS DEBEN SER TENIDAS COMO CAUSA DEL RESULTADO ? : Y ¿ CON QUE CRITERIO SE PUEDE DETERMINAR ESTA CIRCUNSTANCIA NECESARIA PARA QUE EL DANO O PERJUICIO LE PUEDA SER IMPUTADO JURIDICAMENTE A SU AUTOR ? : Es así como podrá dar la respuesta adecuada a las mismas, que como ya deje asentado no las proporcionó el jurista ALFREDO URGAZ en su ejemplo el cual tome como referencia para compararlo con los siguientes artículos: (10)

ARTICULO 303 CODIGO PENAL.- Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios.

II.- Que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionado:

III.- Que si se encuentra el cadáver del acciso, declaren dos peritos despues de hacer autopsia, cuando esta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello en las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el código de procedimientos penales.



Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fué resultado de las lesiones inferidas.

ARTICULO 304 del CODIGO PENAL.- Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y

III.- Que fué a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

ARTICULO 305 DEL CODIGO PENAL.- No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió; cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se ubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodean.

Por lo que se refiere a los artículos del 315 al 317 del Código Penal, nos definen el tipo de actividad humana desplegada en el homicidio y las lesiones, así como el entendimiento jurídico que se les da a las mismas ( criterio ).

Por otra parte, ya que el suscrito tampoco ha dado respuesta concreta a la interrogante planteada en el ejemplo propuesto por el jurista ALFREDO ORSAZ, acerca de si el automovilista es responsable de la muerte del peatón, aún con las variantes planteadas, en base a lo vertido por nuestros juristas RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, FERNANDO CASTELLANOS TENA, CELESTINO PORTE PETIT, y a nuestra Legislación, concluyo que EL AUTOMOVILISTA DEL EJEMPLO SI ES RESPONSABLE DE LA MUERTE DEL PEATON, independientemente de la serie de circunstancias en que se haya producido, lo anterior en base a lo que estoy de acuerdo con la corriente generalizadora de la relación de causalidad y con las definiciones que de ésta dan nuestros autores la cual se resume en la siguiente forma:

LA RELACION DE CAUSALIDAD, es el enlace que se da entre la acción o conducta y el resultado, siendo ese enlace una relación de causa-efecto, que no es otra cosa que un hacer o un no hacer del agente.

Asimismo, antes de concluir con el trabajo de este inciso, es conveniente y necesario, traducir lo que el jurista italiano ADRIANO DE CUPIS, define como relación de Causalidad en conjunción con el daño. (11)

Este autor en su obra, explica que el contenido jurídico del daño, esta ante todo en función de la relación de Causalidad, entre el hecho productor del daño y el daño; o sea, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere en primer lugar, establecer límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de la responsabilidad.

Relación de Causalidad es el ligamen que se produce entre dos diversos fenómenos, por virtud del que uno asume la figura de efecto jurídico con respecto al otro. Cuando un fenómeno subsiste en razón de la existencia de otro, aquél se dice causado por éste, porque una relación de causalidad tiene lugar entre ambos.

Más precisamente, relación de causalidad, es el nexo etiológico material ( objetivo o externo ) que liga un fenómeno a otro y que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación al sujeto humano.

A la imputación material se puede acompañar la imputación psicológica, en cuanto se haya actuado con un estado anímico culposo, pero una especie de imputación no debe mezclar otra, igual que la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa.

Se causa un daño por un hecho humano y por tanto se imputa a su autor, cuando por virtud de aquél cambio de las condiciones del mundo exterior, que ésta constituido por un " facere " del hombre, o bien por la ausencia de mutación de condiciones que corresponde al " non facere ". Un perjuicio viene aparejado a un interés humano por lo que si el facere o no facere del hombre, se integra con el elemento psicológico de la culpa, el daño no se causa sólomente por un hecho del hombre, sino que ésta ligado a un estado psicológico defectuoso por lo cual se puede decir que un daño causado por un hecho humano no requiere de modo alguno que aparezca calificado por la culpa, puesto que la presencia de la culpa, añade a la relación de causalidad un elemento que no puede confundirse con él.

Con lo que precede se ha descrito genéricamente la esencia de la Relación de Causalidad, pero se ésta todavía lejos de haber precisado en que consiste.

Sostener que el daño se puede decir causado por el hecho del hombre, cuando esta ligado a él por un nexo material etiológico esta bien, pero precisamente aquí se plantea el problema.

¿ Cuándo puede decirse o afirmarse que subsiste el nexo etiológico ?.

La respuesta parece que que debe suministrarse por las ciencias naturales, ya que ellas puedan decir cómo y cuándo dada una frecuencia de fenómenos uno de ellos puede considerarse efecto del otro en vez de un simple " posterius " que sigue a un " prius " ; ahora bien, tratándose de materia tan delicada e importante como la responsabilidad, el Derecho no puede por su misma exigencia de certidumbre remitirse " sic et simpliciter " a una noción extrínsecamente presumida. (12)

El la solución del referido problema confluyen diversas formas o corrientes de pensamiento, y el Derecho faltaría a su misión si no interviniera para dar a la causalidad una propia y específica noción. A la exigencia de certidumbre que lo induce a tomar posición en esta materia, se añaden aquellas exigencias de equidad y conveniencia que he referido, contrarias a que el " quantum " del daño que deba reprimirse, venga determinado con arreglo a criterios meramente naturalistas. (13)

El legislador regula la Relación de Causalidad con distintas normas en el campo penal y civil.

El en Derecho Penal después de haber fijado genéricamente la necesidad de la Relación de Causalidad a efecto de la responsabilidad, disciplina con bastante minuciosidad la relación misma estableciendo que concusas pueden ser relevantes para excluir la Relación de Causalidad y viceversa, atribuyendo relevancia a las causas que devengan suficientes para determinar el evento, extendiendo la eficacia de esta disposición al caso en que la causa preexistente, simultánea o sobrevinida consista en el hecho ilícito de un tercero.

Mucho más superficial es en contraste la normación asignada a la Relación de Causalidad en el campo Civil, en que la única preocupación del legislador parece consistir en limitar el nexo de causalidad jurídica a los daños inmediatos y directos.

Cuanto más sobria es la intervención del legislador en la norma de la Relación de Causalidad, respecto a la responsabilidad Civil, tanto más ardua es la función del intérprete en la solución de las difíciles cuestiones que se presentan en esta materia. (14)

Con fines a una adecuada solución de estas cuestiones, no se puede prescindir ni del estudio de los precedentes históricos de las normas citadas, ni del estudio de las teorías que se han elaborado en la doctrina, que pueden dar luz en la obra de interpretación de la norma misma.

A continuación: en el inciso que sigue detallaré los antecedentes históricos de la Causalidad y posteriormente las

teorías que sobre la causalidad se han suscitado en la historia, las cuales son resumidas en una forma clara y precisa por el profesor CELESTINO FORTE PETIT de la siguiente forma.

#### TEORIAS SOBRE LA CAUSALIDAD EN LA DOCTRINA. (15)

Se clasifican en dos formas:

1.- TEORIA GENERALIZADORA, su principal representante es la Teoria de la Equivalencia de Condiciones, cuyo creador fue VON BURI.

2.- TEORIAS INDIVIDUALIZADORAS, las cuales se dividen:

a).- Temporal, e incluye la teoria de la ultima condición cuyo exponente fue GRIMMAN.

b).- Cuantitativa que comprende dos teorías: La de la Condición más Eficaz, expuesta por BIRNMEYER; y la Teoria de la Prevalencia, sostenida por BINDING.

c).- Cualitativas que comprenden:

- Teoria de la Causalidad Adecuada creada por VON BAR.
- Teoria de la Tipicidad Condicionada, cuyo autor fue RANIERI.
- Teoria de la Causalidad Eficiente.
- Teoria de la Causalidad Humana exclusiva, sostenida por ANTOLISEI.
- Teoria de la Condición Cualificada señalada por GRISPIGNE.
- Teoria de la Causalidad Juridica elaborada por MAGGIORE.

#### 17.- ORIGEN DE LA CUESTION.

El problema de la Relación de la Causalidad ha sido planteado primeramente por los escritores de Derecho Penal, quienes han promovido a su alrededor un debate intrincadísimo y profundo que se prolonga aun en nuestros días. (16)

Algunos aspectos han pasado de aquí al Derecho Civil pero hasta el siglo pasado, los escritores de este Derecho no se ocupaban de él, aun en la actualidad los pocos o muchos que lo examinan lo hacen con marcado empirismo y sin penetración crítica, confundiendo a menudo la cuestión de la causalidad con la de la culpabilidad, o bien recurriendo a criterios diferentes para resolver los distintos supuestos de responsabilidad.

Quien penetra en el fondo de este debate, sobre todo del lado de los penalistas, encuentra que una de las mayores dificultades para llegar a un criterio de utilidad práctica, es el derivado del exceso de sutileza y de abstracción que se ha incorporado al tema por obra especialmente de los autores alemanes.

Esta labor enorme no ha contribuido ciertamente a aclarar el problema, sino al contrario a oscurecerlo, al punto de que quien lo sigue en su completo desarrollo se expone a sobrenadar en ese proceloso mar de cavilosasidades. (17)

Ahora bien, se estima que sin perjuicio de una esencial afinidad de las doctrinas Penal y Civil, sobre este problema que es desde luego de carácter general, cabe una especial consideración en cada uno de estos Derechos pues sus resultados no son, al menos en su totalidad, recíprocamente aprovechables.

Debe señalarse en efecto, que en derecho Penal es un principio absoluto el de la identidad entre el delincuente y el que sufre la pena, quien debe responder ante la ley penal es siempre y solamente el que ha cometido el delito con su acción u omisión; por tanto, cuando la persona es condenada criminalmente lo es por un hecho que ella y no otra ha realizado; esto es, siempre la relación de causalidad o imputación objetiva constituye un presupuesto de la responsabilidad.

En Derecho Civil esto no es lo mismo, al contrario las modernas formas de responsabilidad, van asumiendo cada vez en muchos casos, el tipo de la mera garantía; es decir, de la responsabilidad por los daños causados por otra persona, a menudo sin la menor acción u omisión imputable al responsable principal.

No hay aquí identidad forzosa entre el que deba resarcir el perjuicio y quien lo ha causado realmente.

Para poder apreciar concretamente el problema que asume el en Derecho Civil, conviene aludir a los distintos supuestos generales de la responsabilidad.

I.- En los casos de responsabilidad por hecho propio fundada sobre la culpa lato sensu, el requisito de la relación de causal se presenta con características muy similares a la requerida en la doctrina penal, la relación de causalidad debe encontrarse directamente entre la conducta del responsable y el daño; por tanto es indiferente que la conducta consista en actos materiales o en el empleo de medios morales, el instigador del delito, es también autor o causante del daño en la misma situación que los autores materiales y cómplices en cuanto a la responsabilidad.

II.- Cuando una persona responde del daño materialmente causado por otra, en los casos en que ésta

responsabilidad se funda también en una culpa personal de aquella (padres, tutores, directores, patrones, dueños de un bien, etc. ), debe considerársele asimismo autor mediato del daño causado inmediatamente por la persona subordinada (hijos, menores, dependientes empleados, etc. ).

Para la ley, la negligencia del principal en la vigilancia o educación del subordinado ha originado el acto ilícito de éste, causa inmediata del daño. El examen del nexo causal debe determinar en consecuencia en primer término, si el daño de que se queja el perjudicado fué realmente ocasionado por la persona subordinada y si no obedece por el contrario a otra causa, resuelta afirmativamente esta primera cuestión, se presume la relación causal entre la acción u omisión del culpable principal y el acto ilícito del subordinado.

III.- En los casos en que una persona responde del acto ilícito de otra, sin necesidad de culpa alguna de la primera (responsabilidad inexcusable del patrón por ejemplo), la Relación de Causalidad sólo tiene que buscarse entre la acción u omisión del dependiente y el daño. Establecida esta relación, la responsabilidad se traslada simplemente al patrón.

En este caso el patrón (principal) no puede considerarse como autor mediato del daño, sino más exactamente como "un garante" de la actuación del dependiente dentro de la órbita de sus funciones.

IV.- Cuando el daño se ha causado por las cosas animadas o inanimadas, de él responde el dueño o quien se sirve de la cosa.

Hay aquí también dos vinculaciones sucesivas entre la conducta del responsable y el daño. En primer término debe investigarse si el daño que se invoca por el animado o por la cosa inanimada, esto es, si no se debió a otra causa extraña, establecida esta vinculación material, la ley presume que la cosa causó el daño por una negligencia imputable al dueño o a quien se servía de ella, es decir, presume una relación de causalidad entre la conducta del responsable y el llamado hecho de la cosa. Puede también concluirse en definitiva que el propietario o quien se servía de ella (cosa), es jurídicamente el autor del daño.

V.- En fin en los supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva (accidentes de trabajo, daño causado por dependientes o subordinados, etc.) la conexión causal debe establecerse simplemente entre la relación de hecho, del efecto y del daño.

Establecida esta vinculación, el responsable queda obligado sin necesidad de una acción propia, no como autor del daño inmediato o mediato sino sólo como garante.

**ESTA TESTIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Esta enumeración de los diversos supuestos generales de la responsabilidad, revela que no siempre ésta exige un nexo causal entre el responsable y el daño.

Existe responsabilidad sin causalidad en Derecho Civil; a diferencia del Derecho Penal en que la causalidad es presupuesto esencialísimo de la responsabilidad.

Esta diferencia es digna de señalar, porque si en el Derecho Penal, la responsabilidad de un sujeto exige que previamente deba considerársele "autor" de un determinado resultado, en el Derecho Civil esto no rige en todos los casos pues, el responsable de un daño no es el autor del mismo.

Establecidas estas diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, volviendo a la afirmación de que la Relación de Causalidad es un problema de carácter general en el Derecho, dará el origen o antecedente histórico de ésta figura jurídica.

Al igual que el Derecho, la Relación de Causalidad tiene su origen o cuna, en el Derecho Romano, el cual a través de su desarrollo ha evolucionado y en la actualidad lo tipifica y establece el artículo 1223 de Código Civil Italiano.

En nuestro Derecho, el primer tratadista que se ocupó del tema fue el maestro RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, por lo que pasará a transcribir lo sustentado por él en su obra: (18)

El problema de la Relación de Causalidad, es uno de los más difíciles y debatidos dentro de la dogmática penal. Desde luego presenta un doble aspecto: el teórico y el práctico.

En cuanto al teórico, la diversidad de tesis dificulta no poco el tema; en cuanto al práctico, el Derecho Positivo se encarga de resolverlo concretamente con efectos imperativos y no siempre con uniformidad.

Afirma que las viejas legislaciones únicamente refirieron el problema a ciertas especies delictivas, tales como el homicidio y las lesiones; es decir, omitieron considerar la Relación Causal en cualquier otra especie delictiva, sosteniendo que sólo esos dos capítulos de delitos contra la vida y la integridad corporal requerían un específico pronunciamiento sobre el nexo entre causa y resultado. Asimismo proporciona lo que los autores extranjeros establecen por Relación de Causalidad. (19)

EDMUNDO MEZGER anota que la Constitución Criminal Carolina y el Derecho común, sancionarán dicha causalidad frente a casos concretos, particularmente tratándose de homicidio;

añade que en el siglo XIX, las legislaciones de los estados alemanes carecían, en cuanto a la causalidad, de consideraciones fundamentales de carácter general.

FRANZ VON LISZT escribe por su parte, que FEURBACH Y STUBEL entre otros, sólo atendieron a la causalidad en cuanto al delito de homicidio.

HELMUTH MAYER agrega que antes de los sistemas positivos, no se supo nada sobre el problema general de la Causalidad, este dato histórico revela en su concepto, que es la ley positiva la que regula el problema en atención a su relevancia práctica, siendo función de la dogmática penal, el sistematizar la teoría de la ley: es decir, que a partir del Derecho legislado, la Relación de Causalidad se hace presente en la doctrina al llenar un capítulo de la dogmática penal.

FRANCISCO CARRARA únicamente establece reglas causales específicas en las lesiones seguidas de muerte, concordantemente con LUIS JIMENEZ DE ASUA, quien hace la observación de que los prácticos y los antiguos escritores españoles habían ya planteado el problema en referencia a los delitos de homicidio y lesiones.

Fero al realismo penal que impera en los últimos años del siglo pasado y en los primeros de éste, independientemente de sus vaivenes, hace del problema causal, asunto de mayor importancia. Se sostiene que la conducta causa siempre un resultado y que el tema aparece relacionado con todos los delitos, ya no se trata de localizar el vínculo de causalidad exclusivamente en el homicidio y en las lesiones a la manera de CARRARA o de los prácticos, por el contrario se piensa en los albores de este siglo por los estudiosos de la cuestión que si el comportamiento humano engendra un resultado, necesariamente entre ambos debe existir una relación de causa a efecto para que el último pueda atribuirse a aquél.

VON HIPEL, expresa que un tratamiento científico y sistemático de la Relación Causal; es sólo una conquista de la época más reciente, de esta guisa la causalidad pasa a formar parte de la teoría general del delito, y el problema entonces se complica porque la evidencia manifiesta del homicidio y las lesiones, en cuanto a causa y resultado, no se advertirá tan fácilmente en otros comportamientos.

Es por esto que el dogma de la causalidad, restringida está, al sólo nexo físico, ha tenido que ser rectificado.

En efecto; la cuestión de la causalidad, había llegado a límites insostenibles, la moderna dogmática enseña, de manera incontrovertida, que hay delitos en los cuales no es posible hablar de Relación Causal con la connotación que a ésta se deba.



El profesor MARIANO JIMENEZ HUERIA, sostiene que el problema de la causalidad, se evidencia naturalísticamente en la integración y estructura jurídica de algunos delitos como el homicidio, las lesiones, los daños, el incendio etc. pero no así en muchos otros, hay un cierto retorno hoy a los postulados que intuyeron el clasismo y los prácticos, hecha la salvedad de que el problema causal y las vastas pretensiones que han tenido sirven de experiencia y límite al planteamiento y estudio de tan difícil tema. (20)

GIUSEPPE BETHIOL sostiene sobre la causalidad dentro de sus límites más precisos, que sólo en los delitos que exigen un resultado relevante para el Derecho Penal se da esta.

ANTOLISEI asimismo enseña que una modificación del mundo exterior « resultado », sólo puede ser atribuida a un hombre cuando se haya verificado como consecuencia de su acción.

De lo dicho una cosa resulta evidente para el profesor JIMENEZ DE ASUÁ; existe un gran contraste entre el planteamiento del problema en el antiguo Derecho y el esclarecimiento del asunto según las nuevas concepciones.

A tal idea del insigne autor, puede contraerse el panorama histórico del asunto, no es más que dato histórico lo que sobre el tema se hizo en el Derecho Romano, en el germánico y en el común, así como las aportaciones de los prácticos y de los comentaristas, sin hechar por la borda, claro está, el valor que de antecedente todo esto tiene.

CARPANCA Y TRUJILLO al hablar de la causalidad, que hace de la acción (acto u omisión) la causa de la que es efecto el resultado, señala que este es un problema filosófico abundantemente debatido, pues desde el punto de vista de la intencionalidad o de la imprudencia, hay causalidad subjetiva o moral, más desde el punto de vista de la acción la causalidad es objetiva o material. (21)

Esta es la que examinan las teorías alemanas magistralmente resumidas por LUIS JIMENEZ DE ASUÁ; en su lógica STUART MILL, criticó la generalizada opinión que considera como causa física uno sólo de los antecedentes que juntos forman la verdadera causa.

Dentro de estas teorías, de las que más adelante hablaré se encuentra las de la Equivalencia de Condiciones, de la Causa Próxima, de la Causa eficiente etc.

Para concluir, dejo asentado que una cosa es la idea de Causa y otra la Causa misma, « material o eficiente ».

La idea de causa se vincula, desde luego, con los problemas de la filosofía, pero siendo la causa material la condición necesaria para que un resultado sea como es, me parece evidente que en éste aspecto la lógica parece insustituible.

## 18.- CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD.

El enunciado estricto del problema, distingue netamente la cuestión de la causalidad y de la culpabilidad. (22)

Son dos cuestiones diferentes, la primera tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera - o más concretamente un daño - debe ser imputado objetivamente a la acción u omisión de una persona, tiene por fin establecer lo que los prácticos de la Edad Media llamaban "imputatio facti", y responde a la siguiente pregunta ¿ Debe ser el sujeto considerado como autor de un daño ?.

La segunda cuestión, la de la culpabilidad, se propone determinar cuándo y en qué condiciones un resultado puede ser imputado subjetivamente a su autor. Se trata ahora de establecer la "imputatio juris", responde a esta otra pregunta: El autor del daño ¿ Debe ser también considerado culpable de él, a los fines de la responsabilidad ?.

La primera cuestión es, como se ve, previa a la segunda, desde que antes de resolver sobre si el daño se debió a la acción culpable de una persona, hay que establecer que fué realmente su acción la que lo produjo. El adjetivo como siempre presupone el sustantivo. (23)

Es verdad que en la mayor parte de los casos, según hemos advertido, no se necesita formular explícitamente la distinción y la solución correcta puede obtenerse superponiendo ambas cuestiones y confundiéndolas, se trata siempre de casos en que la causalidad no suscita dudas, de suerte que todo el análisis consiente se hace en torno a la culpabilidad.

Pero el valor de las distinciones se muestra particularmente, en la consideración de los casos dudosos, y ellas tienen por fin auxiliar al pensamiento para que no se extravíe en los atajos de las dificultades. Ayuden a pensar correctamente y a llegar de modo seguro a soluciones que de otra manera, sólo se obtendría por casualidad.

En estos casos de duda, la distinción tiene que funcionar para permitir el análisis más agudo de ambas cuestiones, puede ocurrir en efecto, que el sujeto de que se

trate haya sido realmente el autor del daño, pero no responsable de él ante el Derecho por haber obrado sin culpa o intención (excluyente de responsabilidad): a la inversa, puede haber incurrido el sujeto en una culpa personal, pero no haber sido ésta la verdadera causa del daño, el cual se debería a otra persona distinta y autónoma, por ejemplo, el caso muy citado por los juristas sobre la persona que da a beber a otra un veneno, pero antes de que el veneno actúe, la víctima muere en un accidente cualquiera < sin relación con la acción de aquélla > o bien de un disparo de arma de fuego efectuado por un tercero. En este caso habría culpabilidad en quien dió el veneno, pero no habría relación causal entre un hecho y la muerte de la víctima. (24)

Por otra parte en un sistema jurídico como el nuestro, la Relación de Causalidad, tiene una importancia de primer plano no sólo como condición general de la responsabilidad, sino también para establecer la medida de esa responsabilidad, ya que < salvo excepciones muy limitadas > el responsable solamente está obligado a resarcir los daños que tengan vinculación causal con su acto.

Es extraño por esto que tanto nuestros escritores civilistas, como los extranjeros presten tan poca importancia a éste tema de la causalidad, que es de indudable importancia y trascendencia en los problemas prácticos de la responsabilidad.

Esta separación entre ambas cuestiones es la que por razones de pureza metódica y eficacia práctica conviene mantener en toda construcción que aspire a tratar con pulcritud el tema de la responsabilidad.

#### 19.- CONCEPTO FILOSOFICO DE CAUSA.

El punto de partida de esta indagación, ha sido como es lógico, el concepto filosófico de Causalidad. Admitido el principio de que todo ser y acontecer reales tienen necesariamente su "causa"; se ha definido ésta, como el conjunto de condiciones "sine qua non" para que ese ser o acontecer se produzca. (25)

Este concepto fue expresado por el filósofo inglés STUART MILL, en su tratado de lógica inductiva en el que criticó la opinión generalizada que considera como causa física uno sólo de los antecedentes de la consecuencia, pues el resultado se debe a la unión de todos los antecedentes que juntos forman la verdadera causa, quien al igual que VON FRIES, iniciaron la consideración del problema filosófico. (26)

En su concepto, la causa filosóficamente hablando, es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas

Juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que siendo realizada hace que siga el consiguiente de toda necesidad.

Por su parte, el jurista EDUARDO NOVDA MONREAL manifiesta en su concepto, la Relación de Causalidad, en un problema filosófico y afirma que la causa se distingue de la condición, en cuanto que ésta es el antecedente que hace posible que la causa actúe: Un ejemplo; el abrir una ventana no es la causa de la iluminación solar del cuarto, sino que es una condición necesaria para que la luz de fuera penetre en el cuarto y lo ilumine. La luz solar es la causa eficiente de la iluminación y la apertura de la ventana es sólo la condición para que la luz entre e ilumine. (27)

Esta sutil diferencia entre causa y condición da pie a GIUSEPPE MAGGIORE, a que en su tratado de Derecho Penal, sitúe el problema de la causalidad como uno de los más complejos en la Filosofía. Fuera del Derecho; para este autor caben tres soluciones: (28)

A).- La causa como nexo real entre las cosas a la manera como lo entendía la Filosofía antigua influida por el objetivismo.

B).- La causa como una categoría intelectual, como una forma " a priori " de nuestro entendimiento.

C).- Según la ve la Filosofía moderna, como una pura ilusión de ese entendimiento, desprovista de toda realidad según los excépticos.

Pero en resumidas cuentas MAGGIORE, centra el asunto en el campo de la Filosofía y esto es lo mismo que hacen los más destacados autores; concluyendo como lo hace el citado jurista, que sólo debe importar establecer el valor del concepto causa a los fines del ordenamiento jurídico.

La experiencia de la vida indica inmediatamente, como es obvio, que ningún suceso es la obra de una sólo condición o antecedente. Siempre aquél es el resultado de numerosos factores o condiciones que unidos y sólo en virtud de esa unión lo originan.

Causa, por consiguiente, no es cada una de éstas condiciones < por si solas no habrían bastado para producir el resultado > sino todas ellas tomadas colectivamente. El término " causa ", en estricto sentido, indica así el conjunto de factores o fuerzas concurrentes, y el término " condición ", señala cada uno de esos factores o fuerzas.

Es fácil comprender, de inmediato, que ésta acepción filosófica de la palabra " causa " no puede ser trasladada simplemente al Derecho, de acuerdo con ella; en efecto, nunca

podría imputarse por entero a una persona, el perjuicio sufrido por otra, pues el delito o el cuasidelito sólo habría causado el daño en concurrencia con otros factores ( de orden natural unos, de orden humano otros, de la víctima o de terceros ), todos los cuales en conjunto, forman la causa única e indivisible.

Ni el Derecho ni las diversas disciplinas particulares pueden utilizar el concepto filosófico, aquel como estas otras comportan siempre puntos de vista parciales y cuando hablan de causa, lo hacen escogiendo de entre la multitud de las condiciones necesarias, alguna que les interese destacar particularmente para sus fines propios.

STUART MILL sostiene que en la práctica solemos seleccionar arbitrariamente una de las condiciones necesarias que nos conviene llamar " causa ". Se ve por todo esto que cada una de las condiciones del fenómeno, puede a su vez, con igual propiedad en el lenguaje ordinario e igual impropiedad en el lenguaje científico, ser considerada como la causa entera: En la práctica se toma habitualmente por " causa ", aquella condición que en el hecho se muestra como la primera; en cierto modo en la superficie o en cuyo papel de un caso determinado, se quiere indicar en la producción del efecto. (29)

Señala como ejemplo; el de una señora que aborda un camión, es arrojada al ponerse en marcha el camión y muere al golpearse la cabeza en el pavimento; el jurado podrá decir a los fines de la responsabilidad, que la causa de la muerte fué la culpa del conductor del camión que hizo marchar el mismo antes de que la señora hubiese subido; el médico, desde su punto de vista particular, dirá que la causa de la muerte fué la fractura de la base del cráneo; con un criterio urbanístico, otro podrá decir que la causa fué el exceso de pasajeros que se permite viajar en los camiones y que obstaculizó la visibilidad o desempeño del conductor en sus labores.

Todas estas son indudablemente condiciones necesarias de la muerte de la persona, tal y como ha ocurrido, pero cada uno elige para sus fines o necesidades una sólo de ellas y la hace íntegramente causa.

Al Derecho, por su naturaleza esencial de orden normativo de la conducta humana, le interesa el acto humano como fuente productora de daños y sólo considera las condiciones de orden físico o natural en cuanto puedan modificar o excluir la imputación jurídica de un suceso a una norma determinada.

Sin embargo de ésta observación, el concepto filosófico de causa, es imposible de eliminar totalmente de cualquier concepción particular de causalidad, para cualquiera de éstas concepciones, " causa " tendrá que ser siempre indispensablemente, alguna de las condiciones " sine qua non " del resultado, alguna de esas condiciones que suprimida física o mentalmente, determina la supresión de efecto.

Lo desechable del concepto filosófico es que sean "todas las condiciones y lo unico posible es elegir una de entre ellas, ninguna concepcion de causalidad podría, por ejemplo considerar como causa una de las condiciones indiferentes o ineficaces en la producción de ese resultado ". (30)

Esta aclaración perfectamente obvia, permite señalar que todas las teorías jurídicas sobre la relación causal, parten de una misma premisa inevitable, en lo que difieren es en la selección de la condición particular, que para los fines de la responsabilidad, debe ser considerada como " causa ".

En resumen, el concepto de causalidad ( causa ) pertenece a la Filosofía como lo afirma HARTMANN JIMENEZ HUERTA, en donde es concebido desde dos puntos de vista. (31)

1.- Del punto de vista de la filosofía antigua, como ya se dijo dominada por el objetivismo, es un nexo real que liga las cosas entre si.

2.- Para la Filosofía moderna, es una categoría mental una forma apriorística de nuestra mente, con la cual sometemos a su origen los acontecimientos del mundo circundante, sin poder decir si efectivamente subsiste un liqamen objetivo entre un antecedente y una consecuencia.

El concepto de " causa ", asume significado y aspecto propio en el campo del Derecho Penal, en donde apriorísticamente se parte de un comportamiento humano como premisa previa, no se trata de indagar las causas naturales determinantes de un resultado, sino de precisar la eficacia, que una causa ya individualizada ( comportamiento humano ) ha tenido en la producción de un resultado concreto y relevante para el Derecho Penal.

Esta premisa situa el problema dentro de un marco ya individualizado y sobre un fondo teleológico jurídico penal, pues sólo la causa humana tiene relieve en nuestra ciencia.

El sentido comun intuye, la razón dicta y la experiencia enseña que una relación de causalidad, sólo es posible cuando el ordenamiento jurídico penal, otorga relevancia a un efecto natural de la conducta humana. En los delitos que se integran por un comportamiento y un resultado, éste esta siempre en dependencia natural, temporal y lógico del comportamiento que lo origina, es su consecuencia o efecto material, un producto de dependencia causal de determinados factores físicos.

Certeramente ha escrito PETROCELLI que para que un resultado pueda ser adscrito a un hombre ( imputación ), necesita ante todo, que él sea su causa física; esto es, que el resultado pueda decirse producto, efecto o consecuencia material de su acción.

## 20.- TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES.

Esta teoría, históricamente la primera, ubicada dentro de la doctrina Generalizadora, fué expuesta por VON BURI por el año de 1860 es la llamada " conditio sine qua non ", o de la condición simple. (32)

Lo mismo que en la concepción filosófica, afirma que la causa de un determinado suceso, es la suma de las condiciones necesarias para producirlo; estas condiciones son todas equivalentes, desde que faltando cualquiera el suceso no se habría producido.

Según esta teoría, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende son causa.

Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie con las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; ésta surge por la suma de ellas, luego cada una es causa de todas las consecuencias y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

La concepción de la Teoría de la Equivalencia de Condiciones, es intachable desde el punto de vista lógico, pero ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación.

Para CARLOS BINDING, si esta teoría tuviera esa importancia en el orden penal, debía castigarse como coautores del delito de adulterio no sólo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama. (33)

Para evitar tales excesos se ha pretendido limitarla mediante la aplicación de correctivos, así algunos autores como ANTOLISEI, buscando en la culpabilidad el correctivo de la Teoría de Equivalencia de Condiciones, pues para ser un sujeto responsable, no basta con la comprobación del nexo de la Causalidad, sino que precisa verificar si actúo con dolo o con culpa. (34)

Para otros, en el caso de una acción dolosa no se requiere retroceder en busca de otras acciones, por existir en la ley una prohibición del retroceso en la investigación de los antecedentes.

Para CELESTINO PORTE PETIT, la Relación de Causalidad, es el nexo entre un elemento del hecho ( conducta ) y una consecuencia de la misma conducta; resultado. (35)

Por tanto el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración; es decir, debe comprobarse para dar por existente " el hecho ", elemento del delito, una conducta-resultado y relación de causalidad.

En otros términos, con el estudio del elemento hecho, se resuelve únicamente el problema de la causalidad material, es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro, comprobar el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta; y el nexo naturalístico entre la misma conducta y el resultado ( consecuencia o efecto )

Pero para ser un sujeto responsable, no basta el nexo naturalístico; es decir, que exista relación causal entre la conducta y el resultado; sino además, comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, distinguir entre esas condiciones simples o puras y señalar con un criterio de cantidad la mayor o menor relación de cada una con el resultado, que es función de la culpabilidad y constituye un elemento del delito.

Es así como una vez que se comprueban los elementos del hecho y por lo tanto de la relación de causalidad, es necesario comprobar los demás elementos del delito, hasta llegar a la culpabilidad.

Por ello no se puede admitir que la culpabilidad constituya un correctivo de la Teoría de la Equivalencia de Condiciones, no puede ser correctivo lo que es un elemento; o sea, aquél indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del delito. ( 36)

Por tanto, la Teoría de la Equivalencia de Condiciones al ser acertada desde el punto de vista físico y lógico, lo es también en el campo jurídico, sin necesidad de correctivos, basta tener presente que la sólo aparición del resultado típico no es delito, se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal.

CELESTINO PORTE PETIT al explicar esta teoría, señala que existen dos criterios: (37)

A).- Que toda condición, es causa del resultado.

B).- Que el conjunto de todas las condiciones son causa del resultado.

El criterio que este jurista valora como correcto, es el encuadrado en la segunda posición y sostiene que por " causa " debe entenderse la suma de todas las condiciones.



LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, ha establecido sobre: " La teoría de la conditio sine qua non "; equiparar a todas las causas y condiciones que concurren en la producción de un resultado, ya que todas cooperan a su producción sin que esto implique que al hacerse la valorización jurídica de tales condiciones, a efecto de determinar la responsabilidad jurídico penal de cada uno de los cooperantes en el delito, no pueden valorarse desde el punto de vista jurídico y de la reprochabilidad que implica la culpabilidad, en forma diversa dichas condiciones imponiendo penas distintas a aquellas que hubieren puesto en movimiento condiciones o causas que descubriesen en ella mayor culpabilidad, sin perjuicio de salvar siempre desde el punto de vista de la causalidad la equivalencia causal de todas las condiciones en orden a la producción del resultado. (38)

OTRA TESIS.- Como autor del delito, lo mismo que como participante, sólo puede ser penible el que ha puesto con su acción una condición del resultado; la concusación del resultado es conforme al artículo 13 del Código Penal Federal, el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal. (39)

La tesis que aparece como correcta para decidir sobre la presencia de la causalidad, es la que afirma que esta existe cuando hay equivalencia de las condiciones, relevancia de las mismas y culpabilidad del agente. Existe causalidad, cuando las condiciones son equivalentes, relevantes y culpables. (40)

Sobre lo anterior la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION sostiene:

Una condición es equivalente, cuando suprimida no se produciría el resultado, pero la condición debe ser relevante, ello es, debe ser tal que la capte la ley en cualquiera de las descripciones que hace de las conductas humanas que originen en delitos y debe además ser culpable el sujeto que pone la condición, pues de lo contrario se estaría desconociendo el nexo causal psicológico. (Boletín de información judicial, VIII, P. 484 ). El hecho delictuoso en su plano natural, se integra tanto por la conducta como por el resultado y el nexo de la causalidad entre ambos. La conducta por su parte puede expresarse en forma de acción o de omisión, comprendiendo esta última, la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, no es otra que la denominada de " La Conditio sine qua non ", o de la equivalencia de condiciones, la cual se enuncia diciendo que causa, es el conjunto de condiciones positivas y negativas concurrentes en la producción del resultado, y siendo las condiciones equivalentes; o sean, de igual valor dentro del proceso causal cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición el resultado no se produce; basta pues suponer hipotéticamente suprimida la

actividad de acusado para comprobar la existencia de nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, indudablemente el resultado no se hubiera producido. lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la Equivalencia de Condiciones, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en este se debe encontrar la solución, sin invocar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad. (41)

#### ACIERTOS DE ESTA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES.

Se sostiene por los autores que el mérito de esta teoría, consiste precisamente en establecer un nexo entre la conducta humana y el resultado, en demostrar que el resultado no podrá producirse, si no es por la concurrencia de todas las condiciones.

#### QUIEBRA DE ESTA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES.

Se expresa que el error fundamental de esta teoría, consiste en equiparar, en confundir el nexo causal con la propia culpabilidad, nexo que bastaría para afirmar que el individuo es responsable, lo que es incorrecto fundándose por esta vía a lo que piensan los siguientes juristas:

A). **ABOLIBEL**. - En esta teoría puede lograrse el reproche de una excesiva extensión del concepto causa, extensión que lleva a resultados en contraste con las exigencias del derecho y del sentimiento de justicia. (42)

B). **BAZDORF**. - Esta teoría, aun siendo de las más sólidas conduce a malos errores, pues al abolir toda distinción entre causa, condición y condición, se extiende tanto el concepto de causa, que hace entrar en él los precedentes más remotos. (43)

C). **ELBERTO QUEIRO CALVO**. - Esta doctrina conduce a una desmedida extensión del concepto causa y de la responsabilidad que no puede aceptarse. (44)

Altra bien, aquí cabe una reflexión, son las concausas en la teoría de la Equivalencia de Condiciones, relevantes para negar el nexo causal, precisamente que no, porque las concausas que intervienen se equipalan, es decir, que tan equivalente es la conducta del sujeto, como las concausas que intervienen en la producción del resultado, las cuales pueden ser: Frecuentísimas, simultáneas y subsiguientes.

Por su parte HANJANO JIMENEZ HUERTA, afirma que el error fundamental de esta teoría, radica en su propia esencia; esto es, en nivelar todas las condiciones y para suplir sus deficiencias los penalistas acuden a la teoría de la Causación Adecuada, la cual tiene por objeto destacar el singular relieve que adquiere en orden jurídico la causalidad humana, es su fin establecer para el ámbito del Derecho, un límite a la causalidad fenoménica. Según esta teoría para que exista ante el Derecho una relación causal entre el comportamiento y el resultado, forzoso es que el hombre haya producido el resultado con una conducta idónea para su realización. (45)

Causa Adecuada, es pues la conducta humana, que además de ser "conditio sine qua non" de un resultado, asume relevancia ante la imagen rectora de una figura típica, por implicar una forma idónea de producir dicho resultado, habida cuenta, la concreta situación en que el agente actúa.

Esta teoría fue formulada por "HOLZEL" desde el año de 1871, considerándola como una limitación a la teoría de la Equivalencia de Condiciones, porque no acuerda que cualquier condición sea causa del resultado, sino únicamente toma una de ellas, la que considera productora del resultado, fundándose en un criterio cualitativo.

¿Que conducta debe ser considerada "causa" dentro de la teoría de la Adecuación? Respuesta; aquella que es apropiada para producir normalmente el resultado, aquí se considera de gran interés la exposición de HANJANO; a éste respecto dice, entre datos antecedentes y datos consistentes a veces existe una relación constante, a veces no existe.

