

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

85
275

**"ESTUDIO JURIDICO-PENAL DE LA
REPARACION DEL DAÑO"**

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

NIETO PALAFOX GABRIELA

ASESOR DE TESIS: LIC. TOMAS DE JESUS CORTES SAMPERIO

MEXICO, D. F.

DICIEMBRE 1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 D I C E

PROLOGO

INTRODUCCION

CAPITULO I GENERALIDADES

- 1.1. Antecedentes Historicos.....1
- 1.2. Importancia del estudio de la reparación del daño....10
- 1.3. Amplitud del concepto de daño.....12
- 1.4. Noción del daño proveniente de un delito.....18

CAPITULO II LEGISLACION MEXICANA

- 2.1. Reglamentación conforme al Código Penal de 1871.....26
- 2.2. Reglamentación conforme al Código Penal de 1929.....30
- 2.3. Reglamentación conforme al Código Penal de 1931.....34

CAPITULO III ACCION DE LA REPARACION DEL DANO

- 3.1. ¿Que entendemos por reparación?.....40
- 3.2. Sujetos que integran la relación jurídica que nace del daño.....42
- 3.3. La restitución al ofendido durante la Averiguación Previa o la secuela proceso.....49

3.4. El Ministerio Público y los Jueces deben suplir la deficiencia en la defensa de los menores ofendidos incapacitados.....	54
---	----

C A P I T U L O I V

ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL DAÑO

4.1. Monto de la Reparación del Daño.....	57
4.2. Incidencia de la Reparación del Daño.....	66
4.3. Influencia de la absolución penal en un Juicio Civil.	73
4.4. Posibles medidas precautorias.....	79

C A P I T U L O V

PROPUESTAS

5.1. Adiciones a la Ley sustantiva Penal.....	86
---	----

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

P R O L O G O

Al abordar el presente tema, me ha guiado el sano deseo de tratar uno de los problemas que quizá de nuestro medio jurídico ha tenido poco tratamiento pero mucha importancia, como lo es LA REPARACION DEL DANO EN MATERIA PENAL; ya que de toda conducta ilícita como lo es el delito trae consigo consecuencias jurídicas, como son las penas, las medidas de seguridad y la responsabilidad civil o pecuniaria; por lo que es necesario hacer un estudio para tratar de llegar a una solución del presente tema.

Es tanta la comisión de los delitos en que el daño causado es de fundamental importancia y como consecuencia de toda conducta ilícita debe repararse.

La comisión de un hecho delictuoso siempre va a producir un daño, o llega a constituirse en un peligro o calamidad pública y el interés privado del sujeto, víctima del delito, quien directamente sufre un grave perjuicio en su patrimonio o en su persona y en dado caso en personas que dependen de él.

Por lo que en el desarrollo del presente trabajo trataré de proponer la solución más cercana para que ese daño sea cubierto en su totalidad; esto es, que se cumpla con esa reparación para que así las personas afectadas no sufran un menoscabo en su patrimonio o en su persona.

Propiamente la reparación del daño es una pena obligatoria para el delincuente y una función del Estado a favor de la defensa social y así mismo lograr en la mayoría de las Sentencias que se dictan diariamente el cumplimiento de dicha reparación.

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

El presente estudio tiene el objetivo de analizar los diversos aspectos del daño causado a una persona como consecuencia de la comisión de un delito; ya sea este de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

Para alcanzar dicho objetivo tenemos que recurrir al estudio de nuestro Derecho Penal, así mismo en sus aspectos procedimentales, ya que es la materia en que damos el enfoque al presente tema de la REPARACION DEL DAÑO.

Haciendo mención de unificar conceptos del mismo y relacionarlos debidamente, esto es en base al método utilizado como lo es el método inductivo; ya que basta conocer un caso particular para darnos cuenta del problema que existe y estudiarlo en forma general, ya que en la multitud de casos en que no se cumplimenta una sentencia en la cual se condena al pago de la reparación del daño, siendo varios factores los que influyen en tal incumplimiento.

Tal estudio consta de cuatro capítulos, tomando como estructura los aspectos hitóricos, así mismo conceptos genericos, la legislación penal en que se encuentra plasmada, tanto Sustantiva como Adjetiva; y la forma en que el juzgador debe de fijar el monto de la reparación del daño.

Tan pobre es la regulación de la figura del daño moral en materia penal, que como consecuencia de la misma en la mayoría de los casos no se llega a condenar tal daño.

Tal urgencia responde a la necesidad de nuestra sociedad de contar con mayor protección y mayor seguridad jurídica en la conservación y aseguramiento de los derechos de la personalidad. Ya que nuestra legislación a todas luces no se preocupa de tales derechos pero si existe la protección a lo patrimonial o material.

Debe de tenerse en cuenta de que al igual de un daño material causado a una persona por el cual se llega a condenar en una resolución final del juzgador, se debe tener igual o mayor importancia cuando se lesiona o causa un daño a una persona en su honor o reputación.

Existiendo así de igual forma la posibilidad de obtener una reparación moral cuando se ejercita debidamente ante autoridad competente, en tal caso como consecuencia de una conducta ilícita.

Someto el presente trabajo a la consideración del H. Jurado, a fin de que tomen en cuenta que el mismo fué realizado con

toda lealtad; ya que si bien existen errores, estos son atribuibles a mi falta de experiencia, por lo cual pido benevolencia, ya que las criticas atribuibles de su parte serviran para así corregir los presentes errores y tomarles en cuenta para el desarrollo profesional.

CAPITULO I

GENERALIDADES

C A P I T U L O I

G E N E R A L I D A D E S

1.1 Antecedentes Historicos.

En épocas primitivas cuando no se tenía conciencia plena de Derecho, el hombre se encontraba en una situación completamente anárquica, y al sentirse afectado en sus intereses o en su propia persona, tenía que hacerse justicia por su propia mano; en la mayoría de los casos, e impulsado por sentimientos de venganza, y por lo general, rebasaba los límites de lo justo provocando de esta forma una ofensa; que en igual forma trataría de ser reprimida por él mismo, por lo cual el ofensor pasaba a ser ofendido, como consecuencia del castigo excesivo.

Por razones naturales y precisamente por la tendencia y aspiración del hombre, de encontrar un medio social que garantice paz y tranquilidad para él y para quienes lo rodean, se trata de suprimir la anarquía existente, creando así normas que regulen su conducta. Así mismo en la antigüedad existía la ley del más Fuerte, en donde los fuertes y poderosos se hallaban en una situación privilegiada, ya que contaban con los medios para ello (fuerza, riqueza, poder), y los que no se encontraban en esa situación buscaban su defensa a dichas normas que impusieron e hicieron respetar tras lucha incesante.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Sin embargo, en los primeros tiempos y en las arcaicas civilizaciones, la justicia y la reparación del daño, se encontraban íntimamente enlazadas.

En el Derecho Romano encontramos que la pena significa, no solamente la aplicación del castigo corporal, sino también la reparación del daño a la parte ofendida. Las Doce Tablas establece en su Tabla VIII el sistema del Talión, la Venganza privada y la Composición. El sistema de Talión no viene a constituir entre las antiguas tribus más que una limitación a la venganza privada, ya que por medio de la misma se llegó a una compensación del delito con la pena.

Así es como el Talión vino a significar una limitación a la venganza privada, encontramos por otra parte la Composición, ya que aún más vino a limitar la venganza privada, porque esta no consistía en venganza, sino que tenía las características de la reparación del daño causado por el delito. Podemos mencionar como ejemplo; que el daño causado en esa época se pagaba de alguna manera con cosas (animales, armas, trabajo, etc). En éste período podemos hablar de dos clases de épocas: primeramente la que podemos llamar venganza privada, aunque no de una manera absoluta, la comisión estaba interesada en la solución de los conflictos pero existía la posibilidad de el ofendido y ofensor podían ponerse de acuerdo para fijar el monto de la reparación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

y solamente cuando el primero no era satisfecho en su demanda, entonces intervenía la comisión para castigar, más tarde se presenta la situación en que ya no son los particulares los que arreglan la composición, sino que es la comisión de que de manera directa, la impone. Veamos que el Talión y la Composición son simplemente limitaciones a la venganza privada y que vienen por tanto a suavizar las antiguas costumbres. Tenemos que la composición particularmente, no es más que el antiguo antecedente de la reparación del daño ya que hoy en día es función del Estado imponer dicha reparación.

El acto ilícito en el Derecho Romano fue considerado como fuente de las obligaciones al igual que la ley, el contrato y el cuasicontrato, y de aquí nace la obligación de pagar una indemnización, se equipara la acción a deducir que es de carácter puramente privado, con la reparación del daño proveniente de un delito, es decir, que se equipara este último con acción civil de daños y perjuicios como si se tratará de un incumplimiento de un contrato. Desde entonces existe la obligación de reparar el daño causado por el delito no sólo, por parte del que comete directamente el hecho delictuoso, como se establecía antiguamente la "actio noxalis" en donde el amo estaba obligado a reparar el daño causado por sus esclavos o siervos al cometer un delito.

En el Derecho Germánico a diferencia del Romano, se preocupó más por el daño causado que por la intención y así como perdió el carácter de religioso, y donde se destacó de una manera clara la preeminencia del Estado sobre los particulares, es decir, en contra de la venganza privada. El ofensor podía estar sometido tanto a la venganza del grupo, del ofendido o de sus familiares o parientes y sólo podía reparar el mal causado mediante la composición, de la cual tenemos tres clases: la primera consistía en el pago de la víctima por concepto de reparación del mal causado, la segunda el pago a los familiares como rescate del derecho de venganza para cancelar la pena, por último, también como pena, el pago a la comunidad, la cual vino a constituir el desplazamiento de la composición de la órbita de la venganza privada y por lo mismo a ser un derecho a favor del Estado, quedando de este modo más limitado aún el derecho de particulares a la venganza privada.

En el Derecho Germánico existía la ley Sállica, que en su "compositio", pretendía separar las consecuencias jurídicas del delito, de las civiles, es decir se trató diferenciar la reparación penal cuando se trataba de un delito y que por tanto tenía el carácter de pena pública y que el delincuente tenía que cumplir por consecuencia de la comisión de una conducta tipificada; de la responsabilidad civil que era la obligación

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

que aquél tenía de resarcir los daños causados por el hecho delictuoso: desapareciendo de ésta forma el deseo del ofendido a la venganza privada. Por lo que el Derecho Germánico a diferencia del Romano trató de evitar la confusión de las acciones.

En la recopilación de las Indias encontramos que la composición era permitida, aunque excepcionalmente, esto sucedía cuando la gravedad del delito no ameritaba alguna satisfacción pública.

En las ordenanzas de gremios de la Nueva España, aunque con la desigualdad que caracterizó a toda la época de la dominación, se observa que la pena trae consigo el pago de ciertas cantidades que tienen el carácter de multa y las cuales eran repartidas entre el Fisco, la Caja Municipal, el denunciante y el Juez también podían destinarlas a otros conceptos.

En el Derecho moderno, que es que ahora vivimos se encuentra influenciado por el Derecho Español y el Derecho Francés, sigue aceptando la confusión de las acciones del Derecho Romano primitivo, ya que en nuestro Derecho Moderno donde existen las confusiones acerca de la separación de las acciones que nacen de la ejecución de un delito y las de responsabilidad civil que trataremos más adelante.

En la doctrina romana existieron teóricos que formularon un sistema mediante el cual el delito debe de observarse bajo dos aspectos, es decir, que el mismo ocasiona dos situaciones diferentes: primeramente, el que viene a constituir un acto contra el orden social, y el segundo, como un ataque al patrimonio particular del ofendido. Esto significa que la persecución de los delitos no sólo trae como consecuencia una pena consistente en la corrección o tratamiento de un delincuente para la seguridad de la sociedad, sino también trae como consecuencia la reparación del daño, ya que toda persona que sufre un menoscabo en su persona o detrimento en la misma pertenece a la sociedad, a la que en determinada manera le interesa que se repare dicho daño causado por un delito.

De esta manera tenemos que hacer un énfasis en lo que se refiere al delito, ya que objetivamente se presenta en un doble aspecto, es decir, que en muchas ocasiones cuando se comete una conducta antisocial es completamente notoria, ya que trae como consecuencia que el órgano estatal encargado para ello, persiga penalmente al delincuente que cometió dicho acto, pero lo cual no sucede con el daño causado, dándole poca importancia ya que existen delitos en los que no sería posible hacer una valoración pecuniaria del perjuicio causado y en otros no es posible determinar el daño y mucho menos en forma económica.

