

321309

20
20

UNIVERSIDAD TEPICAC AC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213 CON FECHA 16 · X · 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FALLA DE ORIGEN

**LA REPARACION DEL DAÑO EN EL SISTEMA PENAL
DEL DISTRITO FEDERAL**

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MANUEL ANGEL VAZQUEZ CRUZ

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. JOSE BERNARDO COUTO SAID
CED. PROFESIONAL 220325

MEXICO, D.F.

1995



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.

**DEDICO EL PRESENTE TRABAJO DE
TESIS:**

A TI HIJA, LOURDES SARAHI, SIMBOLO DEL AMOR PURO Y SINCERO, POR QUE FUISTE EL PRINCIPAL MOTIVO QUE ME IMPULSO A LA CULMINACION DE MI CARRERA PROFESIONAL, ESPERO HABER HECHO BIEN LAS COSAS Y SEGUIRLAS HACIENDO IGUAL, POR TU BIENESTAR, TE QUIERO PARA SIEMPRE.

A MIS PADRES, SOCORRO Y MANUEL, POR SU GRAN APOYO EN TODOS LOS MOMENTOS DIFICILES DE MI VIDA, ESPECIALMENTE POR LA PERMANENTE E INCONDICIONAL CONFIANZA DEPOSITADA, PRINCIPALMENTE A TI MADRE, ESPERO CON ESTE PEQUEÑO TRABAJO Y TODO LO QUE SIGNIFICA, HABER REPARADO EL GRAN DAÑO CAUSADO AL HABER SUSPENDIDO TEMPORALMENTE MIS ESTUDIOS PROFESIONALES, PERO TODO TIENE UNA RAZON, ETERNAMENTE AGRADECIDO.

A TI MARIA DE LOURDES, COMPAÑERA DE LOS ULTIMOS
AÑOS DE MI VIDA, POR TU SILENCIO, PACIENCIA,
COMPRESION Y EL GRAN APOYO INCONDICIONAL QUE ME
HAS DADO PARA LOGRAR ESTE OBJETIVO, INFINITAMENTE
AGRADECIDO.

A MIS HERMANOS ANGELICA Y SERGIO, POR TODA LA AYUDA
QUE ME HAN BRINDADO, Y EN ESPECIAL A TI ANGELICA,
POR EL GRAN APOYO MORAL QUE ME HAS DEMOSTRADO, MIL
GRACIAS.

A MI SOBRINA LAURA ANGELICA, POR QUE CON TU SONRISA
FORTALECES EL ANIMO DE SEGUIR ADELANTE, TE DESEO
PARA SIEMPRE LO MEJOR DE LO MEJOR.

A LOS LICENCIADOS RICARDO PLIEGO RODRIGUEZ Y JOSE FRANCISCO MORALES RIOS, POR SUS VALIOSOS E INCALCULABLES CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIAS TRANSMITIDOS, ASI COMO LA CONFIANZA EN MI DEPOSITADA, ESPERO NO HABERLES FALLADO, MUCHAS GRACIAS.

AL LICENCIADO JOSE BERNARDO COUTO SAID, POR EL GRAN APOYO TEORICO Y MORAL BRINDADO, SIN EL CUAL NO HUBIERA SIDO POSIBLE LA CULMINACION DE ESTE TRABAJO, GRACIAS MIL.

A LA UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC, POR HABERME DADO LA GRAN OPORTUNIDAD DE FORMAR PARTE DE SU COMUNIDAD UNIVERSITARIA, YA QUE GRACIAS A ELLA PUDE LOGRAR LA CULMINACION DE MI CARRERA PROFESIONAL, MUY AGRADECIDO.

INDICE .

INTRODUCCION.

II

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1. Carácter social de las penas primitivas.	2
1.2. La venganza privada o de sangre.	3
1.3. Antiguo Oriente.	6
1.4. Grecia.	8
1.5. Roma.	8
1.5.1. Obligaciones nacidas ex delicto. Generalidades.	10
1.5.2. Caracteres de la obligación ex delicto.	11
1.5.3. Delitos públicos.	12
1.5.4. Delitos privados.	12
1.5.5. Principales delitos privados.	14
A. Furtum.	15
a. Nociones y elementos.	16
b. Objeto.	16
c. Consecuencias.	17
d. Obligaciones. Acción Furti.	17
e. Restitución de la cosa hurtada.	19
f. Ocultación de la cosa hurtada.	20

B. Damnum iniuria datum. (Daño causado injustamente).	21
a. La Ley Aquilia.	22
b. Elementos del delito.	24
c. Consecuencias del delito. Acción Legis Aquiliae.	24
C. Injuria o lesiones.	26
1.5.6. Obligaciones nacidas quasi ex delicto.	28
1.6. Derecho Germánico.	30
1.7. Derecho Canónico.	30
1.8. Venganza pública.	31
1.9. Periodo humanitario.	33
1.10. Periodo científico.	34
1.11. Derecho Penal Precortesiano.	35
1.12. Epoca Colonial.	39
1.12.1. Las Leyes de Indias.	40
1.12.2. Las Ordenanzas de Minerías.	41
1.12.3. Las Ordenanzas de Gremios.	42
1.13. Epoca independiente.	42
1.13.1. Primeras leyes penales.	43
1.13.2. Código Penal de 1871.	44
1.13.3. Los trabajos de revisión de 1912.	46
1.13.4. Código Penal de 1929.	47
1.13.5. Código Penal de 1931.	49

CAPITULO II.

LA PENA.

2.1. La función punitiva del Estado.	53
2.1.1. Filosofía Penal hasta Carrara.	55

2.1.2. Escuela Clásica.	57
2.1.3. Escuela Positiva.	59
2.1.4. Escuela de la Defensa Social.	62
2.1.5. Controversia doctrinal entre las Escuelas.	64
2.2. Noción de la pena.	67
2.3. Justificación y fin de la pena.	76
2.4. Teorías de la pena.	78
2.5. Penología.	85
2.6. Clasificación.	88
2.7. Sanción pecuniaria.	94
2.7.1. La multa.	95
2.7.2. Reparación del daño.	96

CAPITULO III.

LA REPARACION DEL DAÑO.

3.1. Consideraciones generales.	116
3.2. Algunas consideraciones sobre el daño.	121
3.3. Tipos de daño.	124
3.4. Daño patrimonial y daño moral.	125
3.5. Reparación del daño moral.	130
A. Definición.	130
B. Bienes jurídicos que tutela.	131
C. Patrimonio moral.	133
- Objetivo o social.	133
- Subjetivo o afectivo.	134
D. Bienes del patrimonio moral.	135
- Objetivo o social.	136

- Subjetivo o afectivo.	138
E. Titulares de la acción de la reparación moral.	141
- Directos.	141
- Indirectos.	142
F. Personas obligadas a reparar moralmente.	145
- Directas.	145
- Indirectas.	145
G. Monto de la indemnización moral.	149
H. Jurisprudencia.	157
3.6. Reparación del daño patrimonial.	165
A. Concepto.	165
B. Aspectos que lo integran.	168
C. Personas obligadas a la reparación patrimonial.	169
D. Monto de la reparación del daño patrimonial.	170
E. Jurisprudencia.	174
3.7. Intervención del ofendido en el Procedimiento Penal del Distrito Federal.	183
CONCLUSIONES.	192
BIBLIOGRAFIA.	199

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

El presente trabajo de tesis, lo he realizado con el ánimo de hacer un análisis, y destacar la importancia y necesidad que tiene la pena pecuniaria de reparación del daño, dentro del sistema penal del Distrito Federal, considerando ésta como una sanción jurídica que se impone al declarado culpable del delito, siendo además, la justa retribución del mal del delito, proporcionada a la culpabilidad del sujeto activo, exigiendo esa idea de retribución que al mal del delito sobrevenga, la aflicción de la misma, para la integración del orden jurídico violado, misma que es aplicada por parte del Estado, de acuerdo al poder sancionador y preventivo que en base a los conceptos del delito, responsabilidad del sujeto y pena, le confiere el Derecho Penal, a través del conjunto de normas jurídicas cuyo fin es la regulación del desarrollo y eficacia de las relaciones jurídicas, que están contenidas precisamente dentro del Derecho Procedimental Penal del Distrito Federal.

La preocupación principal que me determinó a elaborar dicho estudio, lo constituyen las víctimas del delito, que son las que sufren los efectos del delito, padeciendo daño por culpa ajena, y que hasta nuestros días todavía, no han aprovechado de ninguna forma los esfuerzos del Estado para la reparación del daño causado, subsistiendo sus sufrimientos, funcionando los Tribunales como si no existiera la víctima, por lo que estimo que el sufrimiento de ésta es doble, pues como contribuyente tiene que pagar los gastos judiciales y todo ello es mas de lamentar cuando las víctimas de

los delitos son por lo general personas de escasos recursos económicos.

Para el desarrollo del mismo, tome conceptos y opiniones de diversos autores que a mi juicio consideré, de alguna forma, hacen alusión a dicha pena de manera formal, destacando por supuesto la fuente de los que fueron sustraídos; aplicando además, diversos puntos de vista, que han sido sustentados y discutidos por diversas autoridades administrativas, investigadoras y judiciales, que he presenciado y participado, durante la escasa experiencia que dentro del medio judicial penal he adquirido.

Propongo además, con base en estricta justicia y dentro del marco legal, ciertos lineamientos, que bien podrían ser rectores para los órganos jurisdiccionales, acerca del monto que debe fijarse para la reparación de los daños morales sufridos, situación que hasta nuestros días es desconocida y debido a ello, el establecimiento de su condena resulta insuficiente, y en la mayoría de los casos nula.

Destaco por otro lado, la casi negada intervención que tiene el ofendido o la víctima dentro del proceso penal del Distrito Federal, lo cual resulta en perjuicio suyo, ya que al no tener conocimiento directo del desarrollo de la investigación y calificación de los hechos delictivos que sufrió, trae como lógica consecuencia, la pérdida de interés hacia la restitución patrimonial que ha sufrido, o al resarcimiento moral que se le ha ocasionado.

El presente trabajo de investigación, lo desarrollé en tres capítulos; en el primero, hago un análisis de los principales antecedentes históricos de los que se tiene conocimiento, tratando de destacar en todos ellos, la concepción que se tenía de la pena pecuniaria de reparación del daño, principalmente en Roma, fuente directa de la actual reparación del daño moral, así como en el Derecho Mexicano, y las diversas formas en que se ha concebido, a lo largo de la creación de nuestro actual Código Penal; el segundo capítulo, lo dedique al estudio de la pena en general, las diversas teorías que la estudian, su legal aplicación por parte del Estado, su clasificación, para terminar dando un panorama general de lo que es la pena pecuniaria de reparación del daño propiamente dicha; en el tercer y último capítulo, realice un estudio en particular de la mencionada pena pecuniaria, analizando el concepto de daño y los diversos tipos que existen, puntualizando los principales aspectos que comprenden la reparación del daño material y extrapatrimonial o moral, como son el patrimonio que afectan, las personas afectadas, la forma de repararlo, las personas obligadas a resarcirlo, así como la determinación de su monto, destacando en cada uno de estos, las tesis jurisprudenciales más sobresalientes que en la materia ha elaborado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, terminando por analizar la intervención que tiene el ofendido dentro del proceso penal en el Distrito Federal.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1. Carácter social de las penas primitivas.

Las penas primitivas fueron primero, la reacción natural de cada uno contra la lesión en sus bienes, vida e integridad corporal. En el interés de los propios hombres estuvo después, reaccionar contra la transgresión de las normas de convivencia comunes, castigando al que hubiera atentado contra los intereses de cada uno. De aquí el carácter social de la venganza. Todo cuanto ofendiera, cuanto atentara racional o irracionalmente contra los bienes de los hombres, debía ser castigado.

Las normas penales protegen eficaz e inmediatamente los derechos, y así, en el reinado de los instintos primarios, la pena tutela toda clase de derechos; en las XII Tablas se encuentra la sanción penal protegiendo contra infractores puramente civiles; el acreedor que no pueda cobrar íntegramente su crédito podrá cortar de su deudor cierta cantidad de carne, y si cortase más, no merecerá castigo (sine fraude esto); y con el Shylock de Shakespeare, perdurará hasta la Edad Media, tan intimidante amenaza sobre el deudor insolvente.

Es que la protección penal brinda excepcional eficacia a los bienes y a las normas de convivencia social recién nacidas; y es que la distinción entre lo civil y penal, que aún en nuestros días ocupa una zona polémica, precisa desde luego la superación

evolutiva de los instintos y su final derrota por los sentimientos sociales de paz jurídica y de solidaridad humana.

1.2. La venganza privada o de sangre.

El nexo de consanguinidad unifica vigorosamente los linajes produciendo una comunidad de cultos, económica, de usos y de relaciones. Un tipismo acusado caracteriza ya a los grupos familiares; y así la "gens" absorbe la defensa-ofensa, que pasa a adoptar formas históricamente superiores: privación de paz, persecución. El hombre, reforzado en su gens, que hace suyo el derecho de venganza, se siente ya ligado al grupo; no está solo, cuenta ahora con su derecho a ser protegido y vengado; correlativamente, reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y de someterse a ellos. Puede así, hablarse de derechos y deberes.

Por una supervivencia superada se reconoce hoy, que el Ministerio Público representa a la sociedad al ejercitar la acción penal contra los delincuentes; la venganza privada ha sido superada por la función punitiva del Estado, al servicio de la paz pública.

(1)

No toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna; solo tiene relevancia, como equivalente de

la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

Para Pessina, la primera reacción que se despierta en la conciencia de las primitivas colectividades, al constatar la atrocidad de los grandes crímenes, es la descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, pero que reviste caracteres de pasión, constituyendo una venganza colectiva. "Quien rompe la paz pierde la guerra", el individuo que lesiona, hiere o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra él, tienen los ofendidos, derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a constituir un deber ineludible como venganza de familia. (2)

Entre la misma gens o la misma tribu la reacción ilimitada y excesiva representaba un debilitamiento frente a grupos antagónicos, cuando lo deseable era el debilitamiento de éstos. Por ello, la ofensa vindicatoria pasó a ser limitada sólo para los propios, pero ilimitada para los demás. Su primera limitación: "el talión" -de "talis" el mismo o semejante "ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura"- acotó la venganza con sentido humanitario hasta la dimensión exacta de la ofensa. El talión representa, sin lugar a duda, un considerable adelanto en los pueblos antiguos, al limitar los excesos de la venganza, ya

2. Pessina, Elementos de Derecho Penal, pp. 75 y 76

personal o del grupo, señalando objetivamente la medida de la reacción punitiva en función del daño causado por el delito. (3)

Otra limitación, la composición o rescate del derecho de venganza, por medio del pago hecho por el ofensor, en animales, armas o dinero, humanizó igualmente y dentro de un progreso todavía mayor, las proyecciones de la venganza privada. La composición, instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a substituir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito, constituyó una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero, por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario.

En la composición se distinguen dos momentos: ocurrido el delito, ofendido y ofensor, voluntariamente y en cada caso, transan mediante pago hecho por el segundo; después, generalizada esta solución, es el grupo el que exige la composición entre ofendido y ofensor, ajenamente a la voluntad de éstos; en el primer momento subsiste la venganza privada, pero el grupo castiga cuando el ofendido lo reclama; en el segundo, ante la eficacia del sistema, es el grupo mismo el que impone la solución pacífica.

En la época de la composición legal, señala Fontan Balestra, la composición en sí o "wegerled" era la suma abonada al ofendido o

3. Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 52

a su familia, en tanto el "fredo" era la suma recibida por el Estado, como una especie de pago por sus servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las compensaciones. (4)

Talión y composición representan un adelanto moral y jurídico para la humanidad, la multa en beneficio del Estado, es una supervivencia evolucionada de la primitiva composición; el código penal recoge un caso de talión en el delito de calumnia (art. 356); la misma pena de muerte, en donde está establecida, es talión.

1.3. Antiguo Oriente.

En el derecho protohistórico de los pueblos se advierte ya la venganza privada; la más antigua codificación conocida, el Código de Amurabí -el Carlomagno babilónico-, que data del siglo XXIII a.C. contiene dicha forma, que podemos observar en los siguientes preceptos:

Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierda el ojo suyo.

Art. 197.- Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo.

Art. 229.- Si un maestro de obras construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al

4. Carlos Fontan Balestra, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, pp. 60 y 61

propietario, dese muerte a aquél maestro.

Art. 230.- Y si mata al hijo del dueño, dese muerte al hijo del maestro de obras. (5)

La codificación de Ammurabí, perteneció a una civilización muy avanzada, como lo demuestran sus graduaciones y aplicaciones ético-psicológicas, la distinción entre derecho patrimonial y público, sus garantías procesales, la regulación de la imputabilidad, en general la variedad y complejidad penales que contiene.

Respecto a Israel, su derecho penal se contiene en el Pentateuco mosaico, siglo XIV a.C., que revela en diversos puntos la influencia babilónica, tal es el caso del Levítico XXIV, 19, 20, que reza: "El que golpee a su prójimo de modo que le deje con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá rotura por rotura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trató al otro".

Se encuentra además, el talión, en las Cinco Penas Chinas del emperador Seinu y en el Antiguo Egipto, una de cuyas leyes decía:

"No matéis si no queréis ser muertos; el que mate sea muerto".

1.4. Grecia.

No obstante ser considerado el delito como imposición fatal del destino (ananké), el delincuente debía sufrir pena: Edipo y Orestes eran sacrificados; Licurgo hizo castigar el celibato y la piedad para el esclavo, mientras declaraba impune el robo ejecutado diestramente por los adolescentes; Dracón distinguió ya entre delitos públicos y privados, señalando un progreso que Roma había de recoger. Los filósofos, principalmente Platón y Aristóteles, penetraron hasta el fin científico de la pena, anticipándose a la moderna Penología; así Platón aseveró que si el delito es una enfermedad, la pena "es una medicina del alma", y Aristóteles que "el dolor infligido por la pena debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada", anticipándose al correccionalismo.

1.5. Roma.

En la Roma Antigua, "poena" significaba tanto como composición: "poena est noxae vindicta". En las XII Tablas se ven consagradas la venganza privada, el talión y la composición. "Si membreum rupit, ni cum eo pacit, talio esto", por la fractura de un hueso o un diente a un hombre libre, pena de trescientos ases; a un esclavo, ciento cincuenta ases. "Si injuriam faxit alteri viginti quinque aeris poenae sunt". (6)

6. Ibid., p. 97

Aulo Gelio en las "Noches Aticas", refiriéndose a la mutabilidad de las leyes según las necesidades a que han de atender, dice: "ignoras acaso que las leyes son remedio cuyo mérito depende de la oportunidad y que deben cambiar según las costumbres de los tiempos", y pugna por la humanización de las penas.

Durante tiempo considerable se pensó que el Derecho Romano solo regulaba la reparación de los daños que recaen sobre bienes de naturaleza patrimonial. Incluso se llegó a afirmar que la legislación romana no ordena otro tipo de reparación que la del daño causado en un bien material o patrimonial.

Parecía difícil hablar en Roma, de que la deslealtad de un esclavo causara un perjuicio extrapatrimonial, o pensar que existiera agravio moral cuando la conducta ilícita de un ciudadano atacaba la vida privada de otro. La idea rectora en materia de reparación de daños, es que siempre éstos recaían sobre bienes materiales y con dificultad se podía condenar a alguien por una lesión en los sentimientos, por ejemplo.

Roberto H. Brebia, sostiene lo siguiente: es un error afirmar, partiendo del principio de la pena pecuniaria en el procedimiento romano, que el Juez no podía apreciar mas interés que el de los bienes económicos. La condena pecuniaria en sus manos abrazaba, por el contrario, todos los intereses que el derecho reconocía como realidades y dignos de protección, a la "vera rei aestimatio", como objeto de la estimación judicial, se añade según lo que precede: "affectus, affectiones, veracundia, pietas,

voluptas amoenistas, incommoditas, etc". El demandante debe percibir reparación, no sólo por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones ocasionales en su bienestar y convivencia. El Juez debe, teniendo en cuenta las circunstancias especiales, fijar la reparación libremente apreciando (quanti interest ex injuria). En suma, al lado de su función equivalente y de pena, el dinero tenía también en el Derecho Romano una función de satisfacción; las expresiones "id quod interest tec", indican en el lenguaje de las fuentes, no sólo el interés pecuniario, sino todo interés jurídicamente protegido. (7)

En posteriores líneas, analizaré algunos de los hechos ilícitos mas importantes de que se tiene conocimiento, generadores de reparación dentro del Derecho Romano, cuyo antecedente parece ser el más directo en materia de reparación del daño dentro del Derecho Penal mexicano.

1.5.1. Obligaciones nacidas ex delicto. Generalidades.

El delito es un hecho ilícito, es decir, una infracción castigada por la Ley.

Los Romanos han considerado el delito como una fuente de obligación civil; pero las consecuencias no han sido nunca las mismas que en nuestro Derecho moderno. Hay que hacer, a este respecto, una distinción, que parece remontarse a los primeros

7. Roberto H. Brebia, El daño moral, p. 122

siglos de Roma, entre los "delicta privata" y los "delicta publica".

1.5.2. Caracteres de la obligación ex delicto.

En el Derecho Clásico, la obligación nacida del delito tiene por objeto el pago de una pena pecuniaria, que sólo es en algunas veces el equivalente del perjuicio causado, pero que con frecuencia le es superior y enriquece entonces al demandante.

Se forma siempre "re", es decir, por la realización de un hecho material.

Las únicas personas que no pueden obligarse por el delito son las que no son responsables de sus actos.

El objeto de una obligación nacida de un delito consiste siempre en la "datio" de una cantidad de dinero determinada.

Las obligaciones nacidas de los delitos se extinguen en principio por la muerte del deudor; los herederos del culpable no están obligados.

Pero aquellas sobreviven a la "capitis deminutio" del autor del delito. (8)

8. Eugéne Petit, Tratado elemental de Derecho Romano, pp. 455 y 456

1.5.3. Delitos públicos.

Los delitos públicos eran los que atacaban directa o indirectamente al orden público, o bien a la organización política o a la seguridad del Estado.

Daban lugar a una persecución criminal ejercida según las reglas propias, delante de una jurisdicción especial. No solo se trata mas que de los delitos privados, considerados como creando obligaciones a cargo del culpable y en provecho de la parte lesionada.

Todos los crímenes públicos, atentatorios a la seguridad del Estado, quedaron incluidos en la Lex Julia, la cual aparece reproducida en el Digesto.

La Lex Julia comprendió los delitos contra la seguridad externa del Estado, clasificando los que comprometían la integridad territorial, la entrega de hombres al enemigo, la deserción, la traición por vileza, la excitación de un pueblo de guerra y otros.

(9)

1.5.4. Delitos privados.

Los delitos privados eran actos humanos, contrarios al derecho o a la moral, de consecuencias materiales a veces intencionadas, pero

9. Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 55

de consecuencias jurídicas no intencionadas, que daban lugar, no solo a una indemnización, sino también a una multa privada en favor de la víctima, y que, únicamente podían perseguirse a petición de ésta. No se trataba necesaria y exclusivamente de actos dolosos, entraban así también en esta categoría, actos meramente culposos.

(10)

Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público.

La Ley de las XII Tablas, preveía y castigaba cierto número de estos hechos, muy frecuentemente atestigua una civilización más avanzada, sustituyendo a la venganza privada una pena pecuniaria, que es un verdadero rescate pagado por el culpable.

Los Decenviros solo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y darle una forma menos bárbara, reemplazándola por una multa. Es lo que explican los caracteres de la represión tal como estaba entonces organizada: a) a la parte lesionada solo pertenece el derecho de perseguir al autor del delito. Su acción va a dar en una condena pecuniaria cuyo importe es entregado por el demandado; b) la pena se mide por el resentimiento de la víctima mas que por la culpabilidad del agente. Así, el ladrón es castigado mas severamente cuando es cogido en el hecho; c) el legislador, al fijar la multa debida por el culpable, no se ha preocupado, al

menos en general, de la reparación del perjuicio; es una especie de composición legal con que tiene que contentarse la víctima. (11)

A veces, sin embargo, cuando el daño no ha parecido bastante grave para excitar el resarcimiento de la víctima, la ley no obligaba al autor del delito, más que a reparar el daño.

Después de la Ley de las XII Tablas, las leyes penales y la jurisprudencia, consagraron y desarrollaron poco a poco, un sistema más perfeccionado. Por una parte se tuvo en cuenta, en una medida más alta, la intención criminal en el autor del delito; por otra parte, la pena fue mejor proporcionada al daño causado. Pero siempre es a la parte perjudicada a quien queda el derecho de obrar contra el culpable, según las reglas ordinarias del procedimiento civil.

1.5.5. Principales delitos privados.

Las Instituciones de Gayo y las de Justiniano no citan más que cuatro delitos privados: 1. El "furtum" o hurto; 2. El daño causado injustamente y castigado por la ley Aquilia, "damnum injuria datum"; 3. El robo y el daño acompañados de violencia, "bona bi rapta"; 4. La injuria "injuria".

Pero hay otros menos importantes, como podían ser: el delito de corrupción de esclavo, la acción "servi corrupti" implicaba una

11. Eugène Petit, *op. cit.*, pp. 454 y 455

condena del duplo del daño, el delito consistente en cortar árboles ajenos, sancionado en virtud de la Ley de las XII Tablas por la acción de "arboribus succisis", que encerraba una pena de 25 ases por árbol, y en virtud del edicto del pretor por la acción mas amplia "arborum furtum caesarum" con condena del duplo.

A. Furtum.

El hurto era, en Derecho Romano, el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa misma, de su uso o de su posesión.

Etimológicamente, "furtum" relacionado con "ferre", es llevarse cosas ajenas, sin fundamento en un derecho. Sin embargo se fue extendiendo el campo de acción de éste delito, partiendo del "furtum rei", de modo que llegaba a ser todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno, incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa, e incluyendo también el "furtum possessionis" que encontramos cuando el mismo propietario de una cosa la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla, como podía ser el acreedor prendario. (12)

Todo lo anterior, queda condensado en la cita de Paulo: el robo es un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso, o su posesión.

12. Guillermo F. Margadant S., op. cit., p. 433

a. Nociones y elementos.

El delito de hurto, supone la reunión de las condiciones siguientes:

- Es preciso un hecho, "contrarectatio rei", es decir, el acto de coger una cosa para apoderarse de ella, y también el hecho de apropiársela, de disponer de ella.

- Es preciso que al hecho se una la intención fraudulenta, el "affectus furandi", es decir, la conciencia en el ladrón de obrar en fraude de los derechos de un tercero y cometer un hurto.

- Es preciso que el acto haya sido realizado contra la voluntad del propietario, "invito domino".

- Es preciso que el autor del acto, tenga intención de sacar provecho, "lucri faciendi gratia".

b. Objeto.

Pueden ser objeto de un hurto los muebles corporales susceptibles de propiedad privada. Por otro lado, no podrá haber delito de hurto:

1) en los bienes inmuebles,

2) en las cosas no susceptibles de propiedad privada, y

3) en las cosas incorpóreas.

c. Consecuencias.

El efecto directo del hurto es crear a cargo del ladrón una obligación nacida del delito, y que tiene por objeto, en el Derecho Clásico, el pago de una multa mas o menos grande. Está sancionada por una acción penal, la acción "furti".

La víctima del hurto tiene también otras acciones para obtener la restitución de la cosa robada o de su valor, "rei persecuandae causa".

d. Obligaciones. Acción Furti.