Afirma, cuando la experiencia comprueba que la secuencia es constante según el "id quod plerumque accidit" se debe admitir sin más, que un nexo causal existe entre aquellos datos y que el problema, por tanto se reduce a un juicio de comparación deducido de los considerables números de la experiencia gracias a lo cual, es posible constatar que generalmente a un determinado antecedente, sigue un dato consecuente, y en base a tal criterio se negará valor causal a los elementos que no están en relación de causalidad estadística con el resultado, y se reconocerá por el contrario, valor causal al antecedente que estadísticamente se manifieste conexo al consiguiente. Por ello se observa que "fundamental consecuencia de la teoría, es que no se consideran causantes del hombre los efectos que al momento de la acción se presentan improbables, vale decir, los efectos extraordinarios o atípicos de la acción misma". (46)

#### DEFINICIONES DE ESTA TEORÍA.

El merito principal que se ha atribuido a ésta teoría, es el de que limita la teoría de la Equivalencia de Condiciones o de la " conditio sine qua non ".

Que tiene objeciones que son de bastante solidez como:

A).- Que puede ofrecer al imputado una cómoda escapatoria para eludir las mallas de la justicia ( ANTOLISEI ). (47)

B).- Que presenta el defecto opuesto al de la doctrina condición, extendiendo exageradamente el campo de la responsabilidad penal, llevando a excesivas absoluciones ( ANTOLISEI ).

C).- Que confunde el problema de la causalidad material con el de la culpabilidad ( BATTOLINI ). (48)

D).- Cae sin remedio en contradicciones ineludibles cuando quiere determinar objetivamente la previsibilidad ( VON LISZT ). (49)

E).- Incluye elementos extraños como la antijuridicidad y la imputabilidad ( BAGGIORIE ). (50)

## 21.- TEORIA DE LA CAUSA PROXIMA.

Esta teoría es formulada por BRILL, su fundamento lo constituye un criterio temporal: esta teoría de acuerdo con ese criterio estima como causa del resultado producido la última condición realizada. (51)

BRILL dice que se llama causa, solamente a la que con criterio temporal, se halla más próxima a ese resultado, las otras son simplemente condiciones. (52)

Aunque esta teoría ha tenido gran auge en Inglaterra donde todavía se conserva, aunque con retoques y variantes que la han hecho perder su perfil característico para aproximarla a otras posiciones. El fundamento de ella fué muy sintéticamente expresado por FRANCISCO BACON en un pasaje muy difundido: " sería para el Derecho una tarea infinita juzgar las causas de las cosas y las influencias de las unas sobre las otras ". Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por ésta última sin retroceder a un grado más remoto.

En última medida, esta teoría ha influido también en el Derecho Francés, en el código Italiano, anterior al vigente

y en el Código Argentino que sigue al francés; cuando estas leyes limitan la indemnización debida por el deudor a los daños que fuesen consecuencias " inmediata y directa " o inmediata y necesaria del incumplimiento, reducen los daños indemnizables a los que reconocen como causa próxima ese incumplimiento y excluyen los que se hallan con éste en una relación más remota.

Esta teoría, con el alcance expuesto, está ya abandonada en todas partes. Actualmente en el Derecho angloamericano se exige más bien para la existencia de la causalidad, que haya una relación directa y suficientemente entre el acto de responsable y el daño. Esta relación directa existiría siempre que éste acto aparezca como condición necesaria del daño, sin que haya mediado ningún otro hecho que interrumpa la conexión causal, esto acerca esta teoría a la de la equivalencia de condiciones, en su forma evolucionada, o quizá mejor, a la de la causalidad adscrita.

Los juristas mexicanos, RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, CELESTINO FORTÉ PEÑET, Y MARIANO JIMÉNEZ HUERTA (53), afirman que no se puede aceptar esta teoría, la cual como considera ANTOINETTE, es infundada, sobre todo porque está fuera de duda que el derecho en muchos casos atribuye el resultado a quien lo padece, en momento un antecedente que no presenta aquél carácter y nos pone como ejemplo ¿ Realiza acaso la última condición, aquél que para matar a su adversario arma la mano de un loco ?. Evidentemente, que el loco es el que realiza la acción de privar de la vida a otro y no aquél que lo armó, por lo cual, el loco fué el que realizó la última acción.

## 22.- TEORIA DE LA CAUSA EFICIENTE.

Otros juristas han tratado de precisar la condición propiamente causal por el lado de la respectiva " eficiencia " en la producción del resultado. (54)

La idea general de esta teoría, que presenta diversas manifestaciones singulares - es de que las condiciones necesarias de un resultado no son todas equivalentes - al contrario de lo que sostenía la tesis tradicional - sino al revés, de eficacia distinta.

Algunos con criterio cuantitativo, llaman causa a la condición de mayor fuerza productiva ( BIRNMEYER ), otros con criterio cualitativo, distinguen entre las condiciones según la mayor o menor eficacia interna en el proceso causal. (55)

Esta posición suscita objeciones análogas a las señaladas para la teoría de la causa próxima. ¿ Cómo dividir materialmente éste resultado de por sí indivisible, para

atribuir a una de las condiciones una participación mayor en cantidad o calidad ? en la producción de aquél ? En la mayor parte de los casos, ésta división es imposible.

En la anterior teoría priva el concepto de la eficiencia causal; se vuelve causa la condición que tiene fuerza decisiva sobre el resultado. Las condiciones están aquí determinadas por la causa, sin embargo no cabe desconocer que hay veces en que las condiciones influyen tanto como la causa.

HAYER distingue entre condiciones estáticas y condiciones dinámicas; para él nada más la condición en movimiento es causa en sentido propio. No obstante toda condición dinámica que sea relevante jurídicamente hablando, es una condición dinámica. El "estatismo condicional", significa la nada frente al hecho. (56)

STOPIATO afirma, la causalidad eficiente está en la fuerza o la persona que con su acción produce un hecho. (57)

Esta teoría funda su criterio sobre un aspecto cualitativo, distinguiendo la causa de la condición y de la acción, ya que la causa como lo indica el nombre de esta teoría tiene la eficiencia de ocasionar el resultado.

#### TEORIA DE LA CONDICION MAS EFICAZ.

Creada por BIRKMEYER; para ésta teoría solo es causa del resultado, aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagonicas tenga una eficacia preponderante. (58)

De acuerdo con ésta teoría, debe ser causa más eficaz, aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido más. COVATTO expresa que según ésta tesis, en el conflicto de las fuerza antagonicas, tiene valor causal del resultado aquella que despliega una eficacia permanente, porque aporta una energía etiológica mayor que las otras en su producción.

#### TEORIA DE LA PREVALENCIA, PREPONDERANCIA DEL EQUILIBRIO O DE LA CAUSA DECISIVA.

Sostenida por BINDING, parte del principio de que todo cambio en el mundo, nace de un conflicto de fuerzas y de la preponderancia de las que tienden a conservar el estado presente. Por eso llama causa, la condición, que a las condiciones preexistentes que se equilibran, les da una dirección decisiva hacia el resultado. Mas de este modo se valora solamente la última condición que al imprimir a las otras un impulso decisivo hacia el resultado, ejerce un peso preponderante, y bien sabemos

que a veces el hombre puede hacerse responsable de un resultado realizando condiciones que no son la última de la serie. (57)

#### TEORIA DE LA CAUSA HUMANA EXCLUSIVA.

Pertenece a ANTOLISEI: Según esta teoría para la existencia de la Pelación de Causalidad material, se necesitan dos elementos: Uno positivo y uno negativo. (60)

El positivo es cuando el hombre con su conducta, ha producido un factor causal del resultado; El negativo es cuando el resultado no se debe al concurso de hechos excepcionales anormales, singularísimos, pero en último análisis, ¿ que es la exclusión de las causas excepcionales y atípicas, objetivamente apreciadas; sino el retorno al principio de causalidad típica o adecuada ?. El suceso excepcional y rarísimo de que habla ANTOLISEI, es el suceso atípico contrario al "id quod plerumque accidit " de la doctrina de la adecuación. (61)

#### TEORIA DE LA CAUSA ADECUADA.

Esta teoría tiene como punto de partida la distinción entre condición y causa. A diferencia de la de Equivalencia de Condiciones, que se toma siempre como punto de referencia para formular toda nueva concepción ¿ postula que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes ?, lo son considerando el caso particular tal como ha sucedido, pero no en general o en abstracto que es como debe plantearse el problema.

Desde este punto de vista abstracto, cabe distinguir entre causa y condición. Aquella es únicamente la condición " según el curso natural y ordinario de las cosas " era idónea para producir el resultado; debía normal o regularmente producirlo, por tanto condiciones son simplemente los demás factores o antecedentes de ese resultado.

Para establecer por tanto la causa de un daño, es preciso hacer un juicio de probabilidad. La pregunta a contestar es: ¿ la acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar normalmente ese daño ?. Si se responde afirmativamente, de acuerdo con la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era "adecuada " para producir el daño o resultado y entonces éste es objetivamente imputable al agente; si se contesta que no, falta la conexión causal, aunque

considerando el caso concreto tenga que reconocerse que esa conducta fué también condición " sine qua non " del daño, pero éste se considera sólomente casual o fortuito.

Es fundamental destacar por consiguiente; como lo hacía KRIES, éste juicio de responsabilidad se hace en abstracto y no en concreto; esto es, no teniendo en cuenta como se han producido realmente las cosas.

En el punto de vista de la teoría tradicional, todas las condiciones son sin duda equivalentes; pero en este caso, no de trataría de un juicio de posibilidad o de idoneidad que presuponga necesariamente un suceso futuro, sino de necesidad, desde el punto de vista que el suceso ya realizado habría demostrado ésta necesidad. Esta diferencia explica además que el juez en la teoría de la Causalidad Adecuada, debe mentalmente retroceder hasta el momento de la acción u omisión para establecer si ésta era o no idónea para producir el daño. (62)

Esta obra central de la teoría, ha recibido sucesivos ajustes por obra de los escritores que señalan que la adecuación " idoneidad ", no debe buscarse sólomente entre la acción del presunto responsable y el daño, sino también entre los diversos anillos intermedios que unen aquélla con éste.

Todo proceso debe ser adecuado; esto quiere decir por consiguiente, que no basta establecer que la acción era en general idónea para producir el daño, sino además necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido también normalmente sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios; por ejemplo, una persona coloca un poderoso explosivo debajo del techo de la otra con la intención de causarle la muerte de ésta, pero antes de que se produzca la explosión la víctima elegida fallece por un síncope cardíaco. Aunque la acción de quien puso el explosivo era indudablemente idónea para producir la muerte, esta no le es objetivamente imputable a su autor.

Se trataría de lo que se ha llamado interrupción del nexo causal, más correctamente, del proceso causal atípico o inadecuado.

Una cuestión muy importante dentro de la teoría, es la de establecer el criterio con que ha de formularse el juicio de probabilidad o idoneidad entre la acción del presunto responsable y el daño.

Una primera posición, la de VON KRIES, estima que si para juzgar si la acción es o no adecuada, el juez debe considerar sólomente lo que le era conocido o podía ser conocido por el agente al obrar. Este criterio significaba en definitiva, formular el juicio de probabilidad desde el punto de vista del agente, y por lo mismo llevaba a la superposición de la cuestión de la causalidad con la de culpabilidad: Lo



que debía resultar normalmente de la acción para el agente, era no otra cosa que " lo previsible para él ", índice de la culpabilidad. (63)

Otros escritores avanzando un poco más, estiman que la adecuación de la acción al resultado, debe ser apreciada por el juez, teniendo en consideración todas las circunstancias existentes en el momento de la acción, fuesen ya concidas en ese momento o solamente después.

La posición determinante, establece como base para ese juicio, todas las circunstancias cognoscibles por el hombre muy sagaz o experto en el momento de la acción y todas las circunstancias que sin ser cognoscibles de ese modo eran efectivamente conocidas por el agente.

## 23.- CONCLUSIONES.

CONCLUSIÓN. El problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar de conformidad con la ley, cuándo o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una determinada persona.

Segun nuestra ley, debe contestarse como lo dispone el artículo 13 del Código Penal y de acuerdo con los criterios anotados por nuestros tribunales, los cuales describi en el tema de la teoría de la Equivalencia de condiciones; que hay conexión causal entre una acción y el resultado, cuando aquélla ha contribuido de hecho a producir éste último; esto es, ha sido una de las condiciones " sine qua non " de él, y además debe normalmente producirlo conforme al orden natural y ordinario de las cosas.

A la inversa no hay conexión causal, cuando la acción debe considerarse indiferente segun la experiencia de la vida para la producción del daño, o bien cuando el acto u omisión, aunque factores sin ser el resultado, solamente lo han producido con la intervención de circunstancias extraordinarias e imprevisibles.

Para que estas circunstancias excluyan la relación de Causalidad, es necesario que sean sobrevinientes de la acción del presunto responsable. Las preexistentes y las simultáneas en cambio, sólo interesan para apreciar del agente que su conducta era o no adecuada al delito ( resultado ): Así cuando estas últimas circunstancias fueron conocidas o cognitivas por el agente, no excluyen ni modifican la conexión causal.

Además de sobrevinientes, las circunstancias extraordinarias que interrumpen o rompen el nexo causal, deben

ser imprevisibles en general y realmente imprevistas por el agente. Sin ésta otra condición el proceso causal ha de juzgarse siempre "adecuado", aunque las circunstancias extraordinarias provengan de la misma víctima.

Cuando se tienen éstas condiciones; es decir, cuando las circunstancias que median entre la acción del agente y el resultado son sobrevinientes a aquéllas y además imprevisibles e imprevistas, se dice que se ha interrumpido el nexo causal entre la acción y el resultado, mejor aun cabe decir que ese proceso se ha roto o desaparecido.

Estas circunstancias pueden ser humanas o naturales, pero en todo caso es indispensable, para que el resultado deba atribuirse a ellas, y no al acto del agente, que por su influjo aquéllas hayan determinado una neta desviación del proceso que se habría sucedido normalmente a ésta acción, sea en cuanto al tiempo, al lugar o a las otras modalidades del resultado.

Si solo influyeron de un modo mínimo o accesorio, el nexo causal no se modifica.

En una materia tan dependiente de las circunstancias del hecho, las reglas precedentes pueden orientar con eficacia al intérprete, en la dilucidación concreta de la Relación de Causalidad.

#### BIBLIOGRAFIA.

- 1.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pag. 54 y ss.
- 2.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. " Compendio de Derecho Civil ". quinta edición, tomo V, VOL. II obligaciones, editorial Porrúa S. A. México, 1985, págs. 119, 129 y 141.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 227
- 4.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. pág. 156.
- 5.- Idem- pág. 147
- 6.- Idem. pág. 156 a 159.
- 7.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pág. 54 y ss.
- 8.- Idem.
- 9.- CARRANCA y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pág. 283.
- 10.- CODIGO PENAL DEL D. F. y FEDERAL.
- 11.- DE CUETO, ADRIANO. Op. Cit. pág. 246 y ss.

- 13.- Idem.
- 14.- Idem.
- 15.- FORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pag. 264 y ss.
- 16.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. págs. 55 y 56.
- 17.- Idem.
- 18.- CARANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. pag. 284 y ss.
- 19.- Idem.
- 20.- Idem.
- 21.- Idem.
- 22.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. págs. 57 y 58.
- 23.- Idem.
- 24.- Idem.
- 25.- Idem.
- 26.- NOVQA MONREAL, EDUARDO. " Derecho Penal Chileno ", editorial jurídica de Chile, Chile, 1960. pag. 256 y ss.
- 27.- Idem.
- 28.- MAGGIOME, GIUSEPPE. OP. Cit. pag. 321.
- 29.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pag. 59 y ss.
- 30.- Idem.
- 31.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. pag. 149 y ss.
- 32.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. pag. 156 y ss.
- 33.- Idem.
- 34.- Idem.
- 35.- Idem.
- 36.- Idem.
- 37.- FORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pag. 265 y ss.
- 38.- Idem.
- 39.- Idem.
- 40.- Idem.
- 41.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION
- 42.- FORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pag. 267 y ss.
- 43.- Idem.
- 44.- Idem.
- 45.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Op. Cit. pag. 150 y ss.
- 46.- FORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. pag. 274.
- 47.- Idem. pag. 275 y ss.
- 48.- Idem.
- 49.- Idem. pag. 277 y ss.
- 50.- Idem.

- 51.- MAGGIORE, GIUSEPPE. Op. Cit. Pág. 326
- 52.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Págs. 66 a 68.
- 53.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Op. Cit. Pág. 272.
- 54.- MAGGIORE, GIUSEPPE. Op. Cit. Págs. 325 y ss.
- 55.- Idem.
- 56.- Idem.
- 57.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 158.
- 58.- Idem.
- 59.- MAGGIORE, GIUSEPPE. Op. Cit. Pág. 324.
- 60.- Idem. Pág. 328.
- 61.- Idem.
- 62.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 273
- 63.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 159.

## CAPITULO IV.

## LA CALIDAD JURIDICA DEL DAMNIFICADO.

## 24.- ENUNCIADO DEL TEMA.

El remedio del daño escapa absolutamente de toda prevención, en cuanto, que es totalmente posterior al hecho productor del mismo por lo que sólo puede ser reprimido, reparado y nada más, por cuanto ni siquiera en parte puede impedirse.

Ante la imposibilidad de impedir el daño, el remedio consiste en imponer su reparación a una persona (responsable), distinta del perjudicado (damnificado), lo que equivale a transferir la carga del daño, del segundo al primer sujeto. (1)

El daño puede ser cierto, personal y estar en relación causal adecuada con el delito, y sin embargo, no dar derecho a exigir su reparación, por falta de un nuevo requisito; que el daño sea consecuencia de una lesión a un derecho subjetivamente o bien jurídicamente protegido. Este tema que se vincula con el problema de la extensión del deber de indemnizar, ofrece en la doctrina en general y en la nuestra, dificultades y dudas de grave decisión.

Se trata en definitiva, de establecer quién puede invocar la calidad jurídica de perjudicado (damnificado) a los fines de la indemnización. Es evidente que casi siempre el acto ilícito afecta patrimonialmente a un gran número de personas, además de la víctima inmediata, que vienen a sufrir por repercusión o reflejo las consecuencias de ese daño. (2)

La atención del jurista, resulta especialmente atraída para el estudio de la responsabilidad, tanto Civil como Penal, que hemos visto ejerce una naturaleza y una función peculiar en el cuadro de los efectos del daño, sin olvidar su importancia por la generalización de su aplicación.

La responsabilidad se manifiesta en una relación jurídica obligatoria entre el perjudicado y el responsable, y exactamente es la llamada "obligación resarcitoria", la cual no está subordinada a la liquidación judicial del daño, ya, que aunque el daño deba liquidarse por el juez, el resarcimiento nace en el momento preciso en que el daño se ha producido.

Sin embargo hay que reconocer que la liquidéz del daño constituye un grave obstáculo para el resarcimiento, lo que explica el frecuente uso de la acción judicial dirigida a obtener junto a la declaración de responsabilidad, la determinación de la magnitud del daño.

Cuando el hecho productor del daño, constituye " delito " y por tanto lesiona a la vez un interés privado y un interés público penalmente tutelado, el ordenamiento jurídico atribuye al perjudicado la facultad de ejercitar su acción resarcitoria en el procedimiento penal, constituyéndose en parte civil, al exteriorizar su voluntad de obrar civilmente en el proceso penal. Esta situación contemplada por el Derecho Romano, está implícitamente establecida en la actualidad en el artículo 23 del Código de Procedimiento Criminal Italiano.

El mismo perjudicado, también, puede usar negativamente tal facultad, proponiendo su acción civil en el correspondiente procedimiento civil, tal y como lo establece el artículo 24 del ordenamiento Italiano invocado. (3)

En estos momentos, busco la determinación de quién puede considerarse jurídicamente perjudicado ( damnificado ) e individualizar la persona llamada por el ordenamiento jurídico a responder al primero. Problema que en la mayoría de los casos o aspectos es un tanto difícil y como tal ha de merecer por mi parte una especial atención.

Para el Derecho Privado, " PERJUDICADO ", es aquél que sufre un daño en su propio interés privado, directamente tutelado; Todo aquél que experimenta tal daño en sentido jurídico se llama perjudicado, por lo que puede invocar a su favor la responsabilidad, por ser sujeto activo de la obligación resarcitoria. (4)

La tutela directa del interés privado, consiste precisamente en que tal interés se tutela cuando se entiende como un propio del individuo, es decir, protegido en sí y por sí, o sea, en sí mismo considerado; la tutela jurídica de un interés, se realiza directamente cuando afecta al mismo interés y cuando se confiere precisamente en consideración a él.

Cuando la tutela del interés reúne estos caracteres, el daño sufrido por el sujeto, es un daño en sentido jurídico y a favor del mismo se actúa la reacción del ordenamiento jurídico, encaminada a volver a obtener el equilibrio de la situación anterior, turbada por el daño.

Se ha intentado diferenciar o aclarar la tutela del interés privado, con la tutela del interés público, pero el problema se presenta ante el posible concurso de varios intereses privados o sea, de los intereses de varios individuos, en orden al mismo bien por lo que la cuestión,

consiste en averiguar cual de entre éstos intereses concurrentes privados está directamente tutelado por el Derecho y no de una mera forma refleja.

El concurso de los intereses privados puede considerarse respecto a un bien que siendo objeto de una relación obligatoria quede comprometido por el incumplimiento del deudor. Así, la entrega de la cosa vendida al comprador, constituye una situación favorable para ese comprador y además para otras personas que se ven beneficiadas con ese bien comprado ( familiares, acreedores, compradores posteriores, amigos, etc. ), por lo que el incumplimiento ( falta de entrega de la cosa ) lesiona varios intereses concurrentes. (5)

Otro supuesto: El contratista de un edificio, al incumplir lesiona el interés del arrendador, propietario del edificio, que es su acreedor, así como de aquellos terceros que se habrían beneficiado de la ejecución de la obra.

Puede lógicamente revelarse que el único interés directamente tutelado, es el de aquél acreedor que tiene derecho a la prestación y que todos los demás intereses dependientes de la prestación están tutelados sólo de manera refleja, gozando de la ventaja indirecta de la protección dispensada al interés del acreedor.

El concurso de intereses privados, puede hallarse también respecto a un bien en el que subsiste la obligación general de abstención para todas las personas.

Se necesitará determinar cuáles son los intereses para cuya satisfacción se ha impuesto la obligación, por lo que si el bien consiste en una cosa, sólo se puede comprender entre ellos el del propietario, el del titular de un derecho real menor o de un derecho personal de goce.

Si el bien consiste en una cualidad de la persona ( vida, integridad física ) se puede preguntar si dentro de tales intereses se comprende sólo el de la persona a que corresponde este modo de ser, o también el de los familiares, amigos, acreedores, o interesados moral y económicamente en la salvaguarda de tales bienes.

Para entender mejor el concurso concurrente de intereses, es menester proporcionar con ejemplos claros y precisos tal cuestión así como las interrogantes que de los mismos se desprenden.

UN EJEMPLO: La vida de un artista teatral o cinematográfico resulta útil no sólo para sus familiares, sino también para sus admiradores - en un aspecto moral - y para el empresario del espectáculo o film - en una consideración económica -. (6)

Ahora bien, la obligación de respetar este bien ( vida del artista ): ¿ Se impone a la generalidad para satisfacer el sólo interés de aquel a quien el mismo bien es insito. o también el interés de los demás individuos reseñados ?.

¿ Se tutela y defiende contra el homicidio, sólo el interés del artista a cuya persona corresponde el bien de su misma vida, o también el interés concurrente de los familiares, de los admiradores, de los amigos, del empresario ? . y en consecuencia:

¿ Sólomente el primer interés se lesiona ?.

¿ Es objeto de daño resarcible únicamente el artista, o la lesión de cualquier otro interés concurrente hace nacer una obligación resarcitoria ?.

OTRO EJEMPLO.- La vida del médico es útil también para la salud de sus clientes. (7)

¿ El interés de aquéllos está por esto tutelado contra los atentados a la vida del médico ?

¿ Su lesión hará responsable al culpable también frente a tales pacientes ?

OTRO CASO.- La libertad sexual de la mujer casada interesa moralmente también al marido, pero la violación de aquélla perjudica también el interés de éste; pero:

¿ Está tutelado tal interés por el Derecho ?.

¿ Podrá el marido pedir resarcimiento por su lesión ?.

ALFREDO ORGAZ también nos proporciona ejemplos al respecto: (8)

Casio mata culpablemente a Ticio, ésta muerte perjudica realmente a los padres de Ticio, a su esposa e hijos, a sus socios profesionales o industriales, a sus parientes que recibían su ayuda pecuniaria, y en general a todas las demás personas que de modo estable o accidental mantenían vinculaciones económicas con Ticio.

¿ Todas estas personas pueden demandar contra Casio la reparación de su daño ?

Un ejemplo más: Casio destruye culpablemente el automóvil de mi propiedad, ese día se lo había prestado a Ticio para que hiciera un viaje de negocios, pero a consecuencia de esa destrucción imprevista, Ticio no puede trasladarse a tiempo y pierde el negocio; ¡ además de la indemnización que me debe a mí como propietario del automóvil !:



¿ Está obligado Casio a resarcir el daño sufrido por Ticio ?

Estos ejemplos muestran como llega a resultar fastidiosa la cuestión sobre el número de personas que pueden considerarse perjudicados en sentido jurídico. Sobre la extensión de la responsabilidad considerando los sujetos que la pueden invocar en su propio favor.

La doctrina en vías de solución, debe identificar el interés individual, con la protección a que mira la imposición de las obligaciones, ya que solamente la lesión de tales intereses puede estar sometida al remedio del resarcimiento que encuentra su razón de ser en la tutela directa de un determinado interés privado.

Por su parte ADRIANO DE CUPIS afirma que importa individualizar la persona del acreedor, ya que en caso de incumplimiento, sólo él resulta perjudicado en sentido jurídico, y sólo él también puede exigir el resarcimiento al deudor; Los intereses indirectos que respecto de la prestación pueden ostentar otros sujetos son jurídicamente indiferentes para el deudor, al ser su lesión improductiva de obligación de resarcimiento. (9)

Hasta aquí se hace referencia a lo que la doctrina contempla sobre la determinación de la persona damnificada en sentido jurídico a cuyo favor surge la reparación.

## 25.- LA DOCTRINA EXTRANJERA.

La doctrina extranjera ofrece a este respecto variantes de gran interés. (10)

La Ley y la Jurisprudencia Francesa, ocupa una de las posiciones extremas, pues afirman que toda persona que pueda probar haber sufrido un daño cierto como consecuencia de un acto ilícito, sea inmediata o mediatamente, puede exigir del responsable la reparación de su daño.

Pero como se reconoce de modo explícito o implícito, que un acto ilícito puede tener innumerables repercusiones perjudiciales que no sería justo hacer soportar por entero al responsable de todas ellas.

Se trata de corregir aquél punto de partida amplísimo con el requisito de la Relación de Causalidad, o bien rechazando algunas situaciones que se consideran precarias, inmorales o puramente de hecho.

A ésta doctrina el jurista francés JOSSEKAND, en su tratado de causalidad expresa que " debe detenerse ésta cascada de responsabilidades ", que no podría sin arbitrariedad y sin justicia prolongarse al infinito.

La doctrina Italiana, en cambio parte de la afirmación opuesta; la acción de resarcimiento compete sólo a la persona titular del interés inmediatamente tutelado por la ley, que algunos identifican como el sujeto pasivo del delito o cuasidelito. No tienen acción por tanto los terceros; esto es, las demás personas cuyos intereses han podido ser afectados por el acto sólo en forma mediata, eventual y ocasional, siendo apoyado éste criterio por los autores ANTOLISEI, ADRIANO DE CUPIS, NINO LEVI Y FRANCESCO CARNELUTTI. (11)

Es interesante observar que esta disparidad en el punto de partida entre las doctrinas Francesa e Italiana, no se deriva de ninguna diversidad de los respectivos textos civiles, ya que el código Francés, como los dos Italianos < el derogado y el actual >, no tienen preceptos especiales sobre esta materia y las disposiciones generales son muy similares

Establecida aquella regla general, los juristas Italianos se encuentran empero con el caso de homicidio, puesto que una tradición muy antigua como el sentimiento jurídico, los obliga a reconocer la acción de reparación a los miembros de la familia del muerto, y entonces a despecho de aquél estricto principio, admiten en este supuesto, la acción de éstos terceros procurando fundar esta solución en ciertas disposiciones de la ley penal al parecer poco apropiadas, o en un precepto de la ley procesal penal ( artículo 7 ), que menciona a los " herederos " entre las personas que en ciertos casos o ciertos delitos pueden ejercer la acción de indemnización.

El Derecho Inglés, a partir de la " Lord Campbells Act de 1846 ", concede acción por indemnización de daños patrimoniales al cónyuge, descendientes y ascendientes del muerto culpablemente por otra, con exclusión de todos los demás terceros.

Por su parte el Derecho Alemán, ocupa una posición intermedia derivada de las modalidades de su Código Civil. El principio general es el mismo de que parte la doctrina Italiana; esto es, que el autor de un acto ilícito, sólo está obligado a indemnizar al titular del bien personal o patrimonial afectado inmediatamente por su acto, con exclusión por tanto de los terceros que hayan sido eventualmente perjudicados.

Excepcionalmente en base a disposiciones expresas en caso de homicidio, se autoriza también la acción de los terceros con los cuales el muerto estaba o podía estar eventualmente obligado por ley a la manutención (Art. 344); en los delitos de lesiones y privación de la libertad se reconoce acción a los terceros

respecto de los cuales la víctima estaba obligada legalmente a prestar sus servicios en el hogar, o en la industria para demandar la reparación de los servicios de que fueron privados.

Puesto que se trata de preceptos especiales, ellos presuponen el principio general de la falta de acción de los terceros para demandar el resarcimiento de su daño, cuando el acto ilícito ha sido cometido inmediatamente contra otra persona.

En la doctrina Argentina, que adolece de un prescripción formal, adopta los preceptos generales de la doctrina Francesa, pero también contempla preceptos especiales para ciertos delitos como lo hace la Doctrina Alemana.

## 26.- EN NUESTRA LEY.

Por otro lado en la Legislación Mexicana el tema no presenta una gran imprecisión formal puesto que puedo decir que al igual que las doctrinas mencionadas en el inciso precedente y fundamentalmente al igual que lo hace la Italiana, tiene preceptos especiales sobre ésta materia y las disposiciones generales son muy similares.

Al igual que esa doctrina nuestro Derecho se basa en las tradiciones antiguas como el sentimiento jurídico y reconoce acción de reparación a terceros como son primordialmente los familiares de la víctima.

Como ya dejé asentado la doctrina Italiana proveniente del Derecho Romano sólo reconoce acción de resarcimiento a la persona titular del interés inmediatamente tutelado por la Ley la que se identifica con el calificativo de sujeto pasivo o perjudicado, y en casos especiales como el homicidio reconoce la acción de resarcimiento a los miembros de la familia.

Idéntica posición adopta nuestra Legislación al establecer en el Código Penal para el Distrito Federal y Federal que en forma específica establece la obligación de reparar el daño causado por un delito no sólo en favor de aquél a quien el delito ha dañado directamente sino respecto de la persona que por él hubiera sufrido aunque sea de una manera indirecta. (12)

Para entender mejor lo anterior es necesario transcribir lo que al efecto establece el ordenamiento señalado.

En el libro primero, título segundo, capítulo quinto, referente a la sanción pecuniaria establece:

ARTICULO 30.- La reparación del daño comprende:

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

II.- La indemnización del daño material y moral y 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 los bienes obtenidos por el delito.

ARTICULO 30 BIS.- Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 19.- El ofendido; 20.- 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 dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

Pero también es necesario e imprescindible mencionar lo que sobre el particular dispone el Código Civil para el Distrito Federal como para él de toda la República. (13)

En el libro cuarto, referente a las obligaciones, primera parte, obligaciones en general, capítulo quinto de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos señala:

ARTICULO 1910.- 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.

ARTICULO 1915.- 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.

Cuando el daño se causa a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá A LOS HEREDEROS DE LA VICTIMA.

De lo aquí transcrito se desprende claramente que nuestra legislación al igual que la Italiana se sostiene sobre los mismos conceptos y principios generales, ya que de la simple observancia y análisis de los preceptos descritos se

enuncia claramente quienes son perjudicados o damnificados; por tanto:

Es damnificado o perjudicado, en primer lugar la víctima u ofendido directo.

En segundo lugar, según sea el caso los, familiares o herederos de la víctima, que son los damnificados indirectos.

Por su parte el jurista SALVADOR UCHOA OLVERA, afirma que agraviado o damnificado es toda persona física o moral y define como "agraviado" o sujeto pasivo a toda persona que soporta el daño cierto y actual sobre un bien de naturaleza patrimonial o inmaterial y por tanto tendrá la acción de reparación en contra del sujeto activo del daño. (14)

Proporciona una clasificación de titular de la acción de reparación de daño en dos formas como sigue:

PRIMERA.- Titulares directos, que es el sujeto pasivo o agraviado y que puede ser toda persona física o moral.

SEGUNDA.- Titulares indirectos que son también los sujetos pasivos agraviados y puede ser toda persona física o moral y proporciona como ejemplo de éstos últimos, a los padres que tienen la patria potestad sobre los menores, los tutores, y los herederos de la víctima siempre y cuando ésta haya intentado la acción en vida.

Este señalamiento de los preceptos citados, como la clasificación que efectúa el jurista citado sobre quien es la persona que puede tener el carácter de damnificado, perjudicado, ofendido, agraviado, víctima o sujeto pasivo del daño, es clara y precisa, independientemente de que en el inciso que sigue, proporcionaré otros casos o ejemplos en los que un tercero tiene el carácter mencionado.

Al decir al inicio de éste inciso que nuestra ley no presenta una gran impresión sobre el tema, me refería a que tanto en nuestra doctrina como en los ordenamientos legales civiles y penales, al referirse al damnificado o perjudicado, utilizan los vocablos que preceden, así como los de víctima, ofendido, persona dañada, sujeto pasivo etc. que para efectos de la reparación se refieren a las personas que tienen derecho a la acción de resarcimiento por el daño que se les ha causado, sin que dichos vocablos sean tomados literalmente en su aspecto gramatical, sino sólo como sinónimos para la figura jurídica del daño.

El jurista IGNACIO VILLALOBOS, considera que es erróneo atribuir al Ministerio Público la acción de reparación del daño, puesto que es una situación que únicamente incumbe a las partes perjudicadas, como a continuación se menciona.

Los efectos prácticos de la reparación del daño en nuestra ley han sido nulos, pues siempre se ha reconocido que el soporte de toda actividad humana es el interés, atribuir al ministerio público el papel de auxiliar de los perjudicados no es prescindir del impulso básico de los directamente interesados pero substituir totalmente a estos últimos, por una institución burocrática, declarando que la reparación del daño es una pena pública, significando que su existencia incumbe al representante social, según el texto del artículo 21 Constitucional, no podría significar si el dictamen autoritario-dogmático se tomará en cuenta hasta sus últimas consecuencias, sino el amodorramiento y apatía de la reclamación sobre daños y perjuicios en la búsqueda de las pruebas, el anulación de los recursos etc.: por esto la H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, confrontando la repetida declaración de la ley, con la realidad en que se palpa el derecho de los ofendidos a perseguir la restitución de sus bienes, la reparación del daño causado y la indemnización por los perjuicios sufridos, admite a tales damnificados como partes coadyuvantes, cosa que seguramente no haría tratándose de pedir la pena de prisión, de multas y otras que si tienen ese carácter público. (15)

Siguiendo por aquella brecha que se abrió al asegurar que en esta materia existen dos "acciones gemelas", las cuales una corresponde al ministerio público, y otra al particular ofendido, con distintas competencias judiciales y contra el principio que prohíbe actuar dos veces sobre lo mismo, olvidando que los caracteres de la sanción civil y la sanción penal no son diversos, sino contradictorios, puesto que la última tiene caracteres aflictivos y ejemplares, en tanto que la primera no tiene esos caracteres o fines; la sanción penal toma como punto de mira para su individualización, el grado de responsabilidad y de peligrosidad del sujeto a quien se impone, en tanto que la sanción civil no puede alterarse por consideraciones subjetivas.

## 27.- SINTESIS.

En resumen, según la interpretación que dejó expuesta los artículos 30 y 30 bis de Código Penal del D. F. y Federal, y 1910, 1915, del Código Civil para las mismas entidades, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: La acción de resarcimiento pertenece al damnificado (perjudicado, víctima, persona dañada, ofendido etc.), y al tercero < en determinados casos > que ha sufrido un perjuicio por causa del delito cometido por otra persona en su contra, pero el perjuicio debe ser entendido en sentido jurídico: o sea, sólo el perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un bien personal protegido por la ley.

Pero también considero necesario, dada la generalidad del concepto damnificado, que establecen los preceptos narrados, como la Legislación Mexicana, en un sentido amplio, da acción a terceros que en un momento dado pueden tener la calidad de damnificados, como se desprende de los artículos que a continuación se detallan.

Del ordenamiento penal: (16)

ARTICULO 52.- En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1.- La naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido;

2.- La edad, educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas;

3.- Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidas de otras afecciones o relaciones sociales, LA CALIDAD DE LAS PERSONAS OFENDIDAS y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, DE LA VICTIMA y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Del ordenamiento civil: (17)

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

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá obligación de repararlo mediante una indemnización de dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1920, ambas disposiciones del presente código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por actos entre vivos y sólo pasa a los " Herederos de la Víctima ", cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

ARTICULO 2073.- El pago debe hacerse al mismo acreedor o a su representante legítimo.

Del análisis de estos preceptos nuevamente se desprenden los vocablos, " persona ofendida ", " víctima ", " herederos de la víctima " para determinar al perjudicado o damnificado de un delito, vocablos que indiscutiblemente son aptos y comunes para determinar al titular de la acción de reparación de un daño.

Por su parte el jurista RAUL CARRANZA Y TRUJILLO, entiende que por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmedato, la persona que sufre directamente la acción sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito ( CARRANZA ); es titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. (18)

Los sujetos pasivos del delito pueden ser, por una parte, la persona individual, que es el sujeto mismo del mayor número de delitos pero ésta persona también serlo desde antes de su nacimiento, como en el caso del aborto ( art. 230 C. Penal ).

El Estado es particularmente sujeto pasivo de ciertos delitos ( V.g. Titulo II C. Penal ). Se ha sostenido que la sociedad misma es el sujeto pasivo de todos los delitos ( BUCELLATI ); pero aunque las penas sólo se establecen para la defensa social, el interés de sus miembros y el orden público lleven a la sociedad a movilizarlas, y esto lo hace por medio del Estado, en función de la personalidad jurídica que éste ostenta.

También la colectividad es posible sujeto pasivo del delito ( ver título cuarto del C. Penal ).

Por último cabe distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño, que lo es el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito.

Aunque los dos sujetos generalmente coinciden, no son idénticos, como se advierte en el delito de homicidio en el que son pasivos del daño los herederos del ofendido y pasivo del delito éste.

## 28.- CONCLUSIONES.



De acuerdo con estos conceptos puedo concluir que las personas con derecho a la reparación del daño por un delito son:

1.- Desde luego el damnificado o perjudicado directo, es decir, la persona titular del Derecho o bien jurídico inmediatamente lesionado por el delito y en la forma que sigue:

a).- En los delitos que causen daño material o patrimonial ( cosas, muebles, inmuebles etc. ) Los dueños de esos bienes.

b).- En los delitos contra la integridad física de las personas ( en todos sus aspectos como son vida, sentimientos, creencias, honor, reputación etc.) cuando la persona titular del derecho vive.