Podemos hablar de la figura de la vagancia y malvivencia figura que se encuentra derogada en la actualidad pero que dicha figura no desaparece de la realidad y que causan un daño social, en determinado momento a una persona en específico. también tenemos el caso en que el delito solo causa un daño moral ya que hasta ahora no es posible cuantificar en forma pecuniaria dicho daño, aunque exista la acción penal.

Así podemos decir, que de la ejecución de un delito, nace para el Estado, como representante de la sociedad, el derecho de castigar al transgresor de la ley por una parte y por otra parte, el derecho de obligar al delincuente a reparar el daño causado por esa misma conducta.

Dentro de las funciones del Estado podemos señalar que solo se limitó a la imposición de las penas, ya que sólo se considero de interés público, pues se pensó que con la aplicación de aquélla se garantizaban los intereses sociales y por lo tanto la reparación del daño causado por la comisión del delito, no se tomó en cuenta más que desde un punto de vista de interés particular, es decir que no se requería una acción pública en vista que la colectividad por decirlo así se sentía satisfecha con la aplicación de la pena corporal y se dejaba únicamente al ofendido a la acción civil para pedir el cumplimiento de dicha reparación.

Siendo así, dos acciones las que propiamente nacen de la consumación del delito, se ha requerido fundamentar el ejercicio de una de ellas por el Estado y la otra por la parte ofendida, debido a que se creyó que existía diferentes características entre ambas acciones.

En esta diversidad de características se señala entre otras causa jurídica y aunque digamos que es un mismo acto el que da nacimiento a ambas acciones, se considera uno de primordial importancia, como la es la reparación del daño, ya que la acción represiva propiamente dicha que interesa a la sociedad como lo es la pena corporal es la que se cumplimenta en determinada manera; ya que la primordial se limita a un interés patrimonial particular y por lo tanto no requiere una acción pública sino a una acción privada y en consecuencia, el objeto que se persigue con estas acciones es distinto o diverso, ya que mientras una tiene por objeto favorecer a la colectividad, la otra tiene por objeto dicha reparación.

También se ha requerido fundamentar esta tendencia tomando en consideración la situación de los dos sujetos del delito, el sujeto activo y el sujeto pasivo; por lo que respecta al sujeto pasivo (ofendido) es la persona que tiene derecho a ejercitar la acción de la reparación del daño, se ha dicho que en la ac-

ción de represión no tiene ninguna ingerencia, ya que las mismas leyes sólo dan esa facultad al órgano representativo del Estado que ha sido establecido para ese fin, por lo tanto al ofendido no le queda más actividad que la de aportar pruebas en algunos casos y por lo que toca a la reparación del daño propiamente el ofendido tiene un amplio campo para ejercitar su acción, pero no por la vía penal sino por la vía civil y queda por lo mismo al libre arbitrio de éste o de sus herederos ejercitar o no la acción; considerando que si ésta acción nace de la comisión de un delito, tendremos que hacer énfasis en que dichas autoridades penales también estén facultadas para ejercitar el cumplimiento de la acción de la reparación del daño y no dejarlo a juicio de una autoridad civil. Por lo contrario el sujeto activo que es la persona contra la cual se ejercita la acción o autor del delito, se niega a dicha acción perjudicial, ya que ambas acciones que surgen deben ser ejercitadas por un mismo órgano, porque nace del ilícito, pues surgen como consecuencia de la comisión de un delito. Sin embargo debemos hacer notar que la acción represiva es una acción pública y la reparación del daño es una acción privada, pero aún así, considero que es una obligación civil con consecuencias jurídicas penales para el autor del delito por lo que debe pedirse su cumplimiento ante la autoridad penal, la cual debe estar facultada para ello.

Los Códigos Penales establecen la responsabilidad civil proveniente del delito, como consecuencia de éste. Pero las más avanzadas opiniones de la Escuela Positiva y tratando de asegurar el pago efectivo de la reparación del daño, que como responsabilidad civil tiene diversas dificultades, han modificado el sistema, convirtiéndolo la acción privada en pública, dándole el carácter de pena pública, cuando se exige al ofensor, de responsabilidad civil cuando los terceros no deben cubrirla, respondiendo civilmente de los daños que otras causen.

1.2 Importancia del estudio de la Reparación del Daño.

La violación de una Ley Penal produce por regla general dos clases de daños, uno que afecta a la sociedad y otro que sufre el particular. El primero se manifiesta por el estado de alarma y desconfianza sociales, y el segundo por la lesión a un derecho corporal o patrimonial; siendo éste último el que trataremos en el presente estudio.

Es un principio universalmente reconocido aquel que dice: "El que voluntariamente o por falta de previsión causa un mal a otro, está obligado a repararlo". Dicho principio lo tomamos del estudio del valor de Justicia.

El Derecho Penal ha recogido dicho principio y de acuerdo con sus tendencias y con el objeto de su estudio, lo ha desarrollado en forma tal, que en la actualidad ha hecho posible la

obligación que de él se deriva. En efecto los Códigos represivos que han estado en vigor en nuestro país, han concedido particular atención al concepto de "Reparación del Daño", sin embargo la manera de exigir ésta, no siempre ha sido la misma en nuestros cuerpos de leyes penales, como lo veremos más adelante. Vale la pena señalar la importancia indiscutible que para el Derecho Penal reviste el problema de la reparación del daño; y la necesidad de su inclusión en nuestro textos legales.

Pero, no creemos que el problema de la reparación del daño proveniente del delito siempre ha sido objeto de un estudio minucioso por parte de los penalistas, no se estime, así mismo que el poder público, en todas las épocas de la historia le haya prestado igual atención y cuidado; ya que la cuestión ha sufrido diversas evoluciones, como lo mencionamos con anterioridad, pasando desde la venganza privada, es decir, desde que el Estado impotente para imponer a los delincuentes el castigo a que se hacía acreedores, ya que éste quedaba al cuidado de los particulares, hasta épocas posteriores en que son precisamente sus órganos representativos los encargados de velar por el castigo del delincuente, comprendiéndose en el la reparación del daño. Esperemos que jamás vuelvan los tiempos en que se aplicaban dichos castigos que en la actualidad el Estado es el facultado para tal efecto.

Actualmente, si un delito, independientemente del mal social que produzca, causa un daño particular, y el Estado es el encargado de imponer al delincuente la obligación de reparar el daño causado a la víctima, el Estado es el que se va encargar para hacer que esa obligación se cumpla, con ello se realice el principio de la Justicia que se maneja desde la antigüedad y así proteger el derecho que tiene la persona afectada haciendo posible la convivencia social.

De lo expuesto, se desprende la poca importancia que el Derecho Penal otorga al estudio de la reparación del daño, plenamente justificada, garantizando de esta forma los intereses de la víctima de un delito, sin recurrir ésta a hacerse justicia por su propia mano, que en otras épocas se acostumbraban y de la cual no se obtenía beneficio alguno, y por otra parte se crea en la sociedad plena confianza en los procedimientos estatales, pues sabe que se aplicará al delincuente pena justa.

1.3 Amplitud del concepto de Daño.

Para un mejor estudio, cabe la necesidad de definir lo que es daño en sus diversas acepciones, empezando fundamentalmente con el concepto gramatical de Daño establecido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice :

"Daño: (del lat. Damnum) efecto de dañar, perjuicio, detrimento, menoscabo".(1)

Y en cuanto al verbo :

"Dañar : (de Damnar) Causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor, etc. Hechar a perder, pervertir, condenar, sentenciar, dañar al prójimo en la honra".(2)

Aparentemente dichos conceptos son muy simples, pero así estos tienen elementos que podemos llamar determinantes para el entendimiento del daño jurídico; por ejemplo, el perjuicio, el menoscabo, el sufrimiento.

Teniendo el concepto jurídico de daño una estrecha relación con la definición gramatical. Para mejor comprensión jurídica, es preciso señalar la idea de daño jurídico, así mismo indicar los elementos que éste precisa, para que al hablar conforme a Derecho, se entienda que se trata de un daño patrimonial o extrapatrimonial.

Entendiéndose por daño patrimonial el que sufre una persona en sus bienes materiales, y al hablar de daño extrapatrimonial se encuadraría al daño moral que sufre una persona.

(1) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 19/e, Espasa Calpe, Madrid 1970. pag. 420.

(2) Op. Cit.

En cuanto a la definición de Daño, el autor argentino Robert H. Brebia en su obra "El Daño Moral", establece lo siguiente : " ¿Que se entiende por daño en el campo normativo jurídico? Relativamente existe poco número de autores que se han ocupado en definirlo, predominando de que debe entenderse por daño toda lesión, disminución, menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico, principalmente los siguientes autores: ORGAZ "El daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho, o un bien jurídico cualquiera". ENNECERUSLEMHAM : "Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición)". CARNELUTI . "El daño es toda lesión a un interés". AGUIAR: "Daño es la destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes".(3)

Así mismo, tenemos el precepto establecido por nuestro Código Civil en su artículo 2108: " Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de un cumplimiento de una obligación". Y en su artículo 2109: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación".(4)

(3) BREBIA, Roberto H. "El Daño Moral". Editorial Orbi, Buenos Aires 1967, pag. 31.

(4) BORJA Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones, 7/e Tomo II. Editorial Porrúa; México 1974, pag. 405.

Los anteriores preceptos se refieren meramente al daño patrimonial. Ya que hay que tener en cuenta lo establecido por el italiano ADRIANO DE CUPIS, quien enuncia: "El daño patrimonial es indudablemente, una especie notoria de daño privado".(5)

Por último para hacer un comentario sobre la acepción genérica de daño podemos colegir que el daño es toda lesión de trimento, menoscabo, pérdida que sufre una persona en su patrimonio; ya sea en un derecho o en un bien jurídico cualquiera.

Por lo que a todas luces podemos estimar que se trata de un daño patrimonial o bien un daño privado. Tomando así en cuenta lo establecido por el artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal, advirtiéndose que se está ante el daño típico que recae sobre bienes jurídicos de naturaleza patrimonial.

Ahora bien, no hay que olvidarnos que existe el "Daño Moral", teniendo una idea generalizada del mismo, en lo que atañe a un agravio de naturaleza extrapatrimonial. Ya que el mismo no se encuentra plasmado en nuestra legislación penal; claro esta que el Código Civil establece un concepto de lo que es el daño moral, en su artículo 1916, el cual dice:

5) DE CUPIS, Adriano. El Daño, Bosch, Barcelona, 1975, pag. 122.

" 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 ...".

Haciendo notar que sobre el daño patrimonial la Doctrina, así como diversos tratadistas de Derecho han dado mayor importancia y estudio sobre el mismo. No así en cuanto hace al daño moral, ya que en materia penal aún tiene poca importancia; siendo éste uno de los puntos importantes en el presente estudio tratandolo con mayor particularidad en el momento oportuno.

Ya que establecimos el daño genéricamente, podemos ahora sí determinar que entendemos por reparación del daño, para lo cual manifestamos la obligación que la ley impone al sujeto activo del delito de compensar pecuniariamente los daños causados en la ejecución del mismo, tanto de carácter material como moral; es decir, patrimonial o extrapatrimonial.

Así mismo, estableciendo el concepto de reparación del daño, expresado por el Maestro Colín Sanchez, quien manifiesta:

"La reparación del daño es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados como consecuencia del ilícito penal".(6)

Desglosando dicho concepto podemos manifestar que se trata de un derecho subjetivo porque es la voluntad individual el factor esencial para hacer efectiva la reparación y contrasta con la pretensión punitiva estatal de naturaleza pública y por lo tanto obligatoria, sin que lo anterior nos lleve a pensar que ante situaciones sociales necesarias, el Estado no pueda intervenir auxiliando a quien lo requiera, para hacer efectiva la reparación civil.

No sólo el ofendido es titular del derecho subjetivo sino también de las víctimas. Es lógico que en ocasiones sea imposible que la víctima esté en posibilidad de ejercitar su derecho.

Por ofendidos nos referimos a sus herederos u otros sujetos que por diversas razones acrediten el derecho mencionando.

El resarcimiento del daño es la restitución de la cosa obtenida por el delito.

(6) COLIN Sanchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, México 1992, p.p. 624-625.

La indemnización del daño material o la reparación del daño moral, objetivos estos que con base en el concepto emitido se traducen en la obligación para el responsable de reparar el daño causado.

Por último, el derecho subjetivo en cuestión, tiene su fuente directa en la ley penal y civil.