La Ley de las XII Tablas castigaba rigurosamente el hurto. Para el hurto manifiesto, es decir, cuando el ladrón era cogido en el hecho, pronunciaba una pena capital (llamaban los Romanos capital no sólo a la pena de muerte, sino también a toda pena que llevara consigo la "capitis diminutio" del culpable). Después de haber sido azotado, el hombre libre era atribuido como esclavo a la víctima del hurto; el esclavo era precipitado de la roca Terpeya.

En cualquier otro caso, el robo era "non manifieste" y, la acción "furti" no arrastraba contra el ladrón mas que una condena pecuniaria del duplo. La pena del hurto manifiesto era demasiado severa. En fecha incierta, el pretor instituyó una multa del cuádruplo.

La acción "furti" era siempre perpetua y arrastraba para el culpable la nota de infamia.

La cantidad que debía ser duplicada o cuadruplicada, para formar el importe de la condena, representaba el interés que tenía el demandante en no ser robado. Este interés no podía ser menor a la estimación del objeto robado en el momento del hurto; si la cosa robada adquiere una plus valía, había que estimar el interés del demandante según el valor más alto que haya alcanzado después del hurto.

La acción "furti" se da: a) contra el autor del delito, si hay varios ladrones cada uno está obligado por el todo, y la multa era debida tantas veces como culpables hay; b) contra cada uno de los cómplices, el cómplice es el que ha participado en el delito "ope et consilio" quien ha prestado al ladrón una asistencia material, "ops" con la voluntad, "consilium" de cooperar al hurto, solo es posible en la acción "furti nec manifesti".

A veces la acción "furti" no era dada contra el ladrón. El jefe de la familia no podía ejercitarla contra los hijos puestos bajo su potestad, no siendo que se tratara de un hijo de familia que tuviera peculio castrense, ni contra sus esclavos, ni contra sus libertos y sus clientes, era igualmente negada entre cónyuges.

Todo el que tuviera un interés legítimo en que el hurto no se cometiera se hace acreedor del ladrón, por consecuencia del delito, y podía ejercitar contra el ladrón la acción "furti".

e. Restitución de la cosa hurtada.

Para hacer regresar a su patrimonio la cosa robada o su valor, la víctima del hurto tiene tres acciones: la "rei vindicatio", la acción "ad exhibendum" y la "condictio furtiva".

Estas acciones no son dadas mas que al propietario de la cosa, y como tienden al mismo fin, debe escoger y no puede ejercitar mas que una. Sin embargo, si ha obrado "ad exhibendum" y obteniendo la exhibición de la cosa hurtada, puede después reivindicarla. En todos los casos tiene siempre además, la acción "furti", cuyo objeto es diferente. (13)

La "rei vindicatio" es la sanción del derecho de propiedad. El propietario puede así, reivindicar la cosa robada contra todo detentador, ya sea el ladrón o su heredero, o a un tercero adquirente de buena fe, que no podría, en efecto, oponerle la usucapión de una cosa robada.

La acción "ad exhibendum" es personal. Se da contra todo poseedor de la cosa robada y contra toda persona que ha dejado de poseer por dolo, bien entregando la cosa a un tercero, bien destruyéndola. El demandado está obligado a exhibir la cosa y, si no puede, pagar su estimación.

La víctima del hurto podía ejercitar una "condictio sine

13. Eugéne Petit, op. cit., p. 459

causa", sujeta a reglas propias, y que tomaba el nombre de "condictio furtiva". La atribución de una "condictio" a un propietario constituye una anomalía; por esta acción el demandante sostiene que la propiedad de la cosa robada debe serle transferida de nuevo, pero no ha cesado nunca de pertenecerle.

f. Ocultación de la cosa hurtada.

La Ley de las XII Tablas calificaba también de "furtum" la ocultación, es decir, el hecho de detener en su casa la cosa robada.

Había que distinguir a este respecto cuatro hipótesis:

1° "Furtum conceptum", aquel en cuya casa era encontrada la cosa robada, en presencia de testigo, estaba sujeto, como ocultado, a la acción "furti concepti" al triplo.

2° "Furtum prohibitum", si el ocultador se oponía a la busca de la cosa robada, la Ley de las XII Tablas organizaba, para hacer las pesquisas, un procedimiento especial, descrito por Gayo, cuando la cosa era así descubierta, el ocultador era tratado por la Ley como un ladrón "manifiesto"; el pretor dió contra él la acción "furti prohibiti" al cuádruplo.

3° "Furtum non exhibitum", el pretor permitió también ejercitar la acción "furti non exhibiti" al cuádruplo contra el ocultador que no presentaba, cuando era requerido, la cosa

encontrada en su casa.

4ª "Furtum oblatum", el ladrón o cualquier otra persona, que ha entregado a sabiendas la cosa robada a un tercero de buena fe, en cuya casa se ha encontrado después, está sujeto por su parte a una acción "furti oblati" al triplo. (14)

B. Damnum iniuria datum. (Daño causado injustamente).

Cuando una persona causaba sin derecho un perjuicio a otra atacando su propiedad, la equidad quiere que haya reparación en provecho de la víctima.

Disposiciones especiales se dictaron primero para los daños mas frecuentes y más graves.

Después, el pretor, por extensiones sucesivas, ha ensanchado el Derecho Civil y permitido la reparación del perjuicio causado fuera de las condiciones fijadas por la Ley.

Algunos hechos de daño ilícito habían sido previstos por la Ley de las XII Tablas; pero bajo la República, un plebiscito cuya fecha no se conoce, la Ley Aquilia, vino a reglamentar esta materia de una manera más completa, sin aplicarse, sin embargo, a toda clase de daño, y sirvió de punto de partida a las extensiones de la jurisprudencia.

14. *Ibid.*, p. 460

La jurisprudencia alemana comprendió en la indemnización aquiliana también una suma "por el dolor físico y por deformaciones corporales".

Sin embargo, los juristas trataron primero de fundar tales indemnizaciones en consideraciones pecuniarias, como "por esta deformación, ésta mujer necesita una dote superior para poder encontrar marido".

A finales del siglo XVIII, ya existía una opinión común de que el dolor y las deformaciones merecen una indemnización, independiente de todo perjuicio patrimonial.

A mediados de éste siglo, se nota la tendencia a añadir, indemnizaciones por el daño material y el dolor físico, otra indemnización por el daño psíquico.

a. La Ley Aquilia.

Esta Ley contenía tres capítulos, en la que era tratado y reprimido como delito el daño causado en determinadas condiciones. El primero trataba de la muerte dada a esclavos o animales ajenos; el segundo, del fraude cometido por el "adstipulator" que perdonaba la deuda al sujeto pasivo de la obligación coreal, materia ajena al presente estudio, y el tercero del daño causado en propiedades ajenas, con consecuencias distintas a las previstas en el primer capítulo. (15)

15. Guillermo F. Margadant S., op. cit., p. 436

El primer capítulo de la Ley Aquilia decidía que el que ha matado al esclavo ajeno, o un animal vivo en rebaño, "pecus", y perteneciente a otro, debe pagar el valor mas elevado que haya alcanzado el esclavo o animal en el año que ha precedido el delito.

El tercer capítulo se refería a cualquier otro daño causado a otro por lesión o destrucción de un bien suyo. El que ha hecho una herida, no mortal, a un esclavo o a un animal vivo en rebaño, o que ha matado o herido cualquier otro animal, o ha roto, quemado, destruído o dañado de una manera cualquiera una cosa inanimada, está obligado a pagar el valor mas elevado que el esclavo, animal o la cosa hayan tenido en los treinta últimos días antes del delito.

La acción de la Ley Aquilia no era dada más que al propietario de la cosa destruida o deteriorada. Además las disposiciones de la Ley sólo se aplicaban al daño consistente en una lesión material, "corpus laesum", y causado por el contacto mismo del autor del delito, "corpore".

Resultaba de ahí que, en muchos casos, en que el daño era causado sin derecho, la parte lesionada no podía obtener ninguna reparación.

El principio de la reparación fue también ampliado a hipótesis en que el daño carecía de una de las condiciones exigidas por la Ley, es decir, no había sido causado "corpore", pero donde presentaba, sin embargo, este carácter esencial de consistir en una lesión material "corpus laesum".

Podía suceder que el daño no fuera causado "corpore" y que no consistiera tampoco en la destrucción o deterioro de un objeto material, que no hubiera "corpus laesum".

b. Elementos del delito.

Es preciso que el daño consista en la destrucción o degradación material de una cosa corporal, "corpus laesum", y que sea causado "corpore", es decir, por el cuerpo, el contacto mismo del autor del delito.

Es preciso que el daño haya sido causado sin derecho, "injuria". Es lo que sucede, no solo cuando el autor del daño ha obrado por dolo, sino también cuando ha simplemente cometido una falta, aunque fuera ligera.

Es necesario y preciso que el daño provenga de un hecho del hombre. (16)

c. Consecuencias del delito. Acción Legis Aquiliae.

El autor de un daño que reúna los caracteres exigidos por la ley Aquilia está obligado "ex delicto" en virtud de la ley Aquilia.

La obligación, nacida en provecho de la parte lesionada, tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero igual al valor

16. Eugène Petit, op. cit., p. 461

más elevado que el objeto del daño haya alcanzado en el año que ha precedido el delito.

Según el texto mismo de la Ley, solo se tenía en cuenta el valor intrínseco de la cosa perjudicada. Pero los jurisconsultos agregaron, por interpretación, todo el perjuicio causado al propietario; así es como, en caso de asesinato de un esclavo instituido heredero, se debió tomar en consideración no solo el valor propio del esclavo, sino también de la sucesión.

Esta obligación es sancionada por una acción especial llamada "legis Aquiliae" o "damni injuriae". Si el demandado, interrogado ante el Magistrado, confesaba ser el autor del daño, el Juez no tenía mas que fijar la condena en los límites indicados anteriormente. Pero cuando el demandado negaba ser el culpable, el Juez, después de la verificación de los hechos, debía condenarle al duplo.

La acción Legis Aquiliae no pertenecía más que al propietario. Era dada contra el autor del delito y contra sus cómplices: cada uno de ellos debía pagar el importe íntegro de la reparación, y el pago hecho por uno no libraba a los demás; pero no era concedida contra los herederos del culpable mas que por el provecho que había sacado del delito.

La indemnización legal podía exceder del importe del daño; y además, si el culpable negaba haber causado el daño y perdía el proceso, su mala fe se castigaba con una condena al doble de la

indemnización legal.

C. Injuria o lesiones.

En el Derecho Preclásico, la injuria consistía en lesiones físicas; y la ley de las XII Tablas fijaba la pena del talión para el caso de que le fuera cortado un miembro del cuerpo de la víctima, permitiendo a las partes la "composición" voluntaria (que, generalmente, convendría más a la víctima, y siempre al culpable). Para el caso de fractura de un hueso, se fijaba, una "composición" obligatoria de trescientos ases, si la víctima era libre; y ciento cincuenta ases, si se trataba de un esclavo. Reclamaciones por lesiones menores se liquidaban mediante el pago de una multa privada de veinticinco ases. (17)

El antecedente mas remoto de lo que ahora conocemos por daño moral lo fue la injuria.

Nuestro actual daño moral, independientemente de tener una fuente directa en el Derecho Romano, como lo es la injuria, tiene también el antecedente directo de la forma en que ordena la reparación moral el órgano jurisdiccional, cuando determina la suma de dinero que se entregará a título de indemnización extrapatrimonial.

En Roma, la injuria, ejemplifica la protección de los

17. Guillermo F. Margadant S., op. cit., p. 440

derechos de la personalidad. Se sabe que después de caer en desuso las XII Tablas, que establecían para las distintas clases de injurias, penas tarifadas, el edicto del pretor permitió a la persona injuriada perseguir una reparación pecuniaria que podía estimarse por sí misma, y más tarde la Ley Cornelia dispuso que el damnificado debía elegir entre entablar una demanda para obtener una reparación privada, y la acción penal; en el primer caso la suma de dinero era para el injuriado, en tanto que en el segundo, el dinero era para el erario. (18)

La acción aquiliana difería de las acciones Cornelia y Pretoriana, en que la primera -*Damnun injuria datum*- se refería a la reparación del daño patrimonial causado con culpa, en tanto que las segundas eran dirigidas a obtener una pena privada.

Se busca, más que la indemnización por el perjuicio sufrido, una satisfacción equivalente al dolor moral o físico sufrido.

A consecuencia de la rigidez de este antiguo sistema y la cuantía inadecuada a las indemnizaciones, el pretor comenzó a fijar éstas, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y la calidad de las personas, y en general, todas las circunstancias del caso.

Además, el pretor extendió el concepto de injuria a lesiones "morales" (difamación, el hecho de dirigirse al fiador antes de comunicarse con el deudor para el cobro de un crédito; versos

18. Salvador Ochoa Olvera, La demanda por daño moral, pp. 18 y 19

satíricos, etc.).

En todos estos casos, la víctima podía ejercer la infamante "actio iniuriarum aestimatoria".

Como se trataba de proteger el prestigio personal, la legitimación activa, correspondía exclusivamente a la persona insultada, no a sus herederos. (Principio que sobrevive en el artículo 360 del Código Penal).

La jurisprudencia surgida alrededor de la injuria, exploró la zona fronteriza entre moral y derecho, y la "actio iniuriarum" se fue extendiendo, cada vez mas, a actos contrarios a la decencia normal que se debía observar, en el trato social con otras personas.

1.5.6. Obligaciones nacidas quasi ex delicto.

Las obligaciones nacidas "quasi ex delicto", tenían por sanción una acción pretoriana "in factum", que lleva consigo una condena a una multa, que variaba según los casos.

En las Instituciones de Justiniano, encontramos: el caso en que un Juez ha hecho el pleito suyo, cuando un Juez ha pronunciado una sentencia inicua o tachada de ilegalidad, sea por simple falta o por dolo, vuelve el pleito contra él, está pues obligado a reparar el daño causado, según una apreciación estrictamente equitativa.

De "effusis et dejectis", si objetos sólidos o materias líquidas, han sido arrojadas de una habitación a un lugar en que el público tiene costumbre de pasar, y han causado un daño, el autor del hecho puede caer bajo la aplicación de la Ley Aquilia. Pero el habitante principal de la casa, propietario o inquilino, es declarado responsable y obligado "quasi ex delicto" a pagar una multa a la parte lesionada.

De "positis vel suspensis", si se han colgado o colocado objetos en el alero o en el tejado de una casa, o encima de un paso público, y amenazan causar un daño con su caída, el habitante principal de la casa es también responsable y está obligado al pago de una multa. La acción es popular, podía ser ejercida por el primero que llegaba.

De la responsabilidad de los barqueros y posaderos, cuando se ha causado un daño, o cometido un robo, sobre un navío o en una posada, en perjuicio de un pasajero o de un viajero, la víctima del delito puede escoger entre la persecución del culpable, si le conoce, o una acción contra el dueño, que es responsable, a menos de convención contraria. Esta acción penal y perpetua, pero no transmisible contra los herederos, implica una condena al duplo.

De esta variada colección de casos, algunos han pasado, en el derecho posterior, al campo de los delitos públicos (dolo del Juez), mientras que otros encuentran actualmente su lugar en el derecho Civil (objetos caídos de ventanas). De todas formas, ninguna de las correspondientes figuras modernas da motivo ya a una

multa privada en beneficio de la víctima o del denunciante.

1.6. Derecho Germánico.

El Derecho Penal Germánico evolucionó hacia la preeminencia del Estado y contra la venganza privada. El Estado fue el autor de la paz es decir del derecho. El rompimiento de la paz, pública o privada, sometería al infractor a la venganza de la comunidad, del ofendido o de sus parientes.

A diferencia del Romano, el Derecho Germánico dio la mayor importancia al daño causado, mientras aquél a la intención. Después llegó a distinguir entre delitos voluntarios e involuntarios; para los primeros, la venganza privada, para los segundos, la composición. Finalmente en cuanto a ésta fueron perfilándose tres distintos capítulos: pago a la víctima en concepto de reparación del daño (wergeld), a la familia como rescate del derecho de venganza para cancelar la pena (buse) y a la comunidad, como pena, adicionada al "wergeld (friedegeld).

1.7. Derecho Canónico.

El derecho Canónico influyó en la humanización de la justicia penal orientándola hacia la reforma moral del delincuente, la preferencia del perdón sobre la venganza, la redención por medio del pecado, la caridad y la fraternidad; la "tregua de Dios" y el "derecho de asilo" limitaron la venganza privada señoreando al Estado sobre la comunidad; San Pablo había escrito a los Romanos; "coloca la espada

de la justicia en manos de la autoridad". Ecclesia abborret a sanguine: no ha de derramarse la sangre humana.

Confundiendo pecado y delito el Derecho Canónico vio, por ello, en el último una ofensa a Dios; de aquí que la venganza divina en sus formas excesivas de expiación y penitencia y el concepto retributivo de la pena. Expresaron San Agustín y Santo Tomás, el delito es pecado, la pena, penitencia.

En la mayoría de los casos bastaba la simple comprobación de la relación natural entre la conducta del sujeto y el daño material causado para aplicar la pena. Lo anterior pone de relieve que fueron pocas las legislaciones que pudieron escapar, mediante reglas de excepción, al influjo de tan enérgica concepción y, por ello, se puede señalar como característica de tan lejanas épocas, la aplicación de la pena con riguroso y estricto criterio objetivo.

(19)

1.8. Venganza pública.

Junto a la venganza privada tuvo siempre la pública manifestaciones represoras de aquellos hechos que, como la traición, la desertión, etc., lesionaban fundamentales intereses de la sociedad. El sistema de composición con pago a la comunidad representó un desplazamiento o tránsito del derecho a la venganza en favor de una autoridad superior a individuos y familias.

19. Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 54

En la novísima recopilación se consigna una Ley, que señala en la ley 3, título 20, Libro XII, el tránsito de la venganza privada a la pública expresamente: "Teniendo prohibidos los duelos y satisfacciones privadas, que hasta ahora se han tomado los particulares por sí mismos, y deseando mantener rigurosamente esta absoluta prohibición, he resuelto para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometieren, y para quitar todo pretexto a sus venganzas, tomar sobre mi cargo la satisfacción de ellas, en que no solamente se procederá con las penas ordinarias establecidas por derecho, sino que las aumentará hasta el último suplicio; y con este motivo prohibo de nuevo a todos generalmente, sin excepción de personas, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio e injuria, bajo las penas impuestas". (20)

Al organizarse el Estado, indudable progreso representó el nuevo sistema, pues el Estado traspasó a los jueces el manejo imparcial de las penas, arrancándolo así a los ofendidos y limitando el derecho de éstos a la venganza; el sistema probatorio fue organizándose y la pena misma se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba y aun del que la ejecutaba.

La crueldad de las penas corporales sólo buscaba un fin: intimidar a las clases inferiores. Por ello las penas eran desiguales según las clases. La intimidación aspiraba a mantener intactos los privilegios reales u oligárquicos.

20. Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 100

1.9. Periodo humanitario.

Como una reacción a los constantes abusos y penas innecesarias, aparece César Bonnesana, Marqués de Beccaria, con su dramático tratado "Dei delitti e delle pene" (Livorno, 1764), acogida con un estremecimiento de entusiasmo, como él mismo auguró en su prólogo, por su valiente denuncia del "demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos presenta".

Rusia, la Toscana, las Sicilias, Prusia y Austria traducen al galope las influencias de Beccaria y finalmente la Revolución Francesa cancela los abusos medievales con su "Declaration des droits de l'homme et du citoyen (1791)", que consigna que "las leyes no tienen el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad" (art. 5), que "no deben establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias" (art. 8), que "nadie puede ser acusado, arrestado y preso sino en los casos determinados en la ley y con arreglo a las formas en ella prescritas" (art. 7), y por último, que "la ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga" (art. 6).

Antes ya había abolido la Revolución toda diferencia penal "por razón del rango social del culpable" (1790) y consagrado así la igualdad de las penas.

Se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen

esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la Ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración. (21)

1.10. Periodo científico.

Tan honda transformación en la justicia penal ha venido a caracterizar un nuevo periodo en el que, considerado el delito como efecto de complejos factores, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a éste a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas. Tal corrección es el punto central sobre el cual gira éste nuevo periodo. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado aquel fin.

En éste nuevo periodo, al que corresponden el presente y el porvenir, la pena no es un fin en sí, sino el medio para un fin: la corrección y readaptación del delincuente o, siendo imposible, su segregación, para la defensa de la sociedad. Al respecto dice Liszt: la idea de fin, que engendra la fuerza del derecho, está

21. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano. Parte General., pp. 28 y 55

reconocida en la pena y con éste reconocimiento se hace posible utilizar los múltiples efectos de la amenaza penal y de la ejecución de la pena para la protección de los intereses de la vida humana; el legislador, cada vez más separado de la prevención general, se ve obligado a ver el fin de la pena en la adaptación o segregación del delincuente.

Con relación a la función de la pena, en el último tercio del siglo XVII y fines del XIX, Manuel Kant, Stahl, Federico Hegel, Baurer y otros, propugnaron diversos criterios, de los cuales considero relevante destacar:

- Teorías que ven en la pena una retribución, sea de origen divino, moral o jurídico. Entre estas destaca la posición de Manuel Kant, para quien el deber de castigar el delito es un imperio categórico constitutivo del fundamento del "jus puniendi", careciendo por ello la pena de fin concreto, en virtud de imponerse por el simple hecho del delito. La Pena, en síntesis, es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido con el delito. (22)

1.11. Derecho Penal Precortesiano.

Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, por que no había una sola nación, sino varias, resulta correcto aludir únicamente al derecho de tres de los pueblos

22. Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 61

principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el azteca. Se le llama derecho precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no solo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos.

Los delitos en el pueblo azteca pueden clasificarse de la siguiente manera; contra la seguridad del imperio, como ejemplo de éste tenemos "a los nobles o plebeyos que cometan el delito de traición al soberano, se les castigará con el descuartizamiento en vida, confiscación de bienes, demolición de su casa y esclavitud para sus hijos"; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio. (23)

Las penas en el derecho azteca eran las siguientes; destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación,

23. Carlos Alba H., Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano, p. 11

estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza. (24)

A veces, la pena capital fue combinada con la confiscación.

En ocasiones, los efectos de ciertos castigos se extendían a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

El homicidio conducía hacia la pena de muerte, salvo que la viuda abogara por una caída en esclavitud.

La riña y las lesiones solo daban lugar a indemnizaciones. (25)

Se da por cierta la existencia de un llamado "Código Penal de Netzahualcóyotl", para Texcoco, y se estima que, según él, el Juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se contaban principalmente las de muerte y la esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y hasta prisión en cárcel, o en el propio domicilio. Los adúlteros sorprendidos "in fraganti delito" eran lapidados o estrangulados.

La distinción entre delitos intencionales y culposos fue también conocida, castigándose con la muerte el homicidio

24. Fernando Castellanos, Lineamientos elementales de Derecho Penal, p. 43

25. Guillermo F. Margadant S., Introducción a la historia del Derecho Mexicano, p. 24

intencional y con indemnización y esclavitud el culposo. Una excluyente, o cuando menos atenuante; la embriaguez completa. Y una excusa absolutoria: robar siendo menor de diez años y una excluyente por estado de necesidad: robar espigas de maíz por hambre.

Venganza privada y talión fueron recogidos por la ley texcocana.

Con relación al pueblo maya, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaba por su severidad.

El pueblo maya no usó como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles.

Hubo una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios causados a la víctima. (26)

Las sentencias penales eran inapelables.

Entre los mayas, el abandono de hogar no estaba castigado; el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes: el robo de cosa que no podía ser devuelta se castigaba con la esclavitud.

26. *Ibid.*, p. 15

De las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a los otros núcleos; mas se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o calzontzi, se castigaba no solo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes.

Lo que puede decirse, es que los pueblos precortesianos seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, que la pena fue cruel y desigual y que en las organizaciones mas avanzadas es seguro que las clases teocrática y militar aprovecharan la intimidación para consolidar su predominio.

1.12. Epoca Colonial.

Fue derecho vigente durante la Colonia el principal y el supletorio; el primero constituido por el derecho indiano, entendido en su expresión más genérica, es decir, que comprendía tanto las leyes stricto sensu, cuanto las regulaciones positivas, cualquiera que fuese la autoridad de donde emanaran, pues es sabido que varias autoridades coloniales -Virreyes, Audiencias, Cabildos- gozaban de un cierto margen de autonomía que les permitía dictar disposiciones de carácter obligatorio; y el segundo constituido por el derecho de Castilla.

Para los indios, las leyes fueron mas benévolas, señalándose

como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones y ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años, podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o bestias de carga. (27)

1.12.1. Las Leyes de Indias.

La Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, de 1680, constituyó el cuerpo principal de leyes de la Colonia, complementado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759); a partir de este Monarca comenzó una legislación especial más sistematizada, que dio origen a las Ordenanzas de Intendentes y a las de Minería.

La Recopilación se compone de IX libros, divididos en títulos integrados por una considerable cantidad de leyes cada uno. La materia penal está tratada confusamente en todo el cuerpo del Código.

Diseminada la materia penal en los diversos libros, es, no obstante, el VII, el que trata mas sistematizadamente de policía, prisiones y derecho penal.

27. Fernando Castellanos, op. cit., p. 44.

El I, con 29 leyes, se titula "De los pesquisadores y jueces de comisión". Los primeros estaban encargados de la que hoy llamaríamos función investigadora del Ministerio Público, hasta la aprehensión del presunto responsable; los jueces de comisión eran designados por audiencias o gobernadores, para casos extraordinarios y urgentes.

El VIII, con 28 leyes, se denomina "De los delitos y penas y su aplicación" y señala pena de trabajos personales para los indios. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

1.12.2. Las Ordenanzas de Minerías.

Atribuídas a Don Joaquín Velázquez de León, las "Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su Tribunal" (1783), promulgadas por el virreinato, contienen disposiciones penales especiales.

Se sanciona con ellas el hurto de metales y se le equipara el hecho de que el barretero "extraviase la labor dejando respaldado el metal o lo ocultare de otra manera maliciosamente".

Para conocer de esos hurtos o de los de cosas pertenecientes a las minas y haciendas de beneficio se concedía jurisdicción al Tribunal y a las diputaciones, siempre que los casos fueran leves, pues de lo contrario, procediendo "la imposición de pena ordinaria, mutilación de miembro u otra que sea corporis afflictiva" sólo les

correspondía formar la sumaria y remitirla en seguida a la Sala del Crimen de la Audiencia. (28)

1.12.3. Las Ordenanzas de Gremios.

Las Ordenanzas de Gremios de la Nueva España (1524-1796) señalan las sanciones para los infractores de ellas, las que consisten en multas, azotes, impedimento para trabajar en el oficio de que se trata y otras. Procediendo negativamente, esto es, a base de prohibiciones, a cada una de estas se hace corresponder la respectiva sanción. Las penas en metálico se consignan en "pesos" u "oro de minas". Por lo general, si las infracciones provienen de españoles la sanción es de multa, si de indios u otras castas o razas, de azotes. El importe de las multas se divide entre el fisco, la caja municipal, el denunciante y el Juez; a veces se le destina a otras obras.

1.13. Epoca independiente.

Al consumarse la independencia de México (1821), las principales leyes vigentes eran, como derecho principal, la Recopilación de Indias complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios; y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao (1737).

28. Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 119

1.13.1. Primeras leyes penales.

El imperativo de orden, pronto impuso una inmediata reglamentación: la relativa a la portación de armas, uso de bebidas alcoholizadas, represión de la vagancia y la mendicidad, y la organización policial.