De ordinario el damnificado o perjudicado directo, es el sujeto pasivo de la acción antijurídica, o sea, la persona en cuyos bienes personales o patrimoniales se realizó el acto consumativo del delito.

2.- El damnificado o perjudicado indirecto, es decir, la persona ( tercero ) afectada en sus derechos o en sus bienes personales como consecuencia del delito cometido contra la víctima inmediata.

Con un carácter meramente ilustrativo puedo señalar los siguientes casos en que opera el derecho de acción de resarcimiento de terceros:

a).- En el homicidio, damnificado o tercero perjudicado indirecto son: el cónyuge, los hijos, los padres o los demás herederos necesarios del muerto tal y como lo establecen expresamente los artículos 1916 del Código Civil y 30 RIS del Código Penal.

Dentro de esta última clasificación, o sea heredero necesario del muerto, según sea el caso o circunstancia puede incluirse como terceros con acción de reparación, los hermanos de la víctima, el llamado hijo de crianza y la persona que por ley o contrato estaba ligada jurídicamente con la víctima.

b).- En las lesiones cuando el herido queda incapacitado o física y materialmente imposibilitado para ejercitar su derecho, en estos casos pueden ejercitar la acción de reparación los familiares y parientes directos.

Con lo anterior concluyo de acuerdo con lo explicado en este tema y en base a lo dispuesto por nuestra legislación que damnificado, perjudicado u ofendido de un delito, es la persona física o moral, que sufre un daño cierto ( actual o

futuro ) sobre un bien propio, patrimonial o inmaterial, como consecuencia de la acción dañosa y antijurídica de otra persona a quien se denomina responsable.

#### BIBLIOGRAFIA.

- 1.- DE CUPIS, ADRIANO. Op Cit. Págs. 578 y 579.
- 2.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Pags. 119 y 120.
- 3.- DE CUPIS, ADRIANO. Op. Cit. Págs. 120 y ss.
- 4.- Idem. Pág. 599 y ss.
- 5.- Idem.
- 6.- Idem.
- 7.- Idem.
- 8.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 119 y ss.
- 9.- DE CUPIS, ADRIANO. Op. Cit. Pág. 600 y ss.
- 10.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 119 y ss.
- 11.- Idem.
- 12.- CODIGO PENAL DEL D. F. y FEDERAL.
- 13.- CODIGO CIVIL DEL D. F. y FEDERAL.
- 14.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. Pág. 65 y ss.
- 15.- VILLALOBOS, IGANACIO. Op. Cit. Pág. 613 y ss.
- 16.- CODIGO PENAL DEL D. F. y FEDERAL.
- 17.- CODIGO CIVIL DEL D. F. y FEDERAL.
- 18.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. Cit. Pág. 269 y ss.

## CAPITULO V .

## EXTENSION Y CONTENIDO DE LA REPARACION.

Antes de entrar al desarrollo de este tema que en la actualidad es materia de estudio y aplicación tanto del Derecho Penal como del Derecho Civil, es indispensable hacer un breve estudio de los efectos jurídicos del daño, pues la finalidad de ambas ramas del Derecho, es prevenirlo y repararlo, pero independientemente de eso lo consideran como figuras diferentes.

El Derecho Penal contempla al daño en forma de pena.

El Derecho Civil, por el contrario, lo considera como una responsabilidad que puede ser atribuible directamente al responsable o a un tercero, según sea el caso.

Divergen en su esencia y en su fundamentación, la reacción penal encuentra su justificación en la tutela directa del interés público. Hay intereses penales que por su especial importancia, exigen una tutela especial y por eso se aplica su reacción.

Esta tutela indirectamente puede reflejarse en los intereses privados individuales, aunque su existencia y su justificación tenga determinada por la necesidad de tutelar el interés público. En sentido diametralmente opuesto, la responsabilidad civil contemplando la reintegración del interés privado, se fundamenta en la tutela de ese interés, si bien de manera indirecta, puede considerar el interés público desde el punto de vista de los bienes individuales.

Esta contraposición de hondas raíces históricas es actualmente válida. En el transcurso histórico de la tutela penal, no se han excluido los intereses privados; es decir, que en el pasado la tutela penal ha protegido de manera efectiva intereses particulares.

De aquí que en este mismo sentido y orden de cosas, no faltan los que sostienen que en el Derecho moderno, también la tutela penal puede aplicarse más allá de la esfera de la defensa de los intereses públicos; sea lo que se quiera, debe tenerse en cuenta que en la doctrina actual, la tutela penal aparece por lo menos en la línea de principio como propia y característica de los intereses públicos, que a la vez se refleja en los intereses privados.

## 29.- DIVERSAS FORMAS.

La doctrina jurídica, admite un doble modo o forma de reparar el daño. (1)

Por un lado el resarcimiento y por otro la reintegración en forma específica; por lo cual la obligación resarcitoria tiene, hablando con precisión un objeto, que es indiscutiblemente la reparación del daño, el cual puede concretarse en cualquiera de las dos formas enunciadas.

Como ya se dijo, la reparación del daño, puede hacerse de dos modos; restableciendo materialmente el estado de cosas que existía antes del hecho ilícito ( reintegración ), o bien, compensando el menoscabo sufrido por medio de su equivalente en dinero ( resarcimiento = reparación pecuniaria )

En el primer caso, el responsable tiene una obligación de hacer ( facere ); en el segundo caso una obligación de dar ( dare ).

Al perjudicado se atribuye la facultad de elegir entre uno y otro modo de reparación de daño, y desde éste punto de vista, se puede deducir que ambas soluciones están situadas jurídicamente a un mismo nivel.

Sin embargo, en la ley se presumen los casos de la imposibilidad y de la excesiva onerosidad de la reintegración en forma específica, en ellos, se limita la aplicabilidad de la reparación, pudiendo afirmar que sólo el resarcimiento es la única forma de reparación posible o si se quiere, la que casi forzosamente habrá que aplicar.

De aquí que deba concluirse afirmando que en la normalidad de los casos, el resarcimiento constituye la regla general respecto a la reintegración en forma específica, si bien, no debe olvidarse que éste último modo existe al lado del anterior y enriquece la variedad de formas que la responsabilidad puede asumir para reparar el daño. (2)

Para la comprensión general de esta materia, referente a la fisonomía de la responsabilidad, a su situación en el sistema general de los remedios del daño y de sus efectos jurídicos, es necesario explicar y definir cada una de éstas formas y las diferencias entre ellas.

**RESARCIMIENTO.**— Consiste en la entrega de una cantidad de dinero suficiente al perjudicado o damnificado, para que compense su interés afectado. El daño por razones de constante y absoluta imposibilidad, no se borra del mundo de

los hechos y mucho menos se crea < como sucede con la reintegración en forma específica, una situación material que corresponda a la que existiría si no se hubiera producido >, tan sólo se crea con la atribución pecuniaria, una situación económicamente equivalente a la comprometida por la producción del daño. (3)

La medida del interés lesionado y por tanto el daño, a efecto del resarcimiento, tiene carácter pecuniario, por lo cual el resarcimiento consiste en la prestación debida al perjudicado de una suma de dinero igual a la medida dañada adecuada, para crear la situación equivalente económicamente a la comprometida.

Por esto, cuando se dice que el perjudicado ha quedado indemnizado, no quiere decir que su daño haya dejado de ser un hecho realizado, tampoco que se ha reparado en su natural materialidad, sino sólo que se ha reparado económicamente mediante la subrogación por equivalente en el interés afectado. La reintegración del interés tiene lugar con la restitución al sujeto, no del mismo interés, sino simplemente de su valor económico.

Lo referido tiene valor en cuanto que como sucede normalmente, la medida del daño resarcible corresponde a la medida del interés, del cual es objeto el daño mismo. El resarcimiento como usualmente se dice, es la prestación " id quod interest " de una suma dineraria, igual a la medida del interés, que por afectar el daño-interés, ha de adecuarse a su medida.

Cuando la medida del daño resarcible tiene carácter objetivo, por corresponder al valor objetivo del bien, no puede decirse que el resarcimiento constituye la prestación del " id quod interest " ya que no responde a la medida del interés, sino al valor objetivo del bien ( estimatio rei ).

La importancia indudablemente compleja del resarcimiento como modo de reparación del daño, encuentra una limitación en la posible falta de bienes patrimoniales del responsable, el resarcimiento se concierne mal con las personas desprovistas de dinero o de otros bienes económicos convertible en dinero, pues también la policía tiene sus privilegios, entre los que se encuentra la invulnerabilidad respecto a aquéll, agregando a eso las dificultades que obstaculizan las declaraciones judiciales del importe del daño resarcible.

El resarcimiento proviene del Derecho Romano, en donde tenía una formal aceptación la equivalencia económica, que como se ha visto, es el núcleo esencial de esta forma de reparación pudiendo afirmar que la operación intelectual de comparar las diversas formas de él y indemnización y reparación pecuniaria, es tan normal y accesible a las más elementales facultades

psíquicas, de aquí que se puede presumir la antigüedad de la institución del resarcimiento.

En los estadios menos evolucionados de la historia del Derecho, la reacción al daño sufrido por el individuo, tiene carácter afflictivo y penal, por lo que en ellos procedía la aplicación de la pena privada.

La institución experimentó la evolución siguiente:

De la represalia individual realizada en la persona del que primero abandonada a sí mismo, después disciplinada por la "Ley del Taleón", se pasó el sistema de la composición pecuniaria, cuyo montante se determinó de manera inmediata con el criterio de múltiplo, a lo largo de ésta evolución no se llegó a perder el carácter penal, pues el mismo criterio del múltiplo revela el fin afflictivo propio de la reacción penal y excede del reparatorio, ya que la utilidad exorbitante, concedida al perjudicado, es un reflejo de la realización de tal fin afflictivo (punitivo).

Hay que llegar a un estadio muy posterior para que la reacción del daño privado aparezca despojada de un carácter afflictivo y penal, adquiriendo función puramente reparatoria, deviniendo como mera reparación del daño en favor del perjudicado, fué entonces cuando, adquirido carácter pecuniario, encuentra su origen el verdadero y propio resarcimiento.

En él, el espantar el mal, el sacrificio impuesto al responsable, es instrumental y proporcionado al fin de reparación al perjudicado, mientras que en la afflictión, el castigo, atiene a la esencia funcional de la pena, que aunque pretenda tutelar el interés lesionado, mira no a reparar la lesión, sino a hacer sufrir al responsable de ella.

Ahora bien se podría hablar del resarcimiento como reparación y a la vez como sanción, pues el resarcimiento quiere equilibrar los intereses en la medida en que han sido perjudicados.

Restaurar y nada más que restaurar el equilibrio comprometido por mediación de un equivalente pecuniario. No puede alegarse más ya que excedería su función reparatoria.

Sin embargo aun teniendo un fin meramente reparatorio, el resarcimiento en sí mismo viene a constituir una sanción, impuesta al responsable de la lesión injusta de un interés, gravando con tal consecuencia desfavorable, la violación de su norma protectora.

Sería artificioso separar la violación del Derecho del daño para negar que el resarcimiento, concerniendo al daño, sea una sanción. Ciertamente, la antijuridicidad es un atributo

del daño, si bien el resarcimiento no se refiere al daño en sí y por sí, o sea, no cualificado, sino precisamente al daño que afecte a un interés jurídicamente protegido, que por tener por objeto tal interés, presupone la violación de la norma protectora del mismo, y de aquí que sea dable apreciar en él naturaleza sancionadora.

El resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño, por tanto no puede servir para enriquecer al perjudicado, pues superando tal medida, tal enriquecimiento sería extraño a la función reparadora y equilibradora, e introduciría a cargo del responsable una pena privada.

La pena privada, encaminada a castigar al responsable, puede implicar en favor del perjudicado un beneficio superior al daño sufrido, pero una vez superada, históricamente tal institución, la reacción contra el daño privado no puede encaminarse más que a hacer conseguir al perjudicado la reparación del daño.

Ahora bien cabe diferenciar entre resarcimiento e indemnización: INDEMNIZACION, según su etimología consiste en dejar " indemne " al perjudicado por reintegrarle pecuniariamente su interés lesionado. Corresponde de una forma a la amplia noción de resarcimiento, entendido como remedio subrogatorio, de carácter pecuniario del interés lesionado, entendido por tal razón, la indemnización es una forma de la institución del resarcimiento.

#### LA REINTEGRACION EN FORMA ESPECIFICA.

Esta forma de la reparación del daño, consiste en el remedio más eficaz para reparar un daño, sin pretender que éste desaparezca del mundo de los hechos, creando una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de producirse al daño. (4)

La reintegración en forma específica, puede efectuarse en diversas formas, como son las que a continuación se enuncian:

Puede acoplarse en varias formas de reparación natural " in natura " y así abarcar:

- a).- La restitución de la cosa sustraída ilícitamente;
- b).- La sustitución de la cosa ilícitamente destruída, con otra, perteneciente a su mismo género;
- c).- La reparación de lo ilícitamente destruído;

d).- La eliminación de todo lo ilícitamente hecho.

Estas distintas formas de reparación natural, están adornadas de carácter restitutorio, bien se realice la restitución por un dare, o por un facere distinto del dare, que pretendan crear para el futuro una situación materialmente correspondiente a la existente con anterioridad a la producción del daño.

La reparación in natura, satisface plenamente el ideal de una verdadera reparación, que significa colocar al damnificado en la misma situación de hecho en que se habría hallado de no ocurrir el acto ilícito, las consecuencias perjudiciales de este acto, por consiguiente se borran por el responsable del modo más completo posible, en cambio en la reparación pecuniaria, sólo se restablece el patrimonio de manera aritmética y equivalente y no siempre constituye una verdadera compensación, pues dependiendo de apreciaciones subjetivas, su monto puede ser mayor o menor, que el valor del menoscabo realmente sufrido.

Con lo anterior puedo dar algunos ejemplos de como opera la reintegración en formas específicas:

El rellenar las obras de excavación realizadas en terreno ajeno, la reconstrucción del muro derruido o del edificio dañado; la sustitución del cristal roto en una ventana por otro nuevo; el volver a colocar el objeto del lugar de donde se quitó. Todos éstos son modos de reintegrar en una forma específica un interés lesionado, restaurándolo materialmente.

Los ejemplos aducidos, confirman cómo esta forma de reparación de que hablo, puede comportar para el perjudicado una reparación más eficaz y perfecta que la reparación por equivalente ( resarcimiento ); aunque en la práctica se presenten inconvenientes tales que lleven a aconsejar como conveniente o preferible este último.

Asimismo, es conveniente diferenciar la reintegración de la ejecución en forma específica.

La primera es un modo de actuación de la reacción contra el daño producido, una forma de reparación del mismo, la segunda en su significado estricto, se encamina a lograr procesalmente por una persona el satisfacer el bien primario que le corresponde.

El origen de esta forma de reparación, se remonta a las épocas más primitivas, en el que un incipiente desarrollo comercial y de poca difusión de moneda, no puede encontrar las circunstancias básicas para que pueda manifestarse



valorización pecuniaria y el resarcimiento, por lo que en aquellos tiempos solamente encontraba aplicación la reintegración en forma específica.

Ahora bien, la reintegración también puede manifestar otra forma que es la reintegración jurídica, a diferencia con la material que crea una situación correspondiente a la que existía antes de producirse el daño; esta otra, que aun teniendo también carácter restitutorio, por aplicarse a remover situaciones perjudiciales, no opera directamente en el mundo material, sino sobre ciertos negocios jurídicos y de sus correspondientes relaciones produciendo su eliminación. Esto tiene lugar cuando el daño afecta a un negocio jurídico y el ordenamiento establece la exigencia de repararlo, eliminando tal negocio o sus efectos jurídicos.

La reintegración en forma específica efectuada por una actividad distinta de la entrega de la cosa, puede efectuarse también por un "facere distinto del dare". En este facere, se comprende tanto la reparación de lo ilícitamente destruido como la eliminación de lo que con el mismo carácter se ha hecho; es decir, tanto la positiva reconstrucción del estado de hecho ilícitamente interrumpido o alterado, como la supresión del estado de hecho ilícitamente creado con la destrucción de lo efectuado.

La reintegración en forma específica en su aspecto natural, sin embargo tiene la desventaja de ofrecer a menudo grandes dificultades prácticas, aparte de ciertos casos en que es materialmente imposible; aun cuando en sí, suele ofrecer críticas fundadas a la inversa de la pecuniaria que es sumamente fácil y permite al perjudicado emplear el dinero en forma que más convenga a sus intereses.

Por otra parte, es necesario e imprescindible efectuar la diferencia entre resarcimiento y reintegración en forma específica:

ambas formas constituyen la categoría genérica de la reparación del daño, pero dentro de esta última son modos distintos.

Las dos formas tienen el mismo fin: El RESARCIMIENTO consiste en el pago de una suma de dinero; y la REINTEGRACION EN FORMA ESPECIFICA, consiste en crear una situación materialmente igual o similar a la que existía antes de producirse el daño.

Lo tratado es la forma como contempla la Doctrina en General la figura jurídica de la "REPARACION DEL DAÑO", pero aquí también es necesario analizar como lo establece nuestro derecho y la legislación mexicana.

Siguiendo tales conceptos, nuestro derecho ha adoptado las dos formas existentes de la reparación del daño, sin

tomar predilección por alguna de ellas, por el contrario, en los preceptos legales que a continuación se describirán, implícitamente se nombran las dos formas, aunque en algunos únicamente se refieren a una de ellas:

En el Código Penal Federal y para el Distrito Federal: (5)

ARTICULO 30.- La reparación del daño comprende:

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

II.- La indemnización del daño material y moral y 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 tercios el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

Como se podrá observar, el estudio del citado precepto, en su fracción primera habla de la restitución, que es una variante o forma de reintegración en forma específica y al final de esa fracción habla para el caso, del pago del precio de la misma, que también puede ser integrada en su forma de Reintegración o en la otra forma de reparación por equivalente, es decir, por el precio dinerario de la misma cosa, o sea, por resarcimiento.

En la fracción segunda, habla del concepto indemnización, que es una forma o aspecto del resarcimiento.

En la fracción III contempla ambas formas de reparación.

Por lo que hace al artículo 31 de ese ordenamiento al hablar de la reparación del daño, establece, que la misma será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo a las pruebas obtenidas durante el proceso, comprendiéndose de éste precepto que el juzgador determinará la forma de esa reparación la cual puede ser mediante el resarcimiento o mediante la reintegración en forma específica.

En tanto la Legislación Civil del Distrito Federal y la Federal en sus preceptos que siguen determina: (6)

ARTICULO 1915.- 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.

De éste precepto, se desprende claramente al hablar de restablecimiento de la situación anterior, que se está

refiriendo a la forma de reparación en su modo de Reintegración en forma específica, aunque al final, al hablar de pago se refiera a la otra forma que es el resarcimiento.

ARTICULO 2107.- La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entre ambos, en su caso importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

Al hablar aquí de devolución de la cosa, se refiere a la reintegración en forma específica, al hablar de precio, se refiere al resarcimiento, al referirse a la expresión de entre ambos, parece una aberración, puesto que se entiende a una u otra, y no puede reintegrarse la cosa y a la vez pagarse, ya que ésto podría ser una forma de enriquecimiento, contrario a lo sustentado por los dos aspectos de la reparación del daño.

ARTICULO 2112.- Si la cosa se ha perdido, o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinado, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella.

De éste precepto se presume al hablar de valor legítimo de la cosa, que se está hablando de precio en dinero que es la forma que corresponde al resarcimiento.

ARTICULO 2113.- Si el deterioro es menos grave, sólo el importe de éste se abonará al dueño al restituírle la cosa.

En éste artículo se habla de las dos formas de reparación puesto que habla de importe o a precio, que es resarcimiento y al final habla de restituir la cosa que es una forma de la Reintegración específica.

ARTICULO 2114.- El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley señale otra cosa.

Aquí nuevamente se habla de precio o a dinero y por ende de la figura del resarcimiento.

ARTICULO 2115.- Al estimar el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que él causó en el precio de ella sino a los gastos que necesariamente exija la reparación.

En éste precepto, se habla de dinero en dos aspectos, precio y gastos de la cosa por lo que se habla de resarcimiento.

Así como he detallado los artículos que preceden, podría seguir mencionando otros más que establece la legislación Civil como podría ser el caso de los artículos 1802 y 1803, que aunque no se refieren directamente al daño,

Implican un detrimento o perjuicio para las partes que intervienen y la forma como se contempla la reparación, en forma de resarcimiento ( indemnización ) o de reintegración en forma específica ( restitución ), lo cual confirma mi aseveración que nuestro Derecho Positivo contempla los dos aspectos generales de la reparación del daño, éste es, las figuras del Resarcimiento y la de la Reintegración en forma específica.

### 30.- RESTITUCIÓN.

Como ya ha quedado establecido, uno de los modos de Reintegración específica del daño, es el que consiste en la restitución. (7)

La restitución consiste en la devolución o entrega de la cosa sustraída por medio del acto ilícito o delito, por parte del responsable, al titular de ese bien.

Atendiendo a que los artículos 1915, 2107, 2113, del Código Civil y el artículo 20 del Código Penal, admiten especialmente la reintegración específica, y dado que con la restitución de la cosa se reintegra en forma específica el interés lesionado, creando una situación materialmente correspondiente a la que preexistía a la sustracción de la cosa, puede, tal restitución sobre las bases de las normas contenidas en tales preceptos, considerarse como un medio reparatorio.

Como la restitución es la primera solución legal, ella se produce necesaria y coactivamente por intermedación del juez, pero para que ésta sea dispuesta por el juez, es necesario que sea posible y material, así como jurídicamente.

La posibilidad material, exige que la cosa no esté deteriorada, o inutilizada para que pueda ser devuelta o restituida, pues de lo contrario no se podría, y tendría que entrar otra forma de reparación.

Así por ejemplo, se causa un daño a un automóvil y queda prácticamente destruido, el propietario no está obligado a recibir los restos de aquél, puesto que para él son inútiles, tendrá derecho a exigir la indemnización ( pago ) del total del automóvil ( artículo 2112 Código Civil ).

Fera en el mismo ejemplo con la salvedad de que el automóvil, resultó mínimamente dañado ( artículo 2113 ), el propietario puede pedir que se le repare materialmente ese daño en algún taller especializado y se le restituya su automóvil en las condiciones iguales o similares en las que se encontraba antes de ser dañado, siendo en éste caso ( ejemplo ) una total reparación en su forma de Restitución.

Ahora bien, la misma restitución considerada como remedio de la reparación del daño a cargo del responsable, como modo de actuación en forma específica, no debe confundirse con la restitución impuesta al que posee o detenta la cosa ajena por consecuencia de un derecho real como resultado de una acción reivindicatoria, independientemente de los presupuestos determinantes de la responsabilidad. (8)

Son remedios jurídicos distintos, aunque convergen en gran medida. Con la acción reivindicatoria, se hace valer directamente el derecho real absoluto para poder obtener la restitución de la cosa del que la detenta o posee sin título.

Con la acción personal de restitución se actúa el derecho de crédito autónomo, que constituye uno de los elementos del negocio creado por la sustracción culpable de la cosa y cuyo contenido está determinado por la responsabilidad del culpable.

Tal responsabilidad se manifiesta por todos los medios idóneos que permiten reintegrar el interés lesionado, por lo que comprende la obligación de restituir. Esta obligación se produce bajo un doble y distinto aspecto jurídico como consecuencia de la falta objetiva del título para poseer o detentar, y como resultado del comportamiento subjetivo culpable que se concreta en la disposición de la cosa.

En lo que se refiere a la acción reivindicatoria, no hay que desnaturalizarla, presentándola como una acción de responsabilidad civil, por cuanto debe permanecer siendo un remedio jurídico de carácter real previsto de eficacia real aplicable a aquel que posee o detenta la cosa, pero no a la persona civilmente responsable de la sustracción.

Por tanto, su campo de aplicación específico no debe ejercitarse contra el que después de haber sustraído la cosa, ha dejado de poseerla o poseerla, a no ser que la cesación no haya producido con posterioridad a la demanda judicial.

Por otro, en el ámbito de la responsabilidad, el culpable de la sustracción, al que el perjudicado exige la restitución, está obligado a recuperar en la medida posible la cosa sustraída, para restituirla al perjudicado, aun cuando haya dejado de poseerla o detentarla con anterioridad a la petición de restitución.

Por tanto; la restitución como remedio de naturaleza reparatoria, goza de un exclusivo margen de aplicación, en el cual no tiene lugar o cabida la acción reivindicatoria.

El posible concurso de esta acción reparatoria con la reivindicatoria, no se puede plantear cuando la cosa se puede

restituirse por haber sido destruida al sustraerla, o con posterioridad la sustracción, por lo que tan sólo cabe en éste supuesto exigir si la cosa tiene carácter fungible, la entrega de otra análoga perteneciente al mismo género.

Aquí, el derecho real extinguido por "interitus rei" no puede hacerse valer con la acción reivindicatoria, si bien el perjudicado deberá promover la acción personal para conseguir del responsable la dación de otra cosa perteneciente al mismo género, a título de reintegración en forma específica y siempre que no prefiera la reparación por equivalente.

Al extinguirse por destrucción de la cosa, el derecho de propiedad sobre la misma, no existe un derecho de propiedad sobre el "genus" a que tal cosa pertenecía, por lo que la entrega de otra cosa de la misma especie y condición, sólo puede lograrse mediante el ejercicio del derecho personal nacido del acto ilícito cometido.

### 31.- REPARACION PECUNIARIA, CONCEPTO.

Esta otra forma de reparación de daño (resarcimiento), consiste siempre en el pago de una suma de dinero por el responsable en favor del perjudicado por el daño causado; el patrimonio de la víctima debe ser restablecido cuantitativamente en sus valores menoscabados, de modo que quede eliminada la diferencia que existe entre la situación actual del patrimonio y aquella que habría existido de no suceder el delito. Esta diferencia constituye en principio, el daño resarcible.

Pero ahora bien, observemos como contempla la legislación mexicana, la reparación del daño desde el punto de vista de la sanción pecuniaria prevista por el artículo 30 del Código Penal.

Desde el punto de vista del maestro CARRANCA Y TRUJILLO los daños que sufre el ofendido por el delito, no fueron diferenciados de la pena misma en el antiguo Derecho Romano, más bien quedaron absorbidos por ella; de donde resulta que las víctimas del delito, no han aprovechado para nada los esfuerzos del Estado para la reparación del daño, pues sus sufrimientos persisten y subsisten, los tribunales funcionan como si no existiera la víctima, puede decirse así, que el sufrimiento de este es doble pues como contribuyente tiene que pagar los gastos judiciales y todo ello es más de lamentar cuando que la víctima de los delitos son por lo regular personas poco acomodadas. (9)

Pero moderadamente se distingue ya con nitidez entre la pena o medida de seguridad y la reparación del daño, pues el abandono en que había estado la víctima del delito, ha hecho necesario que doctrinalmente, no se dedicara toda la atención al delincuente, sino que se compartiera también con su víctima inmediata.

Atento a tal situación de abandono en que había quedado siempre el ofendido, para un sector del positivismo criminal, la reparación del daño ocasionado por el delito, debe tener carácter de pena y estar provista de iguales medios enérgicos de ejecución que la multa, o sea ser sustituida la insolencia con prisión, o mejor todavía con trabajos obligatorios en servicio del particular ofendido.

Por otra parte, se ha propuesto que el Estado se constituya cesionario de los derechos de la víctima, dando a ésta inmediata satisfacción, pues el Estado está obligado a garantizar la seguridad general.

Un sistema completo y eficaz para la reparación del daño es el que ha elaborado RAFAEL GAROFALO, quien afirma que con la creación de una caja de multas alimenticias con las que sean pagadas a consecuencia de sentencia judicial y con una parte de los salarios de los insolventes o vagos a quienes se obligará a trabajar, al dictarse auto de formal prisión, quedará constituida hipoteca sobre los bienes inmuebles del procesado, y crédito privilegiado sobre los futuros, a fin de garantizar la reparación, que se fija en la sentencia; si el ofendido renunciara a la reparación, su importe quedará a beneficio de la caja, esta hará efectivo a los ofendidos, tan pronto como lo fije la sentencia judicial, el importe de la reparación que se les reconozca, pasando desde luego a ser cesionaria de sus derechos. (10)

Por último se ha pensado que la concesión de ciertas gracias ( indulto, condena condicional, libertad preparatoria, rehabilitación, conmutación ) deben quedar condicionadas al pago previo de la reparación del daño.

Cuestión debatida, es si la reparación de los daños ocasionados por el delito, deba comprender también los daños morales. Cuando la afección moral traduce en decrecimiento del patrimonio económico, es relativamente fácil la valuación de aquél, pero no así cuando esa relación sea imposible de establecer, pues entonces más que reparación, lo que existiría sería nueva pena. Pero las legislaciones modernas van siendo constantes en la admisión, también de la reparación del daño moral.

En cuanto al daño material ( físico o económico ), la reparación consiste en el pago del precio de la misma, y en cuanto al daño moral sólo cabe la indemnización por regla general, y para ciertos casos especiales como las injurias,

difamación y calumnia, la publicación de sentencia a costa del infractor.

Para MARTINEZ DE CASTRO, la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, no sólo era de estricta justicia, sino hasta de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos, ya porque así su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a coadyuvar a la persecución de los delincuentes, porque como observa BENTHAM, el mal no reparado, es un verdadero triunfo para el que lo causó; tan cierto es esto, que bien puede atribuirse en mucha parte a la impunidad de que han gozado algunos criminales que no teniendo bienes conocidos, no se les podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído, pues faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, era natural que se retrataran de hacer acusación alguna o hasta de una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hicieron perder su tiempo inútilmente. (11)

En nuestra ley penal, el código respectivo del D. F. y el Federal, en su artículo 34, establecen que la reparación del daño proveniente de un delito y que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, que deberá hacerse en la misma forma que la multa (artículo 39) y que está reparación es preferente a cualquier otra obligación adquirida con posterioridad (artículo 35).

Ahora bien el punto de mira para evaluar la reparación pecuniaria que hemos dicho, se traduce siempre en el pago de una cantidad de dinero ( indemnización ), al perjudicado directo u otro sujeto cualquiera, por lo que es fundamental considerar la situación patrimonial estableciendo la repercusión efectiva que ha tenido el delito en su patrimonio..

Este es el llamado principio del interés, que es común a la mayoría de las legislaciones ; se trata desde luego de un principio general y por lo mismo, no sólo tiene aplicación con respecto a las cosas que integran el patrimonio, sino también con respecto a las capacidades o aptitudes del ofendido.

La persona ofendida por un delito, podrá poner a disposición del juez instructor, todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño ( art. 9 del código procesal penal.)

El código penal, es ley posterior al código civil pues ambas legislaciones fueron promulgadas respectivamente en los años de 1931 y 1928, no obstante que el civil entró en vigor hasta 1932, por tanto lo establecido en el artículo segundo transitorio de aquel, abrogó las leyes que se opusieran al



mismo, en consecuencia en caso de oposición entre el civil y el penal prevalecerá éste último.

### 32.- FORMAS.

Antes de explicar y detallar la forma como contempla nuestro derecho la reparación pecuniaria, conviene observar como la regulan las legislaciones extranjeras, después como lo contempla la nuestra, después comparar entre ambas, así como las diferencias existentes entre ellas. (12)

En la doctrina Francesa, la libertad del juez, es absoluta en todo lo concerniente a la estimación del daño y a la forma de la reparación. Si no hay precepto que rija el caso, el juez francés puede establecer soberanamente el modo de la reparación (natural o pecuniaria) fijar esta última en una suma global o bien mediante una renta, disponer la entrega del capital al damnificado o a un tercero con cargo de entrega al perjudicado, en este último supuesto de la renta correspondiente y según los plazos y condiciones que libremente determine (por mes, trimestre, anual etc.). En caso de renta, los jueces pueden también establecer con toda libertad la garantía necesaria, no sólo eligiendo de entre las legales, sino también estableciendo alguna extralegal; es decir, no prevista por la ley (títulos de renta, entrega del capital a una compañía de seguros etc.).

Los tribunales que aprecian soberanamente el monto del perjuicio, tienen pleno poder para determinar el monto de los daños e intereses y las condiciones del pago.

En la doctrina Italiana, anterior a la reforma, la cuestión era semejante a la francesa, pero los tribunales establecían preferentemente la reparación por medio de la entrega a la víctima, en plena disponibilidad del capital suficiente para producir, en caso de entrega a una institución de seguros, una renta vitalicia correspondiente al daño sufrido.

Esta solución que se mantiene después de la reforma admite por el artículo 2057 del código civil, una modificación accesoria. " Cuando el daño a las personas tiene carácter permanente, la liquidación puede ser hecha por el juez, teniendo en cuenta las condiciones de las partes y la naturaleza del daño bajo la forma de renta vitalicia ".

En tal caso el juez dispone las oportunas garantías, esto significa, que la reparación por medio de renta es excepcional y está condicionada en un doble aspecto: En cuanto depende de las condiciones de las partes y de la naturaleza del daño, por un lado, y por otro, en cuanto es indispensable la provisión por el juez de las garantías para cubrir el riesgo de

El Código Civil Alemán, cuando se trata de la reparación pecuniaria, establece en principio, el pago del capital de la indemnización al damnificado. Sólo en caso de lesión en el cuerpo o salud de una persona, que anule o disminuya su capacidad adquisitiva o aumente sus necesidades, impone como regla, la reparación mediante una renta de dinero, pero aun en éste supuesto, el juez puede ordenar la entrega del capital, en lugar de la renta, cuando así lo aconseje una causa grave, tal disposición es la establecida en el artículo 943 del Código enunciado.

El Código Suizo de las obligaciones, después de establecer la libertad del juez para determinar el modo y la extensión de la reparación, de acuerdo con las circunstancias y la gravedad de la culpa, agrega que los daños y perjuicios no pueden ser concedidos en forma de renta, sino cuando el deudor es al mismo tiempo constreñido a suministrar seguridades, disposición contenida en el artículo 40 del ordenamiento referido.

Por su parte la Doctrina Argentina, influenciada por la Francesa pero sin tomar la misma aplicación, no pueden los jueces tener la libertad en cuanto a la reparación.

A diferencia del Código de Napoleón, el Argentino no faculta indistintamente la reparación natural y la pecuniaria, sino que establece de manera exclusiva la pecuniaria con eliminación de la primera, pues como señala el artículo 1033 de su Código Civil, el responsable sólo puede ser condenado a pagar una suma de dinero, no a realizar ningún otro hecho de los que puedan ser objeto de una obligación de hacer.

De lo aquí narrado, se deduce que la condenación, no puede imponer al responsable, por ejemplo, la obligación de entregar títulos de renta, o de pagar la indemnización en moneda extranjera, pues en ambos casos la obligación del responsable sería una obligación de hacer.

Tampoco puede fiar u ordenar el juez la entrega del capital de la indemnización a un tercero ( compañía de seguros, cajas de ahorro etc. ), con cargo de entregar la renta al damnificado, ya que si ésta persona es capaz, no está de ningún modo sometido a la vigilancia del juez en cuanto al acierto de la administración de sus bienes ni el juez puede invocar ningún precepto que lo constituya en tutor de los intereses de las personas capaces.

En la legislación Mexicana, como ya he mencionado, acepta las dos formas de reparación del daño que son el RESARCIMIENTO ( en sus formas indemnización reparación ( "sanción" ) pecuniaria ) Y LA REINTEGRACION EN FORMA ESPECIFICA ( restitución en diversas formas ).

A diferencia de las doctrinas Francesa, Italiana, Alemana, Suiza, La Mexicana en la reparación pecuniaria, no legisla ni acepta este modo de reparación en forma de renta, temporal o vitalicia, sino al igual que la doctrina Argentina, establece que esta forma de reparación sólo puede efectuarse por medio del pago de una suma de dinero, tal y como lo estipulan los artículos 29, 30, 31, 33, 35 y 37 del Código Penal Federal y del Distrito Federal, ya descritos y lo dispuesto por los artículos, ya transcritos, 2107, 2112, 2113, 2114, 2115 del Código Civil de las mismas entidades federativas.

Esto es, los jueces al dictar su sentencia, tendrán la libertad de que según los jueces de las legislaciones comparadas para determinar y aplicar al monto del daño, en base a las condiciones del responsable y del perjudicado, atendiendo a las constancias procesales y al daño causado, en la forma de reparación del mismo en sus dos aspectos RESARCIMIENTO O REINTEGRACION ESPECIFICA, pero siempre en las formas derivadas de estas últimas como son la Restitución o en su caso indemnización o reparación pecuniaria, esto es en base al precio de la cosa, y en casos de lesiones u homicidio, en base a lo establecido por la Ley Federal del Trabajo, pero siempre mediante una suma de dinero.

Por tanto la indemnización por medio o en forma de renta, no tiene cabida en nuestro sistema legal, a diferencia de las extranjeras ya comentadas que sí la establecen.

De conformidad con nuestra ley, la reparación debe fijarse como regla general, restituyendo la cosa, y si no fuere posible:

**ARTÍCULO 2113:** en el pago del precio de la misma al titular del

La solución general en nuestra ley, es por consiguiente, la entrega al damnificado, en plena disposición, del capital del resarcimiento. Esta solución tiene la ventaja, a diferencia de la de la renta de otras legislaciones, de permitir al damnificado la utilización provechosa de ese capital, haciéndolo producir, además de concluir definitivamente la relación jurídica que liga al responsable con el ofendido o damnificado.

### 33.- LA REPARACION PLENA.

El principio general que rige en esta materia, es que el responsable debe reparar todo el daño que ha causado con su delito.

Como la reparación del daño tiene en nuestra Ley Penal el carácter de pena pública, el resarcimiento debe ser

conforme al daño causado. El resarcimiento comprende siempre, en principio, todo el daño causado por el responsable, no es demasiado exigir de él - decía BERTRAND DE GREUILLE en su informe al tribunalado - obligarlo a algunos sacrificios pecuniarios para la entera indemnización de lo que él ha hecho sufrir por su poca prudencia o su desatención. (13)

Este principio llamado de la reparación integral o plena, se halla implícitamente acogido por nuestra Ley Penal en su artículo 30 y por la Legislación Civil en sus preceptos 2110, 2112 al 2116.

Pero sería un grave error entender a este de modo que él obligue al responsable a resarcir todo el daño que ha ocasionado materialmente o moralmente con su acto, no se trata de la causalidad material, sino como es obvio, solamente de la jurídica, pues como ya he dicho, el daño imputable al autor de un delito, según nuestra ley, es solamente el que se halla en conexión causal adecuada con ese acto, o sea, las consecuencias normales y por lo tanto previsibles de su acto, las demás no se imputan al responsable por razón de su anomalía o por ser fortuitas, puesto que deben ser una de las causas consideradas sine qua non de su producción.

La Ley establece, un límite concreto a esa ilimitación material o real de las consecuencias derivadas de su acto, a medida que los daños se alejan del acto que los produjo, se van uniendo y combinando con variadísimas circunstancias y agrandándose y ensanchándose ilimitadamente. De todas ellas no responde el agente, sino sólo de los daños que son consecuencia adecuada del acto, esto es, que son consecuencia inmediata y directa del cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o deban causarse ( artículo 2110 C.C. ).

En este punto se detiene, la responsabilidad y ésta es, sin embargo " plena ", la plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material, sino como es obvio, jurídica, es decir, siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general para la responsabilidad en el Derecho.