1.4 Noción del daño proveniente de un delito.

La vulneración de la Ley Penal causada por la comisión de un delito, origina siempre una lesión a dos clases de intereses el de la sociedad, quien sufre un desconcierto con la comisión del hecho delictuoso pues le produce un daño o en determinado momento llega a constituir un peligro, y el interés privado del sujeto (víctima del delito) quien sufre también más directamente un grave perjuicio en su patrimonio o en su persona y en dado caso en personas que dependan de él.

Podemos afirmar que el objeto del proceso es una relación jurídica de orden patrimonial que se traduce en el resarcimiento del daño causado por un delito. En algunos delitos sólo existe el objeto principal del proceso,

por ausencia de la persona que hubiere sufrido un menoscabo en su integridad física o patrimonial.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, si existe el daño causado por el delito y el resarcimiento puede reclamarlo:

a) El Ministerio Público como representante del Estado, al directamente responsable del delito;

b) El ofendido, así como al responsable y a los terceros legalmente obligados a resarcirlo, dando lugar a una Responsabilidad Civil; y

c) El acusado contra la parte ofendida, en los delitos perseguibles por querrela necesaria, cuando ha sido objeto de una detención injusta.

La palabra daño es un término genérico, se debe entender por tal, el perjuicio, detrimento, menoscabo o la destrucción que se causa en los bienes de una persona.

El delito produce siempre un daño público que quebranta la tranquilidad social y produce una alarma en la sociedad al perturbar el orden jurídico establecido. Por ello la Ley Adjeti va Penal Vigente para el Distrito federal nos manifiesta que todo Tribunal o Juez, una vez que se ha comprobado la responsabilidad penal, dictará oportunamente las providencias neces-

rias para restituir al ofendido en el goce de sus derechos legalmente justificados. Esto significa el reconocimiento de todo delito que causa daño o perjuicio de orden patrimonial debe procederse a su resarcimiento.

Conviene advertir además, que el daño privado no consiste solamente en las consecuencias del delito, es decir, el perjuicio causado a los bienes materiales del ofendido, sea persona moral o física, sino que también comprende el efecto psicológico que produce en la persona el delito. Al tocar este punto, a la depresión, contrariedad, dolor moral o malestares causados por el delito y que también a nuestro parecer tienen mayor significación que las dañosas consecuencias materiales que el propio hecho antijurídico acarrea.

En efecto, examinando la generalidad de los delitos, se encuentra que en la sociedad entra en alarma por la realización del hecho punible y quien lo sufre, resiente directamente el daño, ya sea en sus bienes materiales o en su propia persona; Pero mientras la alarma sociales tan solo de índole psicológico o moral, el particular ofendido directamente, sufre un daño material objetivo, en sus más preciados bienes, también en ocasiones el daño por éste último sufrido, es igual de índole moral o psicológico.

No obstante, que el daño sufrido por el particular ofendido directamente, sufre un daño que es de gran interés, ya que se ha visto que el derecho Penal procura aplicar todo el rigor por el daño social o colectivo, constituyendo a lo más una simple alarma, ya que se le ha tratado poco, porque ha dejado de ser el más completo abandono a la verdadera víctima del delito.

Podemos aceptar lo establecido por algunos de los tratadistas de Derecho quienes manifiestan en conclusión que el daño debe ser un daño extrapatrimonial o bien un daño material, refiriendonos al daño extrapatrimonial que es a lo que llamamos daño moral, en el cual no se lesiona el patrimonio de la persona sino que se lesiona una afección, un sentimiento de honor, una situación personal de la persona, ya que secundariamente puede traer repercusiones en el patrimonio, pero puede suceder también, que no haya esas repercusiones en el patrimonio y los tratadistas discuten si el daño moral debe admitirse en derecho únicamente cuando traiga consigo una repercusión en el patrimonio o bien sin sentimiento.

El Derecho Moderno se inclinan la mayoría de los autores que sostienen la procedencia de una responsabilidad por el daño moral causado, especialmente tratándose del acto ilícito, sosteniendo cuando el daño sea extrapatrimonial puede no tener una compensación material, sin embargo existen ocasiones en que consideramos que debe tenerla. Salvo algunos autores que no admiten el daño moral aunque sea consecuencia de un acto ilícito.

La mayoría de los tratadistas están acordando en reconocer dos especies diferentes de daño: daño material y daño moral, como existe en la Ley Sustantiva penal la violencia física o material en la cual se causa un perjuicio o menoscabo en el patrimonio de la persona; y daño moral el cual también causa un menoscabo a una persona, pero no en su patrimonio, sino en sus sentimientos o en sus efectos.

Por lo que respecta al Daño Material, podemos entender que es todo aquello que lesiona una bien material. Desprendiéndose del derecho positivo, daño es el mal causado en la persona o bienes del individuo con una acción u omisión. Para el presente estudio, esa acción u omisión debe constituir un hecho definido como delito e imputable a una persona determinada. También debe señalarse como daño típicamente material, aquel que se traduce en una erogación con motivo del delito, entre los cuales debe anotarse el gasto afrontado por el ofendido o sus familiares por curaciones, funerales o perjuicios en los delitos que no aceptan el pago de la reparación del daño; en este caso el daño material también va íntimamente unido al daño moral, significado por el dolor o pérdida de una función de un órgano o en dado caso por la pérdida de una vida; aunque nunca esa indemnización va a cubrir una vida o un órgano perdido porque estos nunca se van poder cuantificar pero si sea un requisito obligatorio.

Por lo que se refiere al Daño Moral, es indiscutible que existe en toda clase de delitos; a la par al daño material. Se ha dicho que al imponer a un delincuente una pena de prisión, al producir ésta sus efectos, proporciona un dolor al sentenciado; este dolor representa en cierta forma, una indemnización por el daño moral sufrido por el ofendido o sus familiares; el presente criterio es contrario al nuestro, al ver en la pena de prisión una retribución por el mal causado, concepto no aplicado a esta idea, pues la prisión no debe perder nunca el carácter preventivo y de defensa social; estamos de acuerdo que la pena de prisión aminora el sentimiento de venganza de los ofendidos, pero habiendo sufrido también por el hecho delictuoso o por sus consecuencias, no se sentirán resarcidos del todo, de los daños morales provocados, sino es por medio de una indemnización pecuniaria.

Los ofendidos por un delito cualesquiera que sea, sufren aparte de la pérdida o deterioro de un bien patrimonial o pecuniario, ciertos ataques en su sensibilidad moral, bien por el miedo más o menos grave sufrido en el momento de una agresión o por el dolor de una lesión, sea simple o grave, curable o incurable, o por la angustia de una enfermedad mortal. Se hace más notable la calidad especial de daño moral en los delitos que en un principio no representan perjuicio económico, tales como los sexuales, especialmente violaciones, estupro, homicidios y otros; que no implican carácter pecuniario, pero si re-

presentan una ofensa o daño moral en los ofendidos.

De lo anterior podemos afirmar que debe considerarse que en toda conducta antisocial o más bien en la comisión de un delito, siempre existe un daño moral el cual debe de indemnizarse independientemente de que en su caso, se haga el pago de la reparación del daño material.

Si se toma en consideración las ideas antes expresadas, se puede comprender que la consumación de un delito, origina en el ofendido un detrimento, el cual puede perjudicar su patrimonio o sus persona. El daño causado al ofendido, puede ser simplemente de índole económica y por tanto es sucesible de repararse, ya sea mediante la restitución de la cosa o de su valor pecuniario. Cuando el daño infringido al sujeto pasivo del delito es de naturaleza no material o moral, surge el problema antes tratado, cuyo concepto no es aceptado en el medio jurídico por la mayoría de los tratadistas de Derecho, más si nos ponemos en una postura realista, se puede asegurar que el daño moral es imposible de repararlo y mucho menos cuantificarlo, pero si tomar en consideración que puede establecerse una indemnización como obligación.

Así mismo podemos aceptar lo establecido por el maestro Rojina Villegas que establece que existe el patrimonio moral afectivo o subjetivo cuando los bienes que lo integran se refieren directamente a la persona en su intimidad; al respecto

manifiesta: "El daño moral consistirá en toda lesión a los valores espirituales de la persona originada por virtud de un hecho ilícito, o sea por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta o en la esfera jurídica de otra, que no esté autorizada por la norma jurídica. Ya hemos dicho que por toda interferencia que no este autorizada por la norma jurídica en la persona, en la conducta o en el patrimonio de un sujeto, constituye un hecho ilícito en términos generales".

De lo anterior podemos manifestar que todo delito tiene un daño moral aunque no necesariamente exista un daño patrimonial; lo cual no es aceptado en el Derecho, el cual a nuestro parecer debe ser aceptado, otorgando una indemnización pecuniaria obligatoria como consecuencia de la comisión de dicho ilícito.

CAPITULO I I

LEGISLACION MEXICANA

C A P I T U L O I I

LEGISLACION MEXICANA

2.1 Reglamentación conforme al Código Penal de 1871.

El concepto de responsabilidad adoptado por éste Código fué el de la Escuela Clásica cuyos postulados fundamentales descansan en la teoría del libre albedrío. El hombre dispone de la libertad necesaria para seguir el camino que le plazca y como consecuencia su responsabilidad penal es consecuencia a la vez, inmediata y directa de sus responsabilidad moral. Los supuestos previos del concepto de responsabilidad lo constituye la inteligencia y el discernimiento necesario del acto que va a realizarse, y la libre voluntad unida a la responsabilidad moral.

Inspirado en la Doctrina y en la Jurisprudencia Francesa, es de advertir que la materia de responsabilidad civil proveniente de los hechos ilícitos era materia que correspondía al Derecho Civil conforme al Código Francés, y el nuestro hizo comprender dentro del Código Penal.

Define al delito como la infracción voluntaria a la ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que estipula. Clasifica el mismo en delitos intencionales y de culpa, estableciendo que el delito intencional es el que comete con el conocimiento de que la omisión del hecho o la prohibición que se comete son punibles. El delito de culpa lo define, como un hecho que se ejecuta, o se incurre en una omisión que, aunque lícitas en sí no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no las evita por imprevisión, por ignorancia, por faltas de cuidado, por no tomar las precauciones necesarias, o por impericia en un acto o ciencia, cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño alguno. Por lo cual se desprende, que el Código en cuestión llama delito de culpa, a lo que la doctrina Francesa llama cuasi-delito. Este Código guarda grande analogía con los Códigos Civiles de 1870 y 1884, haciendo notar que el segundo Código en materia de responsabilidad civil tomó disposiciones de otro Código.

Existen autores que manifiestan que la denominación de los delitos y cuasi-delitos que establece la Doctrina Francesa, argumentando como razón que entre delito y cuasi-delito no existe sino una diferencia de naturaleza psicológica que hace consistir en la voluntad o no de causar un daño.

El delito puede consistir en una acción o en una omisión según el artículo 301 del Código en estudio, estableciendo que la responsabilidad civil, proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, consiste en la obligación que el responsable tiene que hacer la restitución, la indemnización y el pago de los gastos judiciales.

La responsabilidad civil a que se refiere el anterior artículos del hecho en virtud del cual, nace a cargo de una persona la obligación por motivo de un hecho contrario a un precepto penal; se trata de una responsabilidad proveniente de un delito. La restitución consiste: en la devolución de la cosa usurpada como de sus frutos existentes, en los casos en que el usurpador deba restituirlos con arreglo al Derecho Civil, la reparación, el pago de todos sus daños causados al ofendido, a su familia, o a un tercero, con violación de un derecho formal existente y no simplemente posible, si aquellos son actuales y provienen directa e indirectamente del hecho u omisión de que se trate, o hay certidumbre de que ésta o aquél los han de causar necesariamente como consecuencia próxima e inevitable, y si el daño consiste en la pérdida o grave deterioro de alguna cosa su dueño tendrá derecho de pedir la restitución de la misma, pero si fuere de poca importancia el deterioro, solo se le pagará la estimación del mismo y se le restituirá la cosa. La indemnización importa el pago de los perjuicios, esto es, de lo que el ofendido deja de percibir como consecuencia inmediata y directa

de un hecho u omisión, con que se ataca un derecho formal, existente y no simplemente posible, y del valor de los frutos de la cosa usurpada ya consumidos, en los casos en que deban satisfacerse con arreglo al Derecho Civil. El pago de los gastos judiciales lo que se limitarán a lo absolutamente necesario para averiguar el hecho de la omisión.

Daño es el menoscabo que una persona sufre en su patrimonio por el acto ilícito del otro, y perjuicio aquello que por la comisión del delito deja de percibir el sujeto pasivo de la infracción.