Para prevenir la delincuencia se legisló también sobre organización de la policía preventiva (febrero 7 de 1822), organizándose mas tarde la "policía de seguridad" como cuerpo permanente y especializado (1834). A los delincuentes por rebelión se les declaró afectados de "mancomun e in solidum" en sus bienes (febrero 22 de 1832). Se reformó el procedimiento con relación a salteadores de caminos en cuadrilla y ladrones en despoblado o en poblado, disponiéndose juzgarlos militarmente en consejo de guerra (septiembre 2 de 1832). Los ladrones fueron condenados a trabajos en obras públicas, en fortificaciones, servicio de bajeles o de las Californias. Se dispuso el turno diario de los jueces de la Ciudad de México (julio 1º de 1830), dictándose reglas para sustanciar las causas y determinar las competencias. Se declaró que la ejecución de las sentencias corresponde al Poder Ejecutivo (mayo 11 de 1831 y enero 5 de 1833). Se reglamentaron las cárceles (1814, 1820 y 1826), estableciéndose en ellas talleres de artes y oficios y disponiéndose un ensayo de colonización penal en las Californias y en Texas (1833). Se reglamentó también el indulto como facultad del Poder Ejecutivo (1824) y, por último, se facultó al mismo Poder para conmutar las penas, dispensar total o parcialmente de su cumplimiento y decretar destierros.

1.13.2. Código Penal de 1871.

El Código Penal de 1871 tomó como ejemplo próximo el español de 1870, que como se sabe, se inspiró a su vez en sus antecesores de 1850 y 1848. Por lo demás, la Comisión, en cuanto a doctrina, se guió por Ortolán para la parte general (Libros I y II) y por Chauveau y Hélie para la especial (Libro III). Responde así el Código Penal de 1871 a su época, clasicismo penal con acusados retoques de correccionalismo.

Se trata de un código correctamente redactado, como su modelo el español. Los tipos delictivos alcanzan, a veces, irreprochable justeza. Se compone de 1151 artículos de los que uno es transitorio y fue decretado por el Congreso y promulgado por el Presidente Juárez.

La fundamentación clásica del Código se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y voluntad (artículo 34 fracción I). Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (artículos 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático, reconoce excepcional y limitadamente el arbitrio judicial (artículos 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la Ley (artículos 37, 69 y 230).

La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte (artículo 29 fracción X) y,

para la de prisión, se organiza el sistema celular (artículo 130). No obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales (artículo 94).

Se formula una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio (artículo 325).

El Código Penal de 1871 tenía un capítulo específico de la responsabilidad civil, de cuya lectura se entendía la tendencia a condenar a reparar daños causados sobre bienes patrimoniales y jamás sobre los bienes de naturaleza extrapatrimonial. Cuando se reclamaba una cosa no se debería pagar el valor de afección, sino el común que tendría la cosa.

La exposición de motivos de dicho ordenamiento penal señalaba que no era posible ponerle precio a los sentimientos, a la honra, por que hacerlo sobre cosas tan inestimables sería degradar y envilecer a una persona. También se señala que la excepción a la norma general anterior, se daba cuando una persona destruía una cosa con el propósito de ofender al dueño. La reparación en este caso, tomaba en cuenta de manera limitada el precio estimativo que pudiera tener la cosa, por que la cantidad entregada para resarcir el daño no podía exceder de una tercera parte de lo que en valor tuviere. (29)

Tales temas se encuentran superados por las modernas teorías

29. Salvador Ochoa Olvera, op. cit., p. 25

del daño moral, las cuales establecen que en ningún momento se pone precio a los bienes de naturaleza extrapatrimonial, y mucho menos posterior a esto se condene al agresor a pagar determinada suma de dinero, habida cuenta de que el dinero que se entrega a título de indemnización tiene un fin satisfactorio frente al dolor moral sufrido, y en ningún momento implica que por tal acto resarcitorio se le está pagando a una persona el precio de su honor lesionado.

El Código penal de 1871, puesto en vigor en México con un designio de mera provisionalidad, como lo reconocieron sus propios autores, mantuvo no obstante su vigencia hasta 1929.

1.13.3. Los trabajos de revisión de 1912.

En 1912 se presentó un proyecto de reformas al Código de 1871, la comisión fue presidida por el Licenciado Miguel S. Macedo.

La comisión tomó como base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones, cuya bondad se pueda estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país presente.

Tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso- y a enmendar las oscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque solo sean aparentes y los vicios que han

podido notarse en el texto del código, por mas que no afecten a su sistema. (30)

1.13.4. Código Penal de 1929.

El Presidente Portes Gil, en uso de las facultades que al efecto le confirió el Congreso de la Unión por decreto de febrero 9 de 1929, expidió el Código Penal de 30 de septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año. Se trata de un Código de 1,233 artículos de los que cinco son transitorios. Buena parte de su articulado procede del anteproyecto para el Estado de Veracruz, que fue promulgado como Código Penal hasta junio 10 de 1932.

Al contrario del Código penal de 1871, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de duplicidad de conceptos y de contradicciones, todo lo cual dificultó su aplicación práctica.

Entre sus méritos destaca el haber roto con los antiguos moldes de la Escuela Clásica y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones.

El sistema interno del Código Penal en comento, no difirió radicalmente del clásico. Grados del delito (artículo 20) y de la responsabilidad (artículo 36); catálogo de atenuantes y agravantes,

con valor progresivo matemático (artículos 56 a 63), si bien reconociéndose a los jueces la facultad de señalar otras nuevas y hasta de valorar distintamente las señaladas por la ley (artículo 55); arbitrio judicial muy restringido (artículos 161, 171, 194 y 195); prisión con sistema celular (artículos 106 y 195).

Como novedades de importancia se cuentan: la responsabilidad social sustituyendo a la moral cuando se trata de enajenados mentales (artículos 32, 125 a 128); la supresión de la pena de muerte; la multa, que a ejemplo de sistema sueco de Thyren se basó en la "utilidad diaria" del delincuente (artículo 84); la condena condicional, tomada del Proyecto Macedo y recogida antes por el Código Penal de San Luis Potosí; y la reparación del daño exigible de oficio por el Ministerio Público (artículo 319), si bien pudiendo los particulares, en determinadas ocasiones, exigirla, con lo que su naturaleza resultó contradictoria (artículo 320).

Representó un progreso el sistema adoptado para la individualización judicial de las sanciones, mediante los mínimos y máximos señalados para cada delito, los que se conjugaban con la regla siguiente: "dentro de los límites fijados por la ley los Jueces y Tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente".

Esto y dificultades prácticas en la aplicación del Código, particularmente en lo tocante a la reparación del daño y la individualización de la pena pecuniaria, hicieron sentir a los

órganos del Poder, la necesidad de una nueva reforma que diera satisfacción a las inquietudes científicas recogidas por el mismo código de 1929, siendo el principal mérito de éste Código el de proyectar la integral reforma penal mexicana, abriendo cauce legal a las corrientes modernas del Derecho Penal en México.

1.13.5. Código Penal de 1931.

El mal suceso del Código Penal de 1929 determinó la inmediata designación, por el propio Licenciado Portes Gil, de nueva Comisión Revisora, la que elaboró el hoy vigente Código Penal de 1931 del Distrito Federal en materia de fuero común y de toda la República en materia federal. Este código fue promulgado el 13 de agosto de 1931 por el Presidente Ortiz Rubio, en uso de facultades concedidas por el Congreso por Decreto de enero 2 del mismo año.

En la exposición de motivos elaborada por el Licenciado Teja Zabre, se lee, entre otras cosas:

"... El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del casuismo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad); d) efectividad en la reparación del daño; e)

simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales". (31)

Se trata de un Código de 404 artículos, en dicha promulgación, de los que tres son transitorios; y que a su correcta y sencilla redacción española une una arquitectura adecuada.

El Código Penal de 1931 no es, desde luego, un código ceñido a cualquiera de las escuelas conocidas. Respetuoso de la tradición mexicana, su arquitectura formal, con mas de una originalidad, sin embargo, es la de todos los códigos del mundo, incluso el mexicano de 1871; pero por otra parte en su dirección interna acusa importantes novedades a las que se agrega lo que de auténtica modernidad había recogido el Código Penal de 1929. Además de mantener abolida la pena de muerte, las principales novedades consisten en: la extensión uniforme del arbitrio judicial por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones -sin mas excepción, muy debatida, que la que señala el artículo 371, relativos a robos de cuantía progresiva-, fijándose reglas adecuadas al uso de dicho arbitrio en los artículos 51 y 52, los que señalan a la Justicia Penal una dirección antropo-social, que es fundamental, en la teoría del código.

Además fueron técnicamente perfeccionados: la condena condicional (artículo 90), la tentativa (artículo 12), el

31. Fernando Castellanos, op. cit., p. 48

encubrimiento (artículo 400), la participación (artículo 13), algunas excluyentes y se dio uniformemente carácter de pena pública a la multa y a la reparación del daño (artículo 29), a la cual haré referencia con mayor detalle, en los capítulos posteriores.

El Código de 31 ha recibido, desde su aparición, diversos elogios y censuras; tal es el caso de Ignacio Villalobos, cuando censura diversos aspectos de la Ley del 31, especialmente por lo que se refiere a la idea de reducir el articulado, ocasionando con ello serios trastornos en la práctica; se pronuncia contra la exagerada ampliación del arbitrio judicial y la supresión de atenuantes y agravantes, que podían servir de orientación a los juzgadores para la individualización de las sanciones; indica que pasando sobre la naturaleza de las cosas, se declaró en el Código que la reparación del daño es una pena pública, cuando deba ser hecha por el delincuente y no lo es cuando se exige a terceros, llegándose al absurdo de afirmar que una cosa es y no es, y el solo hecho de poder exigirse a terceros, demuestra que no es una pena pública. (32)

32. Ignacio Villalobos, op. cit., p. 84

CAPITULO II

LA PENA

2.1. La función punitiva del Estado.

En todos los tiempos el Estado ha tenido la facultad de juzgar a sus súbditos y de imponerles penas diversas, que le han permitido hasta disponer de sus vidas.

En la sociedad humana, el hombre pone en función necesidades de acción y de omisión que, frente a las de los otros hombres, sólo pueden desarrollarse mediante constantes limitaciones. La vida social exige necesariamente, limitaciones a nuestro interés, solo regulables por medio de normas jurídicas. Desde el punto de vista objetivo, es decir, mirando a los fines, la norma es lo que hace posible la convivencia social; desde el punto de vista subjetivo es la garantía de esa convivencia para cada uno. Por consiguiente, todo aquello que ponga en peligro la convivencia, deberá ser reprimido por el Estado, persona jurídica mediante la cual actúa la sociedad. El Estado tiene el deber de defender, y el poder de hacerlo, a la sociedad entera, contra todos enemigos, los de fuera, invasores extranjeros, y los de dentro, delincuentes, ya que estos hacen peligrar la convivencia social cimentada sobre el supuesto de fines de los agregados sociales.

Y como además, es instintivo repeler la agresión que el delito representa, y dar así satisfacción suficiente a la venganza privada; y ésta ha quedado superada por la doctrina y la filosofía

penales, de ahí, que el Estado, como organización jurídica de la sociedad, tenga en sus manos el poder de castigar o "jus puniendi", ante la necesidad, por una parte, de reprimir el delito y por otra, de dar también satisfacción a los intereses lesionados por él y legítimamente protegidos.

Según Manzini, toda vez que el Derecho Penal está suficientemente justificado por razones de su necesidad, el jurista no necesita recorrer las teorías filosóficas que lo nutren, las que representan puntos de vista particulares de un individuo, de una escuela o hasta de una secta y son siempre de inútil aplicación y de un contenido evanescente. (33)

En punto a las escuelas, Prins las distingue por el principio de la reparación, el de la intimidación, el de la enmienda, y el de la defensa social (utilitarias u objetivas), de la retribución de falta con castigo (morales o subjetivas), de su base en el contrato tácito de relaciones sociales (jurídicas) y de la justicia absoluta y la utilidad social combinadas (mixtas o eclécticas). (34)

Por último, Florian distingue entre las escuelas absolutas, que hacen del delito la violación del orden divino, del moral o del jurídico y que asignan a la pena la expiación por el dolor; las relativas, basadas en el contrato social, que hacen de la pena un

33. Vicente Manzini, Apuntes de Derecho Penal, Estudios de Augusto Benedetti, p. 149

34. Adolfo Prins, Ciencia Penal y Derecho Positivo, p. 34

medio para la seguridad pública y se orientan hacia la prevención general o la especial por efecto de la pena; y por último, las mixtas, que asocian la retribución de la defensa social. (35)

2.1.1. Filosofía penal hasta Carrara.

La filosofía de todos los tiempos ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar, si bien fundamentándola diversamente. Platón, fundaba la pena en el principio de expiación en nombre e interés de la comunidad, y como necesaria retribución consecuente del delito; la propia defensa y conservación del Estado justificó para Platón la pena que hace no volver a delinquir y además, rehabilita al culpable purificando su alma; la pena es "una medicina del alma". Aristóteles acentuó el fin utilitario de la pena: "la multitud obedece mas bien a la necesidad que a la razón, antes a las penas que a lo bello y honesto, el bueno cumplirá los preceptos, el malo, ávido de voluptuosidad, será castigado con el dolor como el asno. El dolor infligido debe ser tal que sea contrario, en su grado máximo, a la voluptuosidad deseada".

En el Humanismo y el Renacimiento, sienta Grocio la base contractual del Derecho Penal: el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena. Grocio dió como definición de la pena "malum passionis, quod infligitur ab malum actionis", relacionando así delito y pena.

Su doctrina contractual había de tener después derivaciones en Hobbes, Rousseau y Fichte; el hombre, al entrar a formar parte de la sociedad, se obliga a respetar sus leyes y a sufrir las consecuencias de su incumplimiento; por violar el pacto social cesa su derecho a ser protegido y si no se le expulsa de la comunidad es por que, para los fines de seguridad del Estado, basta con sancionarlo.

Con la obra de Beccaria, se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independientemente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral: "la necesidad sola ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de la utilidad común, que es la base de la justicia humana"; el objeto de los castigos no es otro que el de impedir al delincuente que vuelva a dañar a la sociedad y el de apartar a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos; es mejor prevenir los delitos que castigarlos, este es el fin de toda buena legislación; Romagnosi, Bentham, lo que justifica la pena es su utilidad mayor, o mejor dicho, su necesidad, y Feuerbach, de gran influencia, tomaron de Beccaria la idea de la utilidad social de la pena, en tanto que Kant, sentando bases opuestas, concluía que la ley penal es un imperativo categórico que debe existir por exigencia de la razón práctica, inspirada en la justicia absoluta, y que la pena es la retribución necesaria, siendo suficiente que iguale a los efectos del delito; y Hegel que el delito es exteriorización de una voluntad irracional o antijurídica, por lo que la pena, negando el delito, reafirma el derecho y restituye al

delincuente su verdadera personalidad; la pena es la negación de la negación del Derecho, y de aquí la retribución, ya que uno y otro males deben ser iguales en valor.

Una posición ecléctica, que asocia la utilidad social al principio moral de la pena, se encuentra en Rossi: la ley moral es la fuente del Derecho Penal, pero la utilidad social es límite y medida de éste. En esta doctrina se inspiran los mas reputados tratadistas franceses (Ortolan, Trebutien, Garraud). Por el contrario Carmignani hace de la utilidad social o necesidad de conservación del orden social, la fuente, y de la ley moral, el límite: el objeto de la imputación civil al castigar al delincuente no es el tomar venganza del delito cometido, sino el esforzarse para que en el porvenir no se realicen de ninguna forma, otros delitos semejantes.

2.1.2. Escuela Clásica.

Para el mas genuino representante de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, llamado "el grande" por Saldaña, la ley penal deriva de la voluntad misma de Dios, pero tiene un fin humano: proveer a la tutela jurídica, a la protección del Derecho; su límite es la moral; el sistema de la tutela jurídica deriva de la razón de la prohibición, de la necesidad de proteger el Derecho; la medida de la sanción se encuentra en la importancia del derecho que protege.

El fin principal de la pena es el reestablecimiento del orden externo de la sociedad; está destinada la pena a influir más sobre

los otros que sobre el culpable. El hombre es interiormente libre y la ley le garantiza el ejercicio exterior de su libertad.

La Escuela Clásica puede resumirse en las siguientes direcciones:

1.- El punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente, hecho subjetivo. El método filosófico-jurídico es el deductivo y especulativo.

2.- Solo puede ser castigado aquel que realice una acción prevista por la ley como delito y sancionada con una pena.

3.- La pena solo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables (libre albedrío).

4.- La represión penal pertenece al Estado exclusivamente; pero en el ejercicio de su función, el Estado debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente.

5.- La pena debe ser estrictamente proporcional al delito (retribución) y señalada en forma fija.

6.- El Juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito.

Ferri ha calificado a la Escuela Clásica de "maravillosa anatomía jurídica del delito"; pero para realizarla, valiéndose de

la metafísica y de abstracciones irreales, dejó en la penumbra al delincuente; solo le preocupó la construcción orgánica y lógica de todo un sistema de normas represivas.

La orientación penal Clásica no fue eficaz para atacar el aumento de la reincidencia (del 35 al 40%), piedra de toque de la política criminal; el incremento de la criminalidad juvenil (de cada 4 delincuentes uno era joven); la defectuosa organización carcelaria con régimen celular y, por último, la pródiga abundancia de las penas cortas de privación de la libertad (de cada 10 condenados 9 lo eran a no más de 6 meses de prisión).

2.1.3. Escuela Positiva.

Cuando todavía la Escuela Clásica estaba fuertemente adherida a fórmulas metafísicas, César Lombroso estableció que antes de estudiar al delito como entidad jurídica o como infracción de la Ley Penal, había que estudiarlo como una acción humana, como un fenómeno humano natural y social, teniendo en cuenta la biología del delincuente. De aquí la fase antropológica de la Escuela Positiva, que cedió el paso a la sociológica representada por Ferri: el delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales.

Por su parte Garófalo bien pudo construir la noción de "temibilidad" (36): perversidad constante y activa del delincuente y

36. Rafael Garófalo, La Criminología, p. 90

cantidad de mal previsto que hay que temer de él; completada después tras larga elaboración por Grispigni, así: la peligrosidad criminal es la capacidad de una persona de convertirse con toda probabilidad en autora de un delito. (37)

Desde el punto de vista psíquico, por tanto, la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, un atributo, una cualidad de una persona y, más precisamente, la condición psíquica de una persona en cuanto causa probable de un delito. Desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad criminal es un estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica, la aplicación al mismo de una sanción criminal.

Se pudo así señalar el criterio básico para la fijación de las sanciones.

Un esquema de las direcciones fundamentales de la Escuela Positiva podemos trazarlo así:

1.- El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente, autor de la infracción, pues ésta no es otra cosa que un síntoma revelador de su "estado peligroso".

2.- La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado

37. Filippo Grispigni, Derecho Penal Italiano, p. 48

peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción. El método filosófico jurídico, es el inductivo experimental.

3.- Todo infractor, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal si cae bajo el campo de la ley penal.

4.- La pena tiene una eficacia muy restringida; importa mas la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

5.- El Juez tiene facultad para establecer la sanción en forma indeterminada, según sea el infractor.

6.- El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles; por tanto, el régimen celular absoluto y las penas cortas de privación de libertad son contraproducentes; la pena es, pues, defensa y reeducación.

La Escuela Positiva, partiendo del estado peligroso del delincuente, atiende a la defensa social.

En cuanto al método criminológico, mientras la Escuela Clásica exhorta a los hombres a conocer la justicia, la Escuela Positiva exhorta a la justicia a conocer a los hombres. Es así, como a partir del proyecto del Código Suizo de Stoos (1892), el centro de gravedad de la función punitiva ha pasado a ocuparlo el delincuente, con su personalidad íntegra expuesta por su delito,

quedando consagrados el arbitrio judicial para la individualización de las penas, el perdón judicial, la condena condicional y el derecho penal de los menores. La fórmula sintética en que se resume el positivismo criminal se expresa diciendo: no hay delitos sino delincuentes; fórmula perfeccionada con la adición pragmática: no hay delincuentes sino hombres.

Por lo que Jiménez de Asúa establece que el estudio de la peligrosidad impone agotar: el estudio de la personalidad del delincuente bajo su triple aspecto: antropológico, psíquico y moral; el de la vida anterior al hecho delictivo; el de la conducta posterior al hecho delictivo; el de la naturaleza misma de los móviles es decir, la calidad de los motivos; y el del hecho antisocial, el hecho delictivo, que precisamente se presenta como peligroso para la sociedad. De donde se ve que el derecho penal, más que ser la protección de lo meramente externo o lo que es inter homines, ha pasado a convertirse en la exigencia de un perfeccionamiento dentro del sujeto mismo o in interiore homine.

(38)

2.1.4. Escuela de la Defensa Social.

La escuela positiva adoptó como fundamento amplio la defensa social; pero no obstante no hizo de ella su propia y principal base de sustentación.

Una escuela, sin embargo, la ha proclamado como la idea principal de su programa, asignando a la pena fines concretos: imposibilitar al delincuente durante más o menos tiempo de la comisión de nuevos delitos, mejorarlo socialmente, prevenirlo así contra el peligro de delinquir nuevamente y prevenir esto mismo en los demás. Todo ello es exclusivamente defensa social. El Derecho Penal finca en ella una base utilitaria y pragmática, es cierto, pero inconvencional.

La defensa social así apreciada no es venganza social, por que rechaza la nota necesariamente aflictiva de la pena, que no se justifica en la necesidad. Tampoco es corolario de la idea abstracta de justicia o compensación moral retributiva de mal por mal, por que esta idea errónea es ajena al Derecho Penal, que mira a las actividades antisociales de los individuos, examinando sus causas más que sus efectos.

La defensa social tampoco es defensa jurídica o tutela del orden jurídico, aunque al Derecho Penal corresponda tutelar enérgicamente los bienes jurídicos, por que es mucho más: defensa de la sociedad por medio de la conservación y el perfeccionamiento de la sociedad entera.

La defensa social no es defensa de clase. Se ha debatido sobre ésta cuestión.

El materialismo histórico sostiene con Marx, que el Estado es la expresión de los intereses de las clases dominantes; y Vaccaro

deduce de ello que la función de las leyes penales no ha sido hasta ahora la defensa de la sociedad, es decir, la de todas las clases que la forman, sino principalmente de los intereses de aquellos en cuyo favor se ha constituido el poder político.

Los bienes jurídicamente protegidos no son nunca patrimonio de una sola y cierta clase, lo son de todos los hombres; vida, integridad corporal, honor, reputación, aun de los bienes patrimoniales, corresponden a todos los hombres y de ninguno puede decirse que carezca o haya de carecer por siempre de ellos.

El Derecho Penal sigue la evolución social progresiva y los bienes jurídicos de los particulares y de los grupos obtienen la protección jurídico-penal a medida que en ellos se manifiesta y reconoce un interés general y colectivo, más amplio.

Podemos concluir que la defensa social, tiene por fines la prevención del delito y, cuando ya ha ocurrido, la defensa contra sus efectos. Para ello se mantiene ajena a todo fin trascendental, retributivo moralmente, de expiación o de castigo. La tutela penal se justifica por la necesidad de defender las condiciones de existencia de una sociedad determinada, en un momento dado, frente a las violaciones que la ponen en peligro.

2.1.5. Controversia doctrinal entre las Escuelas.

Puede hablarse de una síntesis de las escuelas, ya que modernamente ninguna acota rigurosa y completamente los campos de la Política

Criminal, y no digamos la Clásica, que ha sido superada definitivamente por la Positiva, pero ni siquiera ésta. Todavía perdura de la primera, la sólida arquitectura de las materias en las legislaciones a mas que de todo aquello que es creación legal, como las categorías de partícipes en los delitos; pero la Positiva campea victoriosamente cuanto conduce a la defensa social, al estudio de las complejas causas de la delincuencia, al de la personalidad psicofisiológica y social del delincuente, procurándose la prevención de los delitos más que su represión lisa y llana. Ya se tratan de hacer códigos que, mirando a la amplitud cada vez mayor del arbitrio judicial, contenga unas pocas reglas de fácil comprensión y aplicación.

Para aplicarlas se ha dicho que los jueces del porvenir quizá no necesitarían ser juristas, serán antropólogos, psicólogos, psiquiatras, médicos sociales, en fin, deberán poseer una sólida cultura antropológica, psicológica y psiquiátrica; y aunque suene a sacrilegio en los oídos contemporáneos, lo que menos precisarán conocer es el derecho, no obstante lo cual seguimos pensando que el jurista es quien mejor puede valorar socialmente una conducta humana, pero a condición de que los auxilios técnicos necesarios no le falten.

El arbitrio judicial y el administrativo, mediante esos auxilios, deberán permitir la individualización de las penas y medidas de seguridad en cada caso concreto; pero el peligro que nacería de la arbitrariedad, a base de una peligrosidad predelictiva, desconociendo por entero el régimen de garantías de

garantías de la persona humana deberá ser sorteado en forma que no dé lugar a los abusos del poder, que ha registrado la historia con espanto y vergüenza.

Toda vez que el delito es un fenómeno complejo, cuyas raíces se encuentran tanto en la persona humana como en el medio físico y en el social, la reforma de éste último es un postulado que emana de las conquistas de la defensa social.

El aumento y complicación de la delincuencia no son efectos de una determinada Escuela; tienen sus veneros en la complejidad de la vida moderna, batida por las más crueles desigualdades económicas.

En la lucha de las escuelas penales ha desempeñado un papel decisivo, abierta o disimuladamente, en los últimos años del siglo XIX y primeros del siglo XX, el contraste teórico del Derecho Penal.

En tanto que la Escuela Clásica se inclina hacia un concepto absoluto de retribución, las Escuelas modernas sustentan ante todo el concepto de prevención, y precisamente en forma muy acentuada preventiva, especial y utilitaria.

Aunque dicha lucha ha terminado, las discusiones continúan.

Como quiera que sea, el resurgimiento de los conceptos filosóficos en el Derecho Penal de nuestro siglo, en sentido

neokantiano o filosófico-cultural de Alemania, o en el fenomenológico, ha dado nuevas y renovadas fuerzas al criterio de la fundamentación "absoluta" del derecho penal.

2.2. Noción de la pena.

El derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta humana, y para la mayoría de los tratadistas, el derecho puede caracterizarse por el modo o manera como regula la conducta humana de modo bilateral o de modo coactivo. Esta tesis se basa en el muy viejo concepto sobre el ser humano y sus motivaciones, y a través del tiempo se ha llegado a afirmar que al hombre es posible controlarlo en su conducta por medio de la amenaza, de que se le inflingirá un mal en caso de que realice una conducta no deseada. Esto constituye el principio de retribución, el cual consiste en reaccionar con un mal contra aquel que ha realizado un mal.

Se llama sanción al mal eventual o condicional al que está expuesto el sujeto. Se dice que el derecho u otro mandato está sancionado con ese mal.

Von Inhering, afirma que el Derecho es un orden que establece sanciones y dice cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proporción en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición". (39)

39. Hans Kelsen, Teoría General del Estado, p. 62

Rafael de Pina nos ilustra que, sanción es la pena o recompensa que asegura la ejecución de una ley; consecuencia moral de un acto, medida represiva. (40)

Encontramos también pues, que las notas que caracterizan a la sanción son las siguientes:

a) Es un contenido de la norma jurídica.

b) En la proposición jurídica o regla de derecho que formula la ciencia del derecho, la sanción se encuentra en la consecuencia del enunciado hipotético.

c) El contenido normativo calificado de sanción generalmente consiste en un acto que impone al sujeto infractor un mal o un daño, es decir la privación de ciertos bienes o valores, o la imposición de ciertos perjuicios o dolores.

d) En el Derecho moderno la imposición de las sanciones, así como su ejecución la llevan acabo los órganos del Estado, en tanto se le conciba como un origen normativo controlizado que establece el monopolio de la coacción física por sus órganos.

e) Las finalidades de las sanciones son de tres clases: o retributivas o intimidatorias o compensatorias de daño producido por el acto ilícito.