El principio de la reparación integral, por tanto, significa, no lo que literalmente podría entenderse, sino de un modo más estricto y preciso, que la responsabilidad se extiende a todo el daño que se halla en relación causal adecuada con el delito, pero no más allá.

#### 34.- EL LIMITE DE LA RESPONSABILIDAD.

La medida de la responsabilidad, por consiguiente se regula por la relación de causalidad, algunos autores, sin

embargo señalan que la culpabilidad es la que fija el límite o la extensión de la responsabilidad. (14)

Entre los que sostienen que se regula por medio de la Relación de Causalidad, se encuentran ENNECCERUS LEHRMANN, DEMEURE, obligaciones, HARTY la relation de cause a effect comme conditio de la responsabilité civile.

Entre los que sostienen que el límite se fija por la culpabilidad se encuentran el autor BORBONI y el código de Prusia.

Esta última afirmación se explica en los escritores que siguen en materia de causalidad, la teoría de la *Condicio sine qua non* o de la Equivalencia de Condiciones: Como para ellos el autor de un acto es también autor de todas las consecuencias que derivan necesariamente de él, por lesiones y fortuitas que sean, tienen que buscar en otro factor el límite a esa desmesurada causalidad y lo hallan en el requisito de la culpabilidad.

Pero en el sistema de la causalidad adecuada, que es seguida por nuestra legislación, la relación causal se establece por la normalidad del efecto con relación al actor: esto es, por la previsibilidad de las consecuencias, estas se consideran causadas por el responsable, cuando en tanto y según el curso natural y ordinario de las cosas eran previsible.

Esta previsibilidad no se juzga en concreto, atendiendo al responsable mismo, punto de vista que es propio de la culpabilidad, sino en abstracto: es decir, con respecto a la generalidad de los sujetos.

De acuerdo con este sistema, por consiguiente el autor de un delito, responde de todas las consecuencias que eran previsible en general, las haya o no previsto realmente y aunque no haya podido prevenirlas en concreto. Cuando la responsabilidad es subjetiva o con culpa, basta que el autor del delito haya previsto o podido prever un resultado dañoso cualquiera, la existencia de la culpa solo requiere que el agente responsable haya previsto o podido prever un resultado contrario al derecho, para que deba responder de todas las consecuencias derivadas de su acto, aun de las imprevisibles para él si eran normales o previsible en general.

Es muy importante desde luego, no confundir la previsibilidad propia de la relación de causalidad, con la previsibilidad que se exige para la culpabilidad: aquella se juzga en abstracto, está en concreto, aquella atiende a la normalidad de las consecuencias en sí mismas (en general), esta mira a lo que era previsible para el agente en concreto según sus conocimientos y aptitudes personales.

De aquí que ambos requisitos no se superpongan ni puedan confundirse, establecido que el autor de un delito,

previó o pudo prever un resultado dañoso ( culpabilidad ), responde de todos los demás resultados normales de su acto ( causalidad ), aunque él no los previera ni pudiera preverlos y aunque aquél resultado previsto o previsible para él no se haya producido.

Ejemplo de lo anterior: Una persona respondería por homicidio por haberle suministrado un narcótico a otra, con propósito de broma, si ésta muere por no tolerar el tóxico en razón de deficiencias orgánicas ( hepatitis ), aunque ese resultado haya sido imprevisible para responsable, habida cuenta de su falta de conocimientos médicos, pero aunque imprevisible para él, era previsible en general, en las circunstancias del caso, por ser la muerte un efecto normal del narcótico en personas con ciertas deficiencias de salud.

Es erróneo, por tanto, decir que la medida de la responsabilidad está dada por la culpabilidad. En la responsabilidad subjetiva la culpa es necesaria para que nazca la responsabilidad, pero admitida ésta, la medida o la extensión de la obligación de resarcir se rige por la relación de causalidad.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, o sin culpa, es también la relación de causalidad la que rige la extensión del daño resarcible, quienes invocan la culpabilidad como límite, se quedan aquí sin posibilidad alguna de establecer la limitación.

Ahora bien, la responsabilidad civil proveniente de un delito, consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer la reparación del daño en cualquiera de sus formas ( artículo 1915 del Código Civil ), pero dicha reparación debe comprender, el pago de todos los daños causados al ofendido, a su familia, o a un tercero por la violación de un derecho formal existente y no simplemente posible si aquéllos son actuales y provienen directa e inmediatamente del delito de que se trata, o hay certidumbre de que éste o aquél los han de causar necesariamente, como una consecuencia próxima e inevitable, tal y como lo establecen los artículos 2107 y 2110 del Código Civil.

### 35.- EXCEPCIONES, RESPONSABILIDADES NO PLENAS.

Al hablar en este inciso de " Excepciones ", no me estoy refiriendo, como es lógico, al concepto literal del vocablo, ni al concepto jurídico del mismo, sino a los casos en que la reparación integral o plena, no es atribuible al sujeto que cometió el daño, por haber sido absuelto en sentencia del delito de que se le acusó, o porque se demuestre que el daño se

produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. (15)

La reparación integral del daño constituye, el principio general en materia de responsabilidad, pero solamente principio o regla general y no absoluta, porque en ciertas situaciones excepcionales la misma ley restringe expresamente la obligación de resarcir, ante estas situaciones o casos es como no se da una responsabilidad plena, razón por la cual a este inciso del trabajo decidí llamar " Excepciones, responsabilidades no plenas ".

Pues bien, al tratar el inciso correspondiente a la reparación pecuniaria ( 31 ) dejé asentado que nuestra legislación penal en su artículo 34, establece que la reparación del daño es un pena publica, es decir, para que el responsable de un delito, sea condenado al pago de la reparación del daño, es necesario, que se demuestre su responsabilidad penal en la comisión de ambos ( delito y daño ) y por tanto condenado en la sentencia.

Pero que sucede si por el contrario, es absuelto del delito de que se lo acusó, va sea por habilidad o destreza de sus defensores o porque operó en su favor una de las causas o circunstancias excluyentes de responsabilidad que señala la ley penal, obviamente tampoco será condenado a cubrir la reparación del daño.

Nuestra Legislación, establece concretamente preceptos especiales en los que no opera la reparación del daño o la responsabilidad del agente en el mismo, pues en la ley Civil en sus artículos 1710 parte final establece que el daño se produjo como consecuencia inexcusable de la víctima y el artículo 1774 cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de las partes, se produzcan daños cada una de ellas lo soportará sin derecho a indemnización, así como lo establecido por el artículo 1734, referente al tiempo o término que se tiene para exigir la reparación y el cual ya narré. (16)

Ahora bien, el Código Penal establece circunstancias excluyentes de responsabilidad y por tanto excluyentes de reparación, como sigue:

ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias,

II.- Padecer el inculpaado, al cometer la infracción trastorno mental o desarrollo intelectual retardo que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el

propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

III.- Repeler el acusado una agresión real, actual, o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquel que causa un daño a quien a través de la violencia, o del escalamiento por cualquier otro medio, trate de penetrar sin derecho a su hogar, al de su familia o sus dependencias; o a la de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender, o al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquéllos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, ni con grave imprudencia por el agente, y que éste tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.

VI.- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya delito si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

VIII.- Contravenir lo dispuesto por una ley penal, dejando de hacer lo que ella manda, por un impedimento legítimo.

IX.- Beroqada.

X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

XI.- Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.



No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

Por otra parte el artículo 17 del ordenamiento en cita, establece que las circunstancias de responsabilidad penal se harán valer de oficio.

Aunque, al respecto cabe hacer notar, que aunque una persona que cometió un delito sea absuelta del mismo y por consiguiente del pago de la reparación del daño, nuestros máximos tribunales han sostenido mediante jurisprudencias diversas y contradictorias, en que la reparación del daño se puede demandar por la vía civil, tal y como lo sostienen nuestros escritores civilistas.

### 36.- NO COMPRENDE EL DAÑO MORAL.

Al hablar en este inciso al daño moral, no me estoy refiriendo al concepto de Reparación en general, sino al concepto de reparación plena o integral, puesto que aquél tema es motivo de estudio de todo el inicio de éste capítulo, que será complementado con lo que se desarrolle en el tema séptimo de ésta tesis.

¿Porque razón titulé el inciso de " no comprende al daño moral " ?, por la sencilla razón de que el principio de la reparación plena, únicamente se refiere en la teoría al daño material o patrimonial, es decir, a la materialidad jurídica tratando de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de causar el daño, en tanto que lo que se entiende por daño moral tendremos que entenderlo de acuerdo a la definición que del mismo, nos da el artículo 1916 del Código Civil tanto Federal como del D.F.

### 37.- EL MOMENTO DE LA APRECIACION.

Otra cuestión muy importante, es la relacionada con el momento que debe adoptarse para la estimación del daño y por consiguiente, del monto de la reparación, que se vincula con el principio de la reparación integral o plena, el cual estudiaré a continuación:

Nuestros tribunales, más implícita que explícitamente consideran de ordinario, que la reparación del daño, debe fijarse en el momento de dictar sentencia, atendiendo al día en

que el daño fué producido, el cual normalmente casi siempre es el mismo día en que se cometió el delito.

Esta solución no suscita objeciones prácticas y puede muy bien aceptarse en todos los casos en que el daño producido por el delito, es instantáneo - es decir, no progresivo - y la diferencia de tiempo entre el momento de la realización del delito y el momento en que va a realizarse la reparación, no influye apreciablemente en el monto del daño.

En estos casos, la cuestión presenta puro interés teórico y concierne sólo a la mayor o menor corrección de la doctrina, pero el problema tiene gran interés práctico cuando el delito produce un daño sucesivo o progresivo, de suerte que hay una sensible diferencia entre el momento en que se produce el daño y el momento en que se cubre la reparación del mismo, pues bien en tiempos como los que vivimos de inflación y desvalorización de la moneda, en que los valores sufren marcadas fluctuaciones de un momento a otro, es necesario analizar esos factores y determinar si es correcto el criterio seguido por nuestros tribunales para evaluar el daño a los fines del resarcimiento.

He dicho, que el juez penal al dictar su sentencia y condenar al responsable al pago de la reparación del daño, toma como punto de referencia lo establecido por el artículo 51 del Código Penal, pero basándose concretamente al día en que cometió el delito y produjo el daño, es decir, al valor que en ese tiempo tenía la cosa u objeto, o la tasación que como indemnización fija la Ley Federal de Trabajo (días de salario mínimo de la zona en que se cometió el delito para ese tiempo).

De aquí surgen las interrogantes de si es correcta esa apreciación del momento en que se cometió el delito y se produjo el daño, o debe ser el momento de la sentencia, o el momento que se cubra la reparación del daño, para estimar la cuantía del mismo.

Esta apreciación, únicamente se plantea con respecto al daño patrimonial, no así al daño moral, puesto que no teniendo este último ninguna disminución del patrimonio, es ajeno a éste.

Los supuestos que antes señalé, corresponden a la distinción que suele hacerse en la doctrina entre variaciones intrínsecas y variaciones extrínsecas.

Las variaciones intrínsecas, suponen que a partir del delito cometido y hasta el día de la sentencia, el daño ha variado en sus elementos materiales, sean agravándose o disminuyendo en su entidad.

Las variaciones extrínsecas, aluden a los casos en que permaneciendo invariable el daño en su materialidad, ha

cambiado sin embargo, su apreciación económica por causa de las fluctuaciones de la moneda, o por causas de oferta y demanda en el mercado de los objetos de que se trate.

Pongamos como ejemplo de la primera situación ( variación intrínseca ) el siguiente:

En un caso de lesiones corporales, producidas por el delincuente, es claro que el juez, al fijar la reparación o indemnización que deba hacer el responsable, deberá tomar en cuenta todas las modificaciones ocurridas en el estado de salud de la víctima durante el proceso, así como la agravación o la disminución de la incapacidad para el trabajo determinada por las lesiones, y aún más, tiene que considerar y evaluar el daño futuro, o sea, el que debe resultar verosimilmente de la prolongación ulterior del daño actual ya sucedido.

En el momento del fallo, la mirada del juez, debe tenderse hacia el pasado, para poder apreciar las modificaciones del daño y hacia el futuro para calcular las previsibles consecuencias ulteriores.

En esta primera situación, relativa al daño considerado en sus variaciones intrínsecas, no es dudoso que el momento decisivo para la estimación del mismo, no puede ser simplemente el del acto de la comisión del delito, ni el de la sentencia, puesto que ni se presenta algún vínculo legal y el daño presenta alguna variación durante el tiempo que duran esos recursos, no puede ser apreciable esa estimación del monto del daño, sino hasta que esa sentencia cause estado y se cumpla la misma.

La segunda situación que se presenta en la doctrina, concierne a las modificaciones extrínsecas, que es la que suele suscitar algunas discrepancias y dudas.

Estas variaciones extrínsecas son aquéllas que sin variar la materialidad del daño, varían en su apreciación económica, es menester proporcionar el siguiente ejemplo:

Si la bardo derribada por un automovilista al impactarse contra ella valía cincuenta mil pesos al momento de su destrucción trescientos mil pesos el día de la valuación por parte del perito del juzgado y quinientos mil pesos el día en que se dicta sentencia y se le condena al pago de ella ¿ Cual de estas sumas debe satisfacer el responsable en cumplimiento de su deber de indemnizar.

Para responder correctamente a esta pregunta, es indispensable no olvidar el concepto mismo de reparación, el cual presupone de manera esencial que el responsable satisfaga a la víctima todo el daño causado efectivamente con su acto, de tal suerte que la víctima obtenga un restablecimiento de su situación patrimonial anterior al daño. Este principio de la

reparación plena, como he dicho, ha sido explícitamente acogido por las legislaciones extranjeras.

Pero volviendo con el ejemplo señalado, si por causas no imputables al damnificado, la reparación se hace con mucha posterioridad al día de la causación del daño y éste se ha agravado por la devaluación de la moneda o por otras causas, es evidente que el perjudicado no obtendrá un pleno resarcimiento si recibiese una suma menor a la de su daño efectivo en el momento que se le cubra la reparación, esto es, lo que ahora vale quinientos mil pesos, no puede ser reparado ahora con cincuenta mil pesos que era lo que hubiese podido serlo el día en que se cometió el delito y se produjo el daño.

Es el concepto mismo de reparación, por tanto, el que impone en principio, la elección del día de la sentencia - como el más cercano al momento de la reparación real - para fijar el capital de ella. Esto es lo que está de acuerdo con la naturaleza de las cosas y con la equidad: si la reparación hubiese seguido inmediatamente al daño, el monto de aquélla habría sido el de éste en el momento preciso de producirse; pero si la reparación se satisface con bastante posterioridad por causas imputables al responsable mismo - por no reconocer su responsabilidad o negativa a pagar el monto de su obligación - o por causas ajenas al responsable y a la víctima (aumento de precios, desvalorización de la moneda) la reparación debe medirse de acuerdo con el momento en que va a realizarse. Únicamente cuando el retardo se origina en hechos provenientes del damnificado, debe ser éste el que cargue con las consecuencias de la demora.

Esta doctrina, en cuanto a la afirmación del principio general, fué ya expresamente enunciada por WINDSCHEID quien observaba, además, que cuando se trata de una cosa sustraída y ella ha cambiado de valor después de la sustracción, el damnificado puede pretender "el valor superior del tiempo de la sentencia", ya que en efecto, "él puede decir que si no le hubiese sido quitado, tendría actualmente una cosa de precio superior". (17)

Los escritores modernos, en su mayoría enseñan esta misma doctrina ( HAZEBAD, FRIEDRICH LEHMAN, FISCHER, FLAHIOL, RIPERT, ESMEIN, LALOU, DEHOUQUE, DE CURTIS, TEDESCHI, PAOLO GRECO ), ella es la dominante en la actual jurisprudencia francesa, a partir de la sentencia de la CHAMBRE DE REQUÊTES, del 29 de marzo de 1942, que ha fijado la jurisprudencia de los demás tribunales. La Cámara Civil de la Corte de Casación y los tribunales y Cortes de Apelación, siguen ahora esta doctrina. (18)

En la sentencia del 10 de agosto de 1945, la Corte de Casación Italiana, formuló la doctrina en éstos términos: a los fines del resarcimiento del daño, es necesario referirse, para la determinación objetiva de él, a la época del acto dañoso, y

para la determinación del equivalente pecuniario al tiempo en que se efectúa la liquidación, teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda. Para los derechos de crédito todavía no liquidados en una suma de dinero, no puede ser invocado el principio nominalista.

**CONCLUSION.-** Al inicio de este inciso, dejó asentado como se contempla la reparación del daño por los tribunales mexicanos, pero considero que esta apreciación del monto de la reparación es incorrecta, pues al igual que lo establece la doctrina moderna que narré en la parte final de este tema, la adopción del día de la sentencia debe ser de acuerdo al concepto mismo de reparación: esto es, con la finalidad de que el importe de la misma, sea de acuerdo al valor actual en que se efectúa y no al valor de la época en que se produjo, de tal suerte que la víctima u ofendido de un delito, obtenga el restablecimiento de su situación patrimonial que tenía antes de producirse el daño.

Por tal situación considero que el momento de la apreciación ( día en que se dicta la sentencia ), el juez debe establecer el monto de la reparación teniendo en cuenta todas las circunstancias del hecho que influyeron en esa determinación de entre ellas, ( los daños reclamados por la víctima, la relacionada con el valor adquisitivo de la moneda, la contemplada por la Ley Federal del Trabajo etc. ) pero atendiendo siempre a las circunstancias actuales en que se cubra la reparación del daño y no a las de la época en que este se produjo, considerando que esta fijación debe hacerse por el juez de oficio; es decir, aunque el damnificado, el responsable o el representante social ( ministerio público ) no hayan planteado tal situación.

### 38.- LA REVISIÓN DEL DAÑO.

Ahora bien, un tema muy debatido en la doctrina en general, es si la sentencia definitiva que fija el monto de la indemnización ¿ Es susceptible de ser revisada cuando los hechos sobrevinientes revelan que el daño resultante del delito, es en realidad superior o inferior al considerado por la sentencia ?.

ALFREDO URGOZ, afirma que para penetrar adecuadamente en el problema, es necesario tener en cuenta las diversas modalidades con que puede presentarse el daño proveniente de un delito. (19)

Las diversas hipótesis generales son las siguientes:

A).- Cuando el daño es instantáneo o se ha desarrollado por completo en el momento en que el juez dicta la sentencia, la fijación que ésta hace de la reparación es definitiva y no puede ser modificada posteriormente en ningún sentido, aunque el damnificado alegare haber omitido el reclamo de un daño concreto por ejemplo, si demandó únicamente el daño patrimonial y omitió reclamar el daño moral, después de dictada la sentencia definitiva no puede intentar una nueva demanda por daño moral. Se considera que la acción se agotó con su primer ejercicio y para una nueva demanda obsta la cosa juzgada, así lo consideran los autores FLANJOL, RIFERI Y ESNETA.

B).- Cuando el daño es sucesivo y el damnificado pueda temer que la duración del proceso sea insuficiente para que el daño se desarrolle enteramente, puede solo pedir la declaración de responsabilidad con la demostración de algún daño ya sucedido (gastos etc.) pidiendo que la fijación del monto de reparación quede para diligencias de ejecución de sentencia, así lo sostienen el derecho Alemán, el Italiano y el Argentino, siendo los principales comentaristas FISHER, CALAGUORREI, FEDESCHI. (20)

C).- A menudo ocurre que al dictarse el fallo, el juez advierte que el daño ya sucedido ha de prolongarse con seguridad en el futuro, sea durante un tiempo indefinido o en un espacio de tiempo calculable con cierta aproximación; por ejemplo, las lesiones corporales recibidas por la víctima, no curables del todo, reducen su capacidad de trabajo por el tiempo probable de su vida, o bien la incapacidad total o parcial para el trabajo, ha de disminuir verosimilmente y hasta cesar en un futuro más o menos cercano. En todos estos supuestos, el juez tiene que tomar en consideración también ese daño futuro y fijar su monto en una suma prudencial.

D).- La última hipótesis a considerar es la de un daño "nuevo" o una agravación imprevista e imprevisible del primero aparecidos después de la fijación de la reparación hecha por el juez; ejemplo, el estado de demencia sobrevenido a la víctima como consecuencia de las lesiones que sufrió o bien el derrumbe posterior del edificio a causa de los deterioros ocultos que le causó el hecho del responsable, habiéndose otorgado en el juicio únicamente la reparación de los deterioros.

Estas son las hipótesis en que se plantea el problema de si cabe o no la posibilidad de un nuevo juicio, a fin de que el damnificado obtenga la reparación de este daño nuevo o de la agravación imprevista del anterior, no considerados por la sentencia que declaró la responsabilidad y fijó el monto de la reparación.

Pero como contemplamos estas cuestiones las legislaciones extranjeras; Al efecto las podemos clasificar en dos grupos; las que contemplan expresamente por medio de

disposiciones especiales la posibilidad de una revisión del daño por un lado, y por otro lado, las que nada disponen explícitamente sobre el particular. (21)

Entre las primeras podemos mencionar las legislaciones de Alemania, Polonia y Suiza.

El código Civil Alemán nada estatuye, pero su ley procesal civil en su artículo 323, señala expresamente los casos y las condiciones en que procede la nueva demanda a consecuencia de la modificación ulterior de las circunstancias. En sus dos primeros párrafos dice: Si en caso de condenar a prestaciones periódicas futuras, se modifican fundamentalmente las circunstancias que fueron tomadas en cuenta para la condena o la determinación de la cuantía de la prestación o de la duración de cada parte, esta autoriza a reclamar por medio de demanda una modificación de la sentencia.

Para que pueda admitirse esta demanda, será necesario que los motivos en que se funde, hayan surgido después de la audiencia en que como más tarde, hubieran podido alegarse por ampliación de la petición de demanda, o por la vía de excepción y que además no puede hacerse valer por oposición.

El código civil Polaco, en su artículo 161, establece: Si al tiempo de pronunciarse la sentencia no es todavía posible evaluar exactamente el daño, una renta provisional puede ser concedida a la víctima.

Por último, el código Suizo de las obligaciones, en su art. 46 parte final dice: Si no es posible al dictar la sentencia determinar con una certidumbre suficiente las consecuencias de las lesiones corporales, el juez tiene derecho a reservar una revisión de la sentencia durante un plazo de 2 años como máximo, a contar desde el día en que falle.

Estas tres legislaciones muestran que la revisión está limitada con gran precisión y para supuestos excepcionales. Es de observarse que el código Suizo, limita doblemente esta cuestión, sólo cuando se trata de delitos de lesiones y por un término que no exceda de dos años contados a partir del momento de la sentencia; las legislaciones de Alemania y Polonia sin esas limitaciones (delito y tiempo) la limitan a casos en que la sentencia fijó reparación en forma de renta, de suerte que si la sentencia fijó una suma global como reparación, no opera la revisión de esta.

También cabe aclarar que esas legislaciones limitan y únicamente permiten la revisión en los casos específicos por ellas señalados, no así por causas ulteriores de cada daño.

Entre las segundas legislaciones, que nada disponen sobre el particular, encontramos a las de Francia e Italia, que

en sus respectivos Códigos Civiles y Penales y sus leyes procedimentales nada estatuyen expresamente acerca de admitir o de negar la revisión del daño.

Este silencio de las leyes ha sido interpretado por la generalidad de los jueces y escritores franceses, como que la revisión está asimismo permitida en todos los casos, salvo solamente cuando la sentencia estableció de manera expresa que la reparación se fijaba para cubrir todas las consecuencias, actuales y futuras del delito. Si el fallo, en cambio, hace una reserva del daño futuro o simplemente nada establece sobre el alcance que otorga a la reparación concedida, una nueva demanda de daños es siempre posible, sin consideración al tiempo que haya transcurrido desde el día del delito o desde la fecha de la sentencia. Tampoco hay limitaciones al número de éstas demandas nuevas, las cuales corresponderán siempre que aparezca un nuevo daño o la agravación del juzgado.

Algunos autores aceptan la revisión únicamente en favor de la víctima, es decir, cuando hay nuevos daños o una agravación posterior, y fundándose en supuestas razones técnicas, la niegan en favor del responsable ( FLANIOL, RIFERT y ESMEIN ).

La doctrina Italiana es similar a la Francesa, admite en general, la revisión del daño sin limitación de tiempo y oportunidades, entre ellos ADRIANO DE LUPIA, TEDESCHI, CHIRONI, quienes aceptan la revisión tanto en favor de la víctima como del responsable, cuando el resarcimiento se estableció en forma de renta y también en forma de capital, pero con reserva explícita, en éste último caso, de una futura revisión ( si la sentencia no contiene esta reserva, debe entenderse que ha fijado las relaciones de las partes de una manera definitiva ).

La doctrina Argentina, tampoco dispone nada en la materia que se estudia, el criterio es por tanto análogo a la doctrina Francesa e Italiana, aunque en esa legislación según ALFREDO ORGAZ, el problema se ha planteado muy raramente hasta el punto de que son escasísimos los casos ventilados en los tribunales y únicamente un caso se ha resuelto favorablemente siguiendo el criterio dominante en las doctrinas Francesa e Italiana.

De lo aquí sustentado se desprenden dos cosas, primera, que las legislaciones de Alemania, Polonia y Suiza reconocen el principio general de que no cabe la revisión del daño, salvo en los casos y con las condiciones expresamente establecidas por sus leyes y la segunda de que las legislaciones Francesa, Italiana y Argentina, aunque sus leyes no contemplan expresamente tal situación, si permiten la revisión del daño y la sentencia que al respecto se dictó aunque le fijen una limitante que consiste en que cuando la Sentencia dictada establece claramente que no hay lugar a una revisión.



Esta diferencia radical entre los dos grupos de legislaciones, sorprende e incita al examen cuidadoso del problema.

Si se atiende exclusivamente a un criterio lógico, que la reparación proveniente de un delito, debe corresponder lo más exactamente posible al daño causado, de modo que cuando éste daño se modifica sucesivamente en el tiempo, debe ser siempre posible que la condenación al resarcimiento se revise y se ajuste a aquellas modificaciones, pues de lo contrario el problema de la revisión no existiría.

De frente a éste interés de exactitud de la reparación, que mantiene abierta siempre una cuestión litigiosa, está el supremo interés social de la estabilidad, de las decisiones judiciales, esto es, como se sabe, el fundamento de la cosa juzgada ( no sólo es lógico y político, sino también jurídico ), por ello, " la evolución legislativa es cada día más acelerada en busca de una sentencia que decida de una vez por todas y en forma definitiva el conflicto pendiente ". Todo esto sostenido por los autores COUTURE y CHIOVENDA.

Este interés social que señalé, es el que descuidan las legislaciones francesa, italiana y Argentina, pues con un criterio lógico examinan el problema de la revisión frente a la regla de las tres identidades de la cosa juzgada ( de partes, de causas y de objeto ), pues admiten que la reparación de un delito quede ampliamente abierta en tiempo y oportunidad, para el caso de que los hechos puedan justificar una nueva demanda y aquí cabe preguntar ¿ Esa revisión no altera profundamente el reposo de los ciudadanos y también altera la certeza de las decisiones judiciales ?.

Se puede admitir de buen grado que, por razones lógicas y de equidad la víctima deba tener derecho a la reparación de sus daños sobrevinientes, pero siempre que se ponga un límite discreto a ese derecho, en consideración del responsable ( que no puede quedar indefinidamente ligado con la víctima ) y de la sociedad misma que debe tener situaciones estables y definidas.

Es éste ( interés social ), el fundamento que se halla en la raíz del instituto de la cosa juzgada, y contra ésta choca rudamente la solución de consagrar la revisión sin límite.

No es fundamental por tanto, para justificar la revisión, el argumento que suele aducirse por las legislaciones francesa e italiana, de que no hay en estos casos cosa juzgada, ya que no hay identidad de objeto entre los diversos juicios, desde que cada uno resuelve sobre daños diferentes. El argumento en sí mismo es muy discutible, porque afirma la existencia de " objetos " diferentes del daño, lo cual no son, pues en todo caso son aspectos parciales del mismo.

Pero lo verdaderamente importante para resolver el problema de la revisión, ya lo dije, no es una discusión sobre el objeto del daño, sino la consideración relacionada con la estabilidad de las decisiones judiciales. Desde este punto de vista, es innegable que la tesis de la revisión del daño o sin límite, conduce a tal grado de inseguridad en las situaciones jurídicas, que con sólo eso basta para desecharla, a falta de preceptos especiales que la autoricen en los casos y condiciones que impone aquél interés superior.

Ahora bien, ¿contempla la legislación mexicana este problema de la revisión?: (22)

Lo mismo que las doctrinas Alemana, Polaca, Suiza; la mexicana contempla el principio general que excluye la revisión del daño, así como la sentencia dictada sobre el particular, aunque nada establece al respecto, pero aun es más estricta y limitante que las comparadas, puesto que en el artículo 1934 del Código Civil establece: La acción para exigir la reparación del daño causado, en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.

Por otra parte, los códigos procesales (penal y civil) establecen respecto a la sentencia lo siguiente:

Del código de Procedimientos Penales del D. F.

ARTICULO 443.- Son irrevocables y por tanto, causan ejecutoria:

I.- Las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente, o cuando expirado el término que la ley fija para interponer algún recurso, no se haya interpuesto, y

II.- Las sentencias de segunda instancia y aquellas contra las cuales no conceda la ley recurso alguno.

Por su parte el código de procedimientos civiles establece:

ARTICULO 426.- Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria.

Causan ejecutoria por ministerio de ley:

I.- Las sentencias pronunciadas en juicio cuyo interés no pase de ciento ochenta y dos veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, a excepción de las dictadas en las controversias en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a habitación;

II.- Las sentencias de segunda instancia;

III.- Las que resuelven una queja;

IV.- Las que dirimen o resuelven una competencia, y

V.- Las demás que se declaren irrevocables por previsión expresa de la ley, así como aquellas de las que dispone que no haya más recurso que el de responsabilidad.

ARTICULO 427.- Causan ejecutoria por declaración judicial.

I.- Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial.

II.- Las sentencias de que hecha notificación en forma, no se interpone recurso en el término señalado por la ley, y

III.- Las sentencias de que se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y términos legales, o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial.

ARTICULO 428.- En los casos a que se refiere la fracc. I del artículo anterior, el juez de oficio hará la declaración correspondiente.

En el caso de la fracción II, la declaración se hará de oficio o a petición de parte, previa la certificación correspondiente de la secretaría. Si hubiere deserción o desistimiento del recurso, la declaración la hará el tribunal o el juez, en su caso.

ARTICULO 429.- El auto en que se declara que una sentencia ha causado o no ejecutoria, no admite más recurso que el de responsabilidad.

Asimismo para que la revisión fuera posible en nuestra ley, sería necesario e indispensable un precepto especial que fijará los casos y condiciones de la misma, precepto que como ya quedo dicho no existe en nuestra legislación. Ante tal silencio sobre la cuestión por los textos legales, debe interpretarse que no se autoriza la revisión, puesto que una interpretación afirmativa de ésta chocaría con los preceptos ya narrados.

CONCLUSION.- En nuestra legislación, el damnificado o perjudicado por el delito, no puede expresar válida y jurídicamente que se reserva acción o derecho alguno por el daño sufrido ni tampoco el juez puede establecer una reserva análoga en su sentencia. El sistema legal exige que la cuestión quede resuelta definitivamente en un sólo juicio, el cual sólo podrá impugnarse mediante algún recurso de ley, siempre y cuando la sentencia no haya causado estado de cosa juzgada.

### 39.- TRANSACCIONES.

ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ afirma que la Transacción es un convenio por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia o previenen otra. ( 23)

Esta es una forma de extinguir derechos de crédito con respecto a Derechos y obligaciones que pueden ser o ya son materia de una controversia y que deba resolver una autoridad.

Estos conceptos son de una claridad tan sencilla, que para efectos del tema de este trabajo, es necesario tomar los ejemplos que nos proporciona nuestro jurista y posteriormente compararlos con lo que he venido sustentando para poder apreciar como se puede efectuar la reparación del daño mediante esta figura jurídica en estudio.

Ejemplo de GUTIERREZ Y GONZALEZ: Procopio fallece sin dejar testamento, concurren a la autoridad judicial en denuncia del juicio intestamentario Proquis y Nachina, quienes acreditan en los términos de ley, ser descendientes del autor de la sucesión. Por otra parte ocurre también Procosito y dice ser hijo del fallecido Procopio y exhibe al efecto una acta de nacimiento en donde así se le reconoce.

Proquis y Nachina, objetan la calidad que pretende tener Procosito y niegan que haya sido engendrado por el mismo padre, se inicia el debate judicial sobre si Procosito es o no hijo del autor de la sucesión, pues de serlo, tendrá derecho a una porción hereditaria ( art. 1120 del c. civil ), pero como el trámite procesal es tardado, las partes se desesperan y deciden verificar una transacción, donde Proquis y Nachina sin reconocer la calidad de medio hermano e hijo de Procopio a Procosito, admiten se le reconozca con derecho a una parte de la herencia, siendo esta menor a la que le hubiera correspondido de acreditar sin objeción ese entronque familiar.

De esta manera se extingue para Proquis y Nachina, el derecho a una parte de la herencia, pues ellos no pensaban distribuirla con Procosito; éste también pierde una parte de la herencia, pues de acreditar que era hijo del autor de la sucesión le hubiera correspondido más. Con la transacción, las partes se hicieron recíprocas concesiones, como dice la ley y terminan una controversia presente.

El concepto legal de esta figura jurídica, nos lo da el artículo 2944 del Código Civil para el D. F. como sigue:

ARTICULO 2944.- La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia o previenen una futura.

El jurista mexicano mencionado afirma que la redacción del texto anterior es del todo desafortunada por lo siguiente.

PRIMERO.- La transacción no es un contrato, sino un convenio. En efecto, el contrato crea o transfiere derechos y obligaciones y la transacción tiene como función extinguir, materia ésta que no corresponde al contrato sino al convenio en estricto sentido.

SEGUNDO.- Dice la norma, que la transacción sirve para que las partes prevengan una controversia futura y no se puede prevenir sino lo futuro, de ahí que esta referencia sale sobrando.

EFFECTOS DE LA TRANSACCION.- Esta figura jurídica produce respecto de las partes que la celebran, los mismos efectos de una sentencia judicial contra la cual no procede recurso alguno; esto es, que la transacción genera los efectos de la cosa juzgada, tal y como lo dispone el artículo 2953 del Código Civil.

Asimismo, como ya dije, la transacción sobre el monto del resarcimiento, tiene los efectos de la cosa juzgada y obsta a una posterior pretensión por agravación o disminución del daño salvo los casos que la ley establece, pero cuando las partes han declarado expresamente que la transacción comprende todas las consecuencias provenientes del daño sufrido por el delito, no hay lugar para una reclamación posterior, tal y como lo estipula el artículo 2947 del ordenamiento civil citado.

Fero para el caso de prevenir una controversia que se pudiera susentar por un daño futuro, nuestro código civil, en su artículo 2945 establece que la transacción por controversias futuras debe constar por escrito.

Por tanto, al realizar las partes la reparación del daño, mediante la figura jurídica en estudio, esta tendrá el carácter de cosa juzgada.

#### 40.- LOS INTERESES.

Ahora bien, dictada la sentencia que condena al responsable de un delito al pago de la reparación del daño, así como el monto del mismo, se presenta el problema concerniente a desde cuando debe el responsable los intereses de dicha suma.

Sobre intereses (hablando de pago de la reparación de daño a cargo del responsable del delito o un tercero), nuestra

legislación no establece precepto legal alguno, pero atendiendo a la dualidad que existe en nuestra legislación sobre la acción de reparación que se tiene tanto en materia Penal como Civil, se podría decir, en mi concepto, que ésta prestación (intereses), es reclamable en base a lo establecido por el artículo 2117 del Código Civil, que en su párrafo segundo dice que si la prestación consistiere en dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo pacto en contrario.

Este precepto, da derecho al acreedor (víctima) a cobrar siempre el interés legal, que en nuestra ley es del nueve por ciento anual, según reza el artículo 2375 del Código Civil.

En realidad este precepto dispone que para el caso de incumplimiento, se pagará en las obligaciones en dinero, hasta el interés legal, lo cual significa que según lo casos, podrá ese interés ser menor del legal, sin que en ningún caso pueda exceder del mismo.

A diferencia de otras prestaciones, el acreedor (ofendido) no tendrá que demostrar la existencia del daño, para que el juez condene al deudor a pagar un interés; pero si deberá acreditarse, si se quiere obtener la tasa máxima que la ley permite, que en el caso concreto, según las circunstancias que prevalezcan en un momento dado, el acreedor hubiere podido colocar su dinero a un tipo no menor del referido interés legal.

Pero retomando lo sustentado en el párrafo primero de este inciso, la doctrina en general, nos presenta una serie de interrogantes al igual que lo hizo con el inciso referente al momento de la apreciación, acerca de desde cuando debe el responsable los intereses de ese capital ¿Desde en que se causó el daño, y que he dicho normalmente coincide con el día que se cometió al delito? ¿Desde el día en que se hizo del conocimiento de la autoridad correspondiente? ¿Desde el día que se dictó la sentencia?

Ya he mencionado que este problema se suscita por la notable diferencia de tiempo que suele existir entre el día de la realización del delito y la comisión del daño, al día en que se realiza la reparación de éste, especialmente por causa del lento procedimiento judicial necesario para la declaración de la responsabilidad y la fijación del resarcimiento.

También quedó aclarado que nuestros tribunales, implícitamente toman como punto de referencia el día que se dicta la sentencia para el pago de la reparación del daño, pero a valuación del día en que se cometió el delito y se produjo el daño, por lo cual el caso de que se pudiera condenar a intereses sobre el capital de la reparación, obviamente tomarían como base el día en que se dicta la sentencia.

Aquí cabe una breve comparación con lo sustentado por la doctrina Argentina sobre la cual ALFREDO URGAZ nos dice: (24)

Que la primera tesis que prevaleció en sus tribunales fué la de que los intereses eran debidos por el responsable sólo a partir de la Sentencia, posteriormente la cámara primera de la capital varió de criterio y sostuvo que los intereses procedían desde el momento o día de la demanda.

Más tarde, las cámaras civiles en pleno de la capital, por un sólo voto de mayoría, establecieron que los intereses correspondían desde el día del hecho, si se trataba de un delito y se fundó en los siguientes argumentos: " En los delitos civiles " se trata de un hecho expresamente prohibido por la ley contra la cual el autor se alza a sabiendas y con el propósito preconcebido de dañar a la persona y los derechos de otro (arts. 1066 y 1072 del código civil). En tal virtud se hace responsable y le son imputables todas las consecuencias, aun las casuales, de los hechos reprobados por la ley y por esa razón en los delitos los intereses se deben desde el día del hecho.

**CONCLUSION.-** Al igual que lo hice en el inciso 37 sostengo nuevamente que la reparación del daño proveniente de un delito, la deberá efectuar el responsable al valor real de la época en que lo haga, no al del día en que el daño se produjo, ni tampoco al del día de la sentencia y con esto evitar mayores complicaciones, evitando incluso un posible pago de intereses.

#### 41.- LAS COSTAS.

También el principio de la reparación integral, impone las costas del procedimiento necesario para la declaración de la responsabilidad y para la fijación del monto de la reparación, sean a cargo del responsable.