Conforme a éste Código, no podría prescindirse, que el actor hubiera obrado con culpa, caso contrario, no existía la responsabilidad al grado de considerar como excluyente de responsabilidad causar un daño por un accidente imprudencial, sin intención de cometerlo, ejercitando así un hecho ilícito con consecuencias jurídicas. Así mismo, el artículo 34 del Código Penal de 1870 consideraba que, cuando se obraba en cumplimiento de un deber legal, o en ejercicio legítimo de un derecho, no se incurría en responsabilidad por no existir el elemento de un hecho ilícito.

Existían como supuestos previos los elementos de culpabilidad e imputabilidad, requiriéndose el hecho ilícito, pudiendo ser imputado a determinada persona que pudiera ser responsable,

toda vez que, a un sujeto de interdicción, menor de edad, no se les podían imputar los hechos delictuosos que ejecutarán, pero estaban sujetos a indemnizar.

De lo expuesto con antelación, se desprende que la responsabilidad civil conforma al Código del presente, tiene carácter de acción privada, patrimonial, exigible; tan solo por la parte ofendida.

La acción privada de naturaleza pecuniaria, susceptible de transacción o convenio entre las partes; exigible por el interesado (ofendido).

2.2 Reglamentación conforme al Código Penal de 1929.

La noción tradicional de la escuela clásica como base para determinar la responsabilidad penal, fué substituída en éste Código por la doctrina de la escuela mencionada con anterioridad del cual se deriva el concepto de responsabilidad, independientemente de la voluntad del autor, atendíéndose en preferencia al estado de peligro representado por el sujeto activo del delito, por lo que desde el momento en que se demuestra la existencia de tal estado, nace la necesidad de la defensa social pues la responsabilidad social, atendiendo a que el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad.

El Libro Segundo trató de la reparación del daño estableciendo que el mismo forma parte de toda sanción proveniente de un delito y consiste en la obligación que el responsable tiene la obligación de restituir la cosa afectada y también a una indemnización. La restitución consiste en la devolución al ofendido, así de la cosa afectada, como de sus frutos existentes, estableciendo que si la cosa detentada o sus frutos se hallaren en poder del delincuente o de terceros (encubridores), se recogerá para entregarse al ofendido sin más trámite que la comprobación de la propiedad y la identificación de ésta por el dueño. La indemnización consiste en la obligación que el responsable tiene de pagar la cosa y frutos no restituidos, los daños materiales no reparados, así como los perjuicios causados por el delito y los que de él deriven directa y necesariamente.

El artículo 301 establece que los perjuicios son de dos clases, primeramente los materiales, sufridos por el ofendido o por sus herederos como consecuencia del delito, y los no materiales, causados en la salud, honra, reputación y en el patrimonio moral del ofendido, o de sus deudos.

Considera a la responsabilidad civil no como acción privada exigible tan solo por parte legítima como se estableció en el Código de 1871, sino que la considera como parte de la sanción penal impuesta por el Estado al responsable de un delito y

establece que la reparación se exigirá de oficio por el Ministerio Público, aunque con salvedad contenida en el artículo 302 (No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los herederos del ofendido o éste, no podrán ejercitar por sí o por apoderado las acciones correspondientes, cesando en este caso la obligación que al Ministerio Público se le facultaba). Además a diferencia del Código Penal de 1871 otorga el derecho a la mujer ofendida, en los casos de rapto, estupro, violación de exigir su ofensor como indemnización que la dote con la cantidad que determine el Juez, de acuerdo con la posición social de aquélla y la condición económica del delincuente. Debemos hacer notar, que por primera vez se estableció la reparación del daño moral, concepto subjetivo, que con anterioridad se trató de dar un concepto.

El artículo 313 establece que la obligación de pagar el importe de la reparación del daño, es preferente y se cubrirá primero que cualquier otra obligación personales que se hubieren contraído y la obligación de cumplir el importe de la reparación se trasmite a los herederos del responsable, hasta donde alcancen los bienes que hereden, a los cuales pásara el gravamen.

El artículo 326 rompe con el sistema del Código de 1871 estableciendo la nulidad de pleno derecho de todo convenio, cesión o transacción, que sobre el derecho a la reparación del daño se celebre entre el ofendido o sus herederos y el responsable, y la nulidad de toda cesión o transacción del mismo derecho antes de sentencia irrevocable.

En lo que concierne al concepto de delito, sabemos que es la causa generadora de la sanción y como consecuencia la obligación económica, el presente Código lo caracterizó como un acto social que daña al hombre y a la sociedad, reconocidos expresamente por la ley fundamental, en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos y en forma tal, que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil.

Establecía que tan pronto como se dictará el Auto de Formal Prisión o Preventiva, debía deducirse la acción de responsabilidad del daño, la que se expuso con antelación que se encontraba el Ministerio Público y al mismo tiempo los herederos del ofendido o a éste, dando por resultado que el ofendido era coadyuvante del Ministerio Público.

Asimismo, en el presente Código se creó una tabla de indemnización en la que en manera minuciosa se señala el monto de la reparación del daño atendiendo a los días de utilidad del ofendido.

Por lo cual creo que los anteriores Códigos no tenían una reparación del daño fundada y lo cuál estimo que no se le daba la importancia debida, lo cual estableceremos en el presente.

2.3 Reglamentación conforme al Código Penal de 1931.

El Código Penal de 1931 al igual que el que se mencionó con antelación, rompió definitivamente con el sistema de responsabilidad civil y estableció que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y que la acción corresponde exclusivamente al Ministerio Público.

El artículo 29 del presente ordenamiento establece, que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

Establece que la multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado que se fijará por días multa, los cuales, no podran exceder de quinientos. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Por lo que respecta a la reparación del daño, objeto del estudio que nos ocupa, tiene el carácter de pena pública; pero cuando la reparación deba exigirse a terceros tiene el carácter de responsabilidad civil.

El artículo 30 del presente Código establece que la reparación del daño comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito y sino fuere posible, el pago del precio de la indemnización del daño material y moral causado a la víctima y a su familia.

El artículo mencionado nos habla del daño moral, concepto como antes se expuso, subjetivo difícil de determinar una cuantificación, pero posible de determinar una indemnización.

A este respecto algunos autores nos manifiestan que se admitió la innovación de incluir el daño moral, a sabiendas que la naturaleza de esta especie de daños hace que su reparación sea de una índole peculiar, puesto que el honor y la reputación están fuera del comercio, y si se cotizan en dinero dejan de ser valores propiamente morales, porque si bien es cierto que no existen valorímetros para el daño moral, la comisión quizá que en esos casos, lo que se estime en relación al daño moral sea su repercusión económica.

A éste respecto manifestamos que al hablar de una indemnización a todas las personas que esten afectadas por un daño moral, no quiere decir que estemos dándole un valor pecuniario a esos valores morales, sino ya que en la comisión de todos los delitos los ofendidos se encuentran dañados moralmente y es por la comisión misma de los delitos.

El artículo 91 del presente ordenamiento, establece que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubiera impuesto, a excepción de la reparación del daño. A este respecto podemos mencionar tres situaciones posibles a la muerte del responsable. Si la muerte ocurre después de haberse citado sentencia en su contra, la obligación subsiste, pasa a la masa hereditaria y el patrimonio del procesado queda sujeto a consecuencias.

En el caso que la sentencia hubiera sido en sentido absolutorio, no existe la obligación, toda vez que los hechos delictuosos originen la obligación no le son imputables criminalmente. En el caso de que exista sentencia que absuelva del pago de la reparación del daño, no significa al mismo tiempo, necesariamente se extinga el derecho del ofendido para exigir la responsabilidad civil emanada del hecho ilícito, de acuerdo con el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro.

La muerte del presunto responsable extingue la acción penal de reparar el daño, puesto que para decretar la existencia de un delito se requiere de la persona del delincuente. No se puede decretar un fallo de bienes que no son del de-cujus, sino de los herederos que no han sido oído en juicios.

Extinguida la muerte del presunto responsable la facultad del poder público para imponerle como pena la reparación del daño, quedan a salvo de los derechos del ofendido para ejercitar la acción civil correspondiente para resarcirse del daño sufrido.

Consideramos que la acción civil a la que el ofendido tiene derecho, es otro punto que vamos a tratar en el presente estudio.

El sistema seguido por éste Código tratándose de la responsabilidad en que pueden incurrir los que ejercen el derecho de patria potestad es el mismo que siguió el Código Penal de 1871, pues se toma como base para determinar la responsabilidad la falta de vigilancia que debe haber tenido la persona que ejecuto el hecho ilícito. Establece una presunción juris-tantum que trae como consecuencia una inversión en las pruebas; según ésta si una persona comete un hecho nocivo con culpa, el que la exige debe probar que fué el autor del hecho y que obro con culpa ; pero en el caso mencionado la carga de la prueba se in-

vierte toda vez que el actor no tiene que probar, sino que el demandado fué el autor del hecho ilícito y por lo tanto obro con culpa, el cual debe demostrar lo contrario para quedar libre de responsabilidad.

Como características del Código que nos ocupa con relación a la reparación del daño se considera como pena pública, pues establece como sanción pecuniaria que comprende la multa y la reparación del daño, reservando el carácter de acción privada cuando se exige a terceros.

CAPITULO III

ACCION DE LA REPARACION DEL DAÑO

C A P I T U L O I I I

ACCION DE LA REPARACION DEL DANO

3.1. ¿ Que entendemos por reparación? .

Tal y como quedó plasmado en el primer capítulo lo que es daño , ahora bien para establecer la acción de la reparación del daño, es pertinente erigir en forma generica que entendemos por reparación, el Diccionario de la Real Academia Española dice que debe comprenderse como el "acto de componer, aderezar, enmendar un menoscabo, remediar y se usa también como desagravar, satisfacer al ofendido".(7)

Pero en términos generales los estudiosos del derecho mafiestan que reparación es "el acto que por medio del cual vuelven las cosas al estado en que se encontraban antes de causar el daño".

Así mismo, para el Derecho podemos determinar por reparación, al pago de la suma de dinero que se entrega al sujeto pasivo o en su defecto a personas que resulten afectadas por el daño causado, ya sea patrimonial o extrapatrimonial.

Existiendo así, diversas formas de Reparación, de las cuales es importante hacer mención, tomadas de los estudiosos del Derecho y siendo:

(7) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 19a/e, Editorial Espasa Calpe, Madrid 1970, pag. 1132.

a) La Reparación natural, que es aquella que hace posible que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de producirse el efecto dañoso. Es decir, mediante el desagravio existe una desigualdad de condiciones antes y después del hecho ilícito. Por ejemplo, la entrega del bien robado, o la entrega de la suma de dinero debido.

b) La Reparación por equivalencia, de la cual dice Rogina Villegas: "Cuando no es posible el desagravio perfecto, ya que las cosas no pueden estar en una situación idéntica a la que tenía antes del daño, se buscará un equivalente, que va a tener una función ya sea compensatoria, que trate de poner en una situación no idéntica, pero sí lo más igual posible a la que tenía antes del acontecimiento dañoso y el medio que mejor cumple esa función es el dinero". (8)

Por ejemplo, la persona que roba un cuadro de determinado artista y al momento de su persecución destruye tal cuadro, al momento de condenarse al pago de la reparación del daño causado, evidentemente no podrá devolver el mismo cuadro; por lo

(8) ROGINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, 3a/e Tomo III, Editorial Porrúa, México 1976, pag. 137.

cual la reparación consistirá en la entrega de una suma de dinero que fijarán los peritos atendiendo al valor real del cuadro en el momento del pago.

Pero tal suma de dinero no devolvera el cuadro, tan solo será un equivalente que cumplirá con una función compensatoria.

Por otra parte existe una reparación por equivalencia teniendo un papel satisfactorio en la que se entrega también una suma de dinero en vía de resarcimiento del daño causado, pero no a título de compensación, sino de satisfacción, ya existe el daño extrapatrimonial el cual no puede ser valuado pecuniariamente.

Ya que como el daño moral no admite una valuación pecuniaria en atención a los bienes lesionados, por lo que la entrega de la suma de dinero no indica que se valora o ponga en precio a bienes de naturaleza inmaterial como son el honor, los sentimientos, la vida, la libertad; etc. Es por eso que la reparación moral tiene como fin último la función de satisfacer el equivalente al sufrimiento experimentado.

Una vez que ya hicimos una pausa en lo que se refiere a la reparación, y para poder determinar la acción de tal reparación causado por un delito, podemos decir, que acción genericamente,

es todo movimiento corporal, hecho voluntario del hombre, que produce un resultado.