Ahora bien, por otro lado tenemos que como sinónimo de sanción encontramos a la pena nada más, que se entiende más aplicable al Derecho Penal por la misma terminología ya que pena viene del latín "poena", castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito, es decir que es la disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica.

Muchas definiciones se han dado sobre la pena, entre algunas de ellas, en menester mencionar:

Para Reinhart Maurach, en su Tratado de Derecho Penal, considera, que la pena es la retribución expiatoria de un delito por un mal proporcional a la culpabilidad. (41)

Para Weizel, la pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable. (42)

La pena es la real privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito. (43)

41. Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 342

42. Hans Wezel, Derecho Penal, p. 95

43. Luis Rodríguez Manzanera, Penología. Reacción Social y Reacción Penal, p. 54

Para Carrara la pena es de todas suertes un mal que se inflinge al delincuente; es un castigo; atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas u objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza, que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable. (44)

Para Bernaldo de Quirós, la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito.

Eugenio Cuello Calón la define como el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal. (45)

Por su parte Franz Von Liszt, dice que es el mal que el Juez inflinge al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

Al respecto Fernando Castellanos Tena manifiesta que la pena es el castigo legítimamente impuesto por el Estado al delincuente,

44. Francisco Carrara, El problema de la pena, p. 178

45. Eugenio Cuello Calón, Penología. Las penas y las medidas de seguridad, p. 15

para conservar el orden jurídico. (46)

La pena en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. En tal sentido es, de acuerdo con su esencia, una retribución por el mal que ha sido cometido, sin que con ello quede decidido si y hasta qué punto debe servir exclusivamente a este fin de retribución. Se basa en la conminación fijada en la ley (ley penal), adquiere su forma mediante la imposición y es experimentada por el castigado con la ejecución.

La pena, es pues, la ejecución de punición, y se da en la instancia o fase ejecutiva.

Considerando la pena como la legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesta por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el "jus puniendi" y con las condiciones que, según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío, la pena será retribución de mal por mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

Las penas pueden ser estudiadas atendiendo a su calidad, a su

cantidad y a su grado. La definición clásica de la pena que dice que es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable; imposición de un mal adecuado al acto. (47)

Para el correccionalismo de Roeder, la pena busca la corrección del pecado, y para el positivismo criminal la pena, o mejor, sanción, es medio de seguridad e instrumento de la defensa social frente a los delincuentes peligrosos; es propiamente el tratamiento que conviene al autor del delito socialmente peligroso o al que representa un peligro de daño, pues el hecho de que el delito sea o no el producto de una voluntad malévola y antisocial por propia y libre determinación, es cosa extraña al ejercicio de este derecho de defensa; en consecuencia, la noción de la pena está en esencia separada de la idea de castigo, de expiación o de retribución moral.

La pena debe adaptarse, no a la gravedad del delito como lo sugiere la Escuela Clásica, ni al deber violado, sino como refiere Garófalo, a la temibilidad del delincuente.

En consecuencia, la pena no es mas que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.

47. Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal. Parte General, p. 175

cantidad y a su grado. La definición clásica de la pena que dice que es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable; imposición de un mal adecuado al acto. (47)

Para el correccionalismo de Roeder, la pena busca la corrección del pecado, y para el positivismo criminal la pena, o mejor, sanción, es medio de seguridad e instrumento de la defensa social frente a los delincuentes peligrosos; es propiamente el tratamiento que conviene al autor del delito socialmente peligroso o al que representa un peligro de daño, pues el hecho de que el delito sea o no el producto de una voluntad malévola y antisocial por propia y libre determinación, es cosa extraña al ejercicio de este derecho de defensa; en consecuencia, la noción de la pena está en esencia separada de la idea de castigo, de expiación o de retribución moral.

La pena debe adaptarse, no a la gravedad del delito como lo sugiere la Escuela Clásica, ni al deber violado, sino como refiere Garófalo, a la temibilidad del delincuente.

En consecuencia, la pena no es mas que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.

47. Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal. Parte General, p. 175

En el moderno Derecho legislado, todavía la pena es un mal inflingido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; es un mal que el Juez inflinge al delincuente a causa de su delito para expresar la reprobación social con respecto al acto y al actor. Mas ya no atiende a la moralidad del acto sino a la peligrosidad del sujeto, y en vista de ella, a la Defensa social.

En el Derecho moderno también, junto a la pena se perfilan parejamente las medidas de seguridad; pues en el presente, las penas están en franca decadencia; ellas no tienen en cuenta el origen ántropo-físico-social del delito (Ferri). Por esto el Congreso Penitenciario de Praga votó que las penas deben estar acompañadas indispensablemente por las medidas de seguridad, cuando aquellas sean ineficaces o insuficientes para la defensa social. Y a ello obedece el que se haya propuesto la elaboración de dos códigos, diversos uno de otro, pero íntimamente relacionados: el código represivo o sancionador y el código asegurativo o preventivo, aplicables respectivamente a los delitos y a los estados peligrosos.

El que se haga efectiva la pena por el hecho punible cometido, se deduce, sin más, de cada disposición de la ley.

Respecto de el carácter de inflicción de un mal que la pena tiene como tal, es preciso decir que, la pena quiere alcanzar al autor del hecho y hacerle conocer el mal que ha ocasionado mediante el mal que se le inflinge. Por cierto que con las dos penas mas

importantes del derecho en vigor, la privativa de libertad y la pecuniaria, se vincula un trabajo útil u otra ventaja para la colectividad, pero la propia esencia de la pena no se agota en esos efectos accesorios; también la pena que es útil para el autor o para otros, sigue siendo, en primer término, de acuerdo con su propia esencia, un mal que se inflinge a quien corresponda.

Una retribución justa fortalece la conciencia jurídica de la colectividad y por ello ya actúa de por sí en sentido pedagógico-social y preventivo general y, a la vez sobre el individuo en forma educativa y preventiva especial.

Por lo general, es la autoridad administrativa la encargada de ejecución, aunque pueden mostrarse variantes según los diferentes ordenamientos jurídicos.

La legalidad la encuentra la pena, en primer lugar, en la sentencia condenatoria.

En principio basta que el Juez haya dictado legalmente la sentencia para que la pena sea legal, pero ya en ejecución propiamente dicha, es necesario, el cumplimiento de las normas de Derecho Ejecutivo Penal.

Para que la pena sea legítima, es necesario que haya existido previamente la comisión del delito por el sujeto penado.

Lo anterior es claro en los casos de error judicial, en que

se ha condenado a un inocente; la pena es legal, ya que está amparada por una sentencia, pero no es legítima, pues el sujeto no cometió el hecho. En algunos países procede el "indulto necesario" para remediar estos casos.

No se puede aplicar una pena (ni a título de tratamiento) si el sujeto no ha sido previamente oído en juicio y ha tenido oportunidad de defenderse.

Para el maestro Luis Rodríguez Manzanera, los principios rectores de la pena son:

1. Principio de necesidad. Este indica que solo se debe privar o restringir de bienes a título de pena, en casos en que sea indispensable.

2. Principio de personalidad. Solamente al culpable de la infracción puede ejecutarse, la pena no puede ser trascendente.

Actualmente las penas ya no son trascendentes, al menos desde el punto de vista jurídico, pero penológicamente no cabe duda de que la pena trasciende, principalmente a la familia que se ve estigmatizada, empobrecida, lastimada y abandonada.

3. Principio de individualización. No puede ejecutarse a todos por igual, aunque dos sentencias sean iguales, en el momento de la ejecución deben tomarse en cuenta las peculiaridades individuales del reo.

4. Principio de particularidad. Se sanciona a un sujeto en particular y determinado. (48)

2.3. Justificación y fin de la pena.

Toda acción humana tiene un fin. Este constituye la esencia conceptual de la acción. No existe una acción que no tenga un fin, y por consiguiente también la pena debe tener un fin como acción humana y estatal en el ámbito del Derecho.

El Maestro Ignacio Villalobos, sobre éste respecto nos indica que la pena tiene así, como fines últimos la justicia y la defensa social; pero como mecanismo para su eficacia y como fines inmediatos debe ser: (49)

a) Intimidatoria, sin lo cual no sería un concentramiento capaz de prevenir el delito.

b) Ejemplar, para que no sólo exista una conminación teórica en los Códigos, sino que todo sujeto que virtualmente pueda hacer un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva, real.

c) Correctiva, no solo por que siendo una pena debe hacer reflexiones sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino por que cuando afecte la

48. Luis Rodríguez Manzanera, op. cit., p. 56

49. Ignacio Villalobos, op. cit., p. 68

libertad se aprovecha el tiempo de su duración para llevar a efecto los tratamientos, de enseñanza, curativos o reformadores que en cada sujeto resultan indicados para prevenir la reincidencia.

d) Eliminatoria, temporalmente, mientras se crea lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad; perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles.

e) Justa, por que si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio correctivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias; pero además, por que no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la sociedad, ofendidos por el delito, ni se evitarán de otra manera las venganzas que renacerían indefectiblemente ante la falta de castigo.

Ahora bien, la justificación de la pena Estatal resulta en primer término, de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana. Como "negación de la negación del Derecho" (Hegel), es de tal manera, hasta el presente, un instrumento indispensable de la afirmación del derecho.

La pena es un mal y precisamente no sólo para la persona que la sufre, sino también para el que la impone y para el que la hace cumplir.

El que, a pesar de ello, sea justificada, se puede deducir

solamente de la circunstancia de que tiende a evitar un mal aún mayor que el mal que la propia pena encierra en sí; con otras palabras, que represente un medio idóneo para alcanzar un fin más elevado. Este fin más elevado, consiste en la conservación de una comunidad social humana y en el fortalecimiento del ordenamiento jurídico indispensable para determinada comunidad. El que la pena sea un medio indispensable, es el resultado de la experiencia histórica: sin una justa retribución del mal que ha sido cometido en una comunidad ordenada, la propia comunidad y su ordenamiento jurídico se desmoronan. La pena resulta ser para la existencia de la comunidad y del ordenamiento jurídico, sin más, indispensable y por consiguiente, adecuado al fin de la conservación de la una y del otro.

2.4. Teorías de la pena.

¿Cómo, por qué y para qué pueden los órganos del Estado imponer esta clase de sanción que es la pena?, a estas cuestiones procuran responder las teorías de la pena.

Se acostumbra tradicionalmente distinguir entre teorías absolutas y teorías relativas del derecho penal.

A manera de introducción, podemos decir que las teorías absolutas determinan la relación existente entre el hecho cometido y la pena con arreglo a un fundamento dado a priori, el cual existe independientemente de los fines de la pena, esto es, en sentido "absoluto" frente a éstos; las teorías relativas, en cambio,

consideran la pena en sentido "relativo" en sus relaciones con fines determinados, por ella perseguidos, de los cuales deduce su legitimidad. Se acostumbra caracterizar, y eficazmente, este contraste contraponiendo al principio "se castiga a causa del hecho cometido" al principio "se castiga a fin de evitar los hechos punibles futuros", los cuales corresponden a las teorías absolutas y relativas, respectivamente.

Las teorías sincréticas o mixtas y las teorías distributivas ofrecen una combinación de las distintas concepciones.

En consecuencia, podemos concluir que se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena, a cuatro pueden reducirse: absolutas, relativas, mixtas y una cuarta que serían las abolicionistas.

a) Teorías absolutas. Para estas concepciones, la pena carece de una finalidad práctica; se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal.

La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado; de ahí que estas orientaciones absolutas, a su vez, se clasifiquen en reparatorias y retribucionistas.

Es decir, consideran a la pena como un fin en sí misma, se castiga por que se debe de castigar, sea como retribución moral o

como retribución jurídica. Para estas teorías la pena es simplemente la consecuencia del delito, es la retribución, la explicación que debe sufrir el delincuente.

b) Teorías relativas. A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran la pena como un fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Es decir, asignan a la pena una finalidad, en donde encuentra su fundamento.

Esto es, consideran a la pena como un medio para lograr algo, sea esto la conservación del pacto social (Rousseau), la prevención general (Feuerbach), la prevención especial (Grolman), etc.

La pena se convierte así en un medio para prevenir delitos y para asegurar la vida en sociedad.

Por lo general, estas teorías se dividen en dos:

- Teorías preventivas, para evitar futuros delitos.
- Teorías reparatoras, para resarcir el daño causado.

c) Mixtas. Estas teorías, dice Eusebio Gómez, intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad, de todas las teorías mixtas, la más difundida es la de Rossi, quien toma como base el orden moral, eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas; junto con él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia

absoluta y una relativa. Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena, considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad.

Esto quiere decir que, como toda idea ecléctica, éstas teorías toman algo de cada una de las demás, y tratan de conciliar la retribución absoluta con otras finalidades preventivas.

d) Teorías abolicionistas, la última posibilidad en la que no se acepta ninguna función o finalidad para la pena, no es una simple posibilidad lógica, sino que puede encontrarse en el momento actual.

Puede tratarse de la "no teoría", o de opiniones de tipo anárquico, pero hay también autores que han fundamentado minuciosamente el fracaso de la reacción penal y la necesidad de sustituirla por otros medios del contrato social.

Eugenio Cuello Calón, parece adherirse a las teorías mixtas, al afirmar que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando

tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece. (50)

De las teorías mencionadas, se desprenden las tres distintas posibles finalidades de la pena a que ya nos hemos referido implícitamente: la retribución, la prevención general y la prevención especial.

a) Para las teorías de la retribución, la pena responde esencialmente a la realización de la idea de justicia, y no tiene pues un fin, sino que es un fin en sí misma. La esencia y sentido de la pena, es la compensación de la culpabilidad del autor a través del mal que la pena representa.

De estas teorías dicen sus críticos, que ellas no explican cuándo tiene que pensarse, esto es, conforme a qué presupuestos es autorizado el Estado para compensar o retribuir la culpabilidad. Se arguye, así mismo, que es en general indemostrable el libre albedrío, sobre el cual reposa la posibilidad de la culpabilidad, y que, en seguida, si procediera afirmarlo en principio, y no es dable comprobar si en la situación concreta el sujeto habría podido obrar de otro modo. Se dice por último, que sólo un acto de fe puede hacer pausable el tener el mal del delito retribuido por el mal de la pena, pues racionalmente no puede comprenderse como se

puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, el de sufrir la pena.

b) Para las teorías de la prevención General, la pena no es un fin en sí, sino que tiene un fin, el de combatir el peligro de delitos futuros por la generalidad de los súbditos del orden jurídico. La pena pues, al amenazar un mal, obra como contra impulso sobre la psíquis -individual frente al impulso a delinquir, como freno o inhibición que en la mente del agente, transforma el delito, de causa de utilidad en causa de daño, induciéndolo a abstenerse del delito a fin de no incurrir en el mal amenazado.

Los adversarios de estas teorías les reprochan, en primer lugar, que también ellas dejan sin resolver el problema de cuáles son los comportamientos frente a los que tiene el Estado la facultad de intimidar, franqueando el paso a penas desmesuradamente graves.

Argumentan, en seguida, que no ha podido probarse el efecto intimidante de la pena respecto de muchos delitos y delincuentes y que, todavía más, cada delito efectivamente cometido es demostración de la ineficacia de la prevención general. Aunque sólo sean visibles los casos en que la intimidación fracasa, "sería además paradójico en cierto modo, dice Roxin, que el derecho penal no tuviera significación alguna precisamente para los delincuentes, es decir, los no intimidados y quizá simple y sencillamente intimidables, y que no hubiera de prevalecer y legitimarse frente a ellos también".

Alegan por último, que aún cuando la intimidación fuera eficaz, ella importaría una instrumentalización del hombre cuyo valor como persona es previo al Estado.

c) Para las teorías de la prevención especial, el fin de la pena no es retribuir un hecho pasado, sino evitar la comisión de un hecho ilícito futuro por el autor del delito ya perpetrado.

Sus críticos hacen valer que, ya que todos estamos necesitados de corrección, es posible que el Estado pueda aplicar el tratamiento a sus enemigos políticos, a parte que los "asociales" tradicionales, no pueden ser susceptibles de un tratamiento que corresponde mas bien a un acto aislado que a una forma de vida.

Ello sin contar con que tal tratamiento podría, para satisfacer cumplidamente sus propósitos, llegar a exceder la duración fija establecida para la pena.

Sostienen además, que la pena, de acuerdo al criterio de la prevención especial, no debería imponerse si no existe peligro de repetición del delito, con lo que habría de aprobarse la impunidad de criminales nazis que perpetraron crímenes sobre personas inocentes y que hoy viven tranquila y discretamente en libertad. Por último, la adaptación social forzosa mediante una pena no aparece jurídicamente legitimada.

Estos son pues, los postulados de las teorías de la pena.

2.5. Penología.

Es el conjunto de disciplinas que tiene por objeto el estudio de las penas, su finalidad y su ejecución. (51)

Dice Carrancá y Trujillo que la penología o tratado de las penas, estudia éstas en sí mismas, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus sustitutivos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad. (52)

Sergio García Ramírez, puntualiza que el campo de la penología lo constituye la rica variedad de penas y medidas de seguridad en todos sus aspectos. (53)

Unos autores ubican a la Penología dentro de la criminología; otros la consideran autónoma.

Rama importante de la Penología es la Ciencias Penitenciaria, cuyo objeto de conocimiento es la pena de prisión, en su aplicación, fines y consecuencias.

Penología es el estudio de la reacción social que se produce

51. Fernando Castellanos, op. cit., p. 317

52. Carrancá y Trujillo, op. cit., p. 345

53. Sergio García Ramírez, Represión y tratamiento penitenciario de criminales, p. 45

contra personas o conductas que son captadas por la colectividad, o por una parte de ella, como dañinas, peligrosas o antisociales.

(54)

En esta forma, la penología se plantea como teoría de reacción social, y su objeto de estudio se amplía notablemente, rompiendo los tradicionales límites jurídicos que, indebidamente, se le habían impuesto.

Existen múltiples formas de reacción social, y que solo algunas de ellas revisten forma jurídica.

Cuello Calón, en la Penología, escribe que ésta es el estudio de los diversos medios de lucha contra el delito, tanto de las penas propiamente dichas, como de las medidas de seguridad. (55)

En la Moderna Penología, agrega que, es el estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), de sus métodos de aplicación, y de la actuación postpenitenciaria. (56)

Respecto a la naturaleza de la Penología, encontramos básicamente dos tendencias: aquellas que la consideran como una ciencia autónoma, y aquellas que le niegan la autonomía, pues la

54. Luis Rodríguez Manzanera, op. cit., p. 70

55. Eugenio Cuello Calón, op. cit., p. 1

56. Eugenio Cuello Calón, La Moderna Penología, p. 9

incluyen en la criminología. Dentro de los primero encontramos tratadistas europeos, dentro de los segundos los exponentes son principalmente norteamericanos.

El objeto de estudio de la penología lo constituyen las reacciones sociales que se generan ante conductas o sujetos que son concebidos por la colectividad, como perjudiciales o peligrosos.

Considerando al Derecho Penal, como la ciencia que estudia las normas penales, tiene en principio, gran relación con la Penología, pues le indica con gran precisión cuales son las formas de reacción social jurídicamente organizadas en forma penal, cómo están estructuradas, cuál es su alcance, etc.

Así mismo, en la parte denominada "especial" se analizan jurídicamente las conductas que han sido consideradas por el legislador como desviadas y antisociales, y merecedoras de la reacción penal.

La penología, por su parte, ha contribuido para que los juristas adquieran una mayor comprensión de la realidad y ha puesto las bases para enriquecer la teoría de la pena, que ha sido olvidada por los tratadistas, al dedicar el estudio casi exclusivo de la teoría del delito.

La penología es indispensable y necesaria al legislador penal, al indicarle adecuadamente las formas de reacción eficaces y humanas.

Ahora bien, el Derecho Procesal Penal, como ciencia de las normas del procedimiento que ha de seguirse para aplicar una punición, tiene también múltiples relaciones con la Penología.

La reacción Penal tiene, como una de sus características distintivas, la necesidad de un procedimiento para imponerse; éste es estudiado desde el punto de vista fáctico por la Penología.

La misma creación de la norma penal es en sí una forma general de reacción, el proceso es una reacción particularizada.

La intervención del penólogo en el proceso se va haciendo cada vez mas valiosa, ya que puede orientar al Juez hacia la reacción mas adecuada.

2.6. Clasificación.

Después de la gran variedad que han venido adoptando, las diversas clasificaciones en torno a la pena, la tendencia moderna es volver otra vez a la unidad: los tratamientos penales; de igual modo que la evolución de las penas arranca de la unidad: pena de muerte, de la que partió la diversificación que registra la historia de la pena. Una vez más lo simple evoluciona hacia lo complejo, lo complejo hacia lo simple.

Carrara clasificó las penas en capitales, aflictivas, directas, indirectas, infamantes y pecuniarias, reconociendo subdivisiones en algunas de estas especies.

Otra clasificación, distingue entre penas intimidantes, correccionales y eliminatorias.

Una más, entre penas principales, que se imponen independientemente de otras, y accesorias, que se asocian a las primeras, las cuales pueden ser también simultáneas o subsiguientes.

Atendiendo a su naturaleza podemos dividir las sanciones en: corporales, contra la libertad, pecuniarias, contra ciertos derechos; y aparte las medidas de seguridad.

Por su fin preponderante, las penas se clasifican en: intimidatorias, correctivas y eliminatorias, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

Por el bien jurídico que afectan, es decir atendiendo a su naturaleza, pueden ser: contra la vida (pena capital), corporales (azotes, marcas, mutilaciones), contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado); pecuniarias (privan de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño), y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc).

El artículo 24 del Código Penal establece: "Las penas y medidas de seguridad son: prisión; tratamiento en libertad,

semilibertad y trabajo en favor de la comunidad; internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; confinamiento; prohibición de ir a un lugar determinado; sanción pecuniaria; decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito; amonestación; apercibimiento; caución de no ofender; suspensión o privación de derechos; inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos; publicación especial de sentencia; vigilancia de la autoridad; suspensión o disolución de sociedades; medidas tutelares para menores; decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito, y las demás que fijen las leyes".

La sanción o pena se aplica al sujeto activo de una conducta antijurídica y por supuesto no todas las sanciones son iguales ya que también, lógicamente las conductas antijurídicas son de diversas especies. Así pues, que hay distintas y diferentes tipos o clases de sanciones; en nuestro derecho positivo y exactamente en el precepto antes referido, nos marca diecisiete penas y medidas de seguridad.

En relación a éste artículo cabe aclarar que no todos los párrafos que lo integran son penas, ya que las penas se fundan en la culpabilidad, y las medidas de seguridad en la peligrosidad. Por ello las penas solo corresponde aplicarlas post delictum y por determinación de los tribunales Penales; y las medidas de seguridad son aplicables ex delictum, correspondiendo su aplicación a la autoridad Administrativa.

También es necesario señalar que nuestro Código Penal mezcla las penas con las medidas de seguridad, puesto que autoriza a los tribunales Penales la aplicación de las citadas medidas.

Las penas y medidas preventivas catalogadas en el citado artículo son, unas principales y otras accesorias; es decir, que corresponden al delito como consecuencia o que corresponden a otras penas y las siguen como el efecto a la causa.

Son penas o medidas preventivas principales, la prisión, el confinamiento, la prohibición de ir a un lugar determinado, la sanción pecuniaria, y en la actualidad, con las recientes reformas elaboradas al Código Penal, en el párrafo cuarto del artículo 27 del mencionado código, se le confiere expresamente, el carácter de pena autónoma al trabajo en favor de la comunidad. Son accesorias: la pérdida de los instrumentos del delito, la confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas, la caución de no ofender, la suspensión o privación de derechos, la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones empleos, la publicación especial de sentencias, la vigilancia de la autoridad y la suspensión o disolución de sociedades.

Aunque en teoría, el maestro Villalobos nos dice que se pueden clasificar desde varios puntos de vista: (57)

- a) Por su forma de aplicación o sus relaciones entre sí,
-

pueden ser:

- Principales, que son las que la Ley señala para el delito y el Juez debe imponer su sentencia.

- Complementarias, aquellas que, aunque señaladas también en la Ley, su imposición puede tomarse como potestativas; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por esto, por su naturaleza y por su fin, se consideran secundarias.

- Accesorias, que son aquellas que, sin mandato expreso del Juez, resultan agregadas automáticamente a la pena principal: como la interdicción para el ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión; imposibilita para ejercer cargos como el albaceazgo, la tutela, etc.

b) Por su fin preponderante pueden ser:

- Intimidatorias, que lo son todas las verdaderas penas en estricto sentido, pero con exclusividad la multa y las prisiones de corta duración.

- Correctivas, carácter que debe suponerse también en toda pena, excepto en las que recurren a una eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de las que mantienen al sujeto privado de la libertad, y por tanto dan oportunidad para someterle a un régimen o tratamiento adecuado.

- Eliminatorias, que lo son temporalmente o en forma parcial, como se ha dicho, todas las privativas o restrictivas de la libertad; y perpetuamente la de muerte, las de prisión o relegación por todo el tiempo de la vida, y el destierro, donde han sido establecidas.

c) Por el bien jurídico afectado, pueden ser:

- La pena capital, la que priva de la vida.

- Las penas corporales, que son aquellas que aplicaban directamente sobre las personas: como azotes, marcas o mutilaciones; en la actualidad prohibidas expresamente en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Penas contra la libertad, que pueden ser solo restrictivas de éste derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien privativas del mismo, como lo es la prisión.

- Pecuniarias, que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales, y las cuales, según el artículo 29 de nuestro Código Penal, comprenden la multa y la reparación del daño.

- Contra otros derechos, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aun cuando éstas pueden tomarse más bien como medidas de seguridad.

2.7. Sanción pecuniaria.

Las penas pecuniarias, particularmente la multa y la confiscación, fueron antiguamente conocidas; como ya hemos visto existieron en Roma, como tales multa y como confiscación consecutiva a delitos gravísimos (perdeuellio), en el derecho germánico y en el Canónico en el que la confiscación de bienes de herejes fue muy usada.

En nuestro derecho penal contemporáneo, la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño; pero derivando de la última, la publicación especial de la sentencia y existiendo también las sanciones de pérdida de los instrumentos del delito y de confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas, que son también penas pecuniarias.

Las penas patrimoniales o pecuniarias, son aquellas que significan una disminución, o la total entrega, del patrimonio del reo, por exigencia de la ley a causa de la comisión de un delito, en beneficio del Estado y/o de la víctima de dicha conducta ilícita.

El derecho Penal Argentino, diferencia claramente entre la multa y la reparación del daño, divergencia que bien puede aplicarse a nuestro derecho, aduciendo las siguientes consideraciones: mientras la pena pecuniaria de multa la persigue el fisco como que deriva de una acción penal, al monto indemnizatorio lo persigue la persona damnificada como que se origina en una acción civil; mientras la multa está prefijada y

determinada en la Ley sustantiva, la de reparación resultará de las pruebas que se aporten para determinar su monto; mientras que la multa constituye una verdadera sanción, la segunda es un mero resarcimiento; mientras la suma de dinero obtenida en concepto de multa va a parar al Estado, la resultante de la indemnización engrosará el patrimonio de la víctima del delito; mientras en el caso de delitos cometidos con pluralidad de sujetos activos, cada uno de los copartícipes deberá abonar su multa, en la indemnización podrá irse contra uno solo de aquellos; mientras la pena de multa, precisamente por su carácter de tal, es personal, y por ende no transmisible a los herederos del reo, en caso de su fallecimiento, la obligación de indemnizar puede ser perseguida contra los sucesores del delincuente fallecido. Y por fin, mientras la primera no es susceptible de transacciones, la segunda si lo es.