Uno de los principios fundamentales que rigen en esta materia, es que debe cargar con las costas, la parte que con su conducta hizo necesario el juicio, cualquiera que sean las circunstancias, así las costas son a cargo del responsable si este nego su responsabilidad, aunque el monto pretendido por la víctima fuese desproporcionado o excesivo, o si subordinó el monto de la deuda al daño que se probara en juicio, ya que en ambos casos la víctima se vio obligada a comparecer al procedimiento judicial.

En el principio de la reparación integral, sólo se estima al responsable de las costas, cuando la víctima es la que

infundadamente obliga al procedimiento; como ejemplo, cuando el responsable acepta su responsabilidad pero se opone al monto exagerado pretendido por la víctima y esa oposición triunfa en juicio.

En suma, la regla general es que las costas son a cargo del responsable, porque ellas integran la indemnización.

¿ Pero cómo contempla la ley mexicana esta prestación ?.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el capítulo de garantías individuales concretamente en su artículo 17, párrafo II, parte final, establece categóricamente que las costas judiciales están prohibidas, puesto que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera completa e imparcial. (25)

Ante esta prohibición tan categórica, lo lógico sería concluir este tema, más sin embargo en la Ley Civil, tanto objetiva como subjetiva, existen preceptos secundarios que permiten esa prestación, que en mi concepto se contraponen al mandamiento Constitucional, pero que en la vida práctica de nuestros tribunales se dan, siendo estos textos los siguientes:

#### CODIGO CIVIL DEL D. F. y FEDERAL.

ARTICULO 211B.- El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación y se hará en los términos que establezca el código de procedimientos civiles.

#### CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL D. F.

ARTICULO 139.- Cada parte será inmediatamente responsable de las costas que originen las diligencias que promueva, en caso de condenación en costas, la parte condenada indemnizará a la otra de todas las que hubiere anticipado.

ARTICULO 140.- La condenación en costas se hará cuando así lo prevenga la ley, o cuando a juicio del juez, se haya procedido con temeridad o mala fe.

Pero a la vez, anteponiéndose a estos dos preceptos el artículo 138 versa que por ningún acto se cobrarán costas judiciales, ni aún cuando se actuare con testigos de asistencia o se practicaren diligencias fuera del lugar del juicio.

Como se puede observar, existe una gran contradicción en las leyes mexicanas, pues lo sustentado en los artículos del 138 al 142 del código procesal civil se contradicen entre ellos no teniendo razón de ser en base a la prohibición del artículo 17 Constitucional, y porque en mi concepto, los gastos y costas que efectue la víctima u ofendido de un delito, por la negativa



del responsable a pagar el daño causado, no son mas que otro aspecto del daño, debiendo ser incluidos en el monto del mismo, desde luego con la condición de que sean debidamente probados en la instancia respectiva por el perjudicado.

**CONCLUSION.-** De lo expuesto en este capítulo concluyo que la legislación mexicana contempla dos opciones para reclamar la reparación del daño proveniente de un delito.

Por un lado, en materia Penal a través de la sanción pecuniaria ( pena pública ) impuesta por medio de la sentencia condenatoria y por otro lado, en materia civil la acción de reparación correspondiente.

Pero además estas opciones contemplan la figura jurídica de " REPARACION " en sus dos divisiones fundamentales o primordiales que son RESARCIMIENTO ( indemnización, reparación pecuniaria, reparación plena ), y la REHABILITACION EN FORMA ESPECIFICA ( en cualquiera de las formas que se estudiaron en el presente trabajo ).

También nuestra legislación precisa el momento y forma de la reparación, aunque considero que debería precisar mas adecuadamente en ambas ramas del derecho, la forma real ( material ) en que debe efectuarse la reparación del daño proveniente de un delito y no dejar lagunas que se cubran con otras disposiciones legales como puede ser la Ley Federal del Trabajo.

#### BIBLIOGRAFIA.

- 1.- DE CUPIS, ADRIANO, Op. Cit. pag. 194.
- 2.- Idem, páq. 588 y ss.
- 3.- Idem, páq. 747 y ss.
- 4.- Idem, páq. 811 y ss.
- 5.- CODIGO PENAL DEL D. F. y FEDERAL.
- 6.- CODIGO CIVIL DEL D. F. y FEDERAL.
- 7.- DE CUPIS, ADRIANO, Op. Cit. pag. 827 y ss.
- 8.- Idem.
- 9.- CARRANCA Y TRUJILLO, ROUL, Op. Cit. pag. 928 .
- 10.- Idem.
- 11.- Idem.
- 12.- ORGAZ, ALFREDO, Op. Cit. páq. 149.
- 13.- Idem
- 14.- Idem.

- 15.- DE CUPIS, ADRIANO. Op. Cit. Pág. 414 y ss.
- 16.- CODIGOS, CIVIL Y PENAL DEL D.F Y FEDERAL.
- 17.- ORGAZ ALFREDO Op. Cit. Pág. 167.
- 18.- Idem. Pág. 171 y ss.
- 19.- Idem.
- 20.- Idem.
- 21.- Idem.
- 22.- CODIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENAL Y CIVIL DEL D.F.
- 23.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO."Derecho de la obligaciones, séptima edición, editorial Porrúa s.a., México 1990. pág. 987 y ss.
- 24.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. pág. 105 y ss.
- 25.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

## CAPITULO VI.

## COMPENSACION DE BENEFICIOS.

En la parte final del capítulo que precede, se dijo que la legislación Mexicana, no contempla pago alguno por concepto de intereses, gastos o rentas a cargo del responsable por la comisión del daño causado; es decir, al ser condenada una persona penalmente mediante la sentencia al pago de la reparación del daño, se fija el término dentro del cual deberá cubrir esta, pero en ningún momento de la resolución se dice que para el caso de no hacerlo se le cobrará este o aquél gasto, interés, costa etc., puesto que únicamente establece para el caso de no hacerlo, que no obtendrá los beneficios de la ley (conmutación, libertad condicional, libertad preparatoria etc.); o sea, dará cumplimiento a los puntos resolutivos de esa sentencia y en lo referente a la reparación de daño únicamente por el importe del mismo o en la forma en que sea condenado, pero no más.

Una vez hecha la aclaración pertinente, es necesario hacer notar también, que lo que trata este capítulo de tesis, tampoco está regulado por la legislación mexicana, pues como he dicho, el responsable en la generalidad de los casos no cubre la reparación del daño; pues sino existe disposición legal sobre intereses, gastos, costas sobre el particular, mucho menos va a contemplar un beneficio en favor de la víctima, pero esto no obsta para tratar el tema que contempla la doctrina y de una ligera noción de como lo contemplan legislaciones extranjeras, independientemente de que en la vida cotidiana de nuestro país, estas compensaciones se dan muy frecuentemente, al margen de que no las contemple nuestra legislación.

## 42.- LAS FORMULAS JURIDICAS.

La doctrina jurídica en general, establece algunas formulas que parecerían condensar los principios esenciales que rigen en el campo de la reparación. (1)

Estas formulas son cotidianamente invocadas por los abogados en sus gestiones profesionales, son citadas y aplicadas por igual y reconocidas por los jueces, son también difundidas por los escritores en sus trabajos, todo lo que indica que hay un pacífico y general consenso acerca de su aplicación y contenido.

De entre esas fórmulas, las más importantes y esenciales que resumen los aspectos fundamentales de la indemnización, encontramos tres y son:

**PRIMERA:** La más importante y de mayor generalidad la define o precisa el objeto que tiene jurídicamente la indemnización y que consiste en el lema "poner a la víctima, en cuanto sea posible, en el mismo estado patrimonial en que se habría hallado de no ocurrir el delito".

**SEGUNDA.**— Se refiere al responsable, y se contempla bajo el lema "El responsable debe reparar todo el daño que ha causado con su acto ilícito ( delito )".

**TERCERA.**— Se refiere al damnificado o perjudicado y se encuentra establecido bajo el proverbio de " la víctima no debe enriquecerse con el delito ".

Estas dos últimas fórmulas, son un tanto parciales, se relaciona entre sí, como si una fuera la mitad de aquella.

La sencillez de estas fórmulas no implica entrar en el estudio más profundo de las mismas, puesto que ello resultaría infructuoso e inútil para este trabajo de tesis, ya que estos conceptos resultarán muy importantes para otros estudios como podrían ser de Criminología, Penología, Sociología etc., pero se hace mención aquí a las mismas porque son esenciales para el tema de la indemnización que estamos tratando.

#### 43.- EL VALOR DE LAS FORMULAS.

Ahora bien, estas fórmulas tienen, como todas las que acuña el derecho, siempre en movimiento y renovación, un valor un tanto relativo. Su mérito es más bien pedagógico, en cuanto expresan con bastante exactitud las direcciones generales en que se haya orientado el instituto de la reparación. (2)

Pero el que quisiera asignarles un valor absoluto como verdades materiales, incurriría en el mismo error en que suelen incurrir todos aquellos que conceden a los aforismos y a las sentencias de Derecho Romano el valor de axiomas de contenido intangible.

No es en efecto totalmente exacto, ni lo ha sido nunca que el responsable deba reparar todo el daño que ha causado con su acto.

Ninguna legislación antigua o moderna, ha establecido tamaña obligación que de ordinario, alcanzaría proyecciones descomunales, ya que el daño es susceptible de desarrollarse en series indefinidas, como indefinidos son los círculos que se producen en el agua con la caída de algún objeto.

Como ejemplo de lo dicho, puedo citar el ejemplo sustentado por POINTEUR, acerca de la vaca apesada que contagia a los bueyes del comprador, por lo cual éste se ve impedido de cultivar sus tierras, lo que lo determina a la venta de las mismas por vil precio: Oeuvres I. I. num. 167. (3)

De este ejemplo, se puede notar claramente que el comprador podrá reclamar al vendedor el precio de la vaca enferma y como consecuencia inmediata el saneamiento o pérdida de sus bueyes contagiados, pero no así la pérdida de las tierras que no pudo cultivar y que vendió por misero precio.

Siempre las leyes han limitado y limitan la obligación a cargo del responsable, circunscribiéndola en principio, al daño que fué previsto o era previsible en general y eliminando aquél otro llamado por alguna parte de la doctrina "indirecto", que no se haya en conexión causal adecuada con el delito.

En la doctrina tradicional, se ha deducido siempre del concepto mismo de la reparación, la conclusión de que la existencia misma de la obligación de reparar, así como el alcance de ésta obligación son en absoluto, independientes de la situación de fortuna de los interesados. La sólo justicia que debe importar al juez, es asegurar a la víctima, cualquiera que sea el autor y su situación de fortuna, una reparación integral.

Esta es la doctrina que, expresa o implícitamente, se halla consagrada en la generalidad de las legislaciones actuales su antecedente más ilustre y remoto, se encuentra establecido en el antiguo testamento que dice: "En la ley que el señor dictó para su pueblo; ni aun el pobre ha de tener compasión, tratándose de la justicia": Exodo, capítulo XXIII, ley 3.

En el derecho moderno, se insinúa además, una nueva limitación que ya ha sido acogida por algunos códigos, pues sus leyes modernas, han introducido importantes rectificaciones a la doctrina tradicional, y lo han hecho precisamente tomando en cuenta la situación patrimonial de los interesados.

De entre las legislaciones que han introducido cambios a la doctrina tradicional, podemos clasificar dos grupos; en el primero encontramos las legislaciones civiles de Alemania en su artículo 829; La Soviética artículo 406; La Venezolana art.1187 y en el proyecto del código Franco Italiano de las obligaciones y contratos en el artículo 76, que ya están respectivamente en los códigos civiles de ambos países.

En ellos se establece, en forma similar, que en los casos de daño involuntario, el agente puede ser condenado en la medida en que según las circunstancias y la particular situación de los interesados, la equidad exige una reparación en ese sentido.

En otro grupo se encuentran las legislaciones de Suiza en su código de las obligaciones ( artículo 44 ), y del Perú ( artículo 1138 ), que disponen inversamente a las anteriores la posibilidad de que el juez declare la cesación total o parcial de la obligación de indemnizar en los casos comunes de responsabilidad cuando la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos.

De estas diversas maneras, una rectificación común a esas legislaciones ( la limitación relativa al daño previsto o previsible ), es aquella afirmación corregida sobre la fórmula absoluta que asigna al responsable la obligación de indemnizar siempre todo el daño que ha causado, o que lo exime de reparar ese daño en las situaciones jurídicas que lo ameriten.

La legislación Mexicana, al igual que lo hacen las doctrinas enunciadas en el primer grupo, restringe y limita la reparación, tal y como lo establecen los artículos 2110 y 1916 párrafo cuarto del código civil, puesto que atiende a la situación de fortuna (económica) de los interesados (responsable y víctima ), así como también lo hace el código penal, como se desprende de lo preceptuado en su artículo 52.

#### 44.- CONCEPTO DE COMPENSACION.

Por otra parte, al hablar de compensación, tampoco es más exacta la fórmula que con igual rigor parece excluir todo mejoramiento patrimonial de la víctima como consecuencia del delito.

El examen del problema es el que motiva especialmente los análisis que siguen:

El concepto jurídico de daño, supone no cualquier alteración de los elementos que integran el patrimonio, y cuyos cambios pueden equilibrarse y anularse mutuamente, sino el menoscabo del patrimonio como unidad económica la alteración que se traduce "en algún perjuicio susceptible de apreciación económica" como dicen los artículos 2108 y 2109 del Código Civil.

La apreciación del daño, en cada caso concreto, exige por tanto, la determinación prolija no sólo de las consecuencias perjudiciales que se han derivado del delito, sino también de las beneficiosas que eventualmente hayan podido surgir del mismo acto. Esta confrontación de unas con otras y de la cual ha de surgir como residuo el daño, o la ausencia del daño, se designa habitualmente con el nombre de "Compensación de Beneficios" (Compensatio lucri cum damno), designación que según el criterio de ALFREDO ORGAZ, es equívoca y que suele determinar desinteligencias, pero que bien entendida, ofrece las ventajas de ser expresiva y tradicional. (4)

También afirma que el equívoco de la denominación consiste en que ella puede sugerir, literalmente la idea de que se haya aquí una verdadera compensación de lucros y daños, con el concepto técnico que tiene ese vocablo en nuestra Ley, en la extinción de las obligaciones (artículos 2185 y 2186 del código Civil), de suerte que los lucros y los daños deban consistir en créditos homogéneos, líquidos y exigibles etc., y la compensación ser formalmente opuesta por el interesado.

Menciona que el ejemplo del falso argumento sugerido por el equívoco de Compensación puede verse y observarse en la obra de HAZEAUD donde se dice a propósito de los casos en que la reparación consiste en reemplazar un objeto viejo por uno nuevo y en el de explosión de una mina que perjudicó al dueño de una cantera, pero que determina a la vez figuras por donde evacúan las aguas que dañan a la cantera: "reparar es entonces reembolsarle (a la víctima) el precio de adquisición de un objeto nuevo, el costo de las reparaciones de los trabajos"; con esta condición solamente el perjuicio es extinguido. Sin duda ella ha realizado, por otra parte, un beneficio: diferencia de lo viejo a lo nuevo, evacuación de las aguas. Pero toda la cuestión está en saber si ese beneficio constituye un crédito en provecho del responsable, crédito que vendría a compensarse con su deuda de indemnización.

Nada de esto obstará a la compensación de que aquí se habla, pues la palabra está empleada en sentido común y no en el específico; de la compensación que aquí se trata es de la que consiste en la mera confrontación o computación de las consecuencias favorables o desfavorables producidas por el delito, confrontación que supone el concreto estado del daño, y que el juez, por lo tanto está facultado y aun obligado a hacer

de oficio, con prescindencia de que el responsable la haya pedido o no.

Esto explica que la legislación, no tenga ni necesite en realidad tener precepto general o especial alguno que autorice esta compensación o reducción; pues como se ha dicho exactamente, la "Compensatio lucri cum damno," en sentido estricto, puede derivarse y se ha derivado siempre, del concepto daño, sin necesidad de precepto positivo alguno, por tanto el daño compensatorio es aquél que mejora o merma el patrimonio del acreedor (victima u ofendido).

#### 45.- VALIDEZ INTRINSECA.

Por lo tanto es indudable, que del concepto mismo del daño y del correlativo de reparación, resulta justificada la compensación de las ventajas y de los perjuicios emergentes del mismo acto. ¿Pero quiere esto decir que la víctima no puede conservar beneficio alguno que resulte ocasionalmente del delito cualquiera que sea su causa y su vinculación con este acto?

El temor y aun la repugnancia que se siente ante la posibilidad de que el delito sea una fuente de lucro para la víctima, conduce a veces a afirmaciones excesivas que no se hallan justificadas, desde luego, ni ante los principios ni ante las circunstancias de los casos ocurrentes.

De lo anterior, ALFREDO ORGÁZ, nos da un ejemplo de un caso resuelto por los tribunales Argentinos como sigue: (5)

Al considerar la indemnización debida a un particular, responsable de la muerte de un agente de la policía, declaró que del importe de la indemnización debía descontarse la pensión que pagaba el Estado a la viuda y el subsidio de la caja de seguros de la policía, porque de otro modo, "el fallecimiento se convertiría en fuente de lucro, que chocaría contra las normas morales y equitativas, e iría en esencia contra el fundamento de la obligación de indemnizar; el cual consiste en colocar al perjudicado en situación económica análoga, dentro de lo posible humanamente, a la que se encontraba antes de ocurrir el hecho", y agregó: "La ley buscar reparar el perjuicio, pero no pretende que la muerte de una persona suponga beneficio económico para sus deudos": La ley t. 15, pág. 235.

Explica también este jurista, que no es ciertamente exacto de manera absoluta que la víctima deba ser puesta siempre, estricta y aritméticamente, en el mismo estado patrimonial en que se hallaba antes del delito, de suerte que



todos los beneficios que recibe a raíz de este acto deban deducirse del daño.

Ya se ha visto que tal vuelta completa al estado anterior no siempre se realiza en el aspecto de las consecuencias perjudiciales, pues las que debe reparar el responsable no son todas ellas, sino solamente las que previó o eran previsibles en general.

Correlativamente, tampoco son todas las consecuencias beneficiosas las que deban computarse en la determinación del daño, sino sólo aquellas que reconocen como causa el delito, que han sido realmente originadas por ese acto; en términos más breves, la conexión causal que debe existir entre el delito y el daño indemnizable, debe asimismo existir entre aquél y el beneficio a compensar. Las ventajas y las desventajas se rigen por la misma regla, puesto que unas y otras no son más que aspecto del daño.

Hay por consiguiente, la posibilidad legítima de que la víctima de un delito, obtenga un mejoramiento patrimonial a raíz de este como hay la posibilidad inversa de que sufra un menoscabo no susceptible de reparación. El principio de que la víctima no debe enriquecerse con el delito no tiene por objeto sacrificar todo mejoramiento accidental u ocasional, sino solamente proteger al responsable de cualquier escaso en su obligación, de indemnizar.

El daño indemnizable es el que resulta de una compensación de las ventajas y de las desventajas, pero no de todas ellas, sin discriminación alguna, sino tan sólo de aquellas que puedan considerarse como producidas por el delito, que tienen en este su causa y no la mera ocasión en que se originan.

En referencia al daño indemnizable los autores FLOJOL RIPERT Y ESHELL, afirman que el derecho no debe proponerse procurar una compensación general de suertes y desdichas. (6)

No es fácil en una materia como la que considero, tan dependiente de las circunstancias particulares y por lo mismo tan flexible, dar normas rígidas y precisas. La doctrina o las da en ningún sentido y deja libremente a la prudencia del juez la solución de los casos concretos, dentro de los principios generales que gobiernan al instituto de la reparación.

Pero sin perjuicio de esa relativa libertad en la fijación del daño indemnizable, que a veces responde a la dificultad de una sistematización suficiente y a veces al deseo de dar entrada a la equidad como moderadora del puro juego de los principios, es posible extraer del concepto mismo de reparación y del régimen general de la ley, algunas indicaciones y reglas comunes a todos los casos en que se plantea o pueda plantearse una compensación de lucros y daños.

#### 46.- FORMAS DE COMPENSACION.

Pues bien el jurista ALFERDD ORGAZ, en su tratado afirma que las condiciones necesarias y generales para que pueda haber compensación son: (7)

A).- Ante todo, los beneficios y los daños a compensar deben provenir del mismo delito, este es en efecto uno de los requisitos ineludibles de la compensación de que hablamos en la doctrina, cuando unos y otros dimanen de actos diferentes y autónomos, aunque el responsable y la víctima sean los mismos, no puede plantearse la compensación, como se creería por ejemplo en el concurso real de delitos, clasificación esta que tiene por objeto regular la aplicación de la pena pero no lo referente al problema de la compensación del daño.

Fero tampoco por el mismo acto ha de entenderse la simple unidad de acción, pues a menudo una pluralidad de acciones es considerada por el derecho como un sólo acto, así el llamado delito continuado, constituido por una serie discontinua de acciones parciales cuando la víctima ha sido la misma, cubría la compensación de los beneficios que hubiesen resultado de algunas de las acciones parciales con los daños provenientes de otras.

B).- La segunda condición necesaria, es que el delito sea realmente la " causa " tanto de los daños como de los lucros a compensar ( FISHER afirma; los daños y la ventaja tienen que configurarse como una unidad ) y no sólomente la ocasión en que nacen. Los beneficios que no han sido determinados por el delito favorecen razonablemente a la víctima y no tienen porque compensarse; la tesis contraria, que suele sostenerse con respecto a algunos de éstos beneficios, por tratar de huir de un enriquecimiento de la víctima, cae inevitablemente en un enriquecimiento del responsable, quien obtiene o una liberación o una reducción de su deuda por circunstancias que le son absolutamente extrañas y que no han sido creadas en su favor.

C).- Además de las dos condiciones mencionadas anteriormente, para que proceda la compensación, es también necesario que ella no esté excluida por algún principio legal, como por ejemplo, el principio *proprium turpitudinem allegans non est audiendus*, que se encuentra implícito en la Ley Argentina en los Artículos 794, 932 inc. 4, 959 y 1082 del Código Civil.

Según el jurista citado éstas son las tres condiciones generales y esenciales de la "Compensatio lucri cum damno". (8)

Una vez explicada la situación sobre la que versa la compensación del daño en la doctrina, es como podemos entrar a la descripción de las formas que puede asumir y en que se da la "compensatio lucri cum damno":

#### 1.- Liberalidades, suscripciones públicas.

Algunas veces, con un motivo de un delito, el damnificado es socorrido con donaciones de personas o instituciones benéficas, o con el producto de suscripciones públicas. Existe unanimidad de pareceres en el sentido de que el autor del delito no puede pretender que estos beneficios se reduzcan del importe que debe satisfacer en concepto de indemnización; se trata de beneficios enteramente fortuitos, que ninguna conexión propiamente causal tienen con el acto del responsable.

Lo único que puede ser dudoso es si la víctima después de obtener la indemnización del autor del daño, debe o no restituir dichos beneficios a quienes se los otorgaron. La solución dependerá en cada caso de las circunstancias: La restitución corresponderá siempre, que expresa o tácitamente, resulte "con certidumbre", que los beneficios se dieron bajo esa condición. En general, no será de presumir esta en el caso de suscripciones públicas dado la multiplicidad y a menudo la indeterminación de los suscriptores.

#### 2.- Seguros.

El seguro de personas o de cosas constituye un contrato bilateral en que la prestación que debe suministrar el asegurador se halla en relación inmediata con el monto de las primas que debe abonar el asegurado, según el respectivo cálculo de los riesgos. Si quien ha hecho el seguro es el mismo responsable, no cabe duda que los beneficios derivados de aquél deben compensarse con los daños del delito pues éstos y aquéllos han sido igualmente determinados por el responsable.

Pero si el seguro ha sido contratado por la víctima o por un tercero, con el mismo fundamento hay que decidir que la compensación no procede, desde que en estos casos los beneficios del seguro no se encuentran en conexión causal con el delito: Esos beneficios tienen en este acto sólo la "ocasión" en que aparecen, pero su causa está en la contraprestación que suministra el asegurado mediante el pago de las primas. El responsable no tienen ningún fundamento que se relacione con él para pretender esta compensación.

Lo dicho se aplica íntegramente a los seguros de personas (de vida o contra accidentes no mortales), que no

sólo tiene un fin indemnizatorio, sino también compensatorio (de los sufrimientos, enfermedades etc.): La vida y la salud no son evaluables económicamente en una suma determinada y, por otra parte, el pago del seguro corresponde siempre aunque se probare que la pérdida de la vida o de la salud no ha causado ningún daño patrimonial al beneficiario. La acumulación del seguro y de la indemnización a cargo del responsable, es por lo tanto legítima, desde que ambas tienen sentido diferente y obedecen a causas jurídicas distintas, la doctrina es uniforme en esta conclusión.

Pero con respecto al seguro de cosas, éste supone admitir que tiene un carácter puramente indemnizatorio, a diferencia del de personas; éste es, procura reparar el perjuicio resultante del deterioro o destrucción de las cosas, de suerte que la acumulación por el asegurado importaría autorizarle a cobrar dos veces su daño.

### 3.- Jubilaciones y pensiones.

Con respecto a los beneficios provenientes de jubilaciones y pensiones concedidas por el Estado o por sociedades privadas en caso de invalidez o de muerte del socio funcionario, empleado, una parte considerable de la doctrina, defiende la compensación de éstos beneficios en los casos en que pueda considerarse que la jubilación o pensión tienen el fin o propósito de reparar las consecuencias que derivan de la invalidez o de la muerte.

En lo particular prefiero la tesis que admite la acumulación en todos los casos, porque ella se funda en un elemento esencial e invariable como es el de la conexión causal entre el delito y el beneficio. Es evidente que éste no tiene como causa necesaria este acto, sino que se funda en elementos diversos: Retenciones de los sueldos, años de servicio, etc. El delito, no es más que la ocasión (cosa) fortuita en que se cumple la condición (invalidez, muerte) a que está subordinado el beneficio, el cual habría podido nacer en cualquier otra circunstancia: No puede decirse, por tanto, que el delito sea la "causa" de la jubilación o la pensión.

Los que introducen aquí el criterio del fin, incurren en la inconsecuencia de no aplicarlos en los demás supuestos de posible compensación. Si lo aplicaran siempre como parece lógico tendrían que sostener la compensación de las liberalidades y suscripciones públicas, cuando fueran manifiestas que ellas se hicieron con el fin de reparar el daño del damnificado, en todo o en parte, como es el caso corriente. Argumentar en esta última situación que la falta de conexión, entre el delito y el beneficio, olvidando éste argumento cuando se trata de las jubilaciones y pensiones, para fijarse sólo en el "fin" de los beneficios, es cambiar arbitrariamente de criterio para resolver situaciones que exigen una regla común.

Aun razonando con el criterio del fin, es innegable que el fin de las jubilaciones y pensiones, no es el de crear una causa de impunidad para el responsable, sino el de socorrer y beneficiar a la víctima o sus deudos.

La deducción de estos beneficios, de la suma debida como indemnización por el autor del daño, quiere evitar un supuesto enriquecimiento de la víctima y para ello trastrueca y aun invierte radicalmente la finalidad de estos beneficios, haciéndolos jugar en favor del responsable.

Para justificar esta solución, no basta indudablemente decir, que de este modo se evita que la víctima lucre con un delito: Sería preciso demostrar también, que es más injusto que el autor del daño sea el que lucre con esas ventajas que no han sido creadas en su favor, sino del damnificado.

#### 4.- Alimentos, herencias.

Las circunstancias, en que como consecuencia de delito, la víctima quede en condiciones de poder exigir alimentos a otra persona, por ley o por contrato, no puede evidentemente ser invocada por el responsable para excusarse o para disminuir su obligación de indemnizar.

Se trata a todas luces, de una circunstancia sin conexión alguna con la obligación que le concierne, lo mismo debe decirse en hipótesis del titular de la acción de indemnización, cuando haya quedado liberado de su deber de suministrar alimentos por la muerte del alimentario como consecuencia del delito. Tampoco hay aquí la necesaria conexión entre ese acto y la cesación de los alimentos, pues esta última se vincula solo con el fallecimiento de la alimentaria, de cualquier modo que se produzca y no con el delito propiamente.

Con análogo criterio, debe rechazarse la compensación de los daños, con las ventajas que recibe el titular de la indemnización como heredero del muerto. El delito no es más que la ocasión fortuita en que se abre este beneficio, cuya causa jurídica reside en la vocación hereditaria que surge de la ley o del testamento.

Hasta aquí las formas en que la doctrina contempla las especies en que se pueden dar las compensaciones del daño en general.

A quedado asentado, que la legislación mexicana no contempla estas compensaciones de beneficios, en la forma como las contemplan la doctrina y otras legislaciones modernas como la Francesa, la Italiana, Alemana, Argentina entre otras, pues no tiene preceptos generales ni especiales para aplicar estas compensaciones en favor de la víctima u ofendido de un delito para efectos de la reparación del daño.

Sin embargo, tal carencia en la ley mexicana no impide que en la vida real de nuestra sociedad, esos beneficios si existan y se den con mucha frecuencia, al margen de que el responsable de un delito que ha ocasionado un daño, cubra o no el importe de la reparación del mismo, y como ejemplo de lo dicho cito:

Un caso de los más frecuentes en la actualidad, una persona (trabajador), es asesinada por otra, el responsable es detenido y sentenciado a " : " número de años, condenado a pagar la reparación de los mismos, obviamente y lo más seguro es que no cubra el pago de la reparación, puesto que de momento lo único que le interesará será recuperar su libertad de la cual está o será privado, los deudos (ofendidos, padres, cónyuge o hijos) titulares del derecho de indemnización, podran recibir la pensión que les otorga el Instituto Mexicano del Seguro Social y la liquidación que como trabajador le corresponde de la empresa en la cual prestaba sus servicios, pero estas compensaciones son al margen de que el responsable haga lo propio y esté no podra alegar en su favor tales beneficios que reciben los herederos.

Otro ejemplo puede ser, el propietario de una casa que sale de vacaciones con su familia, durante su ausencia unos delincuentes penetran en su casa y roban todo lo de valor que posee, pero resulta que el propietario tiene aseguradas con una institución de seguros sus bienes, la cual le cubre el importe de los mismos, con el tiempo los responsables son detenidos y confiesan plenamente su participación en los hechos, al ser condenados en la sentencia se les impone la reparación del daño, no pueden alegar en su favor que ya se le cubrió al ofendido el importe de lo sustraído por parte del seguro, sino que están obligados a pagar el daño a que fueron condenados, y esto no implica que el ofendido se enriquezca con esta situación, sino que está obteniendo un beneficio de los que hemos hablado y que contempla la Doctrina en general.

#### 47.- MODALIDADES.

Por lo que hace a las modalidades que puede asumir esta compensación en la responsabilidad por el daño, pueden ser diversas.

En principio la indemnización debe consistir en una suma de dinero, salvo que haya lugar a la restitución del objeto o cosa que hubiese sido la materia del delito, pues como dicen los artículos 30 del Código Penal y 1915 del Código Civil, a la vez el beneficio a compensar puede también consistir en una suma de dinero o en un valor no pecuniario, combinando estos elementos, pueden darse las siguientes situaciones: (1)

a).- Si la indemnización y el beneficio constan ambos de sumas de dinero, la compensación asume la forma simple de una mera deducción: Vgr., del monto de los daños se deduce el importe del seguro contratado por el propio responsable.

b).- Si la indemnización consiste en dinero y el beneficio no, el damnificado que recibe el total de la indemnización debe entregar al responsable el beneficio en especie; pero no hay inconveniente, desde luego, en que el damnificado opte por quedarse con este beneficio y reciba sólo la diferencia en dinero; por ejemplo, si el daño consiste en la muerte de un animal cuyos restos son aprovechables (cuero, carne, etc.), el dueño del animal puede preferir cualquiera de las dos soluciones. Esta opción debe serlo reconocida entendemos; porque al dueño del animal no se le puede obligar contra su voluntad a transferir la propiedad de los restos.

c).- Cuando se trata de cosas destruidas o dañadas, y su sustitución o reparación material es posible, ya he dicho que, aunque el responsable no esté personalmente obligado a la reparación natural, lo está a satisfacer el importe que demande esa reparación: Vgr., la reconstrucción del muro indebidamente roto, la compra de un automóvil deteriorado etc.. Esta es, en rigor, la finalidad normal de toda indemnización.

La obligación del responsable no se limita, por tanto, a pagar el valor del daño en la cosa cuando este valor es diferente al que se necesita para repararla naturalmente; por ejemplo, si se trata de un automóvil muy usado o de modelo antiguo, es posible que la apreciación del daño en sí mismo, dentro del valor general del automóvil, fuere inferior al del valor de las reparaciones necesarias para ponerlo nuevamente en uso. Este último valor, sin embargo, es el que debe el responsable, de acuerdo con el concepto mismo de la reparación. Una solución semejante corresponde en el caso análogo de destrucción de la cosa ya usada, sino es posible encontrar en plaza otra en condiciones similares de uso; en principio, el responsable está obligado a pagar la suma necesaria para reemplazar la cosa destruida con una nueva, al menos en todos los casos en que de las circunstancias resulta que el damnificado no puede pasarse sin ellas (por ejemplo, porque se trata de un instrumento de trabajo).

De otro modo, la víctima recibirá una suma insuficiente para establecer su situación patrimonial menoscabada.

Una cuestión difícil a resolver dentro de la doctrina, es si ésta debe ser aplicada en todos los supuestos o si ella admite excepción en situaciones extraordinarias: vgr., en los casos en que hay una desproporción grave entre el valor de la cosa dañada o destruida y el que se necesita para repararla materialmente o para comprar otra nueva. El Código

Civil Aleman que establece como regla general la obligación del responsable de reparar naturalmente el daño causado (art. 249), consagra expresamente la excepción de reparación sólo pecuniaria " cuando el restablecimiento in natura no es posible, más que al precio de gastos fuera de proporción" ( art. 151 ); así por ejemplo, cuando el monto de las reparaciones sobrepasa el valor de la cosa misma, lo cual puede ocurrir en la hipótesis antes mencionada del automóvil muy usado y de modelo antiguo o de las cosas fabricadas en serie.

Considero que esta salvedad debe también admitirse dentro de la doctrina y nuestra ley; es posible en efecto, que en ciertos casos y por inevitables situaciones de hecho, el damnificado obtenga algún enriquecimiento derivado de la reparación sin estar obligado a restituir la diferencia; pero otra cosa es aceptar una agravación desmedida en la obligación a cargo del responsable, como ocurriría en todos los supuestos que contemplo.

La equidad exige no tratar al responsable con rigor excesivo y notablemente fuera de proporción. Odiando lo que antecede, se plantea accesoriamente el problema de si en todos los casos en que el damnificado obtiene un enriquecimiento, como consecuencia forzosa de la reparación esta obligado a restituir o no al responsable, el valor equivalente al enriquecimiento.

Este valor es a menudo de escasa importancia, pero otras veces adquiere sensible significación; cuando el automóvil usado se le cambian piezas deterioradas por otras nuevas, es indudable que se gana un valor mayor al vehículo, consistente entre las piezas usadas y las nuevas; con mayor evidencia ocurre esto mismo, cuando por no hallarse en plaza una cosa de análogo estado de uso a la destruida, el responsable debe pagar el valor necesario para adquirir una nueva. En situaciones como las señaladas, la cuestión consiste en decidir si el responsable puede pretender del damnificado la compensación de la diferencia con otros ramos del daño o bien mediante la reintegración del importe correspondiente.

No creo que pueda darse una respuesta única e invariable a esta cuestión, pues la solución depende mucho de las circunstancias del caso, y en particular de la situación patrimonial del damnificado. Anteriormente dije, que en virtud del principio llamado del interés esta situación de fortuna de la víctima es de vital importancia para determinar la indemnización.

Si el damnificado es persona que cuenta con otros recursos o bienes, no hay ninguna razón que justifique un enriquecimiento propio a costa del responsable, a consecuencia de la reparación y el debe por tanto, restituir a este la diferencia de valor que recibe. Pero si se trata de una persona sin otros recursos y que no puede, sin gran sacrificio,



devolver esa diferencia, es inevitable aquí admitir un enriquecimiento si la obligación correlativa de restitución, imponerle esta obligación en efecto, importaría obligarle a algo que no puede económicamente realizar, o que le exigiría un sacrificio excesivo, situaciones que el de manera alguna se habría creado con su conducta y que, al contrario, provendría exclusivamente del hecho del responsable.

d).- Excepcionalmente, por acuerdo de las partes, la indemnización puede ser " in natura " y consistir en la sustitución de un objeto viejo por uno nuevo; por ejemplo, si se conviene entre el propietario de un automóvil y el usuario ( locatario, depositario, etc. ), que en caso de destrucción culpable del coche debe entregarse uno nuevo, la compensación o restitución del mayor valor resultará exigible de las cláusulas del contrato o de la verosímil voluntad de las partes.

e).- Finalmente, en caso de pérdida o sustracción de una cosa, el pago de la indemnización puede determinar en favor del responsable la cesión de las acciones o de los derechos que corresponden al damnificado con respecto a la cosa; vgr., " el comodatario de una cosa, que la ha perdido por su culpa o que no ha sabido impedir que un tercero la robe o destruya, sólo está sujeto a prestar la indemnización a cambio de la cesión de la acción reivindicatoria contra del ladrón, o de la protección de indemnización contra el que destruyó la cosa ".

Hasta aquí concluyo con éste capítulo, describiendo en una forma breve y sencilla como contempla la doctrina en general la " Compensación de Beneficios " que puede obtener el damnificado de un delito, que independientemente de que la legislación mexicana no lo contempla en ningún precepto legal, ello no obsta para que en la vida diaria de nuestra sociedad sí se den estos beneficios en favor de la víctima u ofendido, sin que esto implique que por tales causas el responsable, pueda invocarlas en su favor para que pueda estar exento de cumplir con la obligación del pago de la reparación.

#### BIBLIOGRAFIA.

- 1.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 193 y ss.
- 2.- Idem. Pág. 196 a 198.
- 3.- Idem. Pág. 198, 199.
- 4.- Idem. Pág. 200 y ss.
- 5.- Idem.
- 6.- Idem. Pág. 203 y ss.
- 7.- DE CUPIS, ADRIANO. Op. Cit. Pág. 203 y ss.
- 8.- Idem.

9.- Idem.

## CAPITULO VII

## EL DAÑO MORAL.

Ya he hablado en forma genérica del daño (supra 9), pero solamente por lo que se refiere al aspecto material o patrimonial, se trata ahora de analizar su otro aspecto, el que corresponde al daño moral, pero antes de entrar al estudio y definición del mismo, es conveniente y necesario realizar un breve comentario de su origen.

Como ya lo indiqué al hablar de daño patrimonial, es necesario remontarse a la cuna del Derecho, para conocer los antecedentes de aquél, ya que durante tiempo considerable se pensó que el Derecho Romano sólo regulaba la reparación de los daños que recaen sobre bienes de naturaleza patrimonial. Incluso se llegó a pensar y a afirmar que la legislación Romana, no ordenaba otro tipo de reparación que la del daño causado en un bien material o patrimonial.

Parecería difícil hablar en Roma de que la deslealtad de un esclavo causara un perjuicio extrapatrimonial, o pensar que existiera agravio moral cuando la conducta delictiva de un ciudadano atacaba la vida privada de otro, la idea rectora en materia de reparación de daño es que siempre estos recaían sobre bienes materiales y con dificultad se podía condenar a alguien por ejemplo, por una lesión en los sentimientos.

Si bien ésta fué una corriente que tenía parte de cierto, al afirmar el predominio de la concepción del daño sobre bienes patrimoniales, resulta inexacta por cuanto afirma que si no se lesionaba un bien patrimonial no había daño.