Por último podemos decir, que tanto una persona física como moral., pueden ser sujetos pasivos o activos, pueden ejercitar la acción de la reparación del daño, siempre que hayan sufrido un daño sea cual fuere (patrimonial o extrapatrimonial) en su caso.

3.2 Sujetos que integran la relación jurídica que nace del daño.

a) El sujeto pasivo y ofendido :

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídicamente protegido por la norma penal y es quien resiente directamente, los efectos del delito, el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito. Generalmente concurren la calidad de ofendido y de sujeto pasivo o víctima, pero aún así, no puede darse tal concurrencia, como sucede en el caso del Homicidio , en que el sujeto pasivo o víctima es el sujeto al que se priva de la vida y los familiares de este bienen a ser ofendidos .

Manifestando así, que el sujeto pasivo, es toda persona que soporta el daño cierto y actual sobre un bien de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial y por lo cual tendrá la acción de la reparación del daño en contra del sujeto activo del ilícito.

b) El sujeto activo de la conducta :

Solo puede ser el sujeto productor de la conducta ilícita penal, el hombre, único posible sujeto activo del delito, ya que no puede atribuirse conducta delictiva a animales o a cosas inanimadas.

Por lo que el sujeto activo llamado comunmente, siendo también un agente dañoso, es aquél a quien se le imputa que por un hecho u omisión ilícitos afecta a una persona en sus derechos patrimoniales o en sus derechos personales, lesionando de esta forma uno o varios bienes tutelados, a quien es responsable ante el ofendido del daño causado.

Ahora bien, la distinción entre los sujetos es clara, pero el problema surge cuando se tratá de establecer quien es la persona que tiene directamente la acción de la reparación del daño. De esta forma debemos estar a lo dispuesto por nuestro Código Penal vigente, el cual plasma en su artículo 30 bis:

"Art. 30 bis.- Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o.- El ofendido; 2o.- En caso del fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de estos los demás descendientes y ascendientes que dependerán económicamente de él al momento del fallecimiento".

De acuerdo a lo establecido por el artículo citado, directamente el ofendido es quien tiene el derecho a pedir el cumplimiento de la reparación ejercitando tal derecho, ya que es la persona que sufrió directamente el daño causado patrimonial o extrapatrimonial en su caso, e indirectamente tienen el derecho en el caso del fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite, concubinario o concubina, los hijos menores de edad y a falta de esto los demás descendientes y ascendientes que dependerán directamente de él, al momento del fallecimiento, tal y como lo establece el artículo mencionado, ya que son afectados indirectamente por el mismo daño que se le causo al ofendido y así pueden ejercitar la acción tal y como lo plasma la ley.

Tal y como lo señala la Ley Sustantiva Penal en el artículo 30, la reparación del daño comprende:

- a) La restitución de la cosa obtenida por el delito.

- b) La indemnización del daño material y moral causado a él o a su familia.

Considerando pertinente que como en dicho ordenamiento solo menciona que la reparación del daño comprende ... la indemnización del daño material y moral causado a él o a su familia, es necesario que en dicho ordenamiento, los legisladores deberían de señalar que se entiende por el daño moral, ya que en materia penal es poco considerado tal daño, y aún en la práctica en la mayoría de las Sentencias dictadas cotidianamente el daño moral no se toma en cuenta, y si se tomá en consideración en base a las pruebas ofrecidas es muy irisoría dicha Sentencia por lo que respecta al daño moral y sucede así en los delitos imprudenciales, ya que la indemnización fijada por el juez como ya manifieste es muy baja, siendo éste punto el que trataremos con posterioridad.

No hay que confundir el daño causado por el delito con el causado por actos ilícitos a que se refiere el artículo 1910 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. La reparación del daño de hechos ilícitos constitutivos de delitos deben ser exigidos forzosamente dentro del proceso penal.

Según el artículo 34 del Código Penal, la reparación del daño tiene un doble carácter: de pena pública, cuando debe ser hecha por el delincuente y de responsabilidad civil cuando debe a alguno de los terceros enumerados en el artículo 32 del mismo ordenamiento, siendo los siguientes:

a) Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

b) Los tutores y custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallan bajo su patria potestad;

c) Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo su cuidado de aquéllos;

d) Los dueños, empresas o encargados de negocios o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y desempeño de su servicio;

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

Exceptuando de esta regla a la sociedad conyugal, ya que cada uno de los cónyuges responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

f) El Estado, subsidiariamente, por funcionarios o empleados.

La reparación del daño como pena pública se exigirá por el Ministerio Público, durante la secuela procesal y como responsabilidad civil cuando es exigible a terceros, se demanda por el ofendido mediante un incidente del cual haremos referencia con posterioridad.

En virtud a lo establecido en el artículo 34 del Código Penal, el ejercicio de la acción penal se reserva a un órgano estatal, o sea, el Ministerio Público, ya que el ofendido no es parte en el proceso penal, ni aún para demandar el pago de la reparación del daño, que deba ser hecha por el delincuente, dado el carácter de pena pública, esta debe ser solicitada por el Ministerio Público. La ley común concede únicamente al ofendido el derecho de coadyuvar con el Ministerio Público.

Con dicho carácter de coadyuvante, el ofendido por el delito puede :

a) Poner a disposición del Ministerio Público y a su vez 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 de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

b) Comparecer él o su representante, en las audiencias y alegar lo que a su derecho convenga en las mismas condiciones que la defensa (art. 70 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.).

c) Apelar las resoluciones judiciales que sean apelables, cuando coadyuven en la acción reparadora y solo en lo relativo a ésta (art. 417 fracción III del C.P.P.).

d) Solicitar del Tribunal , cuando ya esté comprobado el cuerpo del delito (es decir, cuando ya se dictó el auto de formal prisión) las providencias necesarias para restituirle el goce de sus derechos que esten plenamente justificados.

e) Solicitar el embargo precautorio de los bienes del obligado a la reparación del daño, en términos del artículo 28 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Aún así es obvio, que puede solicitar dicho embargo sobre bienes pertenecientes a las personas mencionadas en el artículo 32 del Código Penal.

La coadyuvancia de la cual hicimos referencia puede constituirse durante la Instrucción y con posterioridad al Auto de término Constitucional en que se decreta la Formal Prisión, señalando así el delito por el cual se le seguira el proceso.

El artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales expresa que " La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal", así también se agrega que "podrá proporcionar al Ministerio Público, por sí o por Apoderado Legal, todos los datos que tenga y que conduzcan a comprobar la existencia de un delito, la responsabilidad del inculcado y la procedencia y monto de la reparación del daño, para que si lo estima pertinente en ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales".

3.3. La restitución al ofendido durante la Averiguación Previa o durante la Secuela Procesal.

Vemos que las leyes procesales citadas con anterioridad, niegan al ofendido el carácter de parte en el proceso penal, derivado de esto la acción penal es meramente exclusiva del Ministerio Público. El ofendido quedará reducido a la posibilidad de constituirse, si así lo desea, como coadyuvante del Ministerio Público en el proceso; siendo así, puede aportar las pruebas de que disponga por conducto del Representante Social o llevandolas directamente ante el Juez que conoce de la causa.

Por el tratamiento de pena que se da a la reparación del daño, el Ministerio Público tiene la obligación de pedirla, con la carga de aportar pruebas conducentes; y eso aún en la eventualidad del ofendido no se apersone en el proceso. Incluso, si el ofendido dictó renuncia a su derecho, tal se produce subrogación en favor del Estado, por prevenirlo así el artículo 35 párrafo tercero del Código Penal.

Ahora bien, la urgencia de que al ofendido se le reponga en el goce de sus derechos afectados por el delito, la recoge el artículo 28 de la Ley Adjetiva Penal, el cual dispone:

"Art. 28.- Todo Tribunal o Juez, cuando esté comprobado el cuerpo del delito, dictará las providencias necesarias para restituir al ofendido el goce de sus derechos que esten plenamente justificados".

El anterior precepto se concatena a su vez con los artículos 37 y 77 del mismo ordenamiento que disponen:

"Art. 37.- Los jueces y tribunales, en todo lo que la ley no prohíba o prevenga expresamente, podrá dictar en procesos sujetos a su jurisdicción, los trámites y providencias necesarias para la pronta y eficaz administración de justicia".

"ART. 77.- Los tribunales y jueces no podrán bajo ningún precepto, aplazar, demorar, omotir o negar la resolución de las cuestiones que legalmente hayan sido sometidas a su conocimiento".

A su vez el Código federal de procedimientos penales plasma esa urgencia en esos numerales :

"Art. 38.- Cuando en las actuaciones esté comprobado, el cuerpo del delito de que se trate, el funcionario que conozca del asunto dictará las providencias necesarias, a solicitud del interesado, para asegurar sus derechos o restituirlos en el goce de éstos, siempre que estén legalmente justificados. Si se tratare de cosas, únicamente podrán retenerse, esté o no comprobado el cuerpo del delito, cuando a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuera necesarias para la debida integración de la averiguación.

Si la entrega del bien pudiera lesionar derechos de tercero o del inculpado, la devolución será mediante caución bastante para garantizar el pago de los daños y perjuicios. La autoridad que conozca fijará la naturaleza y el monto de la caución, fundando y motivando su determinación, en vista de las circunstancias del caso."

"Art. 41.- Los Tribunales pueden dictar de oficio los trámites y providencias encaminados a que la Justicia sea pronta y expedita".

Se percibe en el artículo 438 del Código Federal rige que para el período de la Averiguación Previa, el Ministerio Público determine la restitución en los derechos del ofendido, como pueda ser en el caso de la entrega de un infante a sus progenitores, la devolución de un objeto robado a su propietario, del retiro de algún obstáculo que impida el acceso a una habitación;etc.

En relación con el Ministerio Público del Fuero común, la Ley orgánica de la procuraduría General de Justicia del D.F., señala en su artículo 3o. apartado A, fracción IV, lo siguiente :

"Art. 3o.- En la persecución de los delitos de orden común, al Ministerio Público le corresponde:

A.- En la Averiguación Previa : ...

IV.- Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio a petición del interesado , cuando esté comprobado el cuerpo del delito de que se trate en la averiguación previa, ordenando que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, si

se estimará necesario, y en su caso, exigiendo se otorgue-garantía , la que se pondrá a disposición del organo ju-risdiccional, si se ejercita acción penal;

...".

Asimismo, la legislación antes anotada aplicable al estudio que nos ocupa, nos permite tener por superada la opinión de algunos tratadistas de Derecho, quienes manifiestan en el sentido de que solo a partir de que se dicta el auto de formal prisión surgía para el ofendido el derecho que se le restitu-yera el goce de sus derechos que hubiere justificado; y que i-gualmente ; hasta que se hubiese dictado el auto de formal pri-sión quedaba procedente la recuperación de bienes del inculpa-do mediante el embargo precautorio, para fines de reparación del daño; basandose así que tal auto debían estudiarse los elemen-tos constitutivos del cuerpo del delito y la presunta responsa-bilidad del inculpa-do.

Ahora bien, de lo anteriormente expuesto podemos decir, que al ofendido se le puede reparar del daño causado, en la averiguación previa; o durante el proceso penal, una vez que han aportado las probanzas necesarias para la fijación de la indemnización como consecuencia de la reparación del daño, aportando dichas pruebas durante la Instrucción; para que así

una vez que el Ministerio Público formule sus Conclusiones Acusatorias, pida el pago de la Reparación del daño con fundamento en los artículos 29, 30, 30 bis y 34 del Código Penal, esto en base a las pruebas aportadas, y el juzgador que conozca de la causa fije tal indemnización y sea cubierto.

3.4. El Ministerio Público y los Jueces deben suplir la deficiencia de los derechos de ofendidos e incapacitados.

Nuestra Legislación Penal, Sustantiva y Adjetiva para el Distrito Federal o aplicable en materia Federal, no se señala de modo expreso a los juzgadores, facultad para suplir en favor del ofendido, la deficiencia en que éste pueda incurrir al hacer valer sus derechos en un asunto penal.

Sin embargo, si el ofendido es menor o incapacitado, la facultad debe tenerse por existente al relacionarse con el último párrafo del artículo 4o. Constitucional, donde dice:

"Art. 4o.- La ley determinará la protección de los menores a cargo de las de Instituciones Públicas".

Por lo cual, ha quedado establecido ese derecho de protección como un derecho fundamental social, que se difunde sobre toda la normatividad jurídica estatal en cuanto puede tener aplicación en relación con intereses de menores, es decir; cualquier norma que tenga eficacia en esa esfera social específica; tiene que ser interpretada y aplicada, de modo que tenga congruencia con tal precepto constitucional.