2.7.1. La multa.

Es aceptada generalmente en la doctrina elaborada por Rossi: reservada para ciertos delitos, para aquellos que no suelen ser cometidos mas que por las personas que gocen de cierto grado de fortuna, la pena de multa no es inmoral, es divisible, apreciable y reparable; es instructiva, sobre todo si se halla dirigida contra los delitos que tienen su origen en el deseo de lucro; en todos casos es muy ejemplar. Podría añadirse que, aunque causa siempre aflicción, no degrada ni deshonra, no segrega al obligado a pagarla de la vida de libertad y no le imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones familiares; por último constituye muy apreciable fuente de ingresos para el Estado.

La multa se presenta como la pena ideal para substituir a la de corta privación de la libertad, al grado de que se sostiene que ésta nunca debe imponerse cuando la pena pecuniaria sea suficiente (Marsagny).

La Escuela Positiva considera, que la multa es eficaz, únicamente tratándose de los delincuentes menos temibles (ocasionales o pasionales), que hayan incurrido en infracciones leves.

No obstante, la pena de multa ha sido duramente criticada también, por que se argumenta que para el rico representa la impunidad en tanto que para el pobre un cruento sacrificio cuando no la imposibilidad de cubrirla y, en consecuencia la prisión u otra sanción la substituyen. Tan justa crítica solo podría satisfacerse con un sistema que asegurase la exacta proporcionalidad entre la multa imponible y las condiciones económicas del obligado a satisfacerla. Pero hasta ahora la solución se ha sentido como imposible. Lo menos que debiera admitirse, es que solo puede dar lugar a prisión, la insolvencia del sentenciado cuando tal insolvencia le sea imputable culpablemente. Pero también salta a la vista la dificultad de regular, para casos generales, esta culpabilidad.

2.7.2. Reparación del daño.

La reparación del daño causado a la víctima de un delito, es una antigua preocupación entre los juristas y criminólogos.

La necesidad de la reparación del daño es un tema en el que todos los autores de todas las escuelas están de acuerdo.

Naciones Unidas, en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de Delitos y Relativos a las Víctimas del Abuso del Poder, deja consignado con su artículo 4° el derecho a la reparación:

Artículo 4°.- Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. (58)

Recordemos que la reparación del daño producida por una conducta ilícita es conocida desde lo más remotos tiempos; la encontramos en el Código de Ammurabí (1728-1686 a.C.), en las Leyes de Manú (s. VI a.C.) y en las Doce Tablas Romanas (s. V a.C.).

En el Código de Ammurabí, como analizamos en el primer capítulo, se obliga al delincuente a compensar a su víctima; en casos de robo o daño debía restituir 30 veces el valor de la cosa; cuando el delincuente era insolvente, el estado (ciudad) se hace cargo reparando el daño a la víctima o a su familia, en los casos de homicidio.

58. Luis Rodríguez Manzanera, Victimología. Estudio de la víctima, p. 332

En las leyes de Manú, la compensación es considerada como penitencia, y se extiende a los familiares en caso de desaparición de la víctima.

En las Doce Tablas, el ofensor está obligado, en todos los casos de delito y cuasidelito al pago de daños y perjuicios. Así, en el robo se paga el doble de lo robado en los casos in fraganti, en los demás será el triple, En otros delitos se toma en cuenta la calidad de la víctima y la circunstancia del hecho.

En 1885, en el Célebre Primer Congreso de Antropología Criminal celebrado en Roma, Garófalo presenta las mismas conclusiones, que Ferri, Fioretti y Venezian, propusieron que la reparación es de interés inmediato para el perjudicado y para la defensa social preventiva y represiva del delito, y por lo tanto manifiestan el deseo "de que las legislaciones positivas pongan en práctica en los procesos lo más pronto posible, los medios más convenientes contra los autores del daño, los cómplices y los encubridores, considerando la realización de la reparación como una función de orden social confiada de oficio a las siguientes personas: al ministerio fiscal durante los debates, a los jueces, en las condenas, y a la administración de las prisiones, en la recompensa eventual del trabajo penitenciario y en las propuestas de liberación condicional.

En 1889 el tema vuelve a tratarse en el Congreso de Derecho Penal (Bruselas) y en el Congreso Jurídico de Florencia de 1891, en que se contempla el embargo preventivo y la hipoteca de los bienes

del victimario para garantizar la reparación de la víctima.

En 1891, el Congreso de la Asociación Penal Internacional (Cristianía) insiste en la utilización del trabajo del reo para la reparación, y el Congreso Penitenciario de París (1895) reitera la preocupación del abandono a la víctima.

En el momento actual, la reparación existe como obligación materialmente en todas las legislaciones del mundo, encontrándose también en prácticas tradicionales, como en el Derecho Consuetudinario Africano, en la "shariah" islámica y en los países asiáticos (India, Paquistán, Filipinas, etc.).

En el Derecho Consuetudinario Africano, se utiliza "diyya" o dinero de sangre que debía pagarse en los casos de homicidio, obligación que recaía sobre todos los hombres adultos del grupo al que pertenecía el infractor (Somalia).

La "diyya" es la indemnización que pagan el infractor o sus familiares a la víctima o a la familia de ésta y la "kassana", que preve la compensación de la víctima a cargo del Estado, ambas en la "shariah" islámica.

En los países asiáticos, se prevén el arreglo de controversias sin recurrir a los tribunales ordinarios, a través de la mediación y el arbitraje.

En Alemania se maneja el "wiedergutmachung", que es la

compensación e indemnización a las víctimas de violaciones masivas de derechos, y la "weltanschauung" que es el remediar una injusticia.

Cabe afirmar en términos generales, y de acuerdo a un documento de la ONU que refleja el sentir general, que el delincuente, bien se trate de una persona individual o colectiva, es decir una organización económica o entidad comercial, un Estado o un grupo de individuos, a quien quepa imputar una conducta que resulte en una violación de derechos, debe considerarse responsable de la reparación debida a la víctima de dicha conducta, y debe estar sujeto a cualquier otro tipo de sanciones y medidas correctivas que, a tenor de las circunstancias, resulte justo y adecuado imponerle.

Así la norma cinco de la Declaración inicialmente referida dice:

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

Y la norma ocho agrega:

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su

conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la rehabilitación de derechos.

Como puede observarse, para garantizar la reparación del daño respectiva, se necesita un adecuado trabajo legislativo, además de personal administrativo y judicial debidamente seleccionado y capacitado.

En esta forma, la Declaración, en su artículo 16 dispone:

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

Zaffaroni se ocupa del tema, en su tratado denominado *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, señalando cómo la reparación del daño es una medida de "pacificación social", por lo que debe fomentarse, haciendo que el condenado pruebe haber indemnizado a la víctima antes de obtener cualquier beneficio, creando fondos de reparación, posibilitando la extinción o suspensión de la acción penal, cuando el procesado hubiere reparado el daño, extendiendo el plazo de la prescripción de la acción civil

emergente, etc. (59)

Los daños que el ofendido resiente por el delito no fueron diferenciados de la pena misma en el antiguo derecho, como ya hemos analizado, más bien quedaron absorbidos por ella. De donde ha resultado que las víctimas del delito no han aprovechado para nada los esfuerzos del Estado para la reparación del daño, sus sufrimientos subsisten, los Tribunales funcionan como si no existiera la víctima; puede decirse así que el sufrimiento de ésta es doble, pues como contribuyente, tiene que pagar los gastos judiciales y todo ello es mas de lamentar cuanto que las víctimas de los delitos son por lo general personas poco acomodadas.

Pero modernamente se distingue ya con nitidez entre la pena y medida de seguridad y la reparación e indemnización, pues el abandono en que había estado la víctima del delito ha hecho necesario que, doctrinariamente, no se dedicara toda la atención al delincuente, sino que se la compartiera también con su víctima inmediata.

Atento a la situación de abandono en que había quedado siempre el ofendido para un sector del positivismo criminal, la reparación del daño ocasionado por el delito, debía tener el carácter de pena y estar provista de iguales medios enérgicos de ejecución que la multa, es decir, ser substituída la insolvencia con

59. Raul Zaffaroni, Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, p. 96

prisión, o mejor todavía, con trabajos obligatorios en servicio del particular ofendido; por otra parte, se ha propuesto que el Estado se constituya cesionario de los derechos de la víctima, dando a ésta inmediata satisfacción (Fioretti), pues el Estado está obligado a garantizar la seguridad general.

Un sistema completo y eficaz para la reparación del daño ha sido elaborado por Garófalo: creación de una caja de multas alimentada con las que sean pagadas a consecuencia de sentencia judicial y con una parte de los salarios de los insolventes o vagos a quienes se obligará a trabajar; al dictarse auto de formal prisión quedará constituida hipoteca sobre los bienes inmuebles del procesado, y crédito privilegiado sobre los futuros, a fin de garantizar la reparación que se fije en la sentencia; si el ofendido renunciare a la reparación, su importe quedará a beneficio de la caja; ésta hará efectivo a los ofendidos, tan pronto como la sentencia judicial lo fije, el importe de la reparación que se les reconozca, pasando desde luego a ser cesionaria de sus derechos.

Por último se ha pensado que la concesión de ciertas gracias (indulto, condena condicional, libertad preparatoria, rehabilitación) debe quedar condicionada al pago previo de la reparación del daño (Prins), como en la actualidad se contempla en nuestro Código Penal respecto a ciertos beneficios.

Cuestión debatida es, si la reparación de los daños ocasionados por el delito, debe comprender también los daños morales. Cuando la afección moral se traduce en decrecimiento del

patrimonio económico, es relativamente fácil la valuación de aquél; pero no así cuando esa relación sea imposible de establecer, pues entonces más que reparación lo que existiría sería nueva pena. Pero las legislaciones modernas van siendo constantes en la admisión, también, de la reparación del daño moral.

En cuanto al daño patrimonial, material, físico o económico, la reparación consiste en la restitución de la cosa o en el pago del precio; y en cuanto al daño moral solo cabe la indemnización por regla general y, para ciertos casos especiales -injurias, difamación y calumnia-, la publicación de sentencia a costa del infractor.

Para Martínez de Castro la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito no sólo era de estricta justicia sino hasta de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos, ya por que así su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a coadyuvar a la persecución de los delincuentes, ya que, como observa Bentham, el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó; tan cierto es esto, que bien puede atribuirse en mucha parte la impunidad de que han gozado algunos criminales, a que no teniendo bienes conocidos, no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído, pues faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, natural era que se retrajeran de hacer acusación alguna y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hiciera perder su tiempo inútilmente.

Considerándolo el mejor de los sistemas, el Código Penal de 1871 independizó la responsabilidad penal de la civil, y entregó la acción de reparación al particular ofendido, como cualquiera otra acción civil, siendo renunciable, transigible y compensable (artículos 313 y 367 del Código Penal de 1871), con lo que el delito quedaba reconocido como fuente de derechos y obligaciones civiles. Para computar el daño proveniente del delito de homicidio, el Código Penal consignó una tabla de probabilidades de vida según las edades. En la práctica muy pocas veces fue reconocida jurisdiccionalmente la obligación de reparar el daño líquido proveniente de un delito.

En dicho Código, se ordenaba hacer un descuento del 25% del producto del trabajo de los reos para el pago de la responsabilidad civil (artículo 85).

La responsabilidad era puramente civil, generando una acción privada, y era renunciable y susceptible de someterse a convenios y transacciones (artículos 301 y 308).

Rompiendo con el anterior sistema, el Código Penal de 1929 sentó que "la reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente del delito" (artículo 291); reconoció que los perjuicios podía ser materiales o no materiales (artículo 301) e impuso al Ministerio Público la obligación de exigir de oficio, en todo caso, dicha reparación (artículo 319); si bien, incongruentemente, dio acción principal a los herederos del ofendido y a éste para exigir dicha reparación, cesando entonces la

intervención del Ministerio Público (artículo 320), con lo que venía a quedar en manos de los particulares el ejercicio de una acción pública.

Otro desacierto fue la tabla de indemnizaciones que formuló dicho Código de 1929, la que podría tener su antecedente en el Fuero Juzgo y aún en las XII Tablas.

El Código de 1929 cambia el sistema, al indicar que la reparación del daño siempre formará parte integrante de las sanciones (artículo 74), repitiéndose el concepto en el artículo 291, y agregando que el responsable tiene que hacer:

1. La restitución.
2. La restauración.
3. La indemnización.

Trató de corregir tan grandes errores el Código Penal vigente al disponer que la reparación del daño, que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; más agregó, que sólo cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil; solución que trató de obviar las espinosas dificultades resultantes de elevar a pena pública, derivada de un delito, la reparación, pues si es tal pena, sólo podrá imponerse a la persona de los infractores, nunca a terceros, dado el principio de la personalidad de la pena; y decimos que trató de obviar tales

dificultades por que, en realidad, debe reconocerse que ellas son insuperables, si la reparación se considera siempre como pena pública; y darle naturaleza civil tratándose de terceros en negarle aquel carácter.

Ahora bien, el daño puede ser causado por una acción típicamente delictuosa o por una que no lo sea y que tan solo esté reconocida como ilícita. En éste último caso no será inculparable, no ameritará pena; pero el daño causado deberá repararlo el sujeto; tal reparación sólo puede ser civil, y exigible por la vía correcta, con fundamento en artículo 1910 del Código Civil que refiero en líneas posteriores.

Como lógica consecuencia de la declaración de ser parcialmente pena pública la reparación, se mantuvo también que la proveniente de delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público en los casos en que proceda (artículo 34 del Código Penal), agregando a dicho precepto, para beneficio y en pro del ofendido, en las recientes reformas hechas al Código Penal con fecha 23 veintitrés de diciembre de 1993, mil novecientos noventa y tres, publicadas en el Diario oficial de la Federación el día 10 diez de enero de 1994, mil novecientos noventa y cuatro, y en vigor a partir del 1° primero de febrero del mismo año, que el ofendido o sus derechohabientes, podrán aportar al Ministerio Público o al Juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, dándole al ofendido, mayor campo de actuación, al poder incluso, aportar dichos datos y pruebas ante la autoridad judicial.

El propósito perseguido por el legislador al elevar a parte de la pena pública la reparación del daño en la generalidad de los casos, fue que el Ministerio Público pudiera exigirla en beneficio del ofendido. Justo es asentar que el nuevo sistema, si discutible ante el rigor de la crítica doctrinal, pudiera resultar no obstante bastante eficaz, pues si con el anterior muy escasas veces obtenía la debida indemnización el ofendido, con el último, dicha indemnización podría, en verdad, ser mas frecuente; y si no lo es, ello obedece a deficiencias de la gestión debida.

Cuando la reparación tiene el carácter de responsabilidad civil por proceder contra terceros, da lugar a la reparación reconocida en el Código Civil (artículos 1910 a 1934), al consagrar en dicha ley sustantiva civil que, el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre, que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima (artículo 1910 Código Civil). De dicha acción, si se ejercita a consecuencia de delito, conoce la autoridad judicial penal que sigue el proceso correspondiente, para lo que abre en éste el incidente respectivo (artículos 532 a 540 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 489 a 493 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Solo cuando se deba a un hecho incriminable, pero ilícito, o contra las buenas costumbres y dañoso para tercero, así como no imputable a éste, corresponderá ejercitar la acción de reparación, ante la jurisdicción civil.

Con fundamento en el citado artículo 1910 del Código Civil, la reparación puede exigirse como consecuencia de todo obrar ilícito o contra las buenas costumbres, que causa daño a otro, siempre que no haya habido culpa o negligencia inexcusable de parte de éste. Las consecuencias dañosas para tercero, no imputables a éste, deben serle reparadas mediante la correspondiente indemnización.

La exigencia de la reparación es independiente del proceso criminal, que tiene por base un delito, mientras la responsabilidad civil derivada del artículo 1910 del Código Civil no tiene esa base. Es consecuencia de lo anterior, que la acción de reparación puede ser instaurada por el que haya resentido el daño, a consecuencia de un obrar ilícito o contra las buenas costumbres, ante la jurisdicción civil y con apoyo en el citado artículo 1910 del Código Civil. Esta acción puede exigirse en cualquier momento del proceso y aun dictada la sentencia definitiva en la jurisdicción penal, pues el proceso criminal, hasta en su aspecto de reparación del daño, tiene diversa continencia que el juicio civil.

Solo a manera de indicación, ya que dedicaré un apartado a los terceros que están obligados a la reparación como consecuencia de delitos, son en nuestro derecho: los ascendientes por los delitos de los descendientes; los tutores y custodios por los de incapacitados; los directores de internados y talleres por los de sus discípulos y aprendices, los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquiera especie,

por los de sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo o en el desempeño de su servicio; las sociedades o agrupaciones por los de sus socios o gerentes directores (se exceptúa la sociedad conyugal) y el Estado solidariamente en los delitos dolosos y subsidiariamente cuando fueren culposos, de sus servidores públicos realizados con motivo de sus funciones (artículo 32 Código Penal).

Se establece en nuestro derecho que la reparación es preferente a cualquiera otra obligación adquirida con posterioridad a la comisión del delito, hecha excepción en lo concerniente a alimentos y relaciones laborales (artículo 33 del Código Penal), y que comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito y, si no fuera posible, el pago del precio de la misma; la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados (artículo 30 del Código Penal), siendo menester mencionar que, en las recientes reformas elaboradas al Código Penal, se introdujo como innovación, el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, ya que antes expresamente no eran contemplados, aunque cabe aclarar que, aún cuando ya son exigibles dichos pagos curativos, no lo son sino hasta que la sentencia condenatoria ejecutoriada lo determine, persistiendo la problemática de que, en ocasiones, la víctima debe ser atendida de inmediato, y no puede esperar hasta que haya una sentencia de por medio, y más aún,

cuando a dicha resolución se interpone algún recurso o medio de impugnación.

Correspondiendo a la parte ofendida el importe de la reparación, ésta se cubrirá con preferencia a la multa y se distribuirá a prorrata entre los ofendidos; pero si dicha parte ofendida renunciare a la reparación, su importe se aplicará al Estado (artículo 35 del Código Penal).

En los casos de participación, la deuda proveniente de la reparación del daño, se considerará como mancomunada y solidara (artículo 36 del Código Penal). De ello puede derivar un problema: que uno de los partícipes, a quien se siga proceso con otro u otros, se sustraiga de la acción de la justicia, llegándose hasta la sentencia con relación a los demás. En este caso, con apoyo en los artículos 1984 a 2021 del Código Civil y especialmente en el 1999, debe declararse responsables por la totalidad del daño a los sentenciados, dejando expeditos sus derechos para exigir de su codeudor la parte proporcional del importe de la reparación al que fueron condenados solidariamente, así como sus accesorios legales, lo que procederá siempre que dicho codeudor sea también condenado en su oportunidad a la reparación que le corresponda y que se compruebe que los primeros satisficieron la reparación a que se les declaró obligados.

Con la mira de garantizar el derecho a ser reparado se dispone que los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño cuando el

inculpado se substraiga a la acción de la justicia (artículo 35 del Código Penal).

El cobro de la reparación se hace efectivo en la misma forma que la multa, una vez que la sentencia que imponga tal reparación cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado deberá remitir inmediatamente copia certificada de ésta a la autoridad fiscal competente, y dicha autoridad, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la copia, iniciará el procedimiento económico coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado o bien, a su representante legal, (artículos 37 y 39 del Código Penal), subsistiendo la obligación mientras no quede totalmente cumplida y aunque el reo obtenga su libertad (artículo 38 del Código Penal).

Se cubrirá el importe de la reparación con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión o, ya libre, con iguales fondos (artículo 38 Código penal). La obligación subsiste también en caso de muerte del delincuente (artículo 91 del Código Penal), de indulto (artículo 98 Código penal) y en algunos de amnistía (artículo 92 del Código Penal).

Siendo ya tan numerosos en el Distrito Federal los delitos por imprudencia en los últimos tiempos, que ha podido calcularse que sus víctimas ascienden a 50,000 en tres años, solo a causa de accidentes automovilísticos, con la mira de hacer efectiva la reparación en tales casos el legislador de 1931 estableció que para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por

imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que administrativamente deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación (artículo 31 in fine del Código Penal).

La pausable innovación adoptada en nuestro derecho no tiene aún eficacia en la realidad por carecerse del reglamento respectivo, pues fue dictado uno en 1934 el cual no ha entrado en vigor aún.

La publicación especial de la sentencia, enumerada entre las penas y medidas de seguridad en nuestro Código Penal, no es otra cosa que un aspecto de la reparación del daño causado por el delito, y aplicable en aquellos casos en que el daño derive de la publicidad adversa del ofendido, que el delito haya ocasionado, además que la misma se hace a costa del delincuente, pudiendo ser también del propio ofendido e incluso del Estado.

En nuestro derecho se ordena en condena dicha publicación, por los delitos de injurias, difamación o calumnia, según lo contempla el artículo 363 del Código Penal.

A consideración de Fernando Castellanos Tena, la reparación del daño unas veces es pena y otras veces pierde tal carácter, lo cual resulta contradictorio.

En realidad, por su naturaleza, la reparación del daño no puede ser una pena; ésta se extingue por la muerte del sentenciado,

lo cual no ocurre en la reparación del daño.

Si admitiéramos como pena pública tal reparación, se trataría de una sanción trascendental, prohibida expresamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPITULO III

LA REPARACION DEL DAÑO

3.1. Consideraciones generales.

La legislación mexicana influenciada por las corrientes positivistas califica a la reparación mencionada como una "pena pública", olvidando el distinto contenido de la acción penal y de la civil, al igual que la diferencia respecto a la titularidad de una y otra.

Sabido es que los positivistas señalaron a la reparación del daño como pena obligatoria para el delincuente y como función del Estado en pro de la defensa social.

El legislador de 1931, no diferenció la sanción civil, de la penal; ni mucho menos advirtió que una y otra, no solo son de naturaleza distinta, sino más bien complementadas.

Estableció que la reparación del daño puede exigirse por el ofendido a los terceros civilmente responsables y, en todo caso, el Ministerio Público promoverá todo lo necesario para que el Juez declare lo procedente en cuanto a dicha reparación, por parte del autor del delito.

En la segunda situación, la reparación del daño en una pena decretada por el Juez y forma parte del objeto principal del proceso; en cambio, en el primer caso, representa un objeto

accesorio del mismo, dando lugar a un incidente reglamentado en los artículos 489 a 493 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ha confirmado el error de la legislación, estableciendo a través de diversas ejecutorias, que "la reparación del daño a cargo directo del delincuente, constituye pena pública, sobre la que el Juez debe resolver precisamente en la sentencia definitiva del proceso; pero la que es exigible a terceros tiene el carácter de responsabilidad civil y debe tramitarse en forma de incidente ante el propio Juez de lo penal, o en juicio especial ante los tribunales del orden civil, si se promueve después de fallado el proceso".

Cuando se trate de hacer efectiva la reparación del daño al delincuente, dado el carácter que le atribuye la legislación mexicana, incumbe al Ministerio Público la aportación de las probanzas necesarias para esos fines, las cuales deben encaminarse a precisar la naturaleza y el monto del daño. Todo esto, se hará por el funcionario citado, a lo largo de la instrucción, para contar así, al formular sus conclusiones, con las bases necesarias para solicitar del órgano jurisdiccional la imposición de esa pena pecuniaria.

El Juez declarará su procedencia y monto, en tal caso.

En efecto, en la Ley adjetiva, la reparación del daño no sólo se exige al autor del delito, sino también a terceros, caso éste

último en el que se tramitará como un incidente, previa solicitud del ofendido ante el Juez instructor, y hasta antes de que se haya concluido la instrucción. De no ser así, la reclamación correspondiente sólo podrá elevarse por la vía civil, atendiendo a las prescripciones del Código de Procedimientos Civiles.

La doctrina más generalizada se ha empeñado en afirmar que al llevarse a cabo la ejecución del delito se da lugar, no sólo a la acción penal, sino también a una acción civil, siendo ésta última, el medio adecuado para hacer efectiva la reparación del daño en los órdenes morales y patrimoniales que el ofendido hubiese resentido.

Obvio es que una y otra de esas acciones son de naturaleza distinta, al igual que su objetivo y fines, teniendo acaso únicamente como denominador común, su origen en el ilícito penal.

Por otra parte, si se afirma que la reparación del daño es "una pena pública" a contrario sensu habría que pensar en "penas privadas", como si aún el delito fuese considerado como un ente de esa naturaleza.

Además, con gran regocijo de todo el mundo, las penas trascendentales ya no forman parte de ninguno de los sistemas llamados democráticos y sin embargo, si la citada reparación del daño es "pena pública", por ello mismo no faltaran quienes le señalen el carácter de privado, puesto que puede exigirse a terceras personas, independientemente de que se diga que en tales circunstancias "tendrá o se tomará como responsabilidad civil".

Todo ello conlleva a señalar, que en la legislación mexicana la reparación del daño en ocasiones es pena pública y en otras no lo es, llegando así al absurdo, como ya en párrafos anteriores lo he manifestado, de que algo puede ser y no ser al mismo tiempo.

Por lo hasta aquí expuesto, es el patrimonio privado lo que se afecta y es por ello una acción privada la decuada. A mayor abundamiento, como se advierte, la reparación del daño depende también del ejercicio de la acción penal, de su no desistimiento y de que el Juez de la causa en la sentencia determine su procedencia, puesto que de no ocurrir, especialmente esto último existiría un serio obstáculo, para ofendido y víctima, en el ejercicio de sus derechos por la vía civil, motivo por el cual habrán de sujetarse, a qué en el momento procesal correspondiente se declare la responsabilidad y se precise lo referente a reparación del daño, para que esa resolución judicial sea la base de sustentación que, en su caso, permita hacer realidad el resarcimiento del daño.

Esto es lo que priva esencialmente en relación al ofendido, sujeto en todo y por todo a las consecuencias del monopolio de la acción penal, quizá por eso y tratando de fortalecer su ya desventurada situación, a últimas fechas, se estableció que la reparación del daño "se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante y que cuando, quien se considere con derecho y no la pueda obtener ante el Juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio

Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil, de acuerdo a los términos de la legislación correspondiente".

De esta forma se desprende, que si la reparación del daño es "pena pública", el Organo Jurisdiccional en materia civil, está impedido para conocer de cualquier gestión del ofendido, hecha excepción de que sea en contra de terceros y nunca del autor del delito, por que si se dan las hipótesis respectivas, éstas aunadas al tan repetido carácter de pena pública de la reparación del daño, impide al Juez civil avocarse a las pretensiones del propio ofendido.

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 inculgado otorgue fianza suficiente a juicio del Juez, éste decretará el embargo bajo su responsabilidad.

Aún con estas medidas de tipo cautelar con las que se pretende justificar una "reivindicación" en torno al ofendido, no podemos dejar pasar por alto que, lo más importante para éste no es la tan repetida reparación material o moral, más que eso, que evidentemente reviste gran importancia, lo verdaderamente trascendente para dicho agraviado es no sentirse burlado en su derecho al castigo del delito, no sentirse impotente debido al no ejercicio de la acción penal, al desistimiento de ésta, a la rara formulación de conclusiones inacusatorias y al abstencionismo del Ministerio Público respecto a la interposición de los recursos

precedentes, esto y mucho más de lo imperante en nuestro sistema de enjuiciamiento es lo que le lesiona y hiere profundamente.