El antecedente más remoto de lo que ahora conocemos por daño moral, lo fue la injuria: ¿Qué es la injuria? La sinópsis del Derecho Romano de ARU LUIGI Y ORESTIAND, nos dice: "La injuria iniura, entendida en el sentido específico, era una lesión física inflingida a una persona libre o esclava o cualquier otro hecho que significare un ultraje u ofensa". (1)

En Roma, la injuria, ejemplifica la protección de los derechos de la personalidad. Se sabe que después de caer en desuso las XII tablas, que establecían para las distintas clases de injurias, penas tarifadas, el Edicto del Frétor permitió a la persona injuriada perseguir una reparación pecuniaria que podía estimarse por sí misma, y más tarde la Ley Cornelia dispuso que el damnificado debía elegir entre entablar una demanda para obtener una reparación privada, y la acción penal; en el primer

caso la suma de dinero era para el injuriado, en tanto que en el segundo, el dinero era para el erario. (2)

Respecto a la injuria, existían dos acciones de tipo privado y que eran la Ley Cornelia y la Estimatoria del Edicto del Pretor. La acción concedida por la Ley Cornelia era a perpetuidad, y su titular era sólo la persona que había sido víctima del hecho injurioso, en tanto que la acción nacida del Edicto del Pretor < acción estimatoria > podía también corresponder a las personas que se encontraban bajo su poder o protección, e incluso, se entablaba acción ante los tribunales por el ultraje que se hiciera a la memoria del difunto. También es necesario distinguir que, mientras la acción concedida en la Ley Cornelia era de tipo penal y el importe de la sanción lo determinaba el juez, en la acción pretoria el que reclamaba no estaba sujeto al arbitrio judicial sino que hacía su propia evaluación para estimar el monto de la sanción.

De las características de cada una de las acciones nacidas de la injuria, para que una persona en el Derecho Romano pudiera demandar por haber sido de palabra u obra lesionada en su personalidad física o moral, puedo concluir con lo siguiente: (3)

A).- La acción estimatoria del edicto del Pretor tenía el carácter de personalísima, y no implicaba ninguna acción penal. También podían demandar si habían sido injuriadas las personas que se encontraban bajo su protección o poder. Incluso los herederos podían entablar acción ante los tribunales por el ultraje a la memoria del difunto. Tenían el término de un año para ejercerla, el transcurso de ese lapso sin hacerlo era suficiente para que la acción prescribiera; por su mismo carácter de inextinguible y personalísima, no pasaba a los herederos de la víctima o del demandado, y la estimación de la suma que debía exigirse al demandado, la hacía la propia víctima.

B).- La acción nacida de la Ley Cornelia era también personalísima; sólo la podía ejercer quien había sufrido el daño. No se contemplaba que si habían sido objeto de injurias personas bajo su protección o poder, estas pudieran demandar. Era absolutamente restrictiva al injuriado. Era una acción de tipo penal y el juez a su prudente arbitrio determinaba la pena o más bien el monto que se condenaba a pagarle al demandado. No existía la autoevaluación respecto de la suma de dinero, como es el caso en la acción pretoriana. Esta acción, por su mismo carácter penal, no prescribía. Era como la llamaban los romanos " Perpetua ".

Antes de referirme a un último tipo de acción, que si bien no nacía de la injuria si estaba íntimamente relacionada con ella, es necesario decir que en Roma en cuanto a los campos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, la injuria se encontraba comprendida dentro de esta última.

El Derecho Romano no distinguía cuando se trataba de la reparación o protección de los intereses extrapatrimoniales, entre la responsabilidad Aquiliana y la contractual.

Las acciones del Edicto del Pretor y de la Ley Cornelia, muestran una clara diferencia con la " Damnum Injuria Datum", definida como la lesión o destrucción de la cosa ajena realizada con dolo o culpa. La acción de esta figura la otorgaba la " Ley Aquiliana ", que fué la que legisló sobre la forma de resarcir los daños.

Esta Ley Aquiliana fué propuesta por el tribuno de la plebe Aquilio Gato, el cual clasificó de la siguiente manera los diversos tipos de daño derivados de una causa extracontractual. (4)

En el primero se establecía que si alguno mataba a un esclavo o a un cuadrúpedo de los que pascen en las manadas o rebaños, pagase al propietario el valor más alto que el esclavo o animal hubieran tenido, un año contado hacia atrás. El segundo capítulo de la ley, no es posible localizarlo, al parecer no existe: El tercer capítulo disponía que si alguno dañase a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo de una manada o rebaño o causara injustamente cualquier otro tipo de daño a cosas inanimadas, fuese condenado a dar al propietario el valor que hubiere tenido la cosa treinta días anteriores al delito o culpa. (5)

La acción Aquiliana difería de las acciones Cornelia y Pretoriana, en cuanto que la primera < Damnum injuria datum > se refería a la reparación del daño patrimonial causado con culpa, en tanto que las segundas eran dirigidas a obtener una pena privada. Se buscaba en aquélla, más que la indemnización por el perjuicio sufrido una satisfacción equivalente al dolor moral o físico sufrido.

Ya con éste breve antecedente del daño moral en el Derecho Romano, puedo afirmar que éste le ha servido de fundamento a nuestro Derecho, el cual según los autores nacionales puede calificarse de pobre, ya que nuestra primitiva Legislación Civil no lo contempló claramente, ni se refirió en su articulado en forma expresa al agravio extrapatrimonial. En su tránsito por nuestro Derecho, la figura del daño moral tiene a partir de la reforma de diciembre de 1982 al Código Civil, el tratamiento más importante que cualquier otro código anterior.

Desde no haber referencia específica en las normas civiles a la figura de daño moral, hasta supeditar su existencia a la del daño patrimonial, tal fué en nuestro Derecho Civil la evolución en materia de tutela de bienes inmateriales o extrapatrimoniales.

La nueva figura considerada en nuestro código viene a dar un giro completo en torno a las teorías que sobre la figura inmediata anterior al daño moral se elaboraron por parte de los juristas mexicanos.

#### 48.- CONCEPTO Y REGIMEN GENERAL.

Puedo comenzar el desarrollo de este tema definiendo lo que el artículo 1916 del Código Civil establece por daño moral, pero considero que es imprescindible entrar primero al estudio doctrinal de él, las interrogantes que han surgido en la doctrina: ¿Que entiendo el Derecho por daño moral? ; ¿Que bienes protege cuando se dice que se ha causado este tipo de daño? . La respuesta es que cuando existe una lesión sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, al daño causado se le llama moral; es decir, cuando los derechos de la personalidad son conculcados, estamos ante un agravio moral.

Cuando el campo de protección del Derecho se proyecta sobre bienes que no pueden ser tasables en dinero, como son el honor, sentimientos, afectos, creencias etc., el daño causado a estos se denomina moral. He aquí una de las grandes divisiones que la doctrina y la ley por siempre han establecido, los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria y aquellos que por su naturaleza inmaterial no pueden valuarse en dinero. (6)

Jamás por perfecta que sea la técnica jurídica tendrán valor traducible en dinero la vida de nuestros padres, hijos, honor, nuestros sentimientos, nuestros afectos, creencias etc. Es imposible darle a una cosa inmaterial una adecuación material mejor dicho, volver patrimonial lo que es extrapatrimonial, para evaluarlo adecuadamente en dinero. Proposición tan absurda iría en contra de la esencia de los mismos bienes que se trata de proteger.

Sobre estos puntos es donde viven sus mejores batallas las teorías que admiten la reparación del daño moral: ¿ Como poner precio a los sentimientos, afectos, honor, reputación, vida privada? Las teorías que afirman que esto no es posible y en consecuencia no se puede condenar a nadie a indemnizar a título de reparación moral, tienen su fundamento en que, por la naturaleza inmaterial de los derechos de la personalidad, es imposible su traducción en dinero. Esta afirmación resulta atractiva en primera lectura, pero uno de los objetivos de este trabajo será precisamente demostrar que conforme a nuestra Legislación Civil, dicha teoría no es admisible.

Existen fundamentos jurídicos propios y extranjeros, para refutar cualquier teoría que niegue la imposibilidad de la

reparación moral y por ende la existencia del agravio. Nuestro Código Civil vigente, como el Código Penal vigente, admiten con acierto la existencia del daño moral y la forma en que operará su reparación. Es posible condenar a una persona de ser penalmente responsable por haber cometido un delito que causa un agravio de naturaleza extrapatrimonial. La apreciación jurídica que fundamenta los estudios del agravio moral, establece que en ningún momento la vida privada, honor, los sentimientos, decoro, afectos, etc., podrán comerciarse jurídicamente y la reparación ordenada por haber causado un daño moral, es a título de satisfacción por el dolor moral, sin que esto lo atenué o desaparezca; es decir, la suma de dinero entregada para resarcir el daño, no se traduce en que perfecta o aproximadamente se valúe el bien lesionado, sino que dicho dinero se entrega por equivalente del dolor moral sufrido.

Esta posición está por encima de las posturas negativas que dicen: "El que exista un bien extrapatrimonial y esté sea lesionado, por su imposibilidad de ser valorado en dinero, hace de la misma forma nacer imposibilidad de resarcirlo". (7)

Tal postura es equivocada, porque al entrar al fondo de la cuestión se entiende que al obligar a un sujeto a indemnizar, por ser quien causó el daño moral, es claro que dicha reparación cumple una función satisfactoria únicamente, pues en materia de agravios morales no existe la reparación natural o perfecta, porque nunca el agravio sufrido en nuestro honor, creencias etc. será borrado completamente, ni volverán las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero. Pero esto no es fundamento para que el sujeto causante de la lesión de los derechos de la personalidad quede impune.

Por otro lado, en la doctrina extranjera existen autores entre los que podemos citar a RAFAEL GARCIA LOPEZ, HEDEMANN FISHER, MAZEAUD, ACUÑA ANZURENA, ADRIANO DE CUPIS entre otros que sostienen que la reparación del daño moral también puede ser "in natura". (8)

En resumen, los conceptos señalados con anterioridad, son los existentes en las diversas teorías definitorias del daño moral, las cuales puedo resumir en dos corrientes que son:

A).- las corrientes negativas, que excluyen al daño moral por no existir daño patrimonial.

B).- Las corrientes positivas, que clasifican los agravios extrapatrimoniales atendiendo a los efectos del daño en el patrimonio de las personas.

Por otra parte, es conveniente mencionar que entre los autores nacionales RAFAEL ROJINA VILLEGAS, GUTIERREZ Y GONZALEZ

ERNESTO, BORJA SORIANO MANUEL Y OCHOA OLVERA SALVADOR, en contraste a los citados autores extranjeros, no aceptan que la reparación del daño moral puede hacerse en forma natural ( "in natura" ), aunque reconocen que en algunos casos pueda darse, por ejemplo en los delitos de injurias, calumnia, difamación etc., en los cuales la satisfacción de esa reparación moral, puede ser mediante la publicación de sentencia de la condena, o en la retractación pública del ofensor.

Ahora bien, ya he dicho que tanto en el artículo 30 del Código Penal, como en el artículo 1916 del Código Civil, se refieren al daño moral, pero es únicamente este último precepto el que se ocupa de dar una definición de aquél como sigue: (9)

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

A continuación daré la definición de cada uno de los elementos que integran la definición del precepto legal.

a).- Sentimiento.- Acción y efecto de sentir, etc. Estado de ánimo. Sentir. Experimentar sensaciones producidas por causas internas y externas. (10)

Los sentimientos pueden ser de dolor o placer, según sea el caso. El daño moral en este punto, mas bien se refiere a los sentimientos que causan un dolor moral. Pero también la conducta delictiva que nos priva de sentimientos de placer, puede constituir un agravio de naturaleza inmaterial, ya que lo mismo se puede afectar a una persona causándole un dolor de manera directa como indirectamente al privarlo de los sentimientos que le causen placer.

Ejemplo del primer caso pueden ser las lesiones corporales que sufre una persona por el ataque de otro y en el segundo caso puede ser la afectación que sufre esa persona lesionada por no poder disfrutar del placer que obtiene con el desarrollo de sus actividades.

b).- Afectos.- ( Del latín affectus ), inclinado a alguna persona o cosa, pasión de ánimo. La tutela jurídica sobre este recaerá en la conducta ilícita de una persona que tiene como fin afectar o dañar ese ánimo particular sobre determinada cosa o persona, y que al verse lesionado tal bien sufrirá una afectación, la cual constituye un agravio de naturaleza extrapatrimonial que deba ser reparado. (11)

c).- Creencia.- Firme sentimiento y conformidad con una cosa; Es un bien que comprende la naturaleza subjetiva de la persona, ésta le da crédito a algo, una idea, un pensamiento, que incluso servirá de guía en su vida diaria, por



tener la certeza de que es válido. El agravio moral se constituirá cuando la agresión específica recaiga sobre estos aspectos. (12)

d).- Decoro.- Lo integran; honor, circunspección, pureza, honestidad, recato, honra, estimación. (13)

El decoro se basa en el principio de que a toda persona se le debe considerar como honorable, merecedora de respeto, lo cual es una regla general, aceptada en el trato social. Por tanto; la conculcación de este bien se configura en el sentido negativo de que el sujeto activo, sin fundamento daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social donde se desenvuelve y que es en donde directamente repercute el agravio. Este tipo de daño constituye un ataque directo al patrimonio moral social del individuo. La tutela se establece en el sentido de " no me siento compelido con nadie a que se cuestione mi decoro con el simple ánimo de dañarme indirectamente, tampoco me encuentro obligado a sufrir un ataque de tal naturaleza en el medio social".

e).- Honor.- Es la cualidad moral que nos lleva a cumplir un deber. (14)

El honor de una persona es un bien objetivo que hace que esta sea merecedora de admiración y confianza. El honor se gesta y crece en las relaciones sociales, la observancia de sus deberes jurídicos y morales lo configuran. Los ataques al honor de las personas son los daños que más se presentan en materia de agravios extrapatrimoniales. Este bien tiene una tutela penal en el delito de Calumnia, figura que es independiente de los ataques que sufre el honor tutelado por el daño moral. El maestro SEDOSIÁN SOLER sostiene: " El honor comprende la consideración que la persona merece así mismo ( honor subjetivo). Es importante por último señalar que al igual que todos los bienes que integran el patrimonio moral social del individuo, estos pueden ocasionar a la vez indirectamente un daño patrimonial al sujeto pasivo de la relación jurídica nacida de un daño moral directo..

f).- Reputación.- Fama y crédito del que goza una persona.

Este bien se puede apreciar en dos aspectos importantes: El primero consiste en la opinión generalizada que de la persona se tiene en el medio social donde se desenvuelve; y la segunda consiste en lo sobresaliente o exitosa que es dicha persona en sus actividades. Como vemos claramente, el agravio extrapatrimonial se configura cuando existen conductas ilícitas que tienen por fin lograr el descrédito o menoscabo del agraviado. Un caso frecuente en la vida profesional de las sociedades mercantiles, las cuales con fundamento en la

afectación de este bien, pueden demandar por daño moral a toda persona que intente dolosa o infundadamente atacar la reputación ganada por aquéllas. (15)

g).- Vida privada.- Respecto a este bien, puede surgir un largo debate. ¿Que es vida privada? Resulta obvio que la idea de vida privada del suscrito, será absolutamente distinta de quién lee esto; pero bien puedo concretar diciendo que son todos y cada uno de los actos particulares y personales del sujeto, el adjetivo privado se refiere a un hecho de familia a la vista de todos, también sobre lo anterior surge controversia. Una solución sería simplemente decir que vida privada comprende los hechos de familia, los actos particulares y personales. Existe una obligación en principio de que se me respete, claro, siempre y cuando dicha conducta privada no lesione derechos de terceros. Asimismo, en ningún momento me encuentro obligado a soportar que cualquier persona, sin derecho interfiera en mi vida privada, es decir, soportar una conducta ilícita que agrede mis actos particulares o de familia. (16)

h).- Configuración y aspectos físicos.- Este bien se encuentra relacionado con la apariencia, con el modo de presentarse a la vista de las personas, como es la figura de un sujeto, o su integridad física.

Entiéndase este derecho como una extensión del correspondiente a la seguridad de la persona, pero también debe contemplarse en dos aspectos: El primero se refiere a la agresión de palabra u obra, referido a la figura física del individuo; El segundo se refiere a las lesiones que recibe el sujeto agraviado en su cuerpo o en su salud, que es una de las especies en que se divide el derecho a la vida que todas las personas tenemos. El daño moral en este caso se configura de la siguiente manera: Cuando una persona causa una lesión en el cuerpo de otra, que supongamos deja una cicatriz perpetua, habrá infringido también un dolor moral, independientemente del delito que hubiese cometido, así como la responsabilidad civil y los perjuicios, consistentes en curaciones, hospitalización. Este dolor moral, con arreglo al artículo motivo de este trabajo, debe ser condenado a reparado. Es lo que algunos autores llaman "daños estéticos", que se producen en bienes del patrimonio moral social u objetivo.

i).- Consideración que de sí misma tienen los demás.

No se admite que sea motivo de tutela por parte del agraviado extrapatrimonial, la reputación negativa o maligna de que goza una persona, ya que el Derecho no puede proteger lo que no regula o prohíbe por considerarlo ilícito. Se refiere a los bienes que pertenecen al patrimonio moral social u objetivo del individuo. Es un error gramatical decir "la consideración que de sí misma tienen los demás", tal y como aparece

redactado en el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil en estudio, porque la consideración que tutela el daño moral no es de sí misma, puesto nadie podría entender que consideración tiene otro de sí mismo, pues esta es propia o ajena, pero además porque protege la consideración que de la persona se tiene; es decir, el trato social con urbanidad y además no puede darse una relación jurídica en este sentido por inexistencia del lazo con un sujeto que prodigue o deje prodigar al mencionado trato de urbanidad y respeto.

Por lo que considero que la redacción apropiada debe ser " la consideración que de la persona tienen los demás".

Pero volviendo al tema, de la redacción del texto se entiende que se refiere al juicio que los demás tienen de una persona determinada y también se puede analizar como la estima profesada a un individuo, pero respecto de este bien debe señalarse; si la consideración no es más que la acción de considerar consistiendo está en el trato con urbanidad y respeto de las personas, volvemos a la regla inicial de que a toda persona se le debe tener por honorable. Todas las personas por el hecho de serlo tienen el derecho a ser protegidas por la ley y ser de la misma forma merecedores de respeto. Por lo mismo este bien pertenece al patrimonio moral social, puesto que su objetivación se encuentra en las relaciones sociales. También es cierto que dicha consideración se entiende en términos generales como la lesión del derecho de la personalidad que éste bien consigna; el cual de ninguna forma es la consideración vista desde el aspecto subjetivo, porque la consideración que se tenga de cada persona en lo particular puede ser igual al número de individuos sobre los cuales se emiten esos juicios.

La lesión opera en el aspecto objetivo de la relación social que nace de la consideración aunque directamente tenga su fundamento en el aspecto subjetivo de la misma; es decir, si una persona sufre una afectación en la consideración que de sí tienen los demás lo debemos entender como una lesión a la estima que los demás le profesan, o sea, el trato con urbanidad y respeto del que es merecedora para efectos de la certeza de daño y no es necesario considerar si la estima profesada o el trato respetuoso al agraviado, del cual es acreedor < aspecto subjetivo de la consideración > no lo merece. Por el contrario, el sólo hecho de violar la relación objetiva, que establece la consideración, dará nacimiento a la acción de reparación moral a cargo del sujeto pasivo.

Este bien es el que se presta a más discusiones, por lo genérico de su contenido, pero analizado en su aspecto objetivo es como se podrán resolver los casos en que se tenga que determinar la existencia de un agravio moral, por la conculcación a la consideración que los demás tienen de una determinada persona.

Por último ha quedado establecido que en nuestro derecho el daño moral no tiene una significación unívoca, sino equívoca por lo cual es posible sostener que un acto que causa daño moral se puede relacionar perfectamente a uno o más bienes de los que señala el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil vigente y estos a la vez, pertenecer indistintamente a los patrimonios morales sociales o subjetivos del individuo.

Por ejemplo una persona puede ser afectada en su honor y al mismo tiempo en sus creencias o sentimientos, sin que esto implique que hay varios daños morales. La actualidad y certeza del daño inmaterial se da cuando se lesiona uno o más de los bienes jurídicos que tutela el menoscabo extrapatrimonial, de tal suerte que el número de bienes lesionados no es determinante para la existencia del daño moral. Sólo cuenta para los efectos de la condena que hará el juzgador, cuando determine la indemnización del agravio moral.

El maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, sostiene que daño moral es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afecciones, manifestando que el artículo 1916 del Código Civil en cita admite que cuando se cause un daño moral por hecho ilícito, el juez podrá decretar una indemnización equitativa a título de reparación moral pero ésta sólo existirá cuando también se haya causado un daño patrimonial. (17)

Por su parte MANUEL ROJJA SORIANO, afirma que existen diferentes categorías de daño moral, dos categorías se dividen claramente. Por una parte los que tocan a lo que se ha llamado la parte social del patrimonio moral del individuo y hieren a la persona en su honor, reputación, consideración, y por otra parte los que tocan la parte afectiva del patrimonio moral hieren a un individuo en sus efectos: se trata, por ejemplo, del dolor experimentado por una persona a la muerte de un ser que le es querido. (18)

Pero, para la mejor comprensión de este capítulo, es necesario mencionar de manera genérica lo que se entiende por patrimonio. " Es la suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona, el conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de ser valorados, aproximada y perfectamente en dinero ".

Se ha establecido que el patrimonio moral de toda persona se compone por el patrimonio moral social u objetivo y por el patrimonio moral afectivo o subjetivo. El primero se refiere a los bienes que se relacionan de manera directa con el sujeto y el medio en que se desenvuelve socialmente, donde se exterioriza su personalidad. Es necesario comentar que cuando se dañan generalmente bienes que integran este patrimonio, casi siempre causan un daño económico pecuniario, ya que el ataque a

la honra de un profesionista por ejemplo, en su medio acarreará un desprestigio que se traducirá en un perjuicio económico, cuando por razón directa del agravio moral sufrido, soporte una merma y detrimento en la demanda de sus servicios como profesionista.

Por su parte se hablará de patrimonio moral afectivo o subjetivo cuando los bienes que lo integran se refieran directamente a la persona en su intimidad. Es la concepción subjetiva más aguda del individuo; por eso ROJINA VILLEGAS define al patrimonio moral sosteniendo que " este consiste en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por virtud de un hecho ilícito; es decir, por cualquier tipo de interferencia de una persona, en la conducta, o en la esfera jurídica de otra y que no esté autorizada por la norma jurídica ", y en consecuencia tal conducta en el patrimonio de un sujeto, constituye un hecho ilícito en términos generales ". (19)

En tanto MANUEL BURJA SORIANO, sostiene: " Existen dos tipos de patrimonio moral: el social y el afectivo: El primero siempre trae aparejado un perjuicio pecuniario; en tanto que el segundo está limpio de toda mezcla, el dolor, y la pena, son los únicos perjuicios causados, porque pecuniariamente la víctima no sufre ningún daño ". (20)

Siguiendo las clasificaciones anteriores puedo afirmar conforme a la definición contenida en el primer párrafo del artículo citado, que los bienes que tutelan dicha figura pertenecen a los siguientes patrimonios:

1.- Patrimonio moral social u objetivo, que se integra por el honor, el decoro, la reputación y la consideración que de la persona tienen los demás.

2.- Patrimonio moral afectivo o subjetivo, se integra por los afectos, creencias, sentimientos, vida privada, aspectos y configuración físicos.

#### 49.- CONTROVERSIA TEORICA.

El tema del daño moral ha sido una de las cuestiones más debatidas dentro de la doctrina y los escritores, a los cuales podemos dividir en dos grupos:

a).- Para unos, entre los que encontramos a LALOU, NAZEAUD, Y FISHER, la distinción entre el daño moral y el daño material depende estrechamente de la naturaleza de los derechos lesionados. Si el delito ha vulnerado un derecho patrimonial, el daño es material; si ha lesionado un derecho no patrimonial.

el daño es moral, de esta suerte vgr., los ataques a la libertad, integridad corporal, o salud de las personas - que se sindician como derechos no patrimoniales -, producen siempre exclusivamente daños morales, " aunque estas lesiones puedan trascender al patrimonio del interesado o sus familiares ( produciéndoles por ejemplo pérdida de jornales, o dificultando la subsistencia y desenvolvimiento de sus deudos en caso de muerte ), pero esto no altera su carácter primordialmente inmaterial ", por consiguiente la lesión a un derecho o bien jurídico determinado no puede producir ambas clases de daños, sino solamente la que corresponda a la naturaleza, patrimonial o no del respectivo derecho. (21)

Los autores incluidos en este grupo aceptan una distinción accesoria, que formulan explícitamente como sigue: Si la lesión al derecho no patrimonial determina algunas alteraciones en el patrimonio, se dice que hay daño moral con repercusión sobre éste, en caso contrario, se tiene el daño moral puro.

En rigor, los autores a que me he referido hablan en sentido amplio de " injuria " a que he aludido y atienden por tanto, a la lesión misma del derecho antes que las consecuencias o efectos de la lesión.

b). - La otra parte de la doctrina no funda esta distinción sobre la índole de los derechos afectados, sino sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: Si esta ocasionó un menoscabo en el patrimonio, en su existencia actual o en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material, cualquiera que sea la naturaleza patrimonial o no del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial y entre estos autores se encuentran DEMOGUE, FLANJOL, ANTOISEI Y ENNECCERUS LEHMANN. (22)

Ya he detallado que en nuestra legislación, Civil y Penal, declara expresamente resarcible el daño moral, pero ahora lo que importa es destacar que según nuestra ley, al daño en sentido jurídico no es solamente el que recae sobre el patrimonio, sino también el que afecta valores no económicos o morales.

No hay pues objeto entre nosotros, al menos de iure conditio en renovar el debate sobre si los intereses no económicos de los individuos están o no protegidos por la acción derivada de la ilicitud puesto que el artículo en estudio contesta afirmativamente y sin lugar a dudas. Tampoco de iuri condendo vale la pena desarrollar aquél debate, porque cada vez más los escritores así como las legislaciones modernas admiten la necesidad y la perfecta congruencia de tal indemnización.

Resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario a falta de otro mejor, no es materializar los intereses morales, sino al contrario, espiritualizar el derecho en cuanto éste no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad a aquéllos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona humana.

Pero ya que este inciso se refiere a la controversia teórica existente en cuanto a que si el daño moral es o no resarcible, es necesario mencionar los argumentos que los pocos autores dan a la resarcibilidad pecuniaria del daño moral. (23)

a).- El daño material como susceptible de apreciación pecuniaria, puede realmente ser reparado con una suma de dinero; en este sentido puede afirmarse que ningún daño material es irreparable, pero si el daño moral por definición y por esencia es el que no es susceptible de aquella apreciación ¿Como pretender repararlo por medio de una suma de dinero? ¿Poner precio al dolor o los sentimientos íntimos, importa en el fondo una inmoralidad, una degradación de los mismos valores que se quieren salvaguardar?

El error de estas objeciones radica en no advertir que el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en el resarcimiento de los daños materiales, en estos últimos puede aceptarse que su finalidad es la de establecer una equivalencia mas o menos completa entre el daño y la reparación.

Con respecto al agravio moral, en cambio la indemnización representa un papel diferente, de compensación o satisfacción puesto que no se trata de poner precio al dolor o a los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas.

La misma función de satisfacción y de equivalencia desempeña el dinero en numerosos ordenes de la vida sin que nadie formule reparo alguno; por ejemplo, en la retribución de los servicios profesionales de un abogado, de un médico, de un ingeniero, etc., o en general de cualquier persona que desempeña alguna función intelectual.

¿Cuanto vale, con el sentido de equivalencia, la defensa que hace un abogado en una causa judicial cualquiera?, no podría decirse que ese valor depende del monto de los intereses pecuniarios en litigio, porque hay juicios de objeto no económico en absoluto, como son los juicios criminales, los de divorcio, de nulidad de matrimonio, etc., ni siquiera en litigios en que se debaten intereses pecuniarios el valor de la defensa se rige exclusivamente por aquéllos intereses, sino también por otros factores como " el mérito jurídico de los escritores, la complejidad del asunto y el éxito obtenido ".

Y bien ¿ Cuanto vale el mérito jurídico de la defensa del abogado, que equivalencia establecer entre objetos de naturaleza tan heterogénea como la complejidad del asunto y cierta cantidad de dinero ?. Recuérdese que el primitivo Derecho Romano, también juzgaba inmoral que un jurista cobrara honorarios por algo tan inmaterial como su ciencia jurídica y los consejos a sus clientes, al punto de que la " ley CINZIA " condenaba al abogado que había recibido retribución de su cliente a devolver el cuádruplo de su valor. Ahora nadie piensa que esta retribución signifique degradación de los trabajos de la inteligencia, ni achaca a materialismo que los profesionales reciban pecuniariamente una satisfacción por sus servicios prestados en beneficios de otras personas.

Lo mismo puede decirse de casi todos los productos de la ciencia o el arte; ¿ Cuanto vale realmente la audición musical de un gran pianista, el cuadro de un pintor insigne, un hermoso poema o una bella novela ? ¿ Cuanto las lecciones de filosofía, de idiomas, o del conocimiento científico que suministra el profesor a sus discípulos ?. Con el valor de la equivalencia es evidente que la respuesta a estas preguntas es tan imposible como la que intente valorar pecuniariamente la lesión de la afecciones íntimas de una persona tuteladas por la ley.

Se trata en suma, de distinguir entre las diversas funciones que puede desempeñar el dinero, la función de equivalencia propia de la indemnización de los daños patrimoniales; de la función de satisfacción única que conviene a la reparación de los daños morales, por esta cuestión de la función del dinero, algunos autores reservan el término reparación para la indemnización de los daños patrimoniales y el término " satisfacción " para los daños morales. (24)

b).- Como objeción derivada de lo anterior, se argumenta asimismo, con la inevitable arbitrariedad de toda estimación pecuniaria en la reparación del daño moral ¿ En cuanto estimar el dolor de un padre por la muerte de su hijo ?. ¿ En cinco mil pesos por ejemplo, y porqué no en cien mil o en una cantidad mayor ?. Es exacto, sin duda que falta aquí toda unidad de medida para tal estimación y que la fijación de una suma determinada tiene mucho de arbitrario, pero ya contestaba LAURENT con acierto: " del hecho de que el juez no pueda conceder una reparación exacta, no se puede concluir que no debe conceder ninguna reparación ".

Por otra parte, esta impresión es común a muchas otras estimaciones pecuniarias que todo el mundo acepta sin reserva alguna ¿ Cuanto vale por ejemplo una operación de apendicitis, de higado o estómago ?. Cuando las partes no se han puesto de acuerdo sobre el valor de estos servicios médicos; el juez teniendo en cuenta muchos factores como son la



dificultad de la operación, el prestigio de un médico, la situación económica de un enfermo, fija una suma determinada en concepto de honorarios. Hay indudablemente mucho de arbitrario en esta estimación considerada en sí misma, porque también falla aquí la unidad adecuada de medida, pero hay entre los miembros de una sociedad una manera común de apreciar estas cosas, que permite ante ese criterio general, una valoración prudente y equitativa.

Esto mismo ocurre en la estimación del daño moral, los tribunales siempre llegan a establecer un criterio general teniendo en consideración la manera de sentir y de pensar común a los miembros de la colectividad en que actúan y a que pertenecen.

Así como tienen un criterio objetivo para estimar el honorario de un cirujano en una operación quirúrgica o del clínico en un tratamiento cualquiera, lo tienen para estimar el daño moral emergente de la muerte de un hijo o de un padre, sin perjuicio de las variaciones que pueden introducir las circunstancias particulares.

Esta forma de apreciación en materias no susceptibles en sí mismas de valoración económica, al mismo tiempo que da adecuada satisfacción a los intereses morales afectados, quita al argumento la mayor parte de su aparente fuerza incontrastable.

### 50.- NO ES UNA PENA.

Ya he dejado asentado en los capítulos II, IV y V de este trabajo que la Legislación Mexicana contempla al daño en dos ordenamientos jurídicos:

En Derecho Penal la reparación se inflige al responsable como una pena como lo dispone el artículo 34 del Código de la materia.

En Derecho Civil se contempla como responsabilidad de un hecho ilícito que puede ser atribuido al responsable o a un tercero según sea el caso.

También expliqué ( supra Eé ) lo vertido por el maestro IGNACIO VILLALOBOS que en nuestra doctrina ambas disposiciones legales no son diversas sino contradictorias y que se contraponen al Principio Constitucional del artículo 23 de la Carta Magna.

Por otra parte, cabe aclarar y hacer notar, que el precepto 30 penal al hablar de la reparación del daño a costa

del responsable únicamente habla del daño moral sin dar mayor definición o explicación del mismo, por lo que el estudioso del tema se ve obligado a trasladarse al ordenamiento civil para determinar el concepto de aquél, de donde se desprende, del artículo 1916 que esta figura jurídica es independiente y autónoma en nuestro derecho de cualquier otro tipo de responsabilidad, sea civil o penal.

Lo que dejó dicho destaca a la vez, que la reparación del agravio moral, no se concede título de pena contra el responsable, lo mismo que la indemnización de los daños materiales, la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el derecho moderno pues hay que recordar que en el antiguo Derecho Romano las acciones de resarcimiento eran sobre todo acciones penales.

En ambas reparaciones, patrimoniales y morales, no se propone inmediatamente imponer un mal al responsable e inflingirle un castigo, sino tan sólo de procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido en su patrimonio o en sus valores morales a raíz del delito.

Algunos penalistas sobre todo dentro de la escuela Positiva, han tratado de borrar toda diferencia de naturaleza entre la pena y el resarcimiento, al que atribuían también carácter penal, pero la opinión dominante es contraria a esa doctrina y separa netamente ambos institutos; la mayor parte de los positivistas sólo reconoce que el resarcimiento desempeña también una "función social", además de la propiamente satisfactoria del interés privado lesionado y que por ello la ley debe disciplinarlo de modo más enérgico y eficaz.

Esta fundamental diferencia con la pena produce importantes consecuencias prácticas: como es obvio, en primer término la de la indemnización del agravio moral no constituye una obligación personal, como aquélla, de suerte que pasa a los herederos del responsable y puede ser asimismo exigida al responsable indirecto. (Artículos 29, 32, 34 del Código Penal y 1918, 1919 ss. del Código Civil).

Por otra parte nuestro máximo tribunal, sostiene tesis contradictorias en el sentido de que el daño moral o patrimonial una vez que el responsable haya sido absuelto en juicio penal no debe ser condenado en juicio civil; en unas, y en otras sostiene que no obstante haber sido absuelto el responsable, la víctima u ofendido tiene la opción de intentar por la vía civil el pago de la reparación del daño. (25)

**CONCLUSION.-** De lo asentado, concluyo al igual que lo hace la doctrina en general que la condenación del pago del daño moral no es una pena en el sentido que lo establece la ley penal mexicana, sino por el contrario como lo establece el artículo 1916 del Código Civil vigente, esta condenación es más bien una

satisfacción o compensación que se le da a la víctima u ofendido de un delito.

## SI.- LOS TEXTOS LEGALES.

Siguiendo un orden cronológico, veamos ahora que es lo que regulaban sobre el particular nuestros códigos antiguos:

### Código Civil de 1870.

Este texto para el Distrito Federal, ni genérica ni específicamente se refirió al daño moral. La única cita que en materia de daños hacía, era la relativa al daño patrimonial, por lo que los siguientes artículos se explican por sí mismos: (26)

ARTICULO 1500.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

ARTICULO 1581.- Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.

De la lectura de los preceptos anteriores se desprende que se refieren al daño causado sobre bienes de naturaleza patrimonial. Ya lo dije con anterioridad; en el primer caso estamos ante el daño emergente y el segundo corresponde a la figura del lucro cesante.

### Código Penal de 1871. (27)

El maestro BURJA SORIANO establece que el Código Penal en cita, tenía un capítulo específico de la responsabilidad civil, de cuya lectura se entendía la tendencia de condenar a reparar daños causados sobre bienes patrimoniales y jamás sobre daños extrapatrimoniales. Cuando se reclamaba una cosa no se debería pagar al valor de afección, sino el común que tendría la cosa.

La exposición de motivos de dicho ordenamiento penal señalaba que no era posible poner precio a los sentimientos, la honra, pues hacerlo sobre cosas tan inestimables sería degradar y envilecer a la persona. También el citado jurista señala que la excepción a la norma general anterior, se daba cuando una persona destruía una cosa con el propósito de ofender al dueño, la reparación en este caso, tomaba en cuenta de manera limitada el precio estimativo que pudiera tener la cosa, porque la cantidad entregada para resarcir el daño no podría exceder de una tercera parte de lo que en valor común tuviera.

Tales temas se encuentran superados por las modernas teorías del daño moral, las cuales establecen que en ningún momento se pone precio a los bienes de naturaleza inmateral y mucho menos posterior a esto se condena al agresor a pagar determinada suma de dinero, habida cuenta de que el dinero se entrega a título de indemnización y tiene un fin satisfactorio frente al dolor moral sufrido, en ningún momento implica que por tal acto resarcitorio se esté pagando a una persona el precio de su honor lesionado.

#### Código Civil de 1884. (28)

Este Código seguía sustancialmente las ideas en materia de agravios del Código de 1870, ambos jamás contemplaron un agravio extrapatrimonial. Los artículos 1464 y 1465 de éste cuerpo normativo dicen:

ARTICULO 1464.-- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

ARTICULO 1465.-- Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiese haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.

Como ya se citó con antelación ( capítulo II ), las legislaciones extranjeras, a diferencia de la nuestra, asimilan daños y perjuicios como sinónimos y lucro cesante le llaman a la pérdida de una ganancia lícita que se deja de percibir por el incumplimiento de una obligación.

Como se observa de los citados artículos, únicamente se refieren al daño patrimonial, pero en ningún modo al daño extrapatrimonial.

#### Código Civil de 1928. (29)

Con respecto a este ordenamiento, en materia de daño moral, es necesario distinguir dos etapas como sigue:

1.- Primera etapa, periodo comprendido del día en que entró en vigor ( 10. de octubre de 1932 ), hasta la reforma efectuada al artículo 1916 en fecha 28 de diciembre de 1982.

2.- Segunda etapa, que se inicia a partir de la reforma de 1982 al artículo 1916 del Código Civil vigente.

En la primera etapa, por primera vez en la legislación Civil Mexicana, aparece un artículo generico que regula la reparación del daño moral, el artículo 1916 que expresaba:

....." Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito

(delito) o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en éste artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928 ".

Sobre el particular, resulta importante señalar:

a).- Que la legislación civil, admite por vez primera la reparación moral en una forma genérica y condicionada.

b).- La reparación ordenada a título de indemnización moral no es autónoma, sino que se encuentra supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de un daño material puesto que si este no existe, no podrá existir una moral.

c).- El monto de la indemnización fijada por el juez, se limitará a las dos terceras partes de lo que se condene por daño patrimonial como máximo.

De éstas tres observaciones sólo la primera parece ser positiva, puesto que las otras dos están supeditadas a la existencia de un daño patrimonial y al monto de este, para que pueda darse la reparación moral.

La doctrina tiende, al querer relacionar primero, y después supeditar los agravios morales, con los patrimoniales, puesto que son diversas figuras jurídicas que no sólo no se tocan, sino por el contrario se distinguen perfectamente.