Así mismo, el Ministerio público durante la averiguación previa y al Juez en el curso del proceso penal, tiene como obligación subsanar las fallas en las que puedan incurrir los menores e incapacitados en la defensa de sus derechos como ofendidos en asuntos penales.

Así como también se puede ejercitar acción penal en contra de los menores e incapacitados por conducto de las autoridades competentes, siendo el caso de los menores infractores el Consejo Tutelar; al igual que los incapacitados señalando el Código Federal de Procedimientos Penales, el Procedimiento Especial para personas declaradas inimputables.

Dado el origen de la ley Sustantiva y Procedimental Penales, tanto del Fuero Común y Federal, han dado acceso, como atribución del Juez conocer de las circunstancias y hechos de la víctima como del inculpaado.

Lo expuesto en el presente punto tiene mayor fuerza cuando en determinados delitos como son de ESTUPRO, RAPTO Y VIOLACION, sean de aquellos en que la mujer ofendida se ve cohibida por pudor, por la afectación de su reputación en el núcleo social al que pertenezca, o por razones equivalentes, para tomar una acertada intervención en el procedimiento penal para la defensa de sus derechos como parte ofendida.

Esto es, que al igual el menor como el incapacitado, no están exentos de sufrir un daño, y se haga valer sus derechos de la mejor forma a juicio del juzgador la satisfacción del daño causado.

CAPITULO IV

ASPECTOS

PROCEDIMENTALES

DEL DAÑO

C A P I T U L O I V
ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL DAÑO

4.1 Monto de la Reparación del Daño.

Respecto al monto que habrá que alcanzar la reparación, hay que estar a lo dispuesto por el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual me permito transcribir:

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

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

La primera parte del artículo antes referido establece cierto arbitrio en la fijación de la cantidad que deba pagarse en la reparación del daño, el juzgador no sólo debe atender a la valuación del daño mismo; sino además a la situación económica del responsable, ya que tiene por objeto de alguna forma remediar los problemas originados por la situación de insolvencia de la mayoría de los procesados, que hace engañosa

su condena económica. Por lo tanto no siempre ha de ser equivalente el daño causado y el daño establecido en la pena, sino ésta puede consistir en una suma mucho menor al monto del propio daño.

Aún así de no tomarse en cuenta la capacidad económica del procesado a reparar el daño, sería violatorio de garantías individuales, toda vez que como se desprende de nuestra propia Carta Magna en su artículo 20 fracción I en donde se establece:

"Art.20.-En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.-Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales ...

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

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."

De lo anterior se desprende que el juzgador al fijar la caución deberá de tomar en cuenta las circunstancias personales del imputado entre ellas, por supuesto, la situación económica fin de que la caución resulte equitativa. Pero además se establece un límite general como lo señala, que es equivalente a dos años de salario mínimo vigente en el lugar en que se cometiére el delito. Esta forma de aplicar la caución, con base en el salario mínimo, permite que la misma se adecue a las condiciones económicas cambiantes.

Para garantizar también el interés de la sociedad en cuanto a que no se burle la acción de la justicia, en casos de particular gravedad del delito o de circunstancias del imputado, como puede ser su carácter de reincidente o de delincuente habitual, o bien ya sea por condiciones específicas de la victi-

ma que pueden mostrar una mayor peligrosidad o crueldad por parte del autor, se permite al juzgador elevar su cuantía de la caución hasta el equivalente a cuatro años de salario mínimo vigente. A este criterio existe la siguiente Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, con número 601/57/1a; la cual a la letra dice:

JURISPRUDENCIA.- " Si para la condena a reparación del daño la autoridad responsable tomó en cuenta exclusivamente el que era preciso reparar, pero no la capacidad económica del obligado a hacer el pago, es de concluirse que la sentencia es violatoria de garantías."

Sin embargo en la mayoría de los casos no se condena a co reparar el daño, ya que el obligado a cubrirlo no cuenta con una capacidad económica para tal obligación; sin embargo existe para tal caso la siguiente Jurisprudencia:

"REPARACION DEL DANO, FIJACION DEL MONTO DE LA.- La reparación del daño en cuanto consista en la restitución de la cosa obtenida por el delito y en los frutos existentes, o en el pago del precio de ellos; o en la indemnización del daño material causado a la víctima o a tercero, no debe ser inferior al perjuicio material sufrido por la víctima en cualquiera de los casos de insolvencia del inculpaado, ya que de tomarse rígidamente en cuenta esta circunstancia, la reparación del daño como pena pública dejaría de ser aplicable en todos los casos de insolvencia del responsable del delito; la capacidad económica del obligado al pago de la reparación del daño, solo debe tenerse en cuenta para la fijación del monto del daño moral."

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, presentada bajo el número 268 en la Parte Segunda del Apéndice publicado en 1975 (número 221 del Parte Segunda del Apéndice publicado en 1985).

Ya que si bien es cierto, por lo que respecta al daño material el Juez requiriera pruebas no solo respecto al daño; sino también a su cuantía económica, cuando se trata de la reparación del daño moral; consistente éste, según el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, en la afectación en que una persona sufra en sus sentimientos, afectos creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que ella misma tienen los demás; en mi opinión apoyándose en las constancias procesales que se aporten en el proceso, el Ministerio Público puede pedir condena por ese concepto y quedando al libre arbitrio del juzgador.

Ahora bien, si el daño moral es la consecuencia de la comisión de un delito, como se plasmó con antelación, es necesario que dicho daño moral sea cubierto en el proceso penal, aun cuando ya exista una sentencia condenatoria en el mismo proceso penal y no llevar un juicio por separado en caso del no cumplimiento de la reparación del daño. Por lo que es necesario que nuestra Ley Sustantiva Penal se adhiera en su artículo 30 fracción II, que es el daño moral y así mismo y que comprende la indemnización del mismo; sin dejar que se siga otro juicio de distinta materia como lo es la civil para el pago de la repara-

ción del daño, ya que lo más conveniente sería que si el daño es consecuencia de un delito, éste sea cubierto dentro de la misma secuela procesal penal.

Por lo que respecta a los daños morales, . estos nunca podrán ni perfecta ni aproximadamente ser valuados en dinero, ya que no existe traducción adecuada en moneda de los mismos. Ya que para establecer el monto de la indemnización, es necesario precisar que la reparación moral es una reparación que pretende ser meramente equivalente al daño y la suma de dinero entregada cumple con la función de satisfacer tal daño.

Para condenar a la indemnización por el daño moral, no es indispensable prueba directa respecto al mismo, y a su cuantificación, salvo cuando se pretenda por el ofendidouna indemnización basada en aspectos de su vida privada o de la del responsable que no queden revelados por el hecho inculminado y meras características personales que de aquellos consten en autos como pueden ser sexo, edad, estado civil, condición familiar, medio social; son solo esas características personales de la víctima y del inculpadu unidas a la índole de la afectación, habrá suficiente base para que el juez cuantifique la reparación; en los casos de los delitos sexuales, muy frecuentemente en agravio de menores, que por su misma naturaleza provocan en

las víctimas y en sus familiares, con el fin de evitar escándalos y consiguientemente mayor daño moral; en estos casos nunca se alcanza a cubrir el daño moral e incluso el juzgador nunca llega a condenar a una reparación del daño.

Atendiendo a los mismos daños morales, ya que al no ser necesariamente sufrimientos físicos o materiales, pero sí anímicos de la persona afectada, como sucede cuando alguien queda expuesto a la burla, deshonor rechazó; etc., tales daños son afirmativamente opuestos a la prueba pericial para acreditar su ocurrencia y para cuantificar la compensación pecuniaria adecuada; esto impone que el juez condene al pago de la indemnización que se encuentre congruente con la situación que revelen las constancias de la causa.

De acuerdo con el daño moral al cual hacemos referencia hay que tomar en consideración lo establecido en el "Código Penal Anotado" de Raúl Carrancá Trujillo y Rivas, el cual plasma al respecto:

" Los daños morales no pueden valorizarse en peso y medida. Su repercusión económica no es posible medirla y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quien corresponde señalar la cuantía de la indemnización, tomando en cuenta, conforme al artículo 31 del C.P., la capacidad económica del responsable, la naturaleza del daño que sea preciso reparar y las demás constancias relativas que obren en el proceso." (Anales de Jurisprudencia, Tomo IX, pag. 328).

" Por daño moral se entiende el perjuicio que resulta a una persona en su honor, en su reputación, en su tranquilidad personal o en la integridad espiritual de su vida. Los daños morales son aquellos sufrimientos que no son de orden físico, penas subjetivas de carácter íntimo, que pueden ponderarse, medirse, ni probarse por medio de los sentidos. La palabra daño no supone tan solo alteraciones en el sistema visible de las cosas sino también en el sistema invisible de los sentimientos." (Anales de Jurisprudencia, Tomo IXI, pag. 749).

Regresando nuevamente a lo establecido por el párrafo primero del artículo 31 del Código Penal, al disponer que " la reparación será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso", en el cual dirige a los juzgadores un mandato de primordial importancia, tendiente a que rectifique el orden alterado por la comisión de un delito en ofensa directa a la víctima pues es a esta a la que atiende la ley con dicho precepto.

Las consecuencias por la comisión de un delito afectando al ofendido deben cesar y repararse; en donde el juez que conoce de determinado asunto, esta obligado a fijar el monto de la reparación y asimismo verificar el cumplimiento de dicha reparación. En donde las pruebas legalmente aportadas durante la secuela procesal, determinaron la justificación para así solicitar la reparación del daño causado por un delito.

Las jurisprudencias antes enunciadas al respecto, con el fin de que el juzgador determine el monto de la reparación del daño con mayor precisión; por lo cual el juzgador al dictar una sentencia y determinar el monto de la reparación del daño, dejando al ofendido con el derecho de aportar las pruebas contundentes y necesarias para que en base a estas el juzgador determine el monto del daño, claro esta de acuerdo a lo establecido por nuestro Código penal para el Distrito Federal.

Por último enunciaré la Jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte, publicada con el número 222 de la Parte Primera del Apéndice publicado en 1985, la cual me permito transcribir:

" REPARACION DEL DAÑO. PRECISION DEL MONTO.- En toda Sentencia Condenatoria el juzgador debe resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar la cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido, ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior."

La anterior Jurisprudencia tiene relevante importancia ya que a diferencia de lo que ocurre en materia civil, en lo penal no se abre vía de apremio para la ejecución de la sentencia, así que no es posible abrir incidente de liquidación de condena por lo tanto la pena de reparación se ha de fijar en cantidad determinada.

4.2 Incidencia de la Reparación del Daño en la caución para la Libertad provisional.

Primeramente quiero hacer mención al incidente de la reparación del daño exigible a persona distinta del inculpaado, consistente, como su nombre lo indica, en pedir la reparación del daño, no al sujeto activo del delito, sino a alguna de las personas que el artículo 32 del Código Penal señala.

En materia federal conforme a los artículos vigentes, deben separarse tres situaciones:

a) Cuando se promueve ante el juzgado penal antes de que - haya recaído sentencia irrevocable;

b) Cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso sin haberse intentado la acción; y

c) Cuando concluida la instrucción no hubiere lugar a juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil, (art. 489 del Código Federal).

En el primer caso si el incidente se llega al estado de a legar antes de que se concluya la instrucción, se suspenderá hasta que el proceso se encuentre en estado de sentencia, la que se pronunciará resolviendo a la vez sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado, pronunciándose los alegatos en la audiencia del juicio penal (art. 491 del Código federal).

En los otros dos casos se debe atender a lo que para los juicios sumarios establece el Código Federal de Procedimientos Civiles, teniendo que aclararse que la ley es oscura por aludirse en el párrafo final del artículo 489 a la promoción de dos acciones con lo cual no se deslinda con claridad cuándo el incidente se promueve en materia penal y ante autoridad civil. En el Código de Distrito, el incidente debe promoverse antes de

que se declare cerrada la instrucción y su trámite consiste en la presentación de un escrito en el que se expresan los hechos originados del daño, el monto de éste y los conceptos por los que se procede. Del escrito y de los documentos que lo acompañan, se da vista a la parte a quien se exige la reparación por un plazo de tres días, transcurrido el cual se abre un incidente aprueba, por el término de quince días, y si alguna parte lo pidiere.

Después de lo anterior, o en caso de que no comparezca la persona a quien se exige la reparación del daño, (a petición de cualquiera de las partes), el juez dentro de tres días, cita a una audiencia verbal en la que las partes exponen lo que estiman pertinente y en la misma audiencia se declarará cerrado el incidente que fallará al mismo tiempo que el proceso o dentro de los ocho días siguientes.