La reparación del daño, debido al temperamento, ocupa en ocasiones, un lugar secundario en el ánimo de algunos ofendidos, aunque no lo haya considerado así el legislador.

Debido a lo antes expuesto, y dada la confusa apreciación de la reparación material y moral a que mínimamente tiene derecho el ofendido, por haber sido invadida y afectada su esfera jurídica, en éste capítulo trataré de profundizar en el entorno de la reparación material, y daré tratamiento especial al resarcimiento moral, pretendiendo dar los lineamientos mínimos a seguir, para una justa y adecuada reparación de los daños resentidos por el agraviado de la comisión de los delitos.

3.2. Algunas consideraciones sobre el daño.

Empezaré por revisar la definición lexicográfica del término "daño", para evaluar mejor el tratamiento que da nuestro derecho al daño material y al agravio moral o extrapatrimonial.

Sobre el particular, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice: Daño del latín "damnum" significa efecto de dañar; perjuicio, detrimento, menoscabo, y en cuanto al verbo dañar, del latín "damnar", significa causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor, etc., maltratar, echar a perder, condenar, sentenciar, dañar al prójimo en la honra.

Dentro de la teoría jurídica, dichas concepciones tienen elementos que podríamos llamar determinantes, para el mejor entendimiento y comprensión del daño jurídico, por ejemplo: el dolor, el detrimento, el perjuicio, el menoscabo, sufrimiento, etc. Toda mención al concepto jurídico de daño tendrá aquí una íntima relación con la definición gramatical, en el entendimiento de que ya dependerá de la técnica jurídica en cada caso, el señalar la precisa idea del daño jurídico, y aún más, indicar los elementos que debe contener esta figura, para que, cuando se hable conforme a derecho, se entienda si en un caso dado se trata de un agravio ya sea patrimonial o extrapatrimonial.

Entre el relativamente reducido número de autores que se han ocupado de definirlo, predomina la opinión de que debe entenderse por daño, toda lesión, disminución, menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico, principalmente los siguientes: Orgaz, el daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera; Enneceruslehman, daño en 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, destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes. (60)

Nuestro Código Civil, en el artículo 2108 dice "se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación", y por su parte el artículo 2109

60. Salvador Ochoa Olvera, op. cit., p. 2

del mismo ordenamiento dispone "se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

El maestro Manuel Borja Soriano señala: "se entiende por daño lo que los antiguos llamaban "daño emergente", es decir, la pérdida que una persona sufre en su patrimonio. Se reputa perjuicio lo que antiguamente se le llamaba "lucro cesante", es decir, la privación de una ganancia lícita. Algunas veces, empleando ya la palabra daño, ya la palabra perjuicio, se quiere designar con una sola de ellas los dos conceptos que se acaban de expresar. (61)

El Italiano Adriano De Cupis, sobre el particular enuncia "el daño patrimonial es, indudablemente, una especie notoria del daño privado", en realidad el daño patrimonial no comprende totalmente el daño privado; es tan solo una especie, aunque sea la mas importante, por lo que junto al mismo debe también ser considerada una ulterior especie de daño privado, el llamado daño no patrimonial. (62)

Volviendo al artículo 2108 del Código Civil vigente, se advierte que se está ante el típico daño que recae sobre bienes jurídicos de naturaleza patrimonial y que no basta con agregarle el adjetivo "moral" a la definición dada en dicho precepto legal, para

61. Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, p. 406

62. Adriano De Cupis, El daño, p. 122

tener la idea exacta de lo que es un agravio de naturaleza extrapatrimonial.

El daño moral es esencialmente extrapatrimonial.

Por ello su fundamentación se halla en el artículo 1916 del Código Civil vigente, que por primera vez en la historia de nuestra legislación civil define lo que es el daño moral. Se aprecia además que éste, dada su tipicidad tan especial, es desde luego independiente de la definición que se ajusta a los daños patrimoniales.

De lo que se puede concluir que, es evidente que el multicitado artículo 2108 del Código Civil vigente, corresponde al daño patrimonial, en tanto que el artículo 1916 de dicha ley sustantiva, se refiere al daño causado sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial, como son el honor, decoro, sentimientos, afectos, reputación, etc., es decir el agravio moral.

3.3. Tipos de daño.

A este respecto, podemos hablar de daño actual, es decir el que se da en el momento en que surge la controversia, y cuya existencia, magnitud y gravedad se asemejan al hecho ilícito que lo produce; daño futuro, es aquel que nunca presenta en el momento de la controversia las tres características del daño actual, es decir, la existencia, magnitud y gravedad, sino que al producirse el hecho ilícito, éste será, consecuencia directa del evento dañoso, que se

actualiza con posterioridad; daño directo, aquél que soporta el agraviado, daño indirecto o reflejo, que no es mas que el sufrimiento del mismo por una persona distinta del agraviado inmediato.

Con dicha clasificación nos lleva a discutir la doctrina, entre el daño cierto y el daño eventual, se nota que en cuanto al daño cierto, su existencia, magnitud y gravedad, son perfectamente determinados en el momento del acontecimiento dañoso, en tanto que la eventualidad se refiere al conjunto de consecuencias y circunstancias que, de presentarse, darán origen a un daño, y que, hasta ese momento podremos expresar con certeza.

Otra clasificación, y es la que más nos interesa, es la que atiende a la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados. Conforme a la existencia de los derechos patrimoniales y los derechos de la personalidad, según sean conclucados, estaremos también ante diferentes tipos de daños, como lo son el daño patrimonial y el daño moral.

3.4. Daño patrimonial y daño moral.

En el daño patrimonial, es obvio que la violación recae sobre un bien de naturaleza patrimonial. Sin embargo, lo importante de la sencilla, pero lógica aseveración anterior, es que, sobre la esfera jurídica de los bienes patrimoniales, es donde más se ha legislado y más teorías sobre el particular se han elaborado. Situación distinta es cuando se habla de agravio moral.

Cuando existe una lesión sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, al daño causado se le llama moral; es decir, cuando los derechos de la personalidad son conculcados, estamos ante un agravio moral. Cuando el campo de protección del derecho se proyecta sobre bienes que no pueden ser tasables en dinero, como son el honor, sentimientos, afectos, creencias, etc., el daño causado a éstos se denomina moral.

He aquí una de las grandes divisiones que la doctrina y la ley por siempre han establecido: los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria y aquellos que por su naturaleza inmaterial no pueden valuarse en dinero.

Jamás, por perfecta que sea la técnica jurídica, tendrán valor traducido en dinero la vida de nuestros padres, el honor, nuestros sentimientos, nuestros afectos, etc. Es imposible darle a una cosa inmaterial una adecuación material, mejor dicho, volver patrimonial lo que es extrapatrimonial, para valorarlo adecuadamente en dinero. Proposición tan absurda iría en contra de la esencia de los mismos bienes que se tratan de proteger.

Las teorías que afirman que esto no es posible, y en consecuencia no se puede condenar a nadie a indemnizar a título de reparación moral, tienen su fundamento en que, por la naturaleza inmaterial de los derechos de la personalidad, es imposible su traducción en dinero. Esta afirmación resulta atractiva en primera lectura, pero conforme a nuestra legislación civil, dicha teoría negativa no es admisible.

Nuestro Derecho vigente admite con acierto la existencia del daño moral y la forma en que operará su reparación.

Es posible condenar a una persona por ser civilmente responsable de haber cometido un hecho ilícito que causa un agravio de naturaleza extrapatrimonial.

La apreciación jurídica que fundamenta los estudios del agravio moral establece que en ningún momento la vida privada, honor, sentimientos, decoro, afectos, etc., podrán comerciarse jurídicamente, y que la reparación ordenada por haber causado un daño moral, es a título de satisfacción por el dolor moral, sin que esto implique que lo atenúe o desaparezca. Es decir, la suma de dinero entregada para resarcir el daño, no se traduce en que perfecta o aproximadamente se valúe el bien lesionado, sino que dicho dinero se entrega por equivalente del dolor moral sufrido.

Tal postura es equivocada, por que al entrar al fondo de la reparación, se entiende que al obligar a un sujeto a indemnizar, por ser quien causó el daño moral, es claro que dicha reparación cumple una función satisfactoria única y exclusivamente, ya que en materia de agravios morales no existe la reparación natural o perfecta, por que nunca el agravio sufrido en nuestro honor o nuestras creencias será borrado completamente, ni definitivamente volverán las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero. Pero esto no es fundamento para que el sujeto causante de la lesión de los derechos de la personalidad quede impune.

El jurista español García López en su obra sobre la responsabilidad civil por daño moral (63), establece que si existe la reparación natural en materia de daños morales, fundándose en los siguientes argumentos:

- La reparación hin natura o específica. La reparación específica o también denominada reparación hin natura, es aquella que tiene por finalidad reponer al perjudicado en un estado igual o similar al que poseía antes de sobrevivir la situación dañosa.

Esta reposición puede llevarse a cabo en la práctica por medio de actividades constitutivas de un "dare" o de un "facere": restitución de la cosa sustraída ilícitamente, sustitución de la cosa desaparecida con otra perteneciente a su mismo género, reparación de lo ilícitamente demolido, eliminación de lo ilícitamente hecho.

Todas estas especies integrantes de la reparación hin natura centran su atención directamente sobre el objeto dañado con un verdadero carácter restitutorio.

Por lo que al daño moral se refiere, no cabe duda de que la propia naturaleza de los bienes a los que afecta, supone una cierta dificultad para que pueda aplicarse la reparación específica. Pensemos, por ejemplo, en la pérdida de un familiar, en la

63. Rafael García López, Responsabilidad civil por daño moral, pp. 113 y 114

amputación de un miembro corporal o en el menoscabo del honor por causa de difamación. Sin embargo, en algunos supuestos, aunque puedan resultar verdaderamente exigüos, puede operar esta forma de reparación.

En realidad, la reparación moral o específica tiene cabida en algunos supuestos del daño moral, y en la medida en que puedan ser reparados de este modo, es necesario aceptarla.

Suele ser el honor, el prototipo de los bienes morales que se toma como ejemplo para mostrar la operatividad de la reparación natural o específica.

Se establecen a éste efecto como medios idóneos, la publicación de la sentencia de condena, la retractación pública del ofensor y la réplica concedida al injuriado. Además, estos medios que sirven de instrumento a la reparación natural del honor menoscabado o mancillado pueden prevenir también los daños patrimoniales susceptibles de sobrevenir en un futuro como consecuencia indirecta del atentado contra aquel bien jurídico.

Por lo tanto, considero que, la reparación vendría propiamente por vía de la publicación de la sentencia, retractación del ofensor, etc., pues a través de estos cauces se puede conseguir, al menos parcialmente, destruir o hacer desaparecer los conceptos que la acción injuriosa o difamatoria impregnaron en la conciencia de la comunidad social, logrando así restituir el honor mancillado. Y esta forma de reparación, aunque sea parcial y deba

exigir un complemento pecuniario, sí constituye una forma de reparación *in natura*.

Ahora bien, por otro lado, existen diversas teorías definitorias del daño moral, por ejemplo, las corrientes negativas que definen al daño moral por exclusión del daño patrimonial o aquellas que clasifican los agravios extrapatrimoniales atendiendo los efectos del daño en el patrimonio de la persona.

3.5. Reparación del daño moral.

A. Definición.

En virtud de que, la legislación penal no refiere nada al respecto, creo conveniente aplicar los conceptos que de daño moral nos proporciona el Código Civil vigente.

Podemos comenzar diciendo que, en su primer párrafo, el artículo 1916 del Código Civil vigente define al daño moral en los siguientes términos: "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 dicha persona tienen los demás".

En la exposición de motivos del Decreto que reformó el artículo antes referido, que regula la figura del agravio extrapatrimonial, se expresa que "la iniciativa se fundamenta en la doctrina civilista contemporánea de los derechos de la

personalidad, la cual tiende a garantizar a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su persona física y moral".

También confirma lo anterior el hecho de que la Nación puede ser sujeto pasivo de daño moral, en los términos del artículo 1928 del propio Código Civil. Tanto la persona física como la moral pueden ser sujetos activos y pasivos de daño extrapatrimonial. Ambos pueden sufrir un daño moral y a la vez ser condenados a reparar un agravio de naturaleza moral.

La definición del daño moral, es en primer lugar genérica y en segundo no es limitativa, además de tener un carácter enunciativo. Por tanto, cabe la analogía de la proporcionalidad y se entiende que, de determinados bienes, sólo puede ser exclusivo titular la persona física, en tanto que en la titularidad de otros de los bienes nombrados participa también la persona moral. No podemos desconocer la personalidad jurídica de las personas morales en materia de agravios extrapatrimoniales, por que es claro que la ley les otorga igual protección que a la persona física, en sus derechos de personalidad. Por tanto, toda violación de cualquiera de los bienes que sufra la persona moral con motivo de un agravio moral, debe ser condenada y reparada.

B. Bienes jurídicos que tutela.

Antes de la reforma de 1982 al artículo 1916 del Código Civil vigente, no se precisaba qué bienes tutelaba la indemnización

otorgada a título de reparación moral. Pero los autores mexicanos siempre coincidieron en el mismo sentido de la reforma, en que el daño moral era una lesión a derechos de la personalidad como son el honor, sentimiento, vida privada, etc.

Respecto a los derechos de la personalidad, dice De Cupis: estos derechos pueden distinguirse por ser: extrapatrimoniales, por que también se adquieren con independencia de la voluntad específica de sus titulares y de la misma forma se pierden, son absolutos por que se oponen erga omnes, son incedibles, inalienables e imprescriptibles, pues los bienes que protegen se hallan fuera del comercio jurídico. (64)

Los bienes que enumera el primer párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil son: sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, la consideración que de la persona tienen los demás. Esta clasificación, como se ha dicho con anterioridad, de ninguna manera es limitativa. Es enunciativa y genérica, en tanto que admite y considera de forma adecuada, la analogía de bienes en cuanto a su conculcación.

En la Exposición de Motivos del Decreto que reformó el artículo en cuestión consideró: "es indiscutible que las conductas pueden afectar a una persona en su honor, reputación o estima. Así mismo, resulta claro que las afecciones de una persona, así como

64. Adriano De Cupis, op. cit., p. 123

las afectaciones, que se traducen en desfiguración o lesión estética, infligen daño moral".

Nadie podrá dudar de que cuando se lastima a una persona en sus afectos y sentimientos morales o creencias, se le está infligiendo un dolor moral.

Así pues parece necesario, clasificar los bienes que tutela el daño moral en relación con el patrimonio a que pertenecen.

C. Patrimonio moral.

Para la mejor comprensión de este apartado, es necesario mencionar de manera genérica qué es lo que se entiende por patrimonio, y así decimos que, se entiende por patrimonio "la suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona, conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de valoración pecuniaria".

Ahora, de manera específica, se define al patrimonio moral del individuo como "el conjunto de bienes de naturaleza extrapatrimonial, los cuales por su característica inmaterial no son susceptibles de ser valorados, ni aproximada ni perfectamente, en dinero". (65)

Se ha establecido que el patrimonio moral de toda persona, se compone por el patrimonio moral, social u objetivo y por el

65. Salvador Ochoa Olvera, op. cit., pp. 38 y 39

patrimonio moral afectivo o subjetivo.

- **Objetivo o social.**

Se refiere a los bienes que se relacionan de manera directa con el sujeto y el medio en que se desenvuelve socialmente, donde se exterioriza su personalidad. Es necesario comentar que cuando se dañan generalmente bienes que integran este patrimonio, casi siempre causan un daño económico pecuniario, ya que el ataque a la honra de un profesionista, por ejemplo, en su medio, acarreará un desprestigio que se traducirá en perjuicio económico, cuando por razón directa del agravio moral sufrido, soporte una merma o detrimento en la demanda de sus servicios como profesionista.

Nos ilustra el maestro De Cupis sobre este punto: ciertamente, el hecho que lesiona el interés relativo a un bien no patrimonial, puede dañar también un interés no patrimonial, aunque el bien patrimonial tenga un reflejo no patrimonial, por el señalado coligamiento con otro bien no patrimonial; y, respectivamente, el hecho que lesiona al interés relativo a un bien no patrimonial, puede lesionar también un interés patrimonial -y, así, producir un daño patrimonial indirecto-, en cuanto el mismo bien no patrimonial tenga un reflejo patrimonial, debido a su aptitud para alcanzar otro bien de naturaleza patrimonial.

(66)

66. Adriano De Cupis, op. cit., p. 125.

- **Subjetivo o afectivo.**

Se hablará de patrimonio moral afectivo o subjetivo, cuando los bienes que lo integran se refieran directamente a la persona en su intimidad. Es la concepción subjetiva mas aguda del individuo.

El Maestro Rojina Villegas dice respecto del patrimonio moral: "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". (67)

Ya hemos dicho que toda interferencia que no esté 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.

En tanto, Manuel Borja Soriano dice: "Existen dos tipos de patrimonios morales: el social y el afectivo. El social siempre trae aparejado un perjuicio pecuniario, en tanto que el afectivo está limpio de toda mezcla. El dolor, la pena, son los únicos perjuicios causados; pecuniariamente la víctima no sufre ningún daño. (68)

67. Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo III Vol. II, p. 135

68. Manuel Borja Soriano, op. cit., p. 428

D. Bienes del patrimonio moral.

Siguiendo las clasificaciones anteriores, puede afirmarse de forma indubitable que, conforme a la definición contenida en el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil vigente, los bienes que tutela el acervo moral propiamente, pertenecen a los siguientes patrimonios:

1. Patrimonio moral afectivo o subjetivo, se integra por afectos, creencias, sentimientos, vida privada y configuración y aspectos físicos.

2. Patrimonio moral social u objetivo, se integra por decoro, honor, reputación, y la consideración que de la persona tienen los demás.

Antes de hacer los comentarios particulares sobre cada bien, es necesario repetir que dicha clasificación es enunciativa, mas no limitativa, y tiene además un carácter extenso, por lo cual, como lo deje asentado ya en líneas anteriores, admite la analogía de la proporcionalidad.

- Objetivo o social.

Como previamente quedo anotado, lo integra el decoro, honor, reputación, y la consideración que de la persona tienen los demás, a continuación daré una breve explicación de la integración de cada uno de dichos aspectos.

Por lo que respecta al decoro, a éste lo integran el honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, honra, estimación.

El decoro se basa en el principio de que a toda persona se le debe considerar como honorable, merecedor de respeto, lo cual es una regla general aceptada en el trato social.

Por lo tanto, la conculcación de éste bien, se configura en el sentido negativo de que el sujeto activo, sin fundamento, daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social donde se desenvuelve y que es donde directamente repercute el agravio. Este tipo de daño constituye un ataque directo al patrimonio moral social del individuo.

En cuanto al honor, podemos decir que es la cualidad moral que nos lleva a cumplir un deber.

El honor de una persona es un bien objetivo que hace que ésta sea merecedora de admiración y confianza. El honor se gesta y crece en las relaciones sociales; la observancia de sus deberes jurídicos y morales lo configuran.

Los ataques al honor de las personas, son los daños que más se presentan en materia de agravios extrapatrimoniales. Este bien tiene una tutela penal en el delito de Calumnia, figura que es independiente de los ataques que sufre el honor tutelado por el daño moral.

Al igual que todos los bienes que integran el patrimonio moral social del individuo, éstos pueden ocasionar a la vez indirectamente un daño patrimonial al sujeto pasivo de la relación jurídica nacida de un daño moral directo.

La reputación, por otra parte, se considera que es la fama y crédito de que goza una persona.

Este bien se puede apreciar en dos aspectos importantes: el primero consiste en la opinión generalizada que de una persona se tiene en el medio social donde se desenvuelve, y la segunda consiste en lo sobresaliente o exitosa que es dicha persona en sus actividades. Como vemos claramente, el agravio extrapatrimonial se configura cuando existen conductas ilícitas que tiene por fin lograr el descrédito o menosprecio del agraviado.

No se admite que sea motivo de tutela por parte del agravio extrapatrimonial, la reputación negativa o maligna de que goza una persona, ya que el Derecho no puede proteger lo que no regula o prohíbe por considerarlo ilícito, se refiere a los bienes que pertenecen al patrimonio moral social u objetivo del individuo.

Una persona puede ser afectada en su honor y al mismo tiempo en sus creencias o sentimientos, sin que esto implique que hay varios daños morales. La actualidad y certeza del daño inmaterial se da cuando se lesionan uno o más de los bienes jurídicos que tutela el menoscabo extrapatrimonial, de tal suerte que el número de bienes lesionados no es determinante para la existencia del daño

moral. Sólo cuenta para los efectos de la condena que hará el juzgador, cuando determine la indemnización del agravio moral.

- Subjetivo o afectivo.

En líneas anteriores, precise que éste se integra por los afectos, las creencias, los sentimientos, la vida privada y la configuración y aspectos físicos, a continuación daré una breve explicación de cada uno de ellos.

Al afecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, lo define a partir de sus raíces etimológicas así, del latín "affectus", inclinado a alguna persona o cosa, pasión del ánimo.

La tutela jurídica sobre éste bien recaerá en la conducta ilícita de una persona que tiene como fin afectar o dañar ese ánimo particular sobre determinada persona o cosa, y que al verse lesionado tal bien sufrirá una afectación, la cual constituye un agravio de naturaleza extrapatrimonial, que deba ser reparado.

Respecto a las creencias, entendámoslas como firme asentamiento y conformidad con una cosa. Es un bien que comprende la naturaleza más subjetiva de la persona; ésta le da completo crédito a algo, una idea, un pensamiento, que incluso servirá de guía en su vida diaria, por tener la certeza de que es válido. El agravio moral se constituirá cuando la agresión específica recaiga sobre estos conceptos.

Bien, en cuanto a los sentimientos, se consideran en su más amplia acepción como la acción y el efecto de sentir; estado de ánimo; sentir, experimentar sensaciones producidas por causas internas o externas.

Los sentimientos pueden ser de dolor o placer, según sea el caso. El daño moral, en este punto, mas bien se refiere a los sentimientos que nos causan un dolor moral, pero también la conducta ilícita que nos priva de sentimientos de placer puede constituir un agravio de naturaleza inmaterial, ya que lo mismo se puede afectar a una persona causándole un dolor de manera directa como indirectamente al privarlo de los sentimientos que le causan placer; por ejemplo en el primer caso la pérdida de un ser querido o familiar.

La vida privada, son todos y cada uno de los actos particulares y personales del sujeto; el adjetivo privado se refiere a un hecho de familia, a la vista de pocos.

También sobre lo anterior surge controversia. Una solución sería simplemente decir que: vida privada comprende mis hechos de familia, mis actos particulares y personales. Existe una obligación en principio de que se me respete; claro, siempre y cuando dicha conducta privada no lesione derechos de terceros. Así mismo, en ningún momento me encuentro obligado a soportar que cualquier persona, sin derecho, interfiera en mi vida privada; es decir, soportar una conducta ilícita que agrede mis actos particulares o de familia.

Configuración y aspectos físicos, este bien se encuentra relacionado con la apariencia, con el modo de presentarse a la vista de las personas, como es la figura de un sujeto, así como su integridad física. Entiéndase este derecho como una extensión del correspondiente a la seguridad de la persona, pero también debe contemplarse en dos aspectos: el primero se refiere a la agresión de palabra u obra, referido a la figura física del individuo; el segundo se refiere a las lesiones que recibe el sujeto agraviado en su cuerpo o en su salud, que es una de las especies en que se divide el derecho a la vida que todas las personas, como seres humanos tenemos.

El daño moral en este caso se configura de la siguiente manera: cuando una persona causa una lesión en el cuerpo de otra, que supongamos deja una cicatriz perpetua, habrá inflingido también un dolor moral, independientemente del delito que hubiese cometido, así como la responsabilidad civil en que incurra y por la cual se le condena a pagar por daños y perjuicios, consistentes en curaciones, hospitalización. Este dolor moral, debe ser condenado y reparado, es lo que algunos autores llaman daños estéticos, que se producen en bienes del patrimonio moral social u objetivo.

E. Titulares de la acción de la reparación moral.

- Directos.

Sujeto pasivo o agraviado. El titular en esta acción lo puede ser cualquier persona física o moral, en pleno goce y disfrute de

sus derechos, con excepción del Estado.

En términos generales, toda persona física o moral puede sufrir un agravio extrapatrimonial y ser titular directo de la acción de reclamación.

- Indirectos.

Los padres que tienen la patria potestad sobre los menores. Precisamente serán estos quienes ejerzan la patria potestad sobre los menores, quienes en todo caso ejercerán la acción de la reparación, en virtud de que el menor no cuenta con capacidad de ejercicio para ello. Son titulares indirectos, por que el menor es el que soporta el daño, pero quien ejerce la acción de reparación será el padre o quien ejerza en el momento del acontecimiento dañoso la patria potestad.

El Derecho tutela a estas personas en sus bienes morales, como sujetos que directamente sufren un agravio moral y que pueden obtener su reparación de manera indirecta.

Tutores. El incapaz natural o legal que sufre un daño moral, tendrá acción de reparación de manera indirecta a través de su tutor, quien se encuentra obligado a reclamar el resarcimiento del agravio extrapatrimonial causado.

Los herederos del agraviado directo, siempre y cuando éste haya intentado la acción en vida. Una de las características de la

acción de reparación es que además de ser personalísima del damnificado, no puede ser transmitida; es intransferible e incedible. Pero existe como siempre la excepción, que expresamente regula el artículo 1916 del Código Civil vigente, disponiendo que se deben cumplir necesariamente dos presupuestos, para que tenga vida esta acción indirecta de reclamación:

1. Que los titulares sean herederos del agraviado, y

2. Que el agraviado, quien soportó el perjuicio moral anterior a su muerte, haya intentado la acción de reclamación en vida.

En cuanto al primer supuesto, consideramos necesario señalar específicamente a los herederos como únicos titulares de ésta acción indirecta de reclamación; aunado lo anterior a la intransmisibilidad de la misma por acto entre vivos, por prohibición expresa del artículo 1916.

Si entendemos por heredero la persona que adquiere a título universal los bienes del de cujus en todos sus derechos y obligaciones, y que se convierte en responsable de todas sus cargas a partir de la muerte de éste, surgen inmediatamente las discusiones propias del Derecho sucesorio. Esto se tendrá que resolver de acuerdo con el tipo de sucesión a que pertenezca el heredero, legítimo o testamentario.

Dejando a un lado la institución de heredero, el momento en

que nace su derecho para reclamar y la naturaleza jurídica de este derecho que se incorpora a la masa hereditaria, es importante hacer las siguientes consideraciones: la congruencia que existe, al establecer que sean los herederos quienes tengan la acción indirecta de reparación. Por que si se trata de un heredero testamentario, existe la presunción de que dicha persona es la que, en los últimos momentos de la vida del agraviado directo, tuvo con éste una relación afectiva, y si se trata de un heredero por sucesión legítima, existe la misma idea, ya que las reglas del parentesco determinan por consanguinidad o afinidad quiénes tienen derecho a suceder al de cujus, y también existe la presunción, aunque más relativa, de que dichos herederos tienen un vínculo más afectivo con el agraviado directo antes de su muerte, con todo lo que ello implica, superando el interés de un tercero.

Es necesario dejar en claro que, el derecho a la reparación moral es un derecho personalísimo, y que por ello debe morir con su titular.

La excepción es precisamente la transmisión de tal derecho a sus sucesores.

Lo anterior, así como el carácter de intrasmisible por acto entre vivos de la acción, tiene el objeto de evitar que tan subjetivos y personales derechos sean comerciados.

A esto obedece también la condición para ejercicio de la acción, de que el agraviado directo la haya intentado en vida.