Las observaciones de los dos incisos finales del precepto en cita, son desafortunadas, ya que la supeditación de la existencia del daño moral a la del patrimonial es infundada, y por esto no bastará que el monto de la indemnización se limite a las dos terceras partes de lo que importe la responsabilidad civil. Si no se puede decir que los derechos de la personalidad tienen un precio, más erróneo es decir que la indemnización ordenada a título de reparación moral deberá tener un límite que no excederá de un porcentaje directamente relacionado con lo que se condene por daño material.

La segunda etapa, referente a la reforma del artículo 1916 del Código Civil de fecha 20 de diciembre de 1982, establece:

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

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable de el, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928 ambas disposiciones del presente código.

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

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y el alcance de la misma, a través de los medios informativos. El juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Es así como por vez primera nuestro derecho concibe la reparación del daño moral, de una manera autónoma, de cualquier otro tipo de responsabilidad civil o penal, que no sea derivada del daño inmaterial. Actualmente no importa si existe o no la condena por responsabilidad penal derivada de un daño a bienes materiales, para poder ejercitar la acción de reparación moral.

Como ya dije en la primera etapa, el principal acierto a la reforma del artículo citado en diciembre de 1982, es el dar la definición de lo que es daño moral, que bienes tutela, quien o quienes son responsables civilmente de un agravio extrapatri-monial, quienes pueden demandar la indemnización, como se estableció el monto de la misma y qué criterio tiene que utilizar el órgano jurisdiccional para fijarla.

Lo anterior constituye la nueva regulación que da nuestra ley civil al daño moral, aunque desafortunadamente la publicación del Código Penal de 1931, en su artículo segundo transitorio, abrogó todas las leyes que se opongan a este, y puesto que también regula al daño moral en su título segundo capítulo quinto referente a la sanción pecuniaria, en donde establece que la reparación del daño que deba hacer el responsable de un delito, tiene el carácter de pena pública, de lo cual ya hable con anterioridad (supras 49 y 59).

## 52.- ALCANCES DEL PRECEPTO LEGAL.

No obstante la prohibición que efectúa el Código Penal considero que el precepto civil 1916, no sólo no se opone a los preceptos legales 29 y 34 de la legislación criminal, sino por el contrario, es complementario de los mismos, puesto que a falta de definición concreta en estos, es legal y válidamente aplicable el concepto contenido en el artículo civil en cita, por lo cual puedo afirmar que los alcances de éste son: (30)

1.- El de definir correcta y legalmente que es el daño moral, en su primer párrafo, que bienes tutela, y que personas pueden ser sujeto pasivo del mismo, temas estos de los que ya se habló.

2.- De su párrafo segundo, se desprende la autonomía del agravio extrapatrimonial el cual consiste básicamente en lo siguiente:

a).- La responsabilidad civil proveniente de un daño moral no se encuentra ni relacionada ni supeditada a la existencia de otro tipo de responsabilidades civil o penal, diferente a la causada por un menoscabo extrapatrimonial.

b).- Se deroga absolutamente la condición desafortunada según la cual para que exista un daño moral, es necesario la presencia de un daño patrimonial.

c).- La Nación en los términos del artículo 1928 de la ley civil puede ser sujeto activo de la relación jurídica nacida del daño moral de manera directa y como responsable subsidiario de sus funcionarios, por vez primera en nuestro derecho.

d).- Existe también por vez primera la obligación de reparar moralmente, para quien haya incurrido en responsabilidad objetiva, en esta situación la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvía en sentido negativo como se ve en la siguiente ejecutoria:

**RESPONSABILIDAD OBJETIVA.**- No implica la reparación moral.- la responsable no tiene razón al juzgar que para los efectos del artículo 1916 del Código Civil, es ilícito todo acto que causa daño, pues si así fuera quedaría sin objeto el artículo 1913 del propio Código en cuanto dice que quien hace uso de objetos peligrosos está obligado a responder del daño que causa " aunque no obra ilícitamente ". Ahora bien, este artículo 1913 sólo regula situaciones en que el daño no resulte

de un acto ilícito, pues cuando la acción causal de la damnificación si es ilícita, cobra aplicación el artículo 1910 del propio ordenamiento.

De acuerdo con el criterio que imperaba antes de la reforma al artículo 1916 del Código Civil, no se podía demandar el daño moral causado a los damnificados, como era por ejemplo la aflicción por la pérdida de los seres queridos, la lesión de los sentimientos y afectos, etc.

Con lo anterior se confirma que estamos ante una figura autónoma, pues al analizar la evolución que ha tenido la figura del daño moral en nuestra legislación, los daños extrapatrimoniales han experimentado un tránsito que va desde no mencionarlos, pasando por supeditarlos a la existencia del daño patrimonial, hasta actualmente presentar una novedad que otras legislaciones civiles extranjeras como estatales no han adoptado.

3.- El párrafo tercero referente a la reparación, este no ofrece problema alguno como sucede en otras legislaciones, ya que en nuestro Derecho no existen problemas terminológicos para denominar la reparación, como sucede con algunos autores que tratan de diferenciar los vocablos reparación, resarcimiento, indemnización y los que ya hablé también en el capítulo quinto de este trabajo.

En este orden de ideas puedo aceptar y decir sin vacilar que la reparación que ordena nuestro derecho, es una reparación por equivalencia, la cual se cumple entregando una suma de dinero a título de indemnización con un fin satisfactorio por el agravio inmaterial sufrido.

Por tanto del texto legal anotado se desprende:

a).- En nuestro derecho la reparación moral siempre se resarcirá con la entrega de una suma de dinero. Con excepción del daño moral agravado o calificado que significa a que con independencia de la indemnización que se pague al agraviado, si este quiere puede demandar que la sentencia que contiene la retractación de lo hecho o dicho en los casos del honor, reputación, decore o consideración de ella, se le de publicidad por los mismos medios que utilizó el sujeto para cometer el delito.

b).- En ningún momento la entrega de una suma de dinero al agraviado implica que se valore o ponga precio a bienes de naturaleza extrapatrimonial, valores que como ya dije no pueden ser objetos de apreciación pecuniaria y que son los derechos de la personalidad tutelados por el daño moral.

c).- En materia del agravio moral, la regla general es que ninguna reparación podrá borrar el daño causado por ser esto imposible. El ataque al honor que sufre una persona no



será reparado con el pago de una suma de dinero, toda vez que dicho perjuicio permanecerá en él, ante su familia y ante la sociedad y el hecho de que se entregue una indemnización no implica que desapareció el agravio, ni que vuelven las cosas al estado que guardaban antes del evento dañoso.

Es por eso que la reparación moral es "equivalente" y se da cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño, pero se trató de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía. La compensación opera normalmente entregando una suma de dinero por ser el medio más aceptado para reparar un daño y a la vez por ser el más idóneo. Esta reparación por equivalente es monetaria única y exclusivamente, no puede existir la reparación como en ciertos casos del daño patrimonial, donde se entrega un objeto similar al dañado, puesto que además de ser esto imposible tratándose de bienes inmateriales, nuestra ley indica tajantemente acerca del daño moral que la indemnización que se otorga debe ser en dinero.

La reparación moral es satisfactoria, en razón de no admitir sobre los bienes que tutela una evaluación en dinero ni perfecta ni aproximadamente por ser de naturaleza inmaterial.

Es por eso que en nuestro derecho, el pago de una suma de dinero al agraviado cumple una función de satisfacción por el daño sufrido por la lesión de sus afecciones y sentimientos etc.

En ningún momento se comercia con esos bienes morales, ni con la entrega de metálico se atenúa y desaparece el dolor moral sufrido, sino que el último fin de la reparación moral es otorgar dicha indemnización pecuniaria como satisfacción por la lesión que sufrió la persona en sus derechos de la personalidad a consecuencia del acto delictivo.

Aquí es donde se refutan las teorías que niegan la reparación del daño moral, por la injusta y antiética acción de poner precio al honor, sentimientos, el decoro etc. La objeción a dichas posturas es clara en virtud de que si se atiende el fin último de la reparación moral, este es satisfactorio y queda sin materia la controversia planteada por la corriente citada, dado que únicamente conduce a hacer irresponsable al que incurre en un daño moral.

4.- Por lo que hace al párrafo cuarto del artículo en estudio, cabe anotar que reserva y faculta discrecionalmente al juzgador para resolver con arreglo a los preceptos legales si se puede condenar a una persona a pagar una suma de dinero a título de reparación y no determina ni mínimos ni máximos para regular la suma que se entregará al afectado; el juzgador atendiendo las

particularidades de la controversia resolverá que cantidad de dinero será cubierta por concepto de indemnización inmaterial.

Sobre el particular es menester hacer la aclaración que el artículo en comento tampoco se opone o contrapone a lo establecido por el artículo 52 del Código Penal que versa sobre los requisitos o circunstancias que deberá tomar en cuenta el juzgador al imponer la sanción que corresponda al delincuente, tomando conocimiento directo de éste y de la víctima, así como de los hechos en la medida requerida para cada caso.

CONCLUSION.- De lo narrado queda explicado lo que nuestra legislación civil establece sobre lo que es el daño moral independientemente de que la ley penal lo determine como pena, considero que lo sustentado por el primer ordenamiento, es el correcto puesto que define perfectamente la figura jurídica del daño en general, en especial el moral, los bienes que tutela, y los alcances del precepto 1916 que no son contrarios a la ley criminal y por el contrario son complementarios y supletorios de este.

### 53.- DISCUSION.

Es evidente que en este debate, como en casi todos los que suele plantear la interpretación de la ley, la causa real de la divergencia no es la aparente « lo que establece propiamente la ley », sino otra mucho más honda y que generalmente queda oculta, para los demás, para sí mismo. Es una divergencia sobre la tarea misma del interprete, sobre el sentido, el alcance y los límites de la interpretación legal.

Hay por un lado el tipo de jurista que no identifica la voluntad de la ley con sus propias aspiraciones teóricas, de suerte que cuando el conflicto se plantea entre ambas, se decide por la voluntad de la ley tal como ha sido expresada. No se limita por cierto a la interpretación histórica de la misma, sino que acepta de buen grado como incluida en una tarea específica, la posibilidad de desarrollar el pensamiento o la solución legal mucho más allá de lo que conscientemente tuvieron en vista los legisladores que intervinieron en la formación de la ley; y se detiene ante lo que constituiría una suplantación del pensamiento o de esta solución por sus aspiraciones particulares, así tengan estas el prestigio de una amplia aceptación en la doctrina y en el derecho comparado.

Esta interpretación en suma, procura conocer la " voluntad de la ley ", no la llamada " voluntad del

legislador ", entendida aquélla expresión sólo de manera figurada; esto es, como " aquél significado que permite ubicar un precepto legal en el conjunto de todas las disposiciones que forman el orden jurídico con relación orgánica y lógica". La ley se toma por el intérprete como un conjunto objetivo y cercado de preceptos con vida propia e independiente de las personas que ocasionalmente intervinieron en su función, por esto, como dice RADBRUCHE, el intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor; es más, tiene que ser más inteligente que su autor ". (31)

Existe el otro tipo de jurista que siempre, o bien en algunas materias, se empeña por introducir en la ley la solución que considera más progresista, aun ejerciendo excesiva presión sobre los textos legales. En materia de responsabilidad, parece que la solución más progresista debe ser la que la amplie o extienda, no la que la reduzca o la limite, para llegar a este resultado, a veces se hace argumento exclusivo o primordial del contenido literal de la ley, otras veces, al contrario prescinde simplemente del explícito texto de la ley e invoca elementos discutibles y confusos con las mejores intenciones; este intérprete altera o deforma la ley para hacerla servir a sus convicciones:

Como ejemplo de lo anterior fue la polémica que se suscitó en nuestro país por la reforma al artículo 1916 del Código Civil del D. F., se encontraba en vías de aprobación legislativa y ya los medios de comunicación social nacionales manifestaban su inconformidad y disgusto con la reforma del citado precepto legal, aduciendo que tal y como estaba redactado el proyecto cualquier publicación periodística podría configurar un daño moral y en suma que el reformado artículo constituía un ataque a la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Tal fue la presión del mal llamado cuarto poder, más por desconocimiento de la figura del daño moral y su reparación, que por los verdaderos alcances jurídicos de la reforma, por lo que se tuvo que crear y adicionar el artículo 19 bis del ordenamiento referido cuyo contenido no es sino una repetición de lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República que a la letra dicen: (32)

ARTICULO 6.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

ARTICULO 7.- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza

a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tienen mas límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, papeleros operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos. (33)

Por su parte el artículo 1916 bis del código civil establece: No estará obligado a la reparación del daño moral, quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos sexto y séptimo de La Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, deberá acreditar la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

De la interpretación del primer párrafo del artículo 1916 bis, encontramos más que un artículo propio de un código civil, una orientación y reenvío legislativo en forma de recomendación de este a nuestra Carta Magna, puesto que con o sin la existencia de este precepto secundario, quien ejerza su libertad de expresión en los términos de los artículos constitucionales, no incurre en ninguna responsabilidad Civil o Penal: esto es, el artículo bis citado establece que no podrá ser condenado por daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, pero todo esto lo aglutina el principio Constitucional de libertad de expresión, con sus términos y limitaciones: a contrario sensu afirmaré que estarán obligados a reparar moralmente quienes ejercen sus derechos de opinión, crítica etc., cuando se realicen fuera de los términos de los artículos de la Carta Magna enunciados.

En un principio se penso que el artículo bis en cita representaba impunidad para la prensa en lo referente al daño moral, pero no fué así, ya que este artículo en su vacío encierra un caso de interpretación jurídica es decir, se legisó lo mismo pero con otras palabras, pero el objetivo político fué cubierto y los medios de comunicación social nacionales quedaron tranquilos y en nuestro Código Civil se creó un artículo más.

El segundo párrafo del artículo bis en estudio se refiere a la prueba del daño moral, en lo relativo a la ilicitud de la conducta y la realidad del ataque, jamás lo anterior debe confundirse y mezclarse con los supuestos

juridicos que tanto la jurisprudencia nacional y extranjera resaltan como elementos constitutivos para la procedencia de la condena por daño moral, la primera se refiere a una conducta violatoria de la ley al que falte al cumplimiento de una obligación ( conducta ilícita ); por ejemplo, la obligación que todo ser tiene de ser respetado en la sociedad y la segunda se refiere a que esa conducta en su ejecución no sea imaginaria ni presuncional.

Tampoco deben confundirse los dos supuestos juridicos anotados anteriormente, con el carácter objetivo de la prueba del daño moral, ni con la responsabilidad directa o indirecta del sujeto activo.

El comentado artículo 1916 bis tiene las siguientes características históricas y jurídicas en su creación y promulgación:

a).- Si los medios de comunicación no hubieran protestado por la insistencia del nuevo artículo 1916 del ordenamiento civil, nunca hubiera existido el movimiento legislativo para crear el artículo bis en comento.

b).- La adición del artículo citado fué un mero acto político de conveniencia para cubrir cualquier enfrentamiento con los medios de comunicación social, mal llamados el cuarto poder, siendo esa adición de consecuencias jurídicas negativas para la institución del daño moral en nuestro derecho.

c).- El artículo bis es repetitivo de lo dispuesto en la Constitución General de la República en materia de libertad de expresión y sus especies como es, el derecho a la información además que no añade nada nuevo en este punto en materia de daños morales, puesto que cualquier persona que por un medio de comunicación social produzca información que conculque los artículos 6 y 7 Constitucionales con la independencia de las responsabilidades penales en que incurra dicho transgresor, será responsable civilmente por los daños y perjuicios que se causen en el orden patrimonial, así como el menoscabo o daño moral que dicha conducta ilícita provoque.

d).- De manera genérica y confusa, lo cual demostró por parte de los creadores del artículo bis un desconocimiento integral de la figura del daño moral, pues afirman que los elementos de procedencia de la acción de reparación moral son la ilicitud de la conducta y existencia de daño, afirmación que es inexacta por ser general y totalitaria.

Es de explorado Derecho que en materia de daños y perjuicios tiene que acreditarse la Relación de Causalidad entre el agente dañoso o sujeto activo y el sujeto agraviado o pasivo, tiene que demostrarse la conducta ilícita, asimismo la certeza y existencia del daño causado.

Así vemos que el artículo 1916 de la Ley Civil, se adicionó con el multicitado precepto bis, con todos los defectos señalados anteriormente y de manera insuficiente establece algo que de manera general dentro de la teoría del daño moral se encuentra perfectamente establecido.

También se anota que es insuficiente y contradictorio el segundo párrafo del artículo 1916 bis, ya que si bien son ciertos de manera general los elementos que deben acreditarse para la procedencia de la acción de reparación extrapatrimonial como son la conducta ilícita y la existencia del daño, también debe tomarse en cuenta la responsabilidad objetiva que da origen a un daño moral, donde aunque se obre lícitamente, existe responsabilidad civil.

En la responsabilidad objetiva, aun existiendo una conducta lícita, existe la obligación de reparar; por lo tanto, en la aprobación y promulgación del apurado artículo de estudio se debió precisar lo anterior y no entrar en contradicción con el artículo 1916, ya que por una parte se observa de la interpretación genérica del segundo párrafo del artículo bis que exige la existencia de una conducta ilícita y al carecer de ella jamás podría demandarse el daño moral por responsabilidad objetiva, principio que resultaría absurdo y retrograda en relación con la figura y estructura del artículo 1916.

Desde esta óptica judicial jamás en nuestro derecho existirá daño moral o responsabilidad objetiva, ya que no se configurará la conducta ilícita, lo cual no es aceptable por lo siguiente:

1.- El artículo 1916 del Código Civil establece de manera específica que tendrá obligación de reparar el daño moral quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913 del mismo ordenamiento.

2.- El artículo 1916 bis establece de manera genérica que quien demande la reparación de daño moral en responsabilidad contractual, tendrá que acreditar la ilicitud de la conducta y el daño que directamente se hubiera causado.

3.- La norma especial deroga a la norma general, por tanto son elementos integradores de la acción de responsabilidad moral, la ilicitud de la conducta, la realidad del ataque y la existencia del daño con excepción del caso de la demanda de daño moral por responsabilidad objetiva donde aunque el obrar sea lícito, existe obligación civil de pagar los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados al sujeto pasivo.

**CONCLUSION.-**

En el Derecho Mexicano si existe daño moral por responsabilidad, donde no se requiere como elemento esencial de procedencia de la acción de reparación extrapatrimonial la ilicitud de la conducta, sino que solo se requiere que se compruebe la existencia de la responsabilidad objetiva y la realidad del ataque a cualquiera de los derechos de la personalidad que tutela aquella figura jurídica.

La prueba del daño moral es de carácter objetivo y no requiere ser demostrado su aspecto subjetivo, que seria en todo caso probar de manera precisa la intencionalidad de un dolor psíquico espiritual o físico, lo que por su naturaleza es jurídicamente imposible, en cambio si es posible acreditar ante un tribunal la existencia de un ataque real y verosímil en contra de los bienes que integran el patrimonio moral de una persona.

**54.- MANIFESTACIONES DEL DAÑO MORAL.**

El agravio moral puede tener diversas expresiones concretas según la índole de la acción antijurídica y los valores que afecta. La expresión más común es la que se traduce en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales (vida, integridad física o moral, honor, libertad, etc.), al punto de que a menudo suele identificarse el daño moral con el llamado "precio del dolor" (pecunia doloris).

Pero aunque esta sea la manifestación más típica, no es la única que puede darse en el daño moral pues como sustente (supra 48) lo comentado por nuestros autores RAFAEL ROJINA VILLEGAS Y MANUEL BORJA SORIANO hacen dos clasificaciones concretas como sigue:

En la primera, son los bienes del patrimonio moral afectivo o subjetivo (sentimientos, afectos, creencias, vida privada, configuración y aspectos físicos).

En la segunda, son los bienes del patrimonio social u objetivo (decoro, honor, reputación y la consideración que de la persona tienen los demás).

No se trata en este inciso de hablar de esas clasificaciones sino de todas aquellas que contiene la doctrina en general las cuales se podrían enumerar en la forma siguiente. (34)

a).- Molestias en la seguridad personal, como son las amenazas injustas de daños corporales, de privación de la libertad, de ataques a la vida, de atentados al honor etc., o de perjuicios económicos, contagio culpable de enfermedades de toda índole, mordeduras de un perro o de otro animal especialmente si está hidrofobo.

b).- Molestias en el goce de los bienes, que aunque parece aludir sólomente a los bienes patrimoniales o económicos, no siempre la reparación de este daño constituirá una reparación completa, porque debe advertirse que aun en los delitos contra los bienes, lo lesionado no es propiamente el patrimonio, SINO LA PERSONA EN SU PATRIMONIO.

El sujeto pasivo del delito es siempre la persona, no el patrimonio, de aquí que a veces el perjuicio no se remedia con reparar únicamente las cosas o los bienes menoscabados, sino que es necesario además resarcir a la víctima de las molestias e inquietudes que sufrió en cuanto al goce pacífico de sus bienes: como ejemplo de esto, puede señalarse la violación del domicilio, la sustracción o destrucción de recuerdos de familia, de objetos santuarios que adornan el lugar, o de colecciones científicas, artísticas y literarias, la colocación o aviso de publicidad u otros en los muros de una propiedad.

c).- Ataques a las afecciones legítimas, que son aquéllas que causan dolor a la víctima o a su familia, por los delitos contra la vida, la salud, la honestidad, la humillación causada a la persona o la revelación de un secreto aflicente o deshonesto, el sufrimiento derivado de una injuria o de una calumnia y en general, el ataque a los sentimientos por actos contrarios a la inviolabilidad de la vida privada: o sea, lo que algunos autores llaman " la propia esfera de secretos "; o la " integridad privada "; y en el derecho anglosamericano " derecho de intimidad " (right of privacy).

Muchos otros ejemplos pueden extraerse de los repertorios de jurisprudencia o de los libros de doctrina, pero no es objeto intentar una enumeración abundante, tampoco tiene importancia esforzarse en ubicar cada caso en alguna de las categorías que menciona el artículo 121o del Código civil, pues ya he dicho que no se trata de una clasificación, sino de una enumeración simplemente ejemplificativa y no limitativa en la doctrina, así también es daño moral por ejemplo, el desprestigio o el menoscabo de la reputación, sea individual o colectiva y aunque no puedan encuadrarse en alguna de las situaciones mencionadas por dicho artículo, cualquiera sea la faz de la personalidad moral afectada por el delito, procederá la reparación del daño sufrido.

Esta última condición reduce considerablemente la órbita de la integridad moral protegida por la ley, numerosas intrusiones ilícitas en la vida privada ajena y múltiples ataques a la integridad moral que causan realmente dolor, o



humillación, disgustos u otras molestias íntimas quedan en la ley sin la reparación correspondiente, si los hechos no constituyen específicamente delitos, como ejemplos la publicación de retratos de miembros de la familia deformes o con defectos físicos graves, o de fotografías tomadas en actitudes que aisladamente puedan considerarse ridículas o equívocas, o con ropas ligeras o en trajes de baño, o para propaganda comercial; la revelación innecesaria de que una persona no es hija legítima de otra sino adoptada o reconocida, o que es hija natural o adulterina; la humillación que se ocasiona a un paciente en cuyo examen corporal el médico hace participar a otro hombre que no es médico ni ayudante.

La mayor parte de los casos denunciados son extraídos de la jurisprudencia norteamericana y dieron lugar ahí a la reparación del daño moral.

En todos estos casos y en los demás análogos en que de acuerdo con las circunstancias no pueda calificarse el hecho de injuria o de otro delito, los bienes morales del afectado quedan sin protección alguna, expuestos a las indiscreciones y aún a las perversidades de cualquier indiferente o mal intencionado.

#### 55.- LA DECLARACION DEL DELITO.

Sobre el particular ya he dejado asentado (supra 50) que nuestro máximo tribunal sostiene tesis contradictorias en el sentido de que si el acusado de un delito es condenado a la reparación del daño, también podrá ser demandado en la vía civil a efecto de que cubra el mismo, en caso contrario, si es absuelto, también deberá ser absuelto de la pretensión que se le haga en materia civil.

También dejé asentado (supra 52), los alcances que tiene el artículo 1916 del Código Civil, respecto a que es complementario del artículo 34 y 52 del Código Penal, pero que además es autónomo de lo cual se desprende que no es necesaria para su aplicación la derivación de ninguna otra circunstancia ni civil ni penal.

De ordinario nuestros tribunales al condenar al pago de la reparación del daño, siempre atienden al momento en que el mismo se causó (supra 37) atendiendo al monto o precio que tenía el bien en el momento de ser dañado, y en algunos casos (por ejemplo homicidio) a la tabulación que para el efecto establece la Ley Federal del Trabajo.

Fero independientemente de lo anterior, actualmente en la vida jurídica de nuestro país, ya no es necesario que

previamente un tribunal penal declare la responsabilidad del acusado del delito para que a éste se le pueda demandar por el daño moral que con su acto u omisión halla causado.

En un porcentaje muy bajo, los tribunales penales condenan al delincuente al pago de la reparación del daño moral, puesto que la finalidad primordial de aquéllos es la de determinar la responsabilidad en la comisión del delito para efectos de la aplicación de la pena que consideren más correcta o apropiada, dejando un tanto al margen el estudio de la víctima u ofendidos.

Todas esas cuestiones han sido superadas con el contenido del artículo 1916 del C.C., puesto que si un tribunal penal no condena al delincuente al pago de la reparación del daño moral, independientemente de la pena de prisión que le sea fijada, los afectados al intentar su pretensión por la vía civil pueden reclamar válida y legalmente el cumplimiento de esa obligación.

A la inversa, si un tribunal penal absuelve al acusado de un delito, esto no es impedimento para que el ofendido o víctima y los afectados demanden por la vía civil el pago de la reparación del daño moral si lo hubiere desde luego a consecuencia del delito.

Por tal razón cabe concluir este inciso afirmando que en nuestra legislación, no es necesario la declaración del delito para poder pretender el cobro de la reparación del daño moral en la vía y forma que establece el artículo 1916 del C.C. vigente.

## 56.- DERECHO COMPARADO.

El derecho extranjero muestra una gran variedad tanto en los aspectos fundamentales de esta reparación en cuanto a las modalidades accesorias. (35)

1.- El sistema que puede considerarse el más amplio, es ciertamente el que resulta de la jurisprudencia y doctrina francesa. El daño moral es resarcible en toda clase de delitos y también en el cumplimiento de los contratos, aunque con relación a estos últimos de vez en cuando se pronuncian algunas disposiciones negativas, pero predomina clara y francamente la solución afirmativa, de reparar el daño moral.

También los tribunales franceses se muestran liberales, más bien que moderados, en la aplicación práctica de la doctrina y así no es raro encontrar decisiones excesivas y aún sorprendentes, así tenemos por ejemplo, se ha concedido

indemnización a una dama de sociedad por no poder usar escote en reuniones sociales durante dos meses y medio, o a los padres de niños lesionados en sus sentimientos patrióticos por expresiones proféridas por sus maestros (ambos casos, en LALOU números 153 y 153 ter.); o en casos de negación del estado de una persona, o de su nacionalidad o por la destrucción de cartones de propaganda de un candidato dispuestas por el alcalde o intendente, o en favor de un espectador por haberle asignado un asiento en el teatro de menor importancia a que tenía derecho por su billete y en muchas otras situaciones en que en rigor sólo se daba satisfacción a una exagerada sensibilidad o susceptibilidad de los demandantes.

2.- El sistema que adoptan los países anglosajones como Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica en que queda al criterio del juzgador resolver en cada caso concreto si hubo una lesión en los derechos de la personalidad, para luego resolver también sobre la condena y reparación moral.

En los países citados la reparación moral recibe la denominación particular de "exemplary damages", que como se dijo con anterioridad al igual que muchas de las instituciones privadas de esos países, tiene su origen en la facultad otorgada a los jueces para guiar sus decisiones por los antecedentes judiciales (régimen del Common Law).

Respecto a la determinación judicial en el sentido de que ha existido una conculcación en la esfera de los derechos a la intimidad, de la afecciones legítimas, del honor, etc., cada resolución es particular y concreta. La controversia se inicia con los hechos manifestados por el agraviado y las pruebas que ofrece con el fin de demostrar que existe un agravio de naturaleza extrapatrimonial, además de acreditar su relación jurídica con el sujeto activo y por último la indemnización que pretende a título de reparación moral. No existe por tanto, en este sistema ni remota ni aproximadamente, una regulación específica de los agravios morales, más bien la protección jurídica otorgada a los derechos de la personalidad en general y se decide en cada caso de manera peculiar si existió o no lesión a tales derechos. De la misma forma el poder judicial determina las bases para que opere la reparación, así como para fijar el monto de la indemnización.

3.- Otro sistema, aún más reducido es el italiano, en cuanto a su órbita de aplicación, su Código Civil que establece que la indemnización sólo corresponde en los delitos penales, pero sin distinguir según se haya mediado dolo o simple negligencia, se excluye en los demás actos ilícitos puramente civiles y en los contratos.

Esta solución resulta en la legislación citada de sus disposiciones expresas; la del artículo 2053 que formula el principio general limitativo "El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley", y la del

artículo 185 del Código Penal que dispone: " Todo delito, que haya causado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al culpable a resarcirlo y a las personas que segun las leyes civiles, deban responder por el hecho de aquél ", como no hay otro precepto, al menos que de alguna generalidad establezca la reparación en otra clase de actos, ella queda limitada a los delitos penales, de acuerdo con el principio general de la ley civil.

4.- Un sistema todavía más estricto que el anterior es el del Derecho Suizo. El principio general está formulado por el artículo 28 del Código Civil que establece: "El que ha sufrido un ataque ilícito en sus intereses personales puede demandar del juez que lo haga cesar. Una acción de daños e intereses o pago de una suma de dinero a título de reparación moral, no puede ser intentada sino en los casos previstos por la ley ".

Estos casos son bastante reducidos por ejemplo: Usurpación de nombre ( artículo 29 ); ruptura de compromiso matrimonial ( artículo 93 ); nulidad de matrimonio ( art. 134 ) divorcio ( arts. 151 y 153 ); cohabitación por acto criminal o abuso de confianza o cuando la mujer es menor ( artículo 138 ); homicidio o lesiones y ataque a los intereses personales ( art. 47 y 49 del Código de las Obligaciones ).

No todos los delitos criminales, por tanto dan lugar a la indemnización del daño moral, ya que están excluidos los delitos contra la propiedad o los bienes económicos; tampoco todos los contratos, porque falta la disposición genérica respectiva.

5.- El sistema Alemán tiene como peculiaridad en materia de daños extrapatrimoniales tipificar en que casos expresamente existe un agravio moral. La hipótesis normativa describe perfectamente la conducta que de actualizarse producirá un daño moral. Podría decirse que consigna de manera específica los casos en que existe un daño inmaterial, donde no cabe la analogía y en el propio artículo consigna si tiene relación o dependencia respecto de otra figura del campo civil o penal.

En este sistema, si no se realiza la hipótesis normativa, no existe agravio inmaterial, y el mismo precepto legal determina también la sanción en el caso de su realización. Por tanto el juez se limita a establecer si la conducta prevista en la norma se realizó y como consecuencia imponer la reparación que el mismo precepto legal ordena.

El Código Civil Alemán expresa en su artículo 1300: " Si una mujer sin tacha se entrega a su prometido concurriendo los requisitos del artículo 1298 v subsiguientes, puede exigir que se le indemnice en dinero, en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido por consecuencia de aquélla acción ".

Este derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos, a menos que se halle reconocido contractualmente o deducido en juicio.

También se regula en ese artículo respecto a los ataques corporales y a la salud, a la privación de la libertad, abuso contra la honra de la mujer, excluyendo la reparación moral en la responsabilidad extracontractual.

6.- El sistema del Código Civil de Brasil, no tiene ningún precepto general que consagre el resarcimiento moral. Al legislar sobre la liquidación de las obligaciones resultantes de actos ilícitos, sólo establece reparación por medio de una multa tarifada de acuerdo con la pena criminal correspondiente en la forma siguiente:

- a).- En las lesiones u otras ofensas contra la salud de las personas art. 153B.
- b).- Injurias y calumnias art. 1547.
- c).- Abusos contra la honra de las mujeres art. 1547.
- d).- Crímenes de violencia sexual art. 1549.
- e).- Ataques a la libertad personal art. 1550.

Cuando legisla sobre la pérdida e intereses derivados de la ejecución de las obligaciones, el código solamente toma en consideración el daño patrimonial, lo cual significa que excluye el daño moral.

7.- El código Argentino, al igual que el Código Civil del Perú, admiten el resarcimiento en los actos ilícitos en general pero no en los contratos ( arts. 1148 del Perú y 906, 595 ss. del Argentino ).

Ambos sistemas contemplan la reparación del daño moral al igual que el Italiano, supeditándolo a una causa criminal o penal, o bien condicionando su existencia al daño patrimonial como lo establecía nuestro Código antes de la reforma de 1982 al artículo 1916.

#### LEGISLACION ESTATAL COMPARADA CON EL ARTICULO 1916 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. (36)

##### BAJA CALIFORNIA NORTE.- Artículo 1794 Código Civil:

Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil, lo dispuesto en este

artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el Artículo 1806.

**CAMPECHE.-** Artículo 1811 del Código Civil.

Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto por el artículo 1823.

**ESTADO DE MEXICO.-** Artículo 1745 del Código Civil.

Redactado en los mismos términos que los anteriores con citación en la parte final del artículo 1757.

**GUANAJUATO.-** Artículo 1406.- Código Civil.

Independientemente de los daños y perjuicios, el juez acordará en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Para fijar la indemnización el tribunal tomará en cuenta la naturaleza del hecho dañoso, y la de la legislación moral sufrida por el ofendido apreciará esta según las circunstancias personales de éste. Tales como su educación, sensibilidad, afectos, posición social, vínculos familiares etc. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil.

**JALISCO.-** Artículo 1873 Código Civil.

En los mismos términos que el ordenamiento de Guanajuato pero cambiando la parte final en lo que habla de compensación que no excederá de cincuenta mil pesos.

**MICHOCAN.-** Artículo 1774 Código Civil.

Redactado igual que los ordenamientos de los Estados de Baja California Norte, Campeche y Estado de Mexico, con referencia en su parte final al artículo 1786.

**NEBUO LEON.-** Artículo 1813 Código Civil.

Al igual que el anterior, citando al final su artículo 1825.

**OAYUCA.-** Artículo 1787 Código Civil.

Idéntico a los tres primeros citados con citación en lo referente al Estado parte final artículo 1800.

PUEBLA.- Diversos artículos del Código Civil.

1950.- El daño moral resulta de la violación de los derechos de la personalidad.

1993.- La indemnización por daño moral, a que tengan derecho la víctima o las personas que sufran éste, será regulada por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta la mayor o menor gravedad de las lesiones causadas a la víctima en sus derechos de la personalidad.

1994.- Si la lesión recae sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión a la víctima, que no lo imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el juez fijará el importe de la indemnización del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, la duración de su visibilidad en su caso, así como la edad y las condiciones de la persona.

1995. La indemnización por daño moral es independiente de la económica, se decretará aun cuando esta no exista, siempre que se cause aquel daño y no excederá del importe de un mil días de salario mínimo general.

2002.- Para fijar el valor y el deterioro de un bien, además de lo dispuesto en el artículo anterior, se aplicaran las siguientes disposiciones:

I.- No se tomará en consideración la estimación o afecto del dueño de ese bien por el mismo;

II.- Si se causa daño moral, sin intención de causarlo se reparará este conforme lo dispuesto en el artículo 1973;

III.- Si se prueba que el responsable destruyó o deterioró el bien con el objeto de lastimar la afección del dueño, podrá el juez aumentar hasta un veinticinco por ciento el monto de la reparación fijada, conforme a las dos fracciones anteriores de este artículo y al 2001.

Como se observa de la redacción de las legislaciones estatales citadas, en su gran mayoría son repeticiones literales de lo que estipulaba el artículo 1910 del Código Civil del D. F., antes de la reforma del 28 de diciembre de 1983, aunque el caso de la legislación de Puebla, aunque está redactado en diversa forma está condicionado a ciertas circunstancias y al monto del mismo que no podrá exceder de un mil días de salario mínimo general.

Quise dejar hasta el último la citación de la legislación civil del Estado de Chihuahua, puesto que esta fue reformada con fecha cuatro de febrero de 1983, en su artículo

1801, que queda redactado en los mismos términos que el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal y el Federal, siendo así el primer Estado de la República que contempla la figura del daño moral, el concepto legal del mismo, así como la opción de presentar demandas por daño moral independientemente de otras causas penales o civiles, y al igual que en el D. F. poder demandar al Estado y sus funcionarios.

#### BIBLIOGRAFIA.

- 1.- LUGI ORI y OFESTANO, RICARDO. Sinopsis de Derecho Romano, ediciones y publicaciones Españolas, Madrid, -1964, pág. 210.
- 2.- Idem. Pág. 210.
- 3.- Idem. Pág. 208.
- 4.- Idem. Pág. 208.
- 5.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. Pág. 20 y ss.
- 6.- Idem. Pág. 7.
- 7.- Idem. Pág. 8.
- 8.- Idem. Pág. 10.
- 9.- CODIGOS CIVIL Y PENAL DEL D. F. Y FEDERAL.
- 10.- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 19a. edición, Espasa Calpe; Madrid, 1970, pag.1193
- 11.- Idem. Pág. 31.
- 12.- Idem. Pág. 377.
- 13.- Idem. Pág. 424.
- 14.- Idem. Pág. 717.
- 15.- Idem. Pág. 1136.
- 16.- Idem. Pág. 1967.
- 17.- BORDA VILLEGOS, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 139.
- 18.- BORDA SORIANO, HANUEL. Teoría de las obligaciones, séptima edición, tomo II, editorial Porrúa S. A. México, 1974, pag. 427.
- 19.- BORDA VILLEGOS, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 135.
- 20.- BORDA SORIANO, HANUEL. Op. Cit. Pág.428.
- 21.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 222
- 22.- Idem. Pág. 223
- 23.- Idem. Pág. 225 y ss.
- 24.- Idem. Pág. 228.
- 25.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN.
- 26.- BATIZO, ROBERTO. Las fuentes del código civil de 1928, editorial Porrúa S. A., México, 1974, págs. 730 y ss.



- 27.- BOGIA SORIANO, HAUUEL. Op. Cit. Pág. 427.
- 28.- BÓLIZA, RODOLFO. Op. Cit.
- 29.- CÓDIGO CIVIL DEL D.F. Y FEDERAL.
- 30.- CÓDIGO CIVIL Y PENAL DEL D.F. Y FEDERAL.
- 31.- ORGÁZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 238 y ss.
- 32.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. Pág. 03 y ss.
- 33.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- 34.- ORGÁZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 242 y ss.
- 35.- Idem. Pág. 251 y ss.
- 36.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. Pág. 115 y ss.

## CAPITULO VIII.

## CONDICIONES DEL DAÑO MORAL RESARCIBLE.

## 57.- GENERALIDADES.

La reparación del daño moral requiere algunas condiciones. Ellas son las mismas que señala a propósito del resarcimiento del daño patrimonial (supra 13), si bien adquieren aquí, un sentido particular en consideración a la diversa naturaleza de este daño.

Ahora bien, los aspectos más importantes en los que interviene el juzgador al apreciar la figura del daño moral son por un lado, probar el mismo, y por otro determinar el monto de la indemnización.

De aquí surge una gran interrogante cuando sabemos que estamos ante bienes de naturaleza inmaterial, los cuales no son susceptibles de valoración pecuniaria, por tanto, al relacionar su demostración con la condena, nos encontramos ante un puente que no une sino que separa: ¿Cómo es posible condenar a una persona a algo que no ha sido probado? ¿Cómo puede afirmarse que existe un daño sobre un bien intangible? ¿Cómo valorar la magnitud y gravedad del daño, si la naturaleza extrapatrimonial del bien lesionado no lo permite?