El Código Penal del Distrito Federal establece en su artículo 539: " Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviere incidente, después de fallado el proceso respectivo, podrá exigirse por demanda en la forma que determina el Código de Procedimientos Civiles, según fuere la cuantía y ante los tribunales del mismo orden, de tal precepto se desprende lo siguiente:

1. Que solamente puede acudir a los tribunales civiles cuando no se haya promovido el incidente en el procedimiento penal, y

2. Que solamente se puede acudir ante tribunales una vez dictada la sentencia.

Teniendo presente lo anterior, resulta que no se puede exigir la reparación del daño ante autoridades civiles, cuando el proceso no se ha terminado, teniendo forzosamente que acudir a éste.

Respecto a nuestro tema, existen reglas que convergen sobre la caución a otorgar cuando sea procedente la libertad provisional del procesado.

En el texto del artículo 20 de la Constitución Política de la República, se fijó como límite máximo de esa caución, equivalente a la percepción durante dos años de salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito, tal y como mencionamos con antelación, y asimismo, podrá incrementar hasta cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito debido a su peligrosidad.

De acuerdo al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se refiere al monto de la caución el artículo 560, el cual plasma:

"Art. 560.- El monto de la caución se fijará por el juez; quien tomará en consideración:

- I.- Los antecedentes del inculpado;
- II.- La gravedad y circunstancia del delito o de los delitos imputados;
- III.- El mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse de la acción de la justicia;
- IV.- Las condiciones económicas del acusado;
- V.- La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

Cuando el delito represente un beneficio económico para su autor, o se cause a la víctima un daño patrimonial, la garantía será necesariamente, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño y perjuicio causado y quedará sujeta a la reparación del daño y perjuicio que, en su caso se resuelva."

En el Código Federal de Procedimientos Penales las reglas sobre el monto de la caución se contiene en el segundo párrafo del artículo 399, el cual a la letra dice:

"ART. 399 .-

En la determinación que dicte el Juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El Juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional, o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación, para los efectos de la garantía debida."

La preferencia en el pago de la reparación del daño y la aplicación de tal pago se ha de dar a la caución que garantice la libertad provisional del reo, cuando se ordene hacerla efectiva porque éste se sustraiga a la acción de la justicia, se establece por los artículos 33 y 35 del Código Penal para el Distrito Federal:

"ART. 33.- La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito,

a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales".

"ART. 35.- El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida al primero se le aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de reparación.

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.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de esta se aplicará al Estado.

Los depositos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia".

En los artículos 271, párrafos tercero y noveno, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 135 segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales, que regulan la libertad provisional durante la averiguación previa, vemos que para conceder ésta se exige garantía no sólo de que el inculpado se substraerá a la acción de la justicia, sino también de la reparación del daño. La caución que para

esos fines se llegue a otorgar, queda sin duda alguna, sujeta a lo que dispone el último párrafo del artículo 35 del Código Pe- Distrito Federal, es decir se aplicará el pago de la sanción pecuniaria cuando el indiciado se substraiga de la acción de la Justicia.

En razón de esta disposición del ordenamiento sustantivo, es incorrecto que al ordenarse con apoyo en el artículo 570 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la reaprehensión del procesado mandándose a hacer efectiva la caución que garantizaba su libertad provisional, no se indique en el mandamiento judicial a la autoridad fiscal, que conserve en su poder el importe respectivo entretanto se resuelva sobre la reparación del daño. En el Código Federal de Procedimientos Penales esa indicación la ordena el artículo 417. Si el Juez no hace esa indicación, el Ministerio Público debe interponer recurso de revocación para que se subsane tal omisión; el ofendido coadyuvante también podrá usar dicho recurso.

4.3 Influencia de la absolución penal en un Juicio Civil.

En los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y de 1894 había disposición expresa, en el sentido en que la sentencia penal, aunque fuese absolutoria, no extinguía la acción de

responsabilidad civil, salvo que por aquélla se hubiese establecido: a) que el acusado obró con derecho; b) que no tuvo participio alguno en el hecho u omisión que se le imputa; c) que ese hecho u omisión no han existido.

Además, en esos Códigos se establecía también que en caso de demanda por responsabilidad civil entablada ante jurisdicción civil, mientras que en el juicio criminal que se hubiere intentado no hubiese fallecido, se suspendería el curso de aquella demanda.

En el Código de Procedimientos Penales de 1929, no hubo regla sobre influencia que la sentencia penal absolutoria pudiera tener en el juicio civil, ni acerca que éste debiera suspenderse hasta que concluyera el procedimiento penal.

En el vigente Código de Procedimientos Penales, de 1931, vinculado ya al Código Penal de ese mismo año, tampoco hay reglas sobre esos particulares.

Al respecto García Ramírez en su libro de "Curso de Derecho Procesal Penal manifiesta:

Que la solución estaría en declarar que la vía civil queda libre cuando la absolución deriva de atipicidad de la conducta o del hecho, de inimputabilidad o inculpabilidad, o de la pre-

encia de excusas absolutorias; y que por el contrario esa vía sería improcedente en el caso de que la absolución se funde en excluyentes de ilicitud, inexistencia del delito o falta de participación del inculpado en el mismo. Ya que dicho autor nos trata de manifestar primeramente, porque a pesar de la inimpunitabilidad, de la inculpabilidad o de la excusa absolutoria el daño se ha causado sin derecho y porque la atipicidad penal no determina por sí sola ausencia del ilícito civil. Posteriormente que el daño, efectivamente causado, lo fue con derecho por parte del agente, o porque no ha existido la supuesta causa del daño o el inculpado no ha tenido parte en aquello.

La opinión del autor antes citado no es convincente en virtud de que su propósito es generalizador.

Aunque la sentencia penal absolutoria se funde en excluyente de ilicitud penal, el resarcimiento en vía civil podría ser procedente si se invocara, y se demostrara, que aunque el hecho no configure delito sí presenta ilicitud civil (por ejemplo; incumplimiento de un contrato, conducta contraria a un mandamiento legal meramente civil) pues se debe tener presente que los artículos 2104 y 1910 del Código Civil respectivamente, imponen la obligación de reparar los daños y perjuicios a quien no prestaré aquello a lo que esté obligado o no lo prestare

conforme a lo convenido, y a quien los cause obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres ... a menos que demuestre que el daño se produjo por negligencia inexcusable de la víctima. Igualmente el resarcimiento podría ser procedente aunque la sentencia penal absolutoria tuviera por inexistente el delito que se invocó al ejercitarse la acción penal, si esto hubiere obedecido a una incorrecta clasificación en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público de la conducta o del hecho incriminados, de tal manera que ante el Juez civil se invocara como causa de pedir en la demanda, que los hechos sí configuraron un ilícito penal diverso de aquél al que se hizo referencia en la sentencia penal absolutoria.

También podría ser procedente la acción civil a pesar de que en la sentencia penal absolutoria se hubiese declarado que el inculcado no participo en la comisión del delito por el cual fué ejercitada la acción penal, si en el Juicio civil se invocara por el actor y se lograra demostrar, que aunque el demandado no haya tenido participación en la comisión del delito, sí corre a su cargo una responsabilidad como tercero obligado por su calidad de patrón, maestro artesano, dueño del establecimiento mercantil, jefe de casa o dueño de hotel, en los casos a que se refieren los artículos 1923, 1924 y 1925 del Código Civil.

Y finalmente, la demanda civil por ejemplo en el caso de un Homicidio Imprudencial, tal sería el caso de un atropellamiento causado por incumplimiento de un deber de cuidado, puede fundarse en la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, a que se refiere el artículo 1913 del Código Civil y que sólo se destruye si se demuestra que el daño se produjo por culpa o negligencia de la víctima, o bien (por ejemplo, si el daño se causó a virtud de ataque de un animal), la demanda puede basarse en el artículo 1929 del mismo ordenamiento, que solo admite como salvedad para el dueño del animal, que se demuestre que la guardaba o vigilaba con el cuidado necesario, o que fué provocada o que hubo imprudencia por parte del ofendido, o que el hecho resultó de caso fortuito o de fuerza mayor.

También se podría basar la demanda civil en otras hipótesis que son previstas en los artículos 1931 del mismo ordenamiento (propietario de un edificio que no se hayan hecho las reparaciones necesarias o que preste vicios de construcción), artículo 1932 (a los propietarios de los casos de explosión de máquinas, inflamación de substancias explosivas, humo o gases nocivos para las personas o los animales, caída de árboles que no se deba a fuerza mayor, emanaciones de cloacas o depósitos de materiales infectantes, depósitos de agua que humedezcan paredes o tengan derrames, y movimientos o peso de máquinas, aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por

cualquier causa que sin derecho originen un daño). artículo 1933 del mismo ordenamiento) Jefes de familia por las cosas que se arrojen o caigan de la casa que habita aquélla).

Pero se debe tener presente que la acción para exigir la reparación del daño como responsabilidad civil según el capítulo V, del Título Primero de la Primera parte del libro IV (De las Obligaciones) del Código Civil, prescribe en dos años contados a partir del día en que el daño se haya causado (artículo 1934).

En cuanto a la suspensión del juicio civil hasta en tanto se resuelva definitivamente el proceso penal, sólo tendrá sentido cuando ante la jurisdicción civil se aduzca como causa de la demanda una conducta o hecho imputable al demandado que se califique como delito, esto es como conducta o hecho tipificado en algún precepto de la ley penal, pero si la demanda civil se basa simplemente en un acto al que se califique como ilícito civil, o se basa en responsabilidad objetiva o en que se atentó contra las buenas costumbres, o en cualquier otra causa de las que no encuadran en materia penal, no habrá justificación para que se suspenda el juicio civil hasta en tanto no se resuelva el proceso penal, porque la resolución que éste se dicte, aunque sea absolutoria, no tendrá influencia sobre la

controversia entre particulares de la que esté conociendo la Jurisdicción civil.

De lo anterior se desprende que cualquier otra resolución penal que no sea precisamente sentencia, sino que de lugar al sobreseimiento del proceso (falta de elementos suficientes para procesar si el Ministerio Público manifiesta que no tiene más pruebas que ofrecer, falta de querrela de parte; etc) tampoco tendrá influencia sobre la acción que la parte ofendida deduzca ante tribunales civiles.

4.4 Posibilidad de medidas precautorias.

El sistema regulador del resarcimiento del daño se complementa con normas mediante las cuales se da cabida en el procedimiento penal a medidas de carácter precautorio, con el fin de que el obligado a la reparación no oculte o se deshaga de los bienes en que aquella podría hacerse efectiva. De esto se ocupan en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal los artículos 35 y 477, los cuales expresan :

"ART. 35.- Cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que se deba hacer efectiva la repara-

ESTE LIBRO NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

ción, el Ministerio Público o el ofendido en su caso podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes.

Para que el juez pueda dictar el embargo precautorio, bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida. A menos que el acusado otorgue fianza suficiente, a juicio del juez éste decretará el embargo bajo su responsabilidad".

"ART. 477.- Una vez iniciado el procedimiento en averiguación de un delito, no se podrá suspender sino en los casos siguientes :

I.- Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia;

II.- Cuando después de incoado el procedimiento, se descubriere que el delito es de aquéllos respecto de los cuales, conforme a los artículos 253 y 264, no se puede de proceder sin que sean llenados determinados requisitos y estos no se hubieren llenado; y

III.- En el caso de la última parte del artículo 69 del Código Penal y en los demás en que la ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento.

La suspensión fundada en los supuestos de las fracciones I y III, no impide que a requerimiento del Ministerio Público o del ofendido o de sus representan-

tes, adopte el juzgador medidas precautorias patrimoniales en los términos del artículo 35".

Y el Código Federal de Procedimientos Penales se ocupa de esa materia los artículos 149 y 468, los cuales expresan :

"ART. 149.- El Ministerio Público, el ofendido o sus legítimos representantes solicitarán al juez y éste dispondrá, con audiencia del inculcado, salvo que éste se haya sustraído a la acción de la justicia, el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios. Tomando en cuenta la probable cuantía de éstos, según los datos que arrojen las constancias procesales, se negará el embargo o se levantará el efectuado, cuando el inculcado u otra persona en su nombre otorgue caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados.

Para los efectos de este artículo, se resolverá y se diligenciará el embargo, notificando de inmediato al inculcado sobre la medida precautoria dictada para desahogar la audiencia prevista en el párrafo anterior.