Por su parte, Mazeaud manifiesta: "sería tan chocante ver a una víctima ceder a un tercero el precio de sus sufrimientos, como ver a los acreedores apoderarse del precio de tal valor". (69)

F. Personas obligadas a reparar moralmente.

- Directas.

El sujeto activo o agente dañoso del agravio moral. Lo puede ser toda persona física o moral y, es aquella a quien se le imputa que por un hecho u omisión ilícitos afecta a otra persona en sus derechos de la personalidad, lesionando uno o varios bienes que tutela el daño moral; es decir, será la persona a quien directamente se le reclama por haber cometido un agravio extrapatrimonial y que por consecuencia deberá de indemnizar al sujeto pasivo.

- Indirectas.

Los padres de los menores. Quedó señalado que dicha responsabilidad es indirecta, ya que no son ellos quienes cometen el daño, pero sí quienes se encuentran obligados a repararlo (responsabilidad por hecho ajeno). En los términos de los artículos 1919 y 1922 del Código Civil:

1. Quienes ejerzan la patria potestad tienen obligación de

69. Henri Mazeaud, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil y contractual, p. 67

responder por los daños y perjuicios que causen los menores que estén bajo su tutela y que habiten con ellos.

2. Si los padres o quienes ejerzan la patria potestad sobre dichos menores, prueban que el hecho les fue imposible evitarlo, es decir, cuando acrediten que tuvieron el justo cuidado y debida vigilancia, se les eximirá de tal responsabilidad.

La mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años: Si, por ejemplo, un menor, de quince años, infiere a una persona una lesión en su rostro con arma punzo cortante, que deje una cicatriz perpetua, sabemos que no existe delito de lesiones, ya que por la edad del sujeto activo, es decir del infractor, se considera inimputable. Así, independientemente de la ausencia de responsabilidad penal en el campo del derecho civil, el dolor moral que le causa tener un rostro desfigurado al agraviado, será el fundamento para reclamar y obtener la condena del sujeto activo por daño moral.

Los tutores. De igual forma, debe destacarse que existe la obligación del tutor cuando el incapaz cause daño moral y recaiga la responsabilidad en el primero -ya que el inhabilitado puede cometer daño en un momento de lucidez-, siempre y cuando se encuentre bajo su tutela y habite con el autor, y no pruebe éste que observó el cuidado y vigilancia necesarias para evitarlo. Esto es independiente del caso de que, sin responsabilidad para el tutor el incapaz cause daño, el cual tiene la obligación directa de repararlo, en los términos del artículo 1916 del Código Civil.

La Nación. Se observó que antes de la reforma del Código Civil en su artículo 1916 de fecha 28 de diciembre de 1982, la Nación no podía ser sujeto pasivo del daño moral, ni directo ni indirecto. Sin embargo, a partir del nuevo artículo, la Nación es responsable por causar un agravio moral, y también asume la responsabilidad subsidiaria cuando sus funcionarios, en el ejercicio de su encargo, causen un daño y no puedan repararlo por que:

1. No tengan bienes suficientes para cubrir la indemnización, y.

2. Los que tengan no sean suficientes para poder reparar el daño causado.

Las personas que incurren en responsabilidad objetiva. El artículo 1913 del Código Civil vigente previene lo que debe entenderse por responsabilidad legal u objetiva. Para efectos del presente, es necesario poner de relieve que, igual que en el caso del Estado, éste tipo de responsabilidades específicas no eran reguladas por el artículo 1916 antes de la reforma, en el sentido de considerarse éstos como sujetos activos del daño moral. Ahora se puede exigir dicha reparación extrapatrimonial, ya que el propio artículo lo admite. Si, por ejemplo, una persona que vive en el Distrito Federal es propietaria de una cohetería ubicada en el Puerto de Veracruz, y en ésta se produce una explosión, con saldo de pérdida de vidas humanas, lesiones y daños materiales, con independencia de la indemnización que se cubra por las personas

mueratas y heridas, así como de los daños patrimoniales que se causen, los agraviados tendrán derecho a exigir la reparación moral por la lesión que sufrieron sus sentimientos, afectos, creencias, etc., según sea el daño inmaterial que invoquen. Se trata de una acción directa en contra del dueño de la fábrica, responsable indirecto.

Caso del artículo 1929 del Código Civil. También incurre en daño moral el dueño del animal que lo causa, según el artículo 1929 de nuestra Ley civil, a menos que acredite que el animal fue excitado o provocado por la víctima y que por su culpa sufrió el daño. Aquí también, con autonomía de la responsabilidad civil, diferente a la del tipo extrapatrimonial, en que incurre el sujeto activo, en este caso el responsable directo tendrá también que reparar moralmente.

Lo antes señalado, es aplicable por lo que respecta al Código Civil vigente, ahora bien, en tratándose de una condena estrictamente penal, cabría aplicar la previsión que a este respecto hace el Código Penal en su artículo 32 que reza:

Están obligados a reparar el daño en términos del artículo 29:

- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.
- Los tutores y custodios, por los delitos de los

incapacitados que se hallen bajo su autoridad.

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

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

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

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

- El Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

G. Monto de la indemnización moral.

El órgano jurisdiccional tiene facultad discrecional para

determinar el monto de dinero que se entregará al sujeto pasivo por concepto de reparación moral. Esta facultad discrecional deberá apreciar lo siguiente: los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, la realidad del ataque, la conducta ilícita y los aspectos económicos del sujeto activo y el sujeto pasivo. Pero el hecho de que el Juzgador tenga en cuenta los anteriores aspectos, no implica ninguna limitación al monto de la condena, sino que el arbitrio judicial debe nutrirse de dichas singularidades para fundar y motivar debidamente, ajustado a derecho y más a la equidad, su resolución.

Sabemos que las condenas por reparación de daño moral, en nuestro Derecho, están en vías de perfección, por lo nuevo de la figura y la ausencia de casos que sirvan de comparación de criterios judiciales. Por ejemplo, en el Derecho Sajón, la responsabilidad civil y moral es una de las responsabilidades más importantes y temidas por los sujetos responsables, ya que estas condenas importan restricciones a los derechos de la persona y el pago de indemnizaciones millonarias, y estos jueces emiten sus resoluciones en un auténtico jurado de conciencia y fundados en casos análogos.

En el Derecho mexicano, es momento de que éste tipo de responsabilidad moral se despoje de atavismos y visiones medievales, que se comprenda que dicha responsabilidad debe ser una condena penal y civil, tan importante y grave como las demás responsabilidades penales y civiles ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico, y que nuestros jueces penales no tengan

temor en condenar por cantidades considerables en dinero a los agentes dañosos o sujetos activos de la causación de un daño moral, como medida ejemplar contra el ataque de los derechos de la personalidad y como una reivindicación debida a nuestras leyes penales.

No impartir justicia conforme a Derecho, constituye una de las injusticias más graves.

Entonces, es el momento de que los órganos jurisdiccionales no crean en limitantes cuando deben dictar una condena por daño moral, ya que el derecho civil y penal esperan al otorgar una facultad discrecional al juzgador para determinar el monto de la suma que se pagará a título de indemnización moral, que se entienda que la responsabilidad por daño moral, no es una acción de reparación improbable o que su indemnización es meramente simbólica.

Bajo el principio general de que los bienes morales jamás podrán ni perfecta ni extrapatrimonialmente ser valuados en dinero, ya que no existe traducción adecuada en moneda, surge la pregunta de cómo se va a establecer entonces el monto de la indemnización.

Para contestar lo anterior es necesario precisar que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria. De acuerdo con esto vemos que, de conformidad con nuestro Derecho, el monto de la indemnización lo fijará el órgano jurisdiccional, pero

antes tiene que valorar situaciones previas a la determinación de la cantidad.

Rezzonico y Marty nos dicen que el monto de la indemnización no debe constituir un enriquecimiento sin causa, siendo éste uno de los principios que debe observar el Juez al dictar su resolución condenatoria. (70)

Por otro lado y en sentido contrario, el español García López manifiesta a este respecto que: "la indemnización del daño moral supondría un enriquecimiento sin causa". Se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral, que su admisión supondría definitivamente, desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa. (71)

Por su parte el jurista argentino Roberto H. Berbia, jamás dice que la admisión de la indemnización por daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que expresa dicho profesor de la Universidad Nacional de Litoral es, que hay que impedir que la indemnización por daño moral, se convierta en favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa, en un enriquecimiento sin justa causa. (72)

Esto es, nadie debe tener patrimonialmente ganancias sin

70. Marty G, Derecho Civil, Tomo I, p. 292

71. Rafael García López, op. cit., pp. 146 y 147

72. Roberto H. Berbia, op. cit., p. 236

causa jurídica y en perjuicio de un patrimonio diferente al ganancioso y que también, sin causa jurídica soporta la pérdida.

Considero que es válido que se hable de un esquema patrimonialista, en el aspecto de la reparación moral, sin que esto implique una confusión o invasión de esferas patrimoniales y extrapatrimoniales.

No riñe en nuestro Derecho la tutela de bienes de naturaleza extrapatrimonial con su reparación de contenido eminentemente patrimonial, lo que nos obliga a distinguir entre el bien moral y su concepción extrapatrimonial, el interés del agraviado, en obtener una satisfacción moral y la naturaleza de la reparación del daño moral en nuestro Derecho, que por disposición expresa del Código Civil siempre se constituirá en la entrega de una suma de dinero, con excepción del daño moral agravado o calificado, donde aparte del metálico, se ordena la publicación de la sentencia en los medios de comunicación social donde se difundió el evento dañoso. Lo anterior nos da la pauta, para solucionar cualquier duda, y se deben aplicar los principios del enriquecimiento sin causa, como uno de los elementos que necesita valorar el juzgador en su libre arbitrio, para determinar el monto de la indemnización por daño moral.

Reviste gran dificultad lograr una valoración exacta del dinero cuando se trata de lesión a bienes de naturaleza extrapatrimonial, pero esto no es un obstáculo para que el juzgador no pueda condenar.

La facultad discrecional del juzgador tendrá que observar, considero, los siguientes principios al momento de fijar qué suma de dinero será entregada a título de reparación moral:

1. El Juez deberá hacer un análisis de los derechos lesionados; es decir, si el agravio moral conculcó la honra de una persona solamente o también su reputación, sentimientos, decoro, etc., según el caso concreto, no hay relación de la prueba de la existencia del daño moral con el número de bienes lesionados, sino que esto sólo lo debe tomar en cuenta el Juzgador para determinar la gravedad del daño causado en atención a los bienes conculcados, que influirá determinadamente en el incremento o disminución de la suma que se entregará por concepto de reparación moral.

2. El grado de responsabilidad se relaciona directamente con el vínculo jurídico que existe entre el sujeto activo y el agraviado, ya sea de responsabilidad directa o indirecta. El Juzgador tiene que tomar en cuenta, los presupuestos anteriores, del sujeto activo en la comisión del daño, ya que el grado de responsabilidad se estará refiriendo a si directamente causó el daño o se encuentra indirectamente obligado a resarcirlo.

3. La situación económica de la víctima y del responsable. El Juez debe analizar éste punto descartando la idea de que, si el sujeto activo es muy rico, la reparación debe ser generosa o que si el agraviado carece de recursos económicos se le entregará una gran suma de dinero por concepto de indemnización, y de la misma forma a contrario sensu. Se ha dicho que la suma de dinero que se entrega

al agraviado a título de reparación moral cumple una función satisfactoria por el dolor moral causado, por lo que el aspecto económico tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, se refiere a que la cantidad se considera equivalente para satisfacer el daño causado y, por ejemplo, podrá incrementarse, cuando la lesión se cause a uno de los bienes que integran el patrimonio moral social de una persona. Como se explicó, cuando se daña uno de estos valores, casi siempre existe un daño pecuniario, como es el caso de la reputación de una persona, ya que una vez lesionado este bien, el descrédito en la sociedad donde se desenvuelve el agraviado, puede traerle perjuicios económicos, como el tener menos clientela, en el caso de un profesionista, por ejemplo.

4. Circunstancias genéricas del caso. El Juez, una vez que haya analizado y considerado los incisos anteriores, deberá, si así lo acredita la controversia, evaluar todo elemento extraño a lo mencionado, y que sea de una importancia tal que incluya directamente en el aumento o disminución del monto de la reparación. Incluso aquí es donde puede valorar circunstancias que destruyan la ilicitud de la conducta o irrealidad del ataque, o aclaren la magnitud y extensión del daño, recordando que todos los medios de prueba permitidos por nuestra ley procesal pueden ser utilizados para acreditar que existe o no agravio moral, o bien, que el monto de la reparación debe ser significativo, reducido o simbólico.

Creo que uno de los criterios rectores en los cuales no debe fundamentarse el juzgador para dictar su resolución condenatoria

sobre agravio extrapatrimonial, será el que la suma de dinero entregada al agraviado constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

En conclusión, se puede decir que el monto de la indemnización por daño moral en nuestro derecho tendrá las siguientes características:

1. Lo fijará el Juez, el cual tendrá una discrecionalidad absoluta para establecer el monto, ya que el arbitrio judicial es libre, y solo debe apreciar para fundamentar su resolución el tipo de conducta ilícita, la realidad del ataque, los bienes lesionados, el tipo y grado de responsabilidad, y los aspectos económicos del sujeto activo y pasivo.

2. El uso de la facultad discrecional por parte del Juez implicará también que la suma de dinero que se entrega para resarcir el daño inmaterial al agraviado, no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

Quiero insistir, en que los daños morales, al no ser necesariamente sufrimientos físicos y sí anímicos, del resorte subjetivo, como sucede cuando queda alguien expuesto a burla, deshonor, rechazo, imposibilidad de alcanzar alguna posición social, artística o profesional, etc., tales daños son generalmente refractarios a prueba pericial para acreditar su ocurrencia y para cuantificar la compensación pecuniaria adecuada; esto impone que el Juez prudentemente condene al pago de la indemnización que

encuentre congruente con la situación que revelen las constancias de la causa.

Los daños morales no pueden valorarse en peso y medida, su repercusión económica no es posible medirla y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetas a ninguna prueba.

El precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos.

La idea de que en lo relativo a daños morales el prudente arbitrio del juzgador y no otra fuente, ha de ser la base para fijar la compensación económica que el acusado haya de cubrir al ofendido, la ha recogido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia que se publica en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen CXIV, Segunda Parte, pág. 49, reiterada en los Amparos Directos 2232/74 y 2773, con este texto:

REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DE LA MULTA.- El artículo 31 del Código Penal del Distrito de Territorios Federales, al exigir como requisito indispensable la capacidad económica del inculpado, se refiere exclusivamente a los casos en que es menester reparar el daño moral, dado que en este respecto el Juzgador no tiene base para fijar su monto que su prudente arbitrio, en donde aparece como índice de gran trascendencia la situación económica del acusado y no en casos en que la condena se refiere a la reparación del daño

material cuyo monto se encuentra debidamente acreditado en autos.

H. Jurisprudencia.

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION.- De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que que produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consiste en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito, La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa pues ambos son indispensables para ello, así, aunque se acredite que se llevó acabo alguna conducta ilícita, sino se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fué a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1º de enero de 1983, al artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos ilícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer

Circuito. Amparo Directo 245/88. Jorge Alberto Cervera Suárez. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Noé Adonai Martínez Berman.

DAÑO MORAL.- El artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, está redactado con tal claridad, que hace innecesaria su interpretación. Se dice en él, que independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable. Se ve de este texto, que el derecho de los familiares, al ser indemnizados a título de reparación moral, y según la apreciación judicial, no puede considerarse como realizado sino en caso de fallecimiento de la víctima.

Adela Noriega Vda. de Silva y Coags. Pág. 296, Tomo LXXXII, 4 de octubre de 1944. 5 votos.

INDEMNIZACION POR EL DAÑO MORAL.- En las ejecutorias de amparo no se puede imponer a la autoridad responsable la obligación de acordar en favor de las víctimas de un hecho ilícito, una indemnización por el daño moral de que habla el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, ya que este sólo concede al Juzgador una mera facultad discrecional, para que aplique alguna cantidad como indemnización compensatoria del daño moral.

Sigales Soledad y Coags. Pág. 5034, Tomo LXXVI, 17 de junio

de 1953. 4 votos.

PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL.- Si se demandan dos indemnizaciones, una a consecuencia de daños materiales y la otra como indemnización moral, es claro que legalmente puede considerarse probado el monto de la reparación material y la acción para exigirla, pero no la relativa a la reparación moral, que para su existencia requiere la demostración del hecho ilícito por parte del demandado, según disposición expresa del artículo 1916 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Cía. Limitada de Ferrocarril Mexicano. Pág. 1953.

Tomo LVIII. 15 de noviembre de 1938.

DAÑO MORAL: CASO EN QUE SE CAUSA.- Acorde con el artículo 1916 reformado del Código Civil del Distrito Federal, se causa un daño moral cuando se distorsiona la versión que una persona autoriza, para publicarla con respecto a su vida, al atribuirle actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores de la sociedad, causándole un dolor cierto y actual a consecuencia del desprestigio y al quedar expuesta a las críticas de la sociedad.

Amparo Directo 8339/86. G. A. y otra. 6 de abril de 1987.
Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Jorge Olivera Toro.

Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

DAÑO MORAL: EL QUE UNA PERSONA HAYA SIDO CONDENADA PENALMENTE NO PUEDE DAR LUGAR A CONSIDERAR QUE CAREZCA DE BUENA REPUTACION.- Para el efecto de determinar si se causa daño moral, a una persona al distorsionar su vida en una película, no puede admitirse que carezca de buena reputación en consideración de que había sido sometida a enjuiciamiento penal y resultado con la sentencia condenatoria que había causado estado, toda vez que es indudable que en nuestro sistema jurídico la persona que compurga una pena no puede seguir a través del tiempo cargando con resabios de esa pena, por que se estaría contrariando el artículo 22 Constitucional, en la parte relativa a la prohibición de penas trascendentales y sería tanto como aseverar que alguien que recibió una sentencia, continuara compurgándola, quedando estigmatizada por el resto de su vida y perdiendo todos sus derechos.

Amparo Directo 8339/86. G. A. y otros. 6 de abril de 1987.
Unanimidad de 4 Votos.

Ponente: Jorge Olivera Toro.

Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz.
Infante.

DAÑO MORAL: PRUEBA DEL MISMO.- Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afectaciones íntimas, al honor y a la reputación, por

eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

Amparo Directo 8339/86. G. A. y otros. 6 de abril de 1987.
Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.
Secretaría: Hilda Martínez Gonzáles. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

DAÑO MORAL: SU REGULACION.- El artículo 1916 reformado del Código Civil del Distrito Federal, señala que los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civil contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar el individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del poder general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del Derecho Civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación, exposición de motivos de la reforma legislativa.

Amparo Directo 8339/86. G. A. y otros. 6 de abril de 1987.
Unanimidad de 4 Votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.
Secretaria: Hilda Martínez Gonzáles. Ausente: Ernesto Díaz
Infante.

INDEBIDA CONFIRMACION DE LA CONDENA AL PAGO DE REPARACION DEL DAÑO MORAL.- La ejecutoria de amparo versó sobre la legalidad o ilegalidad de la sentencia reclamada al magistrado responsable, exclusivamente en lo tocante a la pena privativa de la libertad del quejoso, por haberse revocado en dicha sentencia la condena al pago de la reparación del daño, decretada por el Juez de primer grado, absolviéndose en ese punto al quejoso; por lo que al cumplimentar el Magistrado responsable la ejecutoria de amparo, indebidamente confirmó la aludida condena, excediéndose en el incumplimiento del fallo Federal.

Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito.

Queja 38/86. Alvaro Almaquer Caballero. 15 de enero de 1987. Ponente: Martín Borrego Martínez. Secretario: José Luis Soberón Zúñiga.

LA DENUNCIA DE HECHOS, ANTE LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES, QUE PUDIERAN CONSTITUIR UN DELITO NO IMPLICA LA CAUSACION DEL DAÑO MORAL, POR LA AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL.- No puede estimarse ilícita la conducta de una empresa denunciante de probables hechos delictivos al señalar como posible autor de éstos a un empleado, pues ello sólo implica la aportación de datos para determinar su

presunta responsabilidad, lo que constituye el ejercicio del derecho de acudir a las autoridades correspondientes para la defensa de su patrimonio, no pudiendo, por ende, constituir esa conducta un hecho ilícito en términos del artículo 1910 del Código Civil; de suerte que si las autoridades consideran que hay elementos para decretar la orden de aprehensión y formal prisión del presunto responsable, tal actitud ya no es imputable a la denunciante de los hechos y, por consiguiente, no debe responder el supuesto daño moral que se diga del causado, por la circunstancia de que se hubiere revocado el auto de formal prisión.

Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. (TCO13297 Civ).

Amparo Directo 2318/90. Francisco Javier Aranda Ruiz. 30 de agosto de 1990. Unanimidad de votos.

Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DE LA MULTA.- El artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, al exigir como requisito indispensable la capacidad económica del inculpado, se refiere exclusivamente a los casos en que es menester reparar el daño moral, dado que en este respecto el Juzgador no tiene base para fijar su monto que su prudente arbitrio, en donde aparece como índice de gran trascendencia la situación económica del acusado y no en casos en que la condena se refiere a la reparación del daño

material cuyo monto se encuentra debidamente acreditado en autos.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia que se publica en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen CXIV, Segunda Parte, pág. 49, reiterada en los Amparos Directos 2232/74 y 2773.

REPARACION DEL DAÑO MORAL. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL AMPARO (Legislación de Jalisco).- Si la sentencia reclamada condenó al acusado y quejoso a pagar cierta cantidad por concepto de reparación del daño moral, citando solo el artículo 1837 del Código Civil del Estado de Jalisco, pero sin fundar ni motivar la procedencia de esa condenación, supliendo la definición, supliendo la deficiencia de la queja de acuerdo con la fracción II del artículo 107 Constitucional, debe concederse el amparo para el sólo efecto de que se dicte nueva sentencia en la que, en vista de las pruebas existentes en el proceso, se funde y motive, en su caso, la condenación al pago de aquella cantidad, por concepto de daño moral.

Primera Sala. Apéndice de 1975, Parte Segunda, Pág. 492.

3.6. Reparación del daño patrimonial.

A. Concepto.

Como el Código Penal no define lo que se ha de entender por daño material o patrimonial, hemos de tomar esos conceptos del Código

Civil.

En dicho Código los artículos 2108 y 2109 explican que se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio y que se reputa perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido de no haber ocurrido el hecho que da origen a la responsabilidad. Tratándose de pérdida o deterioro de cosas; el artículo 2112 indica que si la cosa se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grande que, a juicio de los peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente estaba destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella, y el 2114 establece que el precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño.

El artículo 2115 por su parte señala que al estimarse el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que se causó en el precio de ella, sino también a los gastos necesarios para su reparación.

En tales condiciones, se puede considerar que, la reparación del daño patrimonial 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.

Es un derecho subjetivo por que es la voluntad individual el factor esencial para hacer efectiva la reparación y contrasta con la pretensión punitiva estatal de naturaleza pública y por ende

obligatoria, sin que lo anterior lleve al extremo de pensar que ante situaciones sociales necesarias el Estado no pueda intervenir auxiliando a quien lo requiera para hacer efectiva la reparación.

No solo el ofendido es titular del derecho subjetivo, sino también las víctimas.

Es lógico que en ocasiones sea imposible que el ofendido pueda apersonarse para ejercitar su derecho, por eso es que al señalar a las víctimas nos referimos a los herederos de aquél u otros sujetos que por diversas razones acrediten el derecho mencionado.

El resarcimiento del daño material es la restitución de la cosa obtenida por el delito, esto es la indemnización del daño material, objetivos estos que con base en el concepto emitido se traducen en la obligación para el responsable de reparar el daño causado.

El derecho subjetivo en cuestión, tiene su fuente directa en la ley penal y civil.

Como pena está incluida en el inciso 6) del catálogo de penas y medidas de seguridad, que proporciona el artículo 24, tomando éste precepto en relación con los numerales 29 y 39 que corresponden al capítulo de sanción pecuniaria.

La imposición de esta pena en una sentencia penal, como

consecuencia de la responsabilidad que como autor o partícipe en un delito se asigne al acusado, requiere de petición que el Ministerio Público incluya en sus respectivas conclusiones acusatorias; esto es, constituye un aspecto del ejercicio de la acción penal cuyo monopolio otorga a aquella institución el artículo 21 Constitucional.

La pena de la reparación del daño patrimonial, que en los casos en que haya varios condenados se considera deuda solidaria, es decir, exigible íntegramente a cualquiera de ellos, se hará efectiva de la misma forma que la multa; esto significa que el cobro se hará por la vía fiscal, pero como la reparación cuantificada en sentencia condenatoria resulta ser una cantidad exigible y líquida, cuya obligación de ejecutoria, el ofendido acreedor podrá usar copia certificada de la sentencia para entablar demanda ejecutiva contra el sentenciado, de acuerdo con el artículo 444 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

B. Aspectos que lo integran.

Atendiendo a lo previsto por el artículo 30 del Código Penal vigente, la reparación del daño material comprende lo siguiente: la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; la indemnización del daño material causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y por último, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Como acto reparatorio es muy natural la restitución de la cosa, esto es imperativo, de manera tal que si existe la imposibilidad de hacerlo habrá de pagarse el precio de la misma.

La realidad acusa que la reparación material es un mero enunciado; sin embargo, tratándose de delitos cometidos por servidores públicos, a últimas fechas la pretensión del legislador es menos ilusoria, pues sin duda, dado el rango de los sujetos de que se trata, cuando son considerados autores de delitos habrá maneras mas eficaces de que la reparación se cumpla, aún a despecho de quienes piensen que como se trata de intereses del propio Estado, éste sea el motivo para que la multicitada reparación se logre integralmente.

C. Personas obligadas a la reparación patrimonial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Código Penal vigente, están obligados a la reparación del daño patrimonial:

- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.

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

- Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los

delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos.

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

- La sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de ésta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause.

- El Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

La nota esencial radica en que se recoge el principio válido en cualquier ámbito normativo, de que quien obrando ilícitamente cause daño a otro debe repararlo, ya sea por restitución o por indemnización, principio consagrado en los artículos 1910 y 1915 respectivamente del Código Civil vigente.

Bajo un concreto enfoque penal, se puede decir que siendo el delito un rompimiento del orden jurídico, debe hacerse cesar y repararse sus consecuencias dañosas del mejor modo posible, y esto

implica obligar al delincuente a resarcir todos los daños y perjuicios causados por el rompimiento, tanto a la sociedad como a la víctima del delito. (73)

D. Monto de la reparación del daño patrimonial.

Respecto al monto que habrá de alcanzar la reparación material, el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal en su versión original disponía: "La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla".

La última parte de éste texto (atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla) se suprimió por reforma publicada el 13 de enero de 1984 (en vigor noventa días después); esa reforma se hizo en atención a la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presentada bajo el número 268 de la Parte Segunda del Apéndice publicado en 1975 (número 221 de la Parte Segunda del Apéndice publicado en 1985) que dice:

"REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DEL MONTO DE LA.- La reparación del daño en cuanto consista en la restitución del daño, en la restitución de la cosa obtenida por el

73. Guillermo Colín Sanchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, p. 539

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 a que se refiere la Ley, así sea total estado de insolvencia del inculpado, 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, sólo debe tenerse en cuenta para fijar el monto del daño moral".

Por lo que, en cuanto al daño material, el Juez requerirá de prueba no solo de la concurrencia del daño sino también de su cuantía económica.