El verdadero problema radica en que la prueba del daño moral no es subjetiva, sino que tiene que acreditarse su existencia de una manera objetiva. A primera vista se piensa o cree imposible demostrar de una manera directa que una persona ha sido afectada en su honor, sentimientos, creencias etc., porque no sabemos con certeza si el delito le causó un dolor moral.

La demostración de la existencia del daño moral es objetiva y resulta de la violación de alguno de los bienes que tutela el derecho sobre agravio extrapatrimonial, realizados por una conducta delictiva. En ningún momento se podría hablar de prueba subjetiva, porque nos encontramos ante lo que se podría llamar lo eterno de la prueba del daño moral. (1)

El problema se plantea cuando nos preguntamos en que forma se probó la existencia del daño moral que sufrió una persona.

El error de consideración teórica, es afirmar que para acreditar la existencia de un agravio moral, tenemos que conocer desde el punto de vista subjetivo la efectiva existencia y extensión del daño causado, ya que lo anterior nos conduce desde el planteamiento de la controversia, a una conclusión infundada y a no resolver el problema planteado.

El inconveniente de probar la existencia del daño moral, desde el aspecto subjetivo, sería que ninguna de las partes que integran la relación jurídica extrapatrimonial estaría conforme con la afirmación de que un bien moral está o no verdaderamente conculcado y más saber la gravedad del daño.

La primera pregunta que hacen los juristas es: ¿cómo probaste tu que verdaderamente un sujeto sufrió una afectación en sus sentimientos? Si se analiza lo anterior con el matiz subjetivo, llegaremos inmediatamente al desacuerdo y será imposible resolver la existencia del daño moral. ¿Por qué? Porque al producirse la conculcación de cada uno de los bienes que tutela el daño moral nacieron en ese momento tantos criterios subjetivos sobre la actualid y certeza del daño, como los individuos que la expresan.

Algunas se identificarán sustancialmente y otras tendrán puntos irreconciliables; si determinada persona dice que su honor fue atacado y presenta su reclamación ante el órgano jurisdiccional, se notifica al sujeto activo, sirviendo la posición subjetiva, el concepto de honor del demandante será diferente al del demandado y del juzgador. Si seguimos la cadena resultarán las mismas contradicciones ya que en escena procesal por ejemplo, los testigos ofrecidos también tendrán su peculiar idea de lo que es el honor y así al fin de la controversia. ¿A qué idea del honor se referirá el juzgador en su sentencia? ¿A la de las partes o a la de los terceros? ¿Y aun estando sobre cosa juzgada sobre un caso de daño moral, se preguntaría uno si verdaderamente se dictó tal resolución definitiva con justicia y equidad, o si es producto de apreciación subjetiva que puede convertirse.

De la misma forma se dice: el honor dentro de las clases sociales es diferente, en algunos casos puede existir una similitud de conceptos, pero es difícil encontrar un criterio que una a todos. Consideremos el caso de una persona que ha sufrido un daño moral, por lesión a su figura estética por negligencia de un médico; en éste caso, de una operación en el rostro del futuro agraviado, resulta una deformación, lo cual puede analizarse en el aspecto objetivo y determinar si el médico está obligado a reparar moralmente. Si seguimos el criterio subjetivo, el médico podría excepcionarse, preguntando en que consiste "lo feo que le causa dolor moral, podría haber quedado peor"; de igual forma, las personas que son objeto de burla o escarnio cuando el agente dañoso lleva consigo el ánimo de lesionar sus derechos de la personalidad (en este ejemplo la consideración que de la persona tienen los demás), se puede

excepcionar el sujeto activo diciendo que tales manifestaciones son muestras de cariño y no de desprecio.

Però en fin, siguiendo la posición subjetiva en materia de prueba de la existencia del daño moral, tendríamos la imposibilidad casi absoluta de ordenar la reparación moral. Sería el principio de un problema sin fin. (2)

Por otra parte el jurista ADRIANO DE CUPIS, al hablar de prueba en el daño patrimonial, considera que se debe tomar en cuenta en siguiente razonamiento: (3)

"La inestabilidad pecuniaria ha sido verdaderamente la razón que con más fuerza ha obstaculizado la tutela jurídica de los intereses referente a bienes no patrimoniales".

La valorización equitativa del daño moral encuentra su aplicación por falta de prueba; tanto por imposibilidad objetiva de poderla obtener exacta o completa, como por insuficiencia del procedimiento probatorio. Ahora debemos añadir, en cuanto se refiere al daño no patrimonial, que la falta de la prueba deriva siempre de su imposibilidad subjetiva.

"La prueba de la identidad cuantitativa del daño impone la prueba de la medida pecuniaria del objeto del daño, o sea, el interés afectado, lo cual es irreconciliable con la naturaleza del interés no patrimonial; por tanto, mediante la prueba no puede proyectarse en el mundo del conocimiento material una relación (medida pecuniaria) que en su realidad objetiva, repugna a la naturaleza del interés no patrimonial".

El citado autor termina diciendo "que por tanto deberá el juez determinar la gravedad del dolor, relacionándolo con la sensibilidad individual de la persona perjudicada". (4)

Como vemos, la postura subjetiva sólo conduce a la imposibilidad de la reparación moral, por ausencia de prueba, ya que son tesis superadas precisamente aquellas que tratan de valorar económicamente los bienes morales y contemplar su conculcación de manera subjetiva, pues tales teorías no admiten esta postura.

La exposición de motivos del decreto que reformó el artículo 1916 del Código Civil del D. L. vigente como el propio precepto legal recogen las posturas más modernas sobre la prueba de la existencia del agravio moral. He aquí algunos párrafos de dicha exposición, que confirma en principio el rechazo absoluto a la prueba subjetiva, admiten plenamente la valoración objetiva del agravio extrapatrimonial: (5)

"Por tal razón se estima plausible que en el primer párrafo del artículo en cita se enumere la hipótesis del daño moral con el fin de darle al órgano jurisdiccional pautas

objetivas para determinar la existencia del agravio de los derechos inmateriales de la personalidad ".

" Es cierto que se menciona que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por el ataque a las afecciones íntimas, a la honra y a la reputación, así como al sentimiento de inferioridad que provoca una desfiguración o detrimento del aspecto físico ".

" Pero la dificultad de acreditar el menoscabo de los atributos de la personalidad de contenido moral y de proyección esencial en la convivencia, así como la dificultad de una determinación exacta del detrimento sufrido, no puede significar que se dejen sin compensación tales afecciones ".

" Por ello resulta necesario establecer que se entiende por daño moral, a fin de que la víctima únicamente deba acreditar la realidad del ataque; y así el juez no tiene por que confrontar la intensidad del dolor sufrido en orden a que el propio dispositivo establece la categoría de los atributos de la personalidad, dignos de protección ".

Es así como nuestro código se une a las corrientes francesa y argentina sobre la prueba de la existencia del daño moral las cuales dejan los requisitos en la siguiente forma: (6)

A).- Que haya una relación de causalidad entre el daño y el delito.

B).- Que el daño sea " cierto ".

C).- Que sea " personal " del accionante .

D).- Que quien lo invoca pueda ser considerado como un " damnificado " en sentido jurídico.

Teniendo en cuenta lo que expuse a propósito del daño patrimonial, aquí solo agregaré las variaciones que cada uno de estos requisitos exige relativamente al daño moral.

## 58.- RELACION DE CAUSALIDAD.

La necesidad de una Relación de Causalidad entre el delito y el daño moral de que se queja el damnificado, debe mencionarse también aquí entre los requisitos legales: el responsable no puede estar obligado a resarcir más que las consecuencias no patrimoniales que él ha causado con su acto, y no las demás que se hayan derivado fortuitamente, aunque sea con ocasión de dicho acto.

Así la persona víctima de una difamación podrá invocar como daño resarcible por ejemplo, la humillación sufrida a raíz de una sanción que se le impuso en el seno del cuerpo o entidad a que pertenece ( organismo administrativo, colegio profesional, club deportivo o social, etc. ), si esta sanción puede considerarse consecuencia inmediata, o bien mediata pero previsible de la difamación; o aun causar, si fue tomada en mira por el difamador, no en cambio si era imprevisible como normal y no buscada por el responsable, habiendose producido a raíz del acto delictivo, en conexión con otros factores ajenos al responsable.

De ordinario, especialmente cuando se trata del dolor producido a la víctima por el acto delictivo, esta relación de causalidad aparecerá inmediatamente de las circunstancias mismas y el juez podrá tenerlo por existente sin necesidad de ninguna prueba específica del damnificado. Esto mismo se dijo ya a propósito del daño patrimonial (supra 13), pero cuando se trata de consecuencias que como mediatas se hayan un poco más alejadas del delito o bien de las causales, la prueba de la vinculación causal o de que el responsable las tuvo en mira respectivamente, serán necesarias a los efectos del resarcimiento.

#### 59.- DAÑO CIERTO.

El daño moral debe ser " cierto ", lo mismo que el material ( supra 14 ), pero en éste último, tal requisito significa la obligación de probar por el accionante que había sufrido un daño efectivo; aquí en el moral la certidumbre quiere otra cosa, dada la diferente naturaleza de éste daño, y no se relaciona con ninguna obligación relativa a la prueba.

Cuando quien pretende la reparación del daño moral es una de las personas titulares de la acción, ella no necesita probar en el caso que realmente ha sufrido un agravio como consecuencia del delito criminal, la existencia de este daño se tiene por acreditada por el sólo hecho de la acción antifurdrca y por la titularidad del accionante.

Es una prueba " re ipsa " como suele decirse: esto es, que surge inmediatamente de los hechos mismos; var., el conyuge no necesita probar que ha sufrido dolor por la muerte de la esposa y viceversa.

Por lo mismo, no cabe discutir por el responsable en cada caso la realidad del afecto que invoca el titular de la acción cuando se trata del delito cometido contra el miembro de su familia. Lo único admisible es que a la situación objetiva que presenta el accionante como fundamento de su pretensión

< situación de padre, conyuge, hijo, etc. > que hace presumir la existencia del daño moral, oponga el responsable otra situación objetiva que destruya aquella presunción; por ejemplo, la demencia, o la escasa o avanzada edad del demandante, que excluya de hecho la posibilidad de un sufrimiento como consecuencia del delito cometido contra el pariente, o la circunstancia de haber sido desheredado el accionante por el difunto o si se trata del conyuge la situación del divorcio o estar separado del hecho, si esta separación tiene cierta permanencia.

#### 60.- DAÑO PERSONAL.

El daño moral resarcible debe ser tambien " personal " de quien demanda su reparación, sea persona individual o colectiva, se trate de un daño directo o indirecto. Nadie puede en consecuencia reclamar el daño sufrido por otro, no siendo el caso de representación legal o convencional.

Pero el resarcimiento del daño moral es aun más personal en un segundo sentido que el daño patrimonial; El dolor en general y la lesión a las afecciones legítimas es por propia naturaleza algo inherente a la persona misma del titular. Antes de ejercerse esta situación no tiene carácter patrimonial y por lo mismo nadie puede invocar como propio ese dolor o esa lesión a afecciones íntimas ajenas para pretender una indemnización.

En virtud de ese carácter se reconoce que la acción de reparación del agravio moral, no puede ser cedida a terceros por el titular, ( artículo 1916, párrafo tercero del Código Civil), ni puede ser ejercida por los acreedores mediante la acción subrogatoria desde que tal agravio no tiene ninguna vinculación con el patrimonio, que es lo que constituye la garantía de los acreedores; la reparación ni tiene aquí por objeto, como en el daño patrimonial, restablecer un valor económico destruido o menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sido lesionado en sus afecciones íntimas y esto es cosa enteramente personal.

Tampoco pasa la acción por causa de muerte a los herederos del titular, en el homicidio por ejemplo, los miembros de la familia del muerto solo pueden pretender la reparación del daño moral que personalmente han sufrido y no la del supuesto daño del muerto del cual serian herederos, salvo si la víctima hubiese deducido en vida la acción.

Esta doctrina ya expuesta con respecto al daño patrimonial ( supras 14 y 15 ), es mucho menos discutible en este capítulo de daño moral, puesto que el citado artículo 1916

en efecto establece en relación al 2947, que si se trata de delitos que no hubieran causado sino agravio moral, como puede ser por ejemplo las injurias, la difamación, la calumnia etc., la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales sino cuando hubiese sido entablada en vida por el difunto.

La aplicación de este precepto es por interpretación a los delitos que hayan producido ambas clases de daños, pues la misma razón existe para negar en tales casos la transmisión mortis causa de la acción correspondiente al daño moral: el carácter personalísimo del derecho de reparación.

#### 61.- EL DAMNIFICADO MORAL.

No basta para la indemnización del daño moral, que él sea " cierto y personal ", del accionante y se halle en conexión causal con el delito. Estas condiciones puedan encontrarse en numerosas personas vinculadas efectivamente con la víctima inmediata, novio, amigos íntimos, socios, colegas etc., puede en muchas ocasiones exhibir un dolor real y profundo por la muerte de aquella.

Esta multitud de damnificados sería antitípica para el responsable y excedería manifiestamente los propuestos de justicia que funda la indemnización.

También aquí a semejanza de lo que ocurre sobre el daño patrimonial, la calidad jurídica del damnificado necesita alguna condición más, pero el tema presenta especial dificultad en la mayoría de las legislaciones extranjeras por la ausencia de textos legales siquiera implícitos y por la naturaleza particular del daño que consideramos.

Conviene advertir que ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio moral y el material relativamente a las personas titulares de las respectivas acciones; pues hay por una parte casos en que un tercero no pariente de la víctima tiene derecho a la reparación del daño moral, reservada indirectamente a ciertos parientes, y por otra parte aun contemplando la situación dentro del círculo de los parientes, algunos de ellos sin derecho a reclamar daños morales por no formar parte directa de la víctima, pueden tener derecho a la reparación del daño patrimonial que hayan sufrido indirectamente como alimentarios de ésta última; (hermanos, abuelos, suegros, yernos, nuercas etc.) hay por tanto independencia del problema que nos ocupa con respecto al mismo dentro del perjuicio patrimonial.



¿ Con qué criterio se puede establecer quienes son los titulares de la acción de indemnización ?, la doctrina y la ley nos ofrecen estas posibilidades: (7)

1.- Fundar el derecho simplemente sobre el efectivo vínculo de afecto existente entre el accionante y la víctima del delito; en este caso la acción pertenecerá a cualquier persona, pariente o no, que pueda justificar una lesión real a sus afecciones íntimas como consecuencia del acto delictivo.

Esta solución es la dominante en la doctrina Francesa la cual suele conceder indemnización a toda persona que justifique un vínculo afectivo con la víctima de cierta intensidad; y así por ejemplo, las relaciones de noviazgo, de madrastra, la condición de legatario universal de la víctima aunque sea un extraño.

En esta doctrina se establece y argumenta en su art. 1382, que comprende tanto el perjuicio material como al moral no estableciendo ninguna limitación, y concediendo el resarcimiento a toda persona que haya sido perjudicada por el delito.

2.- Otra solución es la de fundar el resarcimiento, no sobre un elemento individual y subjetivo como el afecto, sino más bien sobre uno objetivo, y de existencia legal como el parentesco.

La acción se da aquí a los parientes de la víctima quienes no necesitan probar la existencia de un dolor o de sus afecciones heridas, esto se presume por su condición de parientes y por la naturaleza del delito, salvo la prueba del responsable de otra situación objetiva que destruya aquella presunción ( divorcio, desheredación, demencia, etc. ).

Esta última solución es la de la generalidad de las legislaciones, si bien ellas divergen según la mayor o menor extensión que reconocen del parentesco a ese fin, así en el caso de homicidio las siguientes doctrinas reconocen: (8)

a).- El Código Suizo de Obligaciones ( artículo 47 ) reconoce acción de reparación a la familiares del muerto.

b).- Los Códigos Civiles Frances e Italiano, reconocen acción de reparación a los parientes, afines y cónyuges.

c).- El Código Civil Polaco ( artículo 166 ) a los miembros más próximos de la familia del difunto.

d).- Los Códigos de Alemania y Brasil, son más estrictos y no otorgan indemnización del daño moral más que a la víctima del delito, excluyendo a todos los demás damnificados.

e).- El Código Civil de Venezuela, también reconoce acción de reparación a los parientes, afines y cónyuges ( artículo 1196 ).

f).- En el Derecho Argentino con algunas restricciones también se reconoce acción de reparación a los familiares de la víctima.

g).- El Derecho Angloamericano también concede indemnización a los familiares del muerto.

## 62.- LA LEGISLACION MEXICANA.

Nuestro Derecho, al igual que la doctrina en general reconoce la acción de reparación moral como un derecho personalísimo, que no puede transmitirse a terceros por acto entre vivos y tal Derecho se extingue con la muerte del titular.

Esta singularidad sufre una excepción cuando la acción de reparación, por disposición de la Ley, pasa a los herederos del agraviado, siempre que está haya intentado la acción en vida.

Pero no debe confundirse lo personalísimo de este Derecho, con el Derecho que se tiene para demandar ante un tribunal el pago de una reparación. Esto es, lo que la ley permite es una continuación de ese Derecho sujeto a proceso en favor de los herederos. En palabras llanas, el Código Civil incorpora el Derecho y proceso por daño moral en el patrimonio de los herederos, siempre y cuando el sujeto agraviado haya intentado la acción en vida.

El titular por herencia de tal Derecho puede acudir a juicio por su propio Derecho o a través de su representante legal puede darse el procedimiento respectivo, la comparecencia de partes formales y partes materiales de manera indistinta y la excepción a la transmisión, repito, tiene como " condicionante " o condición de tipo procesal, que el titular de ese Derecho por sí o por medio de su representante legal haya intentado la acción en vida, de lo contrario no existe forma alguna de transmisión de la acción de reparación a los herederos y cualquier demanda que se presenta ante un tribunal, sin observar esta condicionante, deberá ser declarada improcedente, aunque afectivamente exista el daño y el sujeto agraviado.

Otro aspecto importante que establece nuestra ley, es que la acción para reclamar la reparación moral prescribe en un

lapso de dos años contados a partir del día en que se causó el daño o en que terminó de causarse, y la prueba de la existencia del daño moral es de carácter objetivo debiendo reunir los siguientes requisitos: (9)

a).- Debe probarse la relación de causalidad que vincula al sujeto activo o agente dañoso con el sujeto pasivo o agraviado.

b).- Se debe acreditar la existencia del hecho u omisión delictivo que causaron el daño moral, lesionando uno o varios de los bienes que tutela esta figura legal.

c).- El daño moral desde su aspecto subjetivo, no requiere que deba ser demostrado.

Estos requisitos se establecen en nuestra ley civil y se complementan de las tesis jurisprudenciales nacionales y las doctrinas extranjeras ya expresadas.

A continuación transcribo las tesis jurisprudenciales sostenidas por nuestro máximo tribunal sobre los requisitos del daño moral para que proceda su reparación.

**DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION.** De conformidad con el artículo 1916 y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero consiste en que se demuestre que el daño se ocasionó y el segundo estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de los elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello, así, aunque se acredite que se llevó una conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño o bien si se prueba que se ocasionó el daño, pero que no fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos no se puede tener como generada la obligación resarcitoria, por tanto, no es exacto que después de la reforma del primero de enero de 1983 el artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos ilícitos; por el contrario al entrar en vigor el artículo 1916 bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda. (10)

Esta tesis corrobora plenamente lo enunciado en los puntos " a y b " citados líneas antes.

**DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO.** Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo hacen los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender las afecciones íntimas, al

honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque. (11)

Con ésta tesis se demuestra lo vertido en el inciso " C " descrito con anterioridad.

### 63.- CONCLUSIONES.

De conformidad con el título de esta tesis y su objetivo, así como lo desarrollado en este trabajo, puedo concluir:

PRIMERA.- Por acto ilícito, debe entenderse todo acto o conducta contraria al Derecho objetivo en su totalidad, siendo su origen el hecho jurídico, el cual al clasificarse da nacimiento a aquel.

El acto ilícito al evolucionar o integrarse con otros nuevos requisitos da como resultado el surgimiento de la figura jurídica llamada " Delito ".

Esta figura jurídica se estudio y trató en base a la doctrina, pero además se proporcionó el concepto que da nuestra Ley del él siendo: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, así como la clasificación que del mismo hace nuestro Código Penal en su artículo 7, al señalar que son: Instantáneo, permanente o continuo, y continuado.

Los elementos necesarios para la transformación del acto ilícito a la figura de Delito son: La conducta o acción, la antijuridicidad, la tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad, elementos de los que se habló y estudio clara y ampliamente en su oportunidad conforme a la doctrina y a lo vertido por los autores nacionales.

También dije en el estudio de la Figura jurídica referida, que está como el Derecho Penal, se pueden interpretar, sin que esto viole algún precepto Constitucional, fundado mi opinión en lo sustentado por nuestro máximo tribunal, como por nuestros autores.

Por otra parte, explique ampliamente como se puede clasificar el tipo delictivo, proporcionando las categorías que efectúan nuestros escritores, como la que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual establece que el tipo se divide principalmente en " básico, especial y complementario ", y terminó afirmando que en mi concepto, los delitos contemplados en el Código Penal, son en sí cada uno, un tipo diferente.

Explique también que personas son responsables de la comisión de un delito, en base a las circunstancias y hechos sucedidos, así como la regulación que sobre la responsabilidad penal efectúa el artículo 13 del Código Penal.

SEGUNDA.- Por daño debe entenderse la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una persona por falta del cumplimiento de una obligación.

El daño en la doctrina tiene múltiples y variadas divisiones; como son, el daño presente y futuro; directo o indirecto; cierto y personal, los cuales explique ampliamente en su momento.

Nuestro Derecho por su parte expresamente da la siguiente clasificación.

A).- Daño patrimonial o material, cuya definición es la expresada al inicio de esta conclusión y que se encuentra contenida en el artículo 2108 del Código Civil vigente.

B).- Daño moral.- Por este se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos y la consideración que de ella tienen los demás contemplada en el artículo 1916 del ordenamiento antes invocado.

Por su parte el Derecho Penal contempla al daño y su reparación como una pena pública y lo preceptúa en el artículo 34 de su capítulo referente a la sanción pecuniaria.

Nuestra Ley también menciona los requisitos necesarios para que la reparación del daño sea posible y son:

- a).- Que exista Relación de Causalidad entre el delito y el daño.
- b).- Que el daño sea cierto.
- c).- Que el daño sea personal del accionante.
- d).- Que resulte de la lesión de un derecho o bien protegido por la Ley.

También detallé la evolución que la figura jurídica del daño ha tenido en nuestro Derecho, principalmente en la división correspondiente al daño moral, como lo contemplaban los códigos civiles anteriores al vigente, los artículos respectivos y el contenido de los mismos.

Los preceptos legales actuales o vigentes de la ley civil y la Penal sobre el daño, también quedaron debidamente transcritos y explicados, los alcances de los mismos, y los

atributos y facultades que conceden al juzgador para determinar al mismo.

TERCERA.- De la Relación de Causalidad, se realizó un amplio estudio doctrinal de ella, la cual se define como el enlace que se da entre la acción y el resultado, siendo dicho enlace una relación de " causa a efecto " : o sea, un hacer o un no hacer del agente.

Al hablar de su origen afirma que fue el Derecho Penal quien inicialmente se ocupo de su estudio, pasando con posterioridad al campo del Derecho Civil, aunque ambas ramas lo regulan con mucha similitud, tienen muchas diferencias, las cuales también explique en su oportunidad, proporcionando concepto y definiciones de tratadistas extranjeros y nacionales sobre el particular.

Destaque la confusión existente entre la Causalidad y Culpabilidad, proporcionando la definición de cada una de ellas, así como las diferencias entre ambas, pero además:

La Causalidad tiene por objeto establecer cuando y en que condiciones un resultado cualquiera debe ser imputado a una persona.

La Culpabilidad se propone determinar cuando y en que condiciones un resultado es imputado subjetivamente a su autor.

La primera es de hecho y la segunda de Derecho.

Mencione el concepto filosófico de causa, la cual se define como el conjunto de condiciones " sine que non " para que un ser o acontecer se produzca, diferenciando entre causa y condición, siendo esta última el antecedente que hace posible que aquella actúe.

Por otra parte explique las diversas teorías que sobre la Relación de Causalidad se han pronunciado en la doctrina y que son:

a).- La teoría de la Equivalencia de Condiciones o de la " conditio sine que non " la cual sostiene que la causa de un determinado suceso, es la suma de todas las condiciones necesarias para producirlo, estas condiciones son todas equivalentes, desde que faltando cualquiera de ellas el suceso no se habría producido.

b).- Teoría de la Causa Eficiente, la cual sostiene que "causa" es la que tiene eficacia decisiva sobre el resultado a diferencia de la teoría tradicional de la " conditio sine que non " que considera a todas.

c).- Teoría de la Causa Próxima la cual estima como causa del resultado, la última conducta realizada.

d).- Teoría de la Causa Adecuada, que tiene por objeto destacar el singular relieve que adquiere en el orden jurídico la conducta humana, que además de ser " conditio sine que non " de un resultado, asume relevancia ante la imagen rectora de una figura típica.

También se estudiaron otras teorías, que en su oportunidad explique pero dado que no tuvieron gran aceptación en la doctrina estimó conveniente no incluir su contenido en la conclusión y son: De la Condición más Eficaz; de la Prevalencia o Equilibrio de la Causa decisiva; Y de la Causa Humana.

CUARTA.- Por otra parte al hablar del damnificado o perjudicado, se dijo que es aquélla persona que sufre un daño en su propio interés privado, el cual está tutelado por el Derecho, ya sea ese interés de naturaleza patrimonial o moral.

Definió clara y precisamente que personas tienen esa categoría o calidad para demandar el pago de la reparación, el estudio que se hace de los afectados tanto por parte de la doctrina como por los autores extranjeros y nacionales, así como los preceptos legales de nuestra ley, y el contenido de ellos.

QUINTA.- Por reparación debe entenderse la obligación que se impone al responsable de un hecho ilícito o delictivo, de pagar los daños y perjuicios, que ha ocasionado con su conducta en favor de otra persona que resulta dañada o perjudicada por el acto de aquél.

La Reparación doctrinalmente se divide en dos formas:

En Resarcimiento y en Reintegración en forma Específica.

1.- El Resarcimiento consiste en la entrega de una cantidad de dinero al perjudicado o damnificado, para compensar su interés afectado, siendo esa suma de dinero por "equivalente" del daño sufrido, la cual a su vez se divide en:

a).- Indemnización, que consiste en dejar " indemne " al perjudicado, por reintegrarle pecuniariamente su interés lesionado.

b).- Reparación Pecuniaria, que consiste en el pago de una suma de dinero por el responsable en favor del afectado por el daño que se le cause.

2.- Reintegración en Forma Específica, que consiste en crear una situación materialmente correspondiente a la que tenía antes de producirse el daño.

Esta forma de reparación, puede efectuarse de diversas formas como son:

a).- Por restitución que consiste en la devolución o entrega de la cosa sustraída por el delito, hecha por el responsable en favor del titular del bien, figura jurídica de la que se habló ampliamente en su momento.

b).- La sustitución de la cosa ilícitamente destruida, con otra perteneciente al mismo género.

c).- La reparación de lo ilícitamente destruido.

d).- La eliminación de todo lo ilícitamente hecho.

Tanto de la reparación como de sus formas genericas, explique ampliamente su origen, su evolución en el tiempo, las diferencias entre ellas, su aplicación en nuestro Derecho en general, los preceptos que los contienen en Derecho Civil y en Penal, el contenido de los mismos y sus alcances legales.

También explique las prestaciones accesorias que trae aparejada la figura de la Reparación del daño, la forma como las define la doctrina en general, algunas legislaciones extranjeras, las cuales no contemplan nuestro Derecho para efecto de la Figura jurídica en estudio.

SEXTA.- Por otra parte en un capítulo especial trate las posibles compensaciones que puede tener el perjudicado o damnificado de un delito, estudio que realice tomando como referencia principalmente lo contemplado por las legislaciones Francesa, Italiana y Argentina sobre tales beneficios, que como ya deje asentado nuestro Derecho no las contempla expresamente, pero que en la vida diaria de nuestra sociedad se dan.

Esas compensaciones, repito nuevamente, se dan en nuestra sociedad y consisten en las indemnizaciones que resultan de prestaciones que el ofendido tiene por otros motivos que pueden ser, seguros, jubilaciones, pensiones, indemnizaciones, totalmente ajenas a la obligación que tiene el responsable de resarcir el daño causado con su conducta delictiva.

SEPTIMA.- Sobre de la mayoría de los temas tratados en esta tesis, su estudio se realizó doctrinariamente y comparando nuestro Derecho con algunas doctrinas extranjeras como lo son: La Francesa, la Italiana, la Alemana, la Suiza y la Argentina, proporcionando ejemplos al respecto y comparandolos con los dados por los autores extranjeros y nacionales.

UCTAVA.- Por otra parte; uno de los motivos del objetivo de esta tesis, fue el de establecer en que porcentaje actual se cubre la reparación del daño en los juicios del orden



penal, y al efecto quiero manifestar que acudí a la oficina de estadística del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en donde se me informó que el concepto "reparación del daño" no se incluye en los formatos de control que se manejan sobre expedientes o partidas penales, pues únicamente se anotan los siguientes datos: Nombre del acusado, nombre del ofendido, delito, fecha lugar, número de expediente, resolución dictada o estado procesal en que se encuentra el juicio.

Al acudir a los juzgados ubicados en el centro de readaptación social de Barrientos del municipio de Tlaxiaco, Estado de México, también me encontré con la misma situación ya que en sus controles se lleva casi el mismo sistema y se manejan los mismos datos que en el Distrito Federal.

Pero por encuesta que realice con algunos jueces penales de primera instancia tanto en el Distrito Federal, como en el Estado de México, ellos me manifestaron que casi nunca condenan al pago de la reparación del daño, pues no lo hacen de oficio, y aunque lo solicite el Representante Social, si no se acredita en juicio tal reclamación generalmente dejaron a salvo los derechos de los afectados para que los hagan valer por la vía civil.

Al cuestionar sobre el particular a los agentes del Ministerio Público adscritos a esos juzgados, me argumentaron que siempre solicitan la reparación del daño en los juicios, pero casi nunca aportan pruebas, ni promueven al incidente respectivo, porque los afectados u ofendidos nunca le proporcionan elementos y además porque aquéllos normalmente tienen miedo de que el responsable les cause otro daño mayor al originado inicialmente.

NOVENA.- Por tal razón concluyo el presente trabajo afirmando que no obstante que nuestro derecho regula amplia y perfectamente la figura jurídica de la "REPARACION DEL DAÑO", está generalmente casi nunca se verifica en el campo penal a consecuencia de un delito, por lo que insistí en lo manifestado en la introducción de la presente tesis, acerca de la creación de una institución que se encargue de tramitar la figura jurídica en estudio, en favor del perjudicado u ofendido de un delito, la cual considero debe estar en contacto directo con las autoridades judiciales, recibiendo de ellas las cantidades de dinero que le sean fijadas a los responsables por cualquiera de los beneficios que las leyes les conceden; esto es, por el tipo de libertad concedida (provisional, preparatoria, condicional etc.) así como por la garantía depositada por terceros obligados a la reparación del daño ( fianza, caución etc. ), institución que deberá manejar y administrar esas cantidades en cumplimiento a los mandatos judiciales que se le den.

## BIBLIOGRAFIA.

- 1.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. Pág. 75 y ss.
- 2.- Idem. Pág. 77.
- 3.- DE CUPIS, ADRIANO. Op. Cit. Pág. 365.
- 4.- Idem. Pág. 557 y ss.
- 5.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. Pág. 80.
- 6.- ORGAZ, ALFREDO. Op. Cit. Pág. 257.
- 7.- Idem. Pág. 264.
- 8.- Idem. Pág. 266.
- 9.- OCHOA OLVERA, SALVADOR. Op. Cit. Pág. 104 y 105.
- 10.- QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 245/80. JORGE ALBERTO CERVERA SUAREZ, 18 de Febrero de 1988, unanimidad de votos, ponente EFRÉN OCHOA OCHOA; secretario NOE ADONAI MARTINEZ BERRIO.
- 11.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Amparo directo 8639/86 G.A. y otra, 6 de abril de 1987, unanimidad de cuatro votos, ponente JORGE AUBERA TORO, secretaria HILDA MARTINEZ GONZALEZ, ausente ERNESTO DIAZ INFANTE.

## B I B L I O G R A F I A   G E N E R A L .

- BATIZA, RODOLFO. " Las fuentes del Código Civil de 1928 ", primera edición, editorial Porrúa S. A., México, 1979.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. " Sistema de Derecho Procesal Civil y Penal ", ediciones del primero de Agosto de 1959, tomo I Derecho Procesal Civil y Tomo II Derecho Procesal Penal, editorial jurídica Europa-América, Buenos Aires Argentina, 1971.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. " Derecho Penal Mexicano ", décima octava edición, editorial Porrúa S. A., Mexico, 1988.
- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. " Código Penal Anotado ", tercera edición, editorial Porrúa S. A., México, 1971.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. " Lineamientos Elementales de Derecho Penal ", parte general, decima cuarta edición, editorial Porrúa S. A., México, 1980.
- DE CUPIS, ADRIANO. " El daño ", teoría general de la responsabilidad Civil, traducción de la segunda edición italiana por Bosch casa editorial S. A., Barcelona España, 1975.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. " Introducción al estudio del Derecho ", vigésima sexta edición, editorial Porrúa S. A., México, 1977.
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. " Código Penal Comentado ", novena edición, editorial Porrúa S. A., México, 1983.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. " Derecho de las obligaciones ", séptima edición, editorial Porrúa S. A., México, 1990.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. " Tratado de Derecho Penal ", cuarta edición, tomo III El Delito, editorial Lozada S. A., Buenos Aires Argentina, 1963.
- JIMENEZ HUERIA, MARIANO. " Derecho Penal Mexicano ", primera edición, tomo I, editorial Porrúa S. A., México, 1972.

- LUIGI ARU Y ORESTANO, RICARDO. " Sinópsis de Derecho Romano ", ediciones y publicaciones españolas, Madrid España, 1964.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO. " Derecho Penal Chileno ", curso primero editorial jurídica de Chile, Chile, 1960.
- MAGGIORE, GIUSEPPE. "Diritto penale ", quinta edición, volumen I Derecho penal Bologna 1951-1952, editorial Temis LTDA, Bogotá Colombia, prefacio de SEBASTIAN SOLER, Buenos Aires Argentina, 1953.
- MEZGER, EDMUNDO. " Tratado de Derecho Penal ", segunda edición, tomo I, editorial Madrid, España, 1946.
- OCHOA OLIVERA, SALVADOR. " La demanda por daño moral ", unica edición, publicaciones Mundo Nuevo, México, 1991.
- ORGAZ, ALFREDO. " El daño resarcible ", segunda edición, editorial Bibliográfica, Buenos Aires Argentina, 1960.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. " Manual de Derecho Penal Mexicano ", segunda edición, tomo I parte general, editorial Porrúa S. A., México, 1967.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. " Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal ", décima tercera edición, editorial Porrúa S. A., México, 1990.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. " Compendio de Derecho Civil ", quinta edición, tomo V obligaciones, volumen II, editorial Porrúa S. A. México, 1985.
- VILLALOBOS, IGNACIO. " Derecho Penal Mexicano ", parte general, cuarta edición, editorial Porrúa S. A., México, 1983.

## F U E N T E S     D I R E C T A S .

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 55a. edición, editorial Porrúa S. A., México, 1986.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 50a. edición, editorial Porrúa S. A., México 1992.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. vigésima quinta edición, editorial Porrúa S. A., México, 1978.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 44a. edición, editorial Porrúa S. A., México, 1993.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL vigésima quinta edición, editorial Porrúa S. A., México, 1978.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 86a. edición, editorial Porrúa S. A., México, 1987.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 19a. edición, editorial Porrúa S. A., México, 1970

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, quinta epoca volumen I, ediciones Mayo, México, 1965.

## INDICE.

INTRODUCCION.....	2
-------------------	---

## CAPITULO I.

EL DELITO.....	5
1.- Acto ilícito, concepto general.....	5
2.- Delito, definición y concepto.....	7
3.- Interpretación del delito en el Derecho Penal Mexicano.....	11
4.- Elementos del delito.....	15
5.- Tipos de delito.....	31
6.- Personas responsables de los delitos.....	38

## CAPITULO II.

EL DAÑO.....	51
7.- Concepto y clasificaciones.....	51
8.- El primer elemento de la responsabilidad.....	54
9.- La doble acepción del daño.....	55
10.- El daño patrimonial o material.....	56
11.- El daño presente y futuro.....	58
12.- Daño directo o indirecto.....	60
13.- Los requisitos del daño patrimonial indemnizable.....	61
14.- El daño cierto.....	64
15.- El daño personal.....	66

## CAPITULO III.

LA RELACION DE CAUSALIDAD.....	70
16.- Enunciado general.....	70
17.- Origen de la cuestion.....	77
18.- Causalidad y Culpabilidad.....	83
19.- Concepto filosófico de causa.....	84
20.- Teoría de la Equivalencia de Condiciones.....	88
21.- Teoría de la Causa Próxima.....	93
22.- Teoría de la Causa Eficiente.....	94
23.- Conclusiones.....	98

## CAPITULO IV.

LA CALIDAD JURIDICA DE DAMNIFICADO.....	103
24.- Enunciado del tema.....	103
25.- La doctrina extranjera.....	107
26.- En nuestra ley.....	109
27.- Sintesis.....	112
28.- Conclusiones.....	114

## CAPITULO V.

EXTENSION Y CONTENIDO DE LA REPARACION.....	118
29.- Diversas formas.....	119
30.- Restitución.....	127
31.-Reparación pecuniaria, concepto.....	129

32.- Formas.....	132
33.- La reparación plena.....	134
34.- El límite de la responsabilidad.....	135
35.- Excepciones. responsabilidades no plenas.....	137
36.- No comprende el daño moral.....	140
37.- El momento de la apreciación.....	140
38.- La revisión del daño.....	144
39.- Transacciones.....	151
40.- Los intereses.....	152
41.- Las costas.....	154

#### CAPITULO VI.

COMPENSACION DE BENEFICIOS.....	159
42.- Las formulas jurídicas.....	159
43.- El valor de las formulas.....	160
44.- El concepto de compensación.....	162
45.- Validez intrínseca.....	164
46.- Formas de compensación.....	166
47.- Modalidades.....	170

#### CAPITULO VII.

EL DAÑO MORAL.....	175
--------------------	-----



48.- Concepto y régimen general.....	170
49.- Controversia teórica.....	185
50.- No es una pena.....	189
51.- Los textos legales.....	191
52.- Alcances del precepto general.....	195
53.- Discusión.....	198
54.- Manifestaciones del daño moral.....	203
55.- La declaración del delito.....	205
56.- Derecho comparado.....	206

#### CAPITULO VIII.

#### CONDICIONES DEL DAÑO MORAL RESARCIBLE.....214

57.- Generalidades.....	214
58.- Relación de Causalidad.....	217
59.- Daño cierto.....	218
60.- Daño personal.....	219
61.- El damnificado moral.....	220
62.- La legislación Mexicana.....	222
63.- Conclusiones.....	224

#### BIBLIOGRAFIA GENERAL.....231