Se entiende que el inculpaado se encuentra sustraído a la acción de la justicia a partir del momento en que se dicta en su contra la orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia y hasta en tanto se ejecuta ésta.

" ART. 468.- Iniciado el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes :

I.- Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia;

II.- Cuando se advirtiere que se está en alguno de los casos señalados en las fracciones I y II del artículo 113;

III.- Cuando enloquezca el procesado, cualquiera que sea el estado del proceso;

IV.- Cuando no exista auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se llenen además los requisitos siguientes:

a) Que aunque no esté agotada la averiguación haya imposibilidad transitoria para practicar las diligencias que resulten indicadas en ella;

b) Que no haya base para decretar el sobreseimiento y;

c) Que se desconozca quien es el responsable del delito;

V.- En los demás casos en que la ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento.

La suspensión fundada en los supuestos de las fracciones I y III no impide que, a requerimiento del Ministerio Público, o del ofendido, o sus representantes adopte el juzgador medidas precautorias patrimoniales en los términos del artículo 149".

En este punto concreto del aseguramiento precautorio de bienes para los fines de la reparación del daño proveniente del delito, existen algunos aspectos que tienen relevante importancia.

En primer término, como a la reparación puede estar obligado tanto el inculpado como un tercero, teniendo aquél la calidad de pena y para éste la calidad de responsabilidad civil, la posibilidad del embargo precautorio debe entenderse abierta para ambos casos. En consecuencia, es correcta la redacción del artículo 35 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, que habla en términos genéricos del temor fundado de que "el obligado" a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva la reparación, en cambio, la redacción del artículo 149 del ordenamiento procesal penal federal, al no hablar de "obligado" sino del "inculpado" da la impresión inaceptable desde luego, de que solo esta prevista la medida precautoria con respecto a bienes del inculpado y no

con respecto a bienes de un tercero que, por comprenderse en lo prevee el artículo 32 del Código penal, este obligado a tal reparación. Siendo que el artículo 149 requiere una interpretación extensiva, para tenerlo por referido en general a cualquier obligado, pues de no ser así el sistema quedaría incompleto en cuanto a la forma precautoria, sin que exista ninguna razón jurídica para mantener un desvariante.

En segundo lugar, existe una diferencia gramatical entre el artículo 35 del ordenamiento procesal penal local y el 149 del federal, pues aquél señala como requisito que "haya temor fundado, de que el obligado a la reparación del daño, oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva, la reparación" y reiterando el requisito, el mismo precepto dice en su segundo párrafo que para que el juez decrete el embargo precautorio bastará "la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida". En cambio en el artículo 149 del ordenamiento federal no establece requisito relativo a temor de ocultamiento o enajenación que justifique la necesidad de la medida.

Digo que se trata de tal diferencia, es decir, aparente, por que substancialmente ninguna ocurre, toda vez que el temor fundado o la necesidad de la medida, que vienen a ser expresiones sinónimas, tendrán base racional en el hecho constante en autos de que se hayan comprobado el cuerpo del delito al que

se refiere el ejercicio de la acción penal y la presunta responsabilidad del imputado.

En efecto, en el procedimiento penal, por exigencias consignadas en el artículo 16 y 19 Constitucional, para que se pueda realizar mandamiento de captura en contra de alguien a quien se le impute un delito, o para que en caso de que se le haya detenido en flagrante delito se pueda dictar auto de termino constitucional en el que se decrete formal prisión o sujeción a proceso y así se lleve a cabo su procedimiento, tienen que estar acreditados los elementos contenidos en la descripción del tipo penal y también la responsabilidad del inculcado a nivel presuncional. En tanto no se satisfagan esos dos puntos básicos, nada se puede intentar en la vía penal en contra de persona alguna a título de responsabilidad directa o indirecta por hecho delictuoso.

Esa característica del procedimiento en materia penal permite considerar que la necesidad del aseguramiento precautorio de bienes del obligado a la reparación del daño, se establece por mera prueba de la existencia del delito y de la presunta responsabilidad del imputado, aunque, lógicamente, se habrá de admitir la posibilidad de que el inculcado el tercero cuyos bienes se aseguren o se traten de asegurar, constituyan garantías para que no se afecte o para que se levante el embargo.

CAPITULO V

PROPUESTAS

C A P I T U L O V

P R O P U E S T A S

5.1 Adiciones a la Ley Sustantiva Penal.

Si bien es cierto que el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, en su fracción segunda nos enuncia:

"Art. 30.- La reparación del daño comprende:

...

II.- La indemnización del daño material y moral y los perjuicios causados, y

..."

El artículo anterior nos señala que se debe de cubrir la indemnización moral, como consecuencia de la comisión de un delito, ya que siendo así, hay que implementar primeramente un artículo en que se establezca que es el DAÑO MORAL, entendiendo por este:

" 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 la consideración, que de sí misma tienen los demás".

El anterior concepto lo establece nuestra legislación civil, ahora bien si la comisión de un delito trae como consecuencia no solo un daño patrimonial sino un daño moral, el cual de-

be ser considerado por nuestro Código Penal para el Distrito Federal.

Nuestro Código Civil admite la reparación moral de manera générica y condicionada, por lo cual también existe la necesidad de que en materia penal se admita.

Asimismo, la reparación ordenada a título de indemnización se dice que no es autónoma, sino que se encuentra supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de un daño de naturaleza patrimonial. Si no existe un daño patrimonial no podrá existir un daño moral, lo cual sucede en la práctica penal, reflejandose en los delitos imprudenciales.

Por el contrario, ¿Que sucede en los delitos que no traen aparejado un daño patrimonial, como es el caso de los delitos sexuales; por lo cual es necesario que se implemente el daño moral en nuestra materia penal.

El monto de dicha indemnización fijada por el Juez se limitara a lo establecido legalmente, a dos terceras partes de lo que se condene por daño patrimonial como máximo, siempre que trae como consecuencia también un daño patrimonial, pero en el caso antes citado es necesario que se indemnice a la víctima afectada.

También es necesario manifestar que los bienes que tutela el daño moral, se pueden clasificar en bienes que integran el patrimonio moral objetivo y el patrimonio moral subjetivo.

Patrimonio moral afectivo o subjetivo: Se integra por afectos, creencias, sentimientos, vida privada y configuración y aspectos físicos; y en tanto que:

Patrimonio moral social u objetivo: Se integra por decoro, honor, reputación y de la consideración que de la persona tienen los demás. Encuadrándose aquí los delitos sexuales, por ejemplo: LA VIOLACION, en donde la víctima queda excesivamente afectada y el sujeto activo le causa un daño social u objetivo, no ligado con un daño patrimonial, sin embargo, debe ser resarcido.

La reparación del daño en los términos establecidos por la ley, ha sido siempre en forma ilusoria; en donde se deben considerar dos casos: el primero es cuando a las víctimas o a los herederos no les interesa y consideran como vergonzoso aceptar dinero, ya que consideran que la vida humana de su ser querido no tiene valor apreciable en dinero. El segundo caso es el de las personas que quedan completamente desamparadas, por ser la víctima, principalmente de los delitos de Homicidio Imprudencial, siendo éste su único sostén y sin recursos de ninguna especie con hijos, incapaces de sostenerlos y son personas que como se dice viven al día.

Dado el carácter de estos supuestos, son de interés preponderantemente social, ya que el Estado personifica en el defensor social que es el Ministerio Público, para complementar su función debe subrogarse al particular responsable y hacer efectiva de inmediato el monto de la reparación del daño, en cuanto se demuestre la Responsabilidad Penal del acusado, ya que al terminar el proceso no se hace efectivo el pago de la reparación del daño, o bien el sujeto activo es insolvente, con la salvedad de que el activo del delito pueda obtener bienes al transcurso del tiempo y hacer efectivo el pago de dicha reparación, tomando en cuenta los bienes presentes y futuros que pueda percibir el activo del delito.

Por lo anterior, debe de proceder la reparación del daño, aún cuando en ese momento el obligado a efectuar dicho pago sea insolvente, ya que este con posterioridad podrá percibir mejores bienes económicamente y hacer efectivo dicho pago, y no así proceder la absolución de la reparación del daño por la ausencia de capacidad económica del activo del delito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Toda comisión de un delito trae como consecuencia un daño, ya sea directo o indirecto. El primero lo resiente el sujeto pasivo u ofendido, siendo este de naturaleza patrimonial o material ó extrapatrimonial o moral; el segundo el que es causado a la sociedad.

SEGUNDA.- Nuestras Leyes Sustantivas y Adjetivas Penales respecto a la reparación del daño son obscuras, omisas e inaplicables, porque no cumplen con su finalidad.

TERCERA.- Es necesario que se implemente en nuestro Código Penal, el Daño Moral, y se especifique que comprende la indemnización del mismo; ya que es consecuencia de la comisión de un ilícito penal.

CUARTA.- Debemos entender por Daño Moral para nuestra materia; como toda lesión, detrimento, menoscabo, pérdida que sufre una persona en su patrimonio, ya sea en un derecho; o en un bien jurídico tutelado cualquiera que sea éste.

QUINTA.- La reparación del daño como pena pública que es, deberá exigirse por el Ministerio Público, siempre que legalmente proceda y no esperar a que el ofendido la pida, teniendo la obligación de exhibir las pruebas que esten a su alcance pa-

ra pedir se condene al pago de la reparación del daño. Ya que vela por los intereses del ofendido, y no hacerlo sólo a petición del mismo.

SEXTA.- Resulta aconsejable incorporar en nuestra Ley Penal Adjetiva, las atribuciones a cargo del Ministerio Público, para que intervengan ante la autoridad competente hasta que el pago de la Reparación del Daño quedé satisfecho.

SEPTIMA.- En los delitos imprudenciales determinar independientemente de que aporten pruebas o no, se fije el monto del daño, ya que siempre existe un daño que cubrir.

OCTAVA.- Una vez que se haya dictado sentencia condenatoria al acusado; no se debe conceder ningún beneficio mientras que no cumpla con la sanción establecida en lo que respecta al pago de la reparación del daño, ya que en la mayoría de los casos por los beneficios que se les otorga nunca cubren dicha condena.

NOVENA.- No debe de proceder la absolucón de la reparación del daño por ausencia de capacidad económica del acusado, debiendo aplicarse los bienes de éste presentes y futuros.

DECIMA.- Así como es exigible la pena de prisión por el juez competente, también debería de ser exigible el pago de la reparación del daño por la misma autoridad.

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

- 1.- BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 7a/e. Tomo II, Editorial Porrúa; México, 1974.
- 2.- BREBIA, Roberto H. El Daño Moral. Orbi, Buenos Aires, 1967.
- 3.- CASTELLANOS, Fernando. Liniamientos Elementales de Derecho Penal. 25a/e, Editorial Porrúa; México, 1988.
- 4.- COLIN Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 13a/e, Editorial Porrúa; México, 1992.
- 5.- DE CUPIS, Adriano. El Daño. Editorial Bosch, Barcelona, 1975.
- 6.- GARCIA Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 38a/e, Editorial Porrúa; México, 1986.
- 7.- MARGADANT Floris, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 14a/e, Editorial Porrúa, México, 1986.
- 8.- MOTO Salazar, Efraín. Elementos del Derecho. 32a/e, Editorial Porrúa; México, 1986.
- 9.- OCHOA Olvera, Salvador. La Demanda por el Daño Moral. Editorial Mundonuevo, México, 1991.

- 10.- OSORIO y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. 2a/e, Editorial Trillas, México, 1986.
- 11.- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 19a/e, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1970.
- 12.- REYES Tabayas, Jorge. Derechos del ofendido por causa del delito, Procuraduría General de Justicia del D.F. , México, 1987.
- 13.- RIVERA Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 18a/e, --- 18a/e, Editorial Porrúa, México, 1989.
- 14.- ROGINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 3a/e, - Tomo II, Editorial Porrúa; México, 1976.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

- 1.- Código Civil del Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, 57a/e, Editorial Porrúa, México. 1989.
- 2.- Código Penal del Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, 3a/e, Editorial Andrade, México 1990.
- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 3a/e, Editorial Andrade, México 1990.
- 4.- Código Federal de Procedimientos Penales, 3a/e, Editorial Andrade, México, 1990.
- 5.- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 90/e Editorial Porrúa, México. 1990.
- 6.- González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado.- 9a/e, Editorial Porrúa; México, 1989.
- 7.- Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado, 17a/e, Editorial Porrúa; México, 1993.

8.- Trueba Urbina, Alberto y Trueba Barrera, Jorge. Ley Federal del Trabajo. 63a/e. Editorial Porrúa; México, 1990.