El artículo 31, primer párrafo, del Código Penal vigente, 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", les dirige a los juzgadores un mandato de primordial importancia, tendiente a que se reedifique el orden de cosas roto por el delito en ofensa directa a la víctima, pero es a ésta la que atiende la ley con dicho precepto. Las consecuencias del ilícito sobre la persona victimada deben cesar y repararse y el Juez debe, consciente de la relevancia de esa obligación que específicamente le asigna la ley, dedicarle la atención que su indispensable cumplimiento requiere.

La prueba se integrará con el cúmulo de datos que se hayan obtenido durante el proceso y la presuncional humana, por que el Juez como los demás integrantes del conglomerado social, vive en un medio donde la experiencia hace percibir y comprender costumbres, tradiciones y perjuicios.

Considero preciso mencionar que, no debe atender el Juzgador exclusiva y estrictamente al dictamen pericial en materia de valuación que sea presentado por los peritos correspondientes, para poder condenar a la reparación del daño material, ello en virtud de que, la práctica judicial establece que, cuando los objetos que deben ser restituidos al ofendido en tratándose de delitos patrimoniales, son valuados sin tenerlos a la vista, los juzgadores absuelven de dicha pena pública al sentenciado, siendo ilógico pensar que, si por ejemplo, dichos objetos fueron robados y no recuperados como suele ocurrir comunmente, puedan tenerse a la vista, ya que si ello ocurriera entonces dicho dictamen pericial resultaría ocioso, por lo que, en estricto apego a justicia, y sin vulnerar el marco legal, deben tomarse en cuenta además, las circunstancias en que ocurrieron los hechos delictivos, y condenar a la mencionada reparación, a fin de que el ofendido no recienta ese doble perjuicio a que nos hemos venido refiriendo a lo largo de este trabajo, es decir, la vulneración de su esfera jurídica y además la lesión y menoscabo patrimonial.

A diferencia de lo que ocurre en materia civil, en lo penal no se abre vía de apremio para la ejecución de 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, de acuerdo con las pruebas aportadas durante el proceso. Así lo reconoce la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada con el número 222 de la Parte Primera del Apéndice publicado en 1985:

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 cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido, ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior.

E. Jurisprudencia.

OFENDIDO, REVISION INTERPUESTA POR EL (AUTO DE FORMAL PRISION).- Aunque la parte ofendida no se haya constituido en parte civil dentro del proceso, exigiendo de tercera persona, la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente del delito, sin duda alguna que tiene interés jurídico en la existencia del auto de formal prisión que reclamo el acusado en el juicio de garantías, puesto que, sin esta resolución, no puede sobrevenir un fallo condenatorio sobre la reparación del daño, dentro del mismo proceso, ya sea en la sentencia definitiva que juzge al acuerdo, o en el incidente respectivo que se pueda enderezar contra un tercero; y estando comprobado que dicho ofendido a través de su apoderado, denunció el delito que a

su juicio cometió el acusado, con perjuicio de sus intereses patrimoniales, debe decirse que ha tenido capacidad procesal bastante e interés legítimo al apersonarse en el juicio de garantías, en que se le tuvo como tercero perjudicado, y al hacer valer, con ese carácter, el recurso de revisión que se examina, una interpretación literal del artículo 10 de la Ley de Amparo, conduciría a un verdadero estado de denegación de justicia, en que el ofendido o las personas con derecho a la reparación del daño, perderían la facultad de acudir al juicio de amparo, reclamando resoluciones que afectarían sus garantías individuales, consagradas por la Constitución General de la República, y protegidas procesalmente por medio del mencionado juicio de amparo. Debe entenderse el derecho de promover de las partes, en el sentido de poder acudir al amparo o interponer dentro de éste, los recursos procedentes, cuando las resoluciones que impugnen tengan una relación directa con la reparación del daño o la responsabilidad civil; de tal manera que vayan a influir en todo lo relativo al resarcimiento del daño; y sin duda alguna la protección Constitucional que se concede a un quejoso contra un auto de formal prisión, afecta los intereses jurídicos del denunciante, pues le priva de inmediato, del derecho de exigir, dentro de la secuencia penal, el resarcimiento del daño. Por tal concepto, no procede desechar el recurso de revisión interpuesto por el ofendido, en tales condiciones.

Epoca. Tomo CI. Página 1075.

Precedentes:

Medina Mendoza José. Pág. 1075.

Tomo CI. 30 de julio de 1949. 3 votos. véase:

Tomo CVI, pág. 1162. Viorato Castro Faustino. "Ofendido, revisión interpuesta por el".

Tomo CIII, pág. 307. Prieto Antón Paulino. Ofendido, amparo pedido por el (revocación del auto de formal prisión)".

Tomo CI, Pág. 1564. Chávez Marin Silvano. "Ofendido, revisión interpuesta por el (Auto de formal prisión)".

Tomo XCVIII, Página 473. Hill Coll Francisco. "Ofendido, es tercer perjudicado en el amparo contra el auto de formal prisión".

Tomo XCI, página 454. Lorenzo Juan M. "Ofendido, personalidad en el amparo. (Legislación de Veracruz)".

Tomo XCIII, pág. 239. Flores Flores Ignacio. "Ofendido, no es parte en el amparo contra el auto de formal prisión".

REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DEL MONTO DE LA.- La reparación del daño en cuanto consista en la restitución del daño, 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 a que se refiere la Ley, así sea total estado de insolvencia del inculpado, 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, sólo debe tenerse en cuenta para fijar el monto del daño moral".

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

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 cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido, ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada con el número 222 de la Parte Primera del Apéndice publicado en 1985.

REPARACION DEL DAÑO EN CASO DE MUERTE. PARA CALCULAR SU MONTO DEBE APLICARSE EL CODIGO CIVIL. (LEGISLACION FEDERAL).- El Código Penal Federal establece que la reparación del daño será fijada según el daño que sea preciso reparar y de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, pero es sabido y demostrado por la experiencia que los daños que se causen a la familia del ofendido, por la muerte de éste, no puede ser verdaderamente materia de

prueba en cada caso, ya que es muy difícil calcular la edad probable de dicho ofendido, su estado de salud (después de pasar tiempo de la inhumación), su voluntad para ayudar a la familia y la parte de sus ingresos que destinaba para ello, etc.; por lo tanto, esta dificultad nacida de la misma naturaleza de las cosas, siempre se ha suplicado por una determinación empírica hecha por el propio legislador y así la legislación federal mexicana del Código Civil Federal remite a las cuotas establecidas por la Ley Federal del Trabajo y así mismo fija la utilidad o salario máximo que se deben calcular para estimar el monto del daño. En esa virtud, dentro de una sana interpretación del artículo 31 del Código Penal Federal, que no precisa la forma de calcular el monto del daño en los casos de muerte, tal laguna debe integrarse con lo dispuesto por el Código Civil, pues ambas leyes provienen del mismo legislador federal y deben complementarse mutuamente, máxime en los casos en que se trata únicamente de una verdadera acción civil exigida para hacer efectiva una responsabilidad puramente civil de los terceros; tal criterio está acorde con una interpretación científica y racional del derecho, pues el fin social de la Ley Penal en esta materia es la protección de los ofendidos por el delito y si se deja a los familiares del ofendido, en cada caso, la casi imposible tarea de determinar con diversas pruebas el monto del daño que se les causa con la muerte del ofendido, prácticamente se les está dejando sin protección, lo que contraría el fin de la Ley y del legislador, por lo que en

los casos de responsabilidad civil exigible a terceros, es lógico que se deba estimar el monto del daño de acuerdo con los cálculos hechos por el propio legislador para casos análogos, en los que se tiene que reparar a la familia, los daños causados por la muerte de la persona que sostenía o ayudaba a su sostenimiento.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Vol. 8, pág. 27.- A. D. 8580/67.- Materiales Triturados, S. A.- 5 Votos.

REPARACION DEL DAÑO EN EL DELITO DE ROBO.- Para fijar el monto de la reparación del daño en el delito de ROBO, no debe tomarse en cuenta la capacidad económica de los acusados, y mucho menos cuando el producto de lo robado haya sido dinero en efectivo; sino que dicha reparación debe cuantificarse precisamente en la cantidad en que haya sido perjudicado el ofendido. Caso contrario, si las posibilidades de los ofensores son pocas o nulas, se estaría cometiendo una injusticia en perjuicio del ofendido, por existir discrepancia entre el valor robado y el monto de la reparación del daño, tan solo en beneficio del reo; de manera que se propiciaría que personas indigentes se dedicaran al robo si sabían que en caso de obtener una cantidad, iban a ser condenados a devolver menos, en relación con su capacidad económica, o nada, si no se demuestra esa misma capacidad.

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. CIX, Pág. 32.- A. D.- 3968/64.- Alejandro Rivera Padilla.- 5 Votos.

REPARACION DEL DAÑO, FIJACION DE LA.- El artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios federales, al exigir como requisito indispensable la capacidad económica del inculcado, se refiere exclusivamente a los casos en que es menester reparar el daño moral, dado que en este respecto al juzgador no tiene otra base para fijar su monto que su prudente arbitrio, en donde aparece como índice de gran trascendencia la situación económica del acusado y no en casos en que la condena se refiere a la reparación del daño material, cuyo monto se encuentra debidamente acreditado en autos, tanto con el dictamen pericial sobre el valor de los daños causados, como por los documentos exhibidos y que demuestren los gastos erogados por los ofendidos con motivo del delito, que hacen prácticamente innecesario atender a la capacidad económica del obligado, si se tiene en cuenta sobre todo que la reparación del daño es una pena pública y que el condenado a cubrirla puede posteriormente, si es insolvente en el momento de la sentencia, obtener bienes o ingresos suficientes para tal fin.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. CXXXII, pág. 34.

A. D. 3469/64.- Manuel Aguilera Robles.- 5 Votos.- Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 54, pág. 47.- A. D. 2773/72.- Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.- Unanimidad de 4 votos.- Vol. 60, pág. 29.- A. D.- 2232/74.- Flavio Rodríguez Acosta.- 5 votos.

REPARACION DEL DAÑO, LA DETERMINACION DE LA, NO DEPENDE DE SU RELACION CON LA CONDENA CONDICIONAL.- No existe disposición legal que establezca que la determinación de la reparación del daño deba hacerse en relación con el beneficio de la condena condicional, pues no es verdad que la circunstancia de que la cantidad a la que se condene a pagar al reo como reparación del daño haga nugatorio el beneficio de la condena condicional, por que tal condena forma parte de la pena impuesta, sin perjuicio de que se garantice el pago de la reparación del daño para obtener la libertad condicional concedida.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Vol. 36, Pág. 36.- A. D. 3418/71.- Carlos Pérez González.-
5 Votos.

REPARACION DEL DAÑO, MONTO DE LA, EN CASO DE RECUPERACION DE PARTE DE LOS OBJETOS DEL DELITO.- Aunque de acuerdo con el dictamen pericial la valoración de los objetos materia del delito patrimonial haya ascendido a cierta cantidad, si algunos de esos objetos fueron recuperados y restituidos al ofendido, la condena a la reparación del daño se debe establecer tomando en consideración la devolución de aquellos objetos y no la cantidad total fijada en el peritaje.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Vol. 32, Pág. 51.

Amparo Directo 2168/71.- José Martínez García.- Unanimidad de 4 votos.

REPARACION DEL DAÑO.- De los términos del artículo 30 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se desprende que la reparación del daño, tratándose del atropello a un vehículo, comprende no solamente el pago de los desperfectos que aquél sufrió, sino también la indemnización de los perjuicios; estando constituido esto, por la falta de lucro o producto que normalmente puede producir el vehículo.

Quinta Epoca: Tomo XLVIII, Pág. 2975.- Cía de Tranvías de México S.A.

REPARACION DEL DAÑO.- Si en la ejecutoria que se impugna no se indican las partidas por las cuales debe estimarse que la reparación del daño alcanzó la suma a cuyo pago condenó, ni tampoco se hace referencia a los datos examinados para estimar la situación económica del reo, ya que en la mencionada resolución sólo se indica que tales datos se comprueban al través de las diferentes declaraciones del procesado, como es obvio que el sentenciador debió mencionar concretamente las probanzas respectivas, a fin de fundamentar la estimación aludida, el concepto de violación relativo es precedente, y debe reponerse el procedimiento.

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. V, Pág. 119.- A. D. 6186/56.- José López reyes.- Unanimidad de 4 votos.

REPARACION DEL DAÑO.- Por lo que atañe a la reparación del daño, si en ninguna de las constancias procesales obran datos demostrativos del importe de los daños por la

víctima, ni en las sentencias respectivas se razona nada sobre el particular, y se limitó el Juzgador a decir que procedía la condena al pago de la reparación del daño, sin expresar motivo alguno para tal conclusión, se está en el caso de conceder al reo la protección de la justicia federal, que sólo el único efecto de que se pronuncie una nueva resolución en la que sólo se modifique lo relativo a la reparación del daño, y se absuelva al quejoso de esta pena pecuniaria.

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXV, pág. 96.- A. D. 2250/59.- Silvino Chávez Sandoval.- 5 votos.

REPARACION DEL DAÑO, CARACTER DE PENA PUBLICA DE LA.- La reparación del daño tiene carácter de pena pública, por lo que procede su satisfacción en el caso de que se lesione el patrimonio ajeno con motivo de la infracción, sin que para ello sea indispensable la petición de la misma por el lesionado en su patrimonio.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 36, pág. 23.- A. D. 3418/71.- Carlos Pérez González.- 5 votos.

REPARACION DEL DAÑO, CARACTER DE PENA PUBLICA DE LA.- El hecho de que al propietario de un vehículo tripulado por el acusado y que sufra daños, de los cuales se da fe, no denuncie estos ni reclame su pago, en forma alguna libera de responsabilidad al acusado, pues la reparación del daño tiene carácter de pena pública, no necesita querrela y se impondrá de oficio al infractor, sin que sea preciso que el

ofendido se constituya en parte dentro del proceso, en los términos del artículo 29 del Código Penal Federal.

Séptima Época, Segunda Parte: Vol, 56, pág. 59.- A. D. 1072/73.- Miguel Angel Falcón.- 5 votos.

3.7. Intervención del ofendido en el Procedimiento Penal del Distrito Federal.

Dispone el artículo 9º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalan las leyes; por lo tanto podrá poner a disposición del Ministerio Público y del Juez instructor todos los datos conducentes a acreditar los elementos del tipo penal, la probable y plena responsabilidad del inculcado, según el caso, y a justificar la reparación del daño. El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal".

Podemos observar que el numeral mencionado, en estricto sentido, le niega al ofendido el carácter de parte en el procedimiento penal, derivado esto de que, por política criminal, en el Código Penal de 1931 se elevó la reparación del daño a la calidad de pena pública, cuya imposición por el Juez requiere del ejercicio de la acción penal que es exclusiva del Ministerio Público. El ofendido queda reducido a la posibilidad de

constituírse, si así lo desea, como coadyuvante del Ministerio Público en el proceso respectivo; en éste papel puede aportar las pruebas de que disponga, por conducto del representante social o llevándolas directamente ante el Juez 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 consiguiente carga de aportar las pruebas conducentes, y eso aún en la eventualidad de que el ofendido no se apersona en el proceso, inclusive, si el ofendido renuncia a su derecho, se produce subrogación en favor del Estado, por prevenirlo así expresamente el artículo 35, párrafo tercero, del Código Penal.

La facultad del ofendido de apersonarse como coadyuvante del Ministerio Público en lo relativo a la reparación del daño no sólo le abre la posibilidad de ofrecer pruebas, sino que además él o su representante, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pueden comparecer en las audiencias y alegar lo que a su derecho convenga, y en las últimas reformas elaboradas a dicho numeral, se le reconoce que lo podrá hacer en las mismas condiciones que los defensores; además se le deben de notificar las resoluciones apelables, de conformidad a lo establecido por el artículo 80 del Código adjetivo de la materia, pues la fracción III del artículo 417 del citado ordenamiento, establece el derecho del ofendido a apelar en lo concerniente a la acción reparadora; y, la Ley de Amparo, en su artículo 10, indica que podrá promover juicio de garantías contra actos que emanen del incidente de reparación o de

responsabilidad civil.

Aunque lo antes asentado, según lo considera la práctica cotidiana, es el único caso en que el ofendido lo puede solicitar, lo cual, me atrevo a poner en duda, en virtud de que, existe una tesis jurisprudencial en la cual, se considera que el ofendido, tiene derecho a solicitar la revisión en el juicio de amparo, por ejemplo en un Auto de Plazo Constitucional en el que se decreta la libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de Ley a un inculpado, y que es del siguiente tenor:

OFENDIDO, REVISION INTERPUESTA POR EL (AUTO DE FORMAL PRISION).- Aunque la parte ofendida no se haya constituido en parte civil dentro del proceso, exigiendo de tercera persona, la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente del delito, sin duda alguna que tiene interés jurídico en la existencia del auto de formal prisión que reclamo el acusado en el juicio de garantías, puesto que, sin esta resolución, no puede sobrevenir un fallo condenatorio sobre la reparación del daño, dentro del mismo proceso, ya sea en la sentencia definitiva que juzge al acuerdo, o en el incidente respectivo que se pueda enderezar contra un tercero; y estando comprobado que dicho ofendido a través de su apoderado, denunció el delito que a su juicio cometió el acusado, con perjuicio de sus intereses patrimoniales, debe decirse que ha tenido capacidad procesal bastante e interés legítimo al apersonarse en el juicio de garantías, en que se le tuvo

como tercero perjudicado, y al hacer valer, con ese carácter, el recurso de revisión que se examina, una interpretación literal del artículo 10 de la Ley de Amparo, conduciría a un verdadero estado de denegación de justicia, en que el ofendido o las personas con derecho a la reparación del daño, perderían la facultad de acudir al juicio de amparo, reclamando resoluciones que afectaran sus garantías individuales, consagradas por la Constitución General de la República, y protegidas procesalmente por medio del mencionado juicio de amparo. Debe entenderse el derecho de promover de las partes, en el sentido de poder acudir al amparo o interponer dentro de éste, los recursos procedentes, cuando las resoluciones que impugnen tengan una relación directa con la reparación del daño o la responsabilidad civil; de tal manera que vayan a influir en todo lo relativo al resarcimiento del daño; y sin duda alguna la protección Constitucional que se concede a un quejoso contra un auto de formal prisión, afecta los intereses jurídicos del denunciante, pues le priva de inmediato, del derecho de exigir, dentro de la secuencia penal, el resarcimiento del daño. Por tal concepto, no procede desechar el recurso de revisión interpuesto por el ofendido, en tales condiciones.

Primera Sala.

Semanario Judicial de la Federación.

5ª Época. Tomo CI.

Página 1075.

Precedentes:

Medina Mendoza José. Pág. 1075.

Tomo CI. 30 de julio de 1949. 3 votos. véase:

Tomo CVI, pág. 1162. Viorato Castro Faustino. "Ofendido, revisión interpuesta por el".

Tomo CIII, pág. 307. Prieto Antón Paulino. Ofendido, amparo pedido por el (revocación del auto de formal prisión)".

Tomo CI, Pág. 1564. Chávez Marín Silvano. "Ofendido, revisión interpuesta por el (Auto de formal prisión)".

Tomo XCVIII, Página 473. Hill Coll Francisco. "Ofendido, es tercer perjudicado en el amparo contra el auto de formal prisión".

Tomo XCI, página 454. Lorenzo Juan M. "Ofendido, personalidad en el amparo. (Legislación de Veracruz)".

Tomo XCIII, pág. 239. Flores Flores Ignacio. "Ofendido, no es parte en el amparo contra el auto de formal prisión".

Ahora bien, por otro lado, la urgencia de que al ofendido se le reponga en el goce de sus derechos afectados por el delito a la brevedad posible, la recoge el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al disponer textualmente que: "Todo Tribunal o Juez, cuando estén comprobados los elementos del tipo penal, dictarán oportunamente las providencias necesarias para restituir al ofendido en sus derechos que estén plenamente justificados".

Este precepto, se concatena con los artículos 37 y 77 que a su vez disponen respectivamente: "Los Jueces, Tribunales y Ministerio Público, en todo lo que la ley no prohíba o prevenga

expresamente, podrán dictar en asuntos sujetos a su competencia, los trámites y providencias necesarios para la pronta y eficaz administración y procuración de justicia, según corresponda", y "Los Tribunales y Jueces no podrán, bajo ningún pretexto aplazar, demorar, omitir o negar la resolución de las cuestiones que legalmente hayan sido sometidas a su conocimiento".

Así también, en relación con el Ministerio Público del Fuero Común, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal se señala, en el artículo 3º, apartado A, fracción IV lo siguiente:

En la persecución de los delitos del 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 o a petición del interesado, cuando estén comprobados los elementos del tipo penal de que se trate en la averiguación previa, ordenando que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, si se estimara necesario, y en su caso, exigiendo se otorgue garantía, la que se pondrá a disposición del órgano jurisdiccional, si se ejercita acción penal.

Y en el Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, hallamos un precepto mas sobre lo

que estamos examinando:

Artículo 12.- La Dirección General de Averiguaciones Previas tendrá las siguientes atribuciones:

III.- Restituir al ofendido en el goce de sus derechos provisional e inmediatamente, de oficio o petición de parte, cuando esté plenamente comprobado en la averiguación previa el delito de que se trate, exigiendo garantía suficiente si se estimara necesario.

De todo lo que se ha mencionado de la legislación aplicable vigente de la materia que nos ocupa, nos permite tener por completamente superada la antigua opinión de Juan José González Bustamante, sustentada en su obra Principios de Derecho Procesal Mexicano, en el sentido de que sólo a partir del auto de formal prisión surgía para el ofendido el derecho de que se le restituyera en el goce de los derechos que hubiere justificado, y que, igualmente, hasta que se hubiese dictado el auto de formal prisión quedaba procedente el secuestro de bienes del inculpado mediante embargo precautorio, para fines de reparación de daño (74), opinión que se basaba en que en ese auto se habría de estudiar la comprobación del entonces cuerpo del delito, ahora denominado elementos del tipo penal, y la probable responsabilidad del imputado, fijándose la materia del proceso, esto se traduce en prolongar con absoluta injusticia, los efectos lesivos de los

74. Juan José González Bustamante, Principio de Derecho Procesal Mexicano, p. 145

delitos en los intereses de los ofendidos cuando el responsable se sustraía a la acción de la justicia y quedaba prófugo, ya fuera por que no se lograra localizarlo o por que habiéndosele detenido obtuviera su lugar bajo caución sin que se le llegara a tomar declaración preparatoria, impidiendo con ello que corriera el término constitucional de setenta y dos horas, dentro del cual dictará el auto de formal procesamiento.

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

La figura de la composición, como limitante de los excesos de la venganza pública, substituyó el mal de la pena mediante el pago de una cierta cantidad de dinero como compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito, siendo ésta la primera forma de reparación del daño que se tiene registrada en la historia del Derecho.

En el Derecho Romano, la idea rectora en materia de reparación del daño, era que siempre dicha reparación recaía sobre bienes materiales y con dificultad se condenaba a alguien por una lesión en los sentimientos.

El antecedente más remoto de lo que ahora conocemos por daño moral, lo encontramos en el derecho Romano, en la figura de la "injuria", así como la forma en que ordena la reparación moral el órgano jurisdiccional, al determinar la suma de dinero que se entregará a título de indemnización extrapatrimonial.

Respecto a la primera forma de reparación del daño, de que se tiene conocimiento en el Derecho Mexicano, lo encontramos en el Pueblo Maya, al establecer una responsabilidad de toda la familia del ofensor por los daños y perjuicios causados a la víctima.

En el Derecho Clásico, la obligación nacida del delito, tenía por objeto el pago de una pena pecuniaria, que en algunas veces

era, el equivalente al perjuicio causado, pero con frecuencia le era superior y enriquecía entonces al demandante.

El Código Penal de 1871, establecía la tendencia a condenar y reparar daños causados sobre bienes patrimoniales, no así los causados sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial, pero formuló una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño en el delito de homicidio.

El Código Penal de 1931, establece que la reparación del daño es una pena pública cuando deba ser hecha por el delincuente, no así cuando se exija a terceros, afirmándose pues, que una cosa es y no es, ya que el solo hecho de poder exigirse a terceros, demuestra que no es una pena pública.

Considero que la finalidad de que la pena de reparación del daño sea considerada como pena pública, atiende a que la autoridad exija hasta sus últimas consecuencias los hechos antijurídicos.

El Estado como organización jurídica de la sociedad, tiene en sus manos el jus puniendi, ante la necesidad de reprimir el delito y de dar satisfacción a los intereses lesionados por él, y legítimamente protegidos.

El objeto de los castigos no es otro, que el de impedir al delincuente vuelva a dañar a la sociedad y evitar que otros la dañen, es mejor prevenir los delitos que castigarlos, siendo éste el fin de toda buena legislación.

La pena es la imposición de una mal proporcionado al hecho, es decir, una privación de bienes jurídicos que alcanza el autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido, es entonces, la ejecución de la punición y se da en la instancia ejecutiva.

La legalidad de la pena se haya en la sentencia condenatoria y su legitimidad en la existencia previa de la comisión del delito por el delincuente, ésta se funda en la culpabilidad y se aplica post delictum por los Tribunales Penales.

La pena pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, derivando de la segunda, la publicación especial de la sentencia y la pérdida de los instrumentos del delito, así como la confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas.

Las penas pecuniarias significan una disminución o la total entrega del patrimonio del reo por exigencia de la Ley, a causa de la comisión de un delito, en beneficio del Estado y de la víctima de dicha conducta ilícita.

El daño puede ser causado por una acción típicamente delictuosa o por una que no lo sea y que tan sólo esté reconocida como ilícita; en éste último caso, no será inculparable, por tanto no ameritará pena; pero el daño causado deberá repararlo el sujeto, siendo exigible éste por la vía civil.

La reparación del daño es preferente a cualquiera otra

obligación adquirida con posterioridad a la comisión del delito, excepto en tratándose de alimentos y relaciones laborales.

Debido a la existencia de los derechos patrimoniales y los derechos de la personalidad, según sean conculcados éstos, estaremos ante diferentes tipos de daño, patrimonial en el primer caso, y moral en el segundo.

El patrimonio moral del ofendido, es el conjunto de bienes de naturaleza extrapatrimonial, los cuales por su característica inmaterial no son susceptibles de ser valorados perfectamente en dinero.

Toda persona física o moral puede sufrir un agravio extrapatrimonial y ser titular directo de la acción de reclamación.

El derecho a la reparación moral es un derecho personalísimo y por ello debe morir con su titular, hecha excepción en la transmisión de tal derecho a los sucesores.

La suma de dinero entregada para resarcir el agravio moral, no se traduce en que perfectamente se valúe el bien lesionado, sino que dicho dinero se entrega por equivalente del dolor moral sufrido.

Es difícil lograr una valoración exacta en dinero cuando se trata de una lesión a bienes de naturaleza extrapatrimonial, pero ello no es obstáculo para que el juzgador no pueda condenar.

Consideró que es válido que se hable de un esquema patrimonialista, en el aspecto de la reparación moral, sin que ello implique una confusión o invasión de esferas patrimoniales y extrapatrimoniales.

Es el momento de que los órganos jurisdiccionales actúen conforme a justicia, cuando deban dictar una condena por daño moral, ya que el derecho civil y penal, otorgan una facultad discrecional al juzgador para determinar el monto de la suma que se enterará a título de indemnización moral, que se entienda que la responsabilidad por daño moral no es una acción reparadora improbable o meramente simbólica, debiendo atender, por supuesto, al criterio rector de que la suma de dinero entregada al agraviado no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

El resarcimiento del daño material, es la restitución de la cosa obtenida por el delito o en su defecto el pago del precio de la misma.

Respecto al daño material, el Juez debe requerir la prueba no solo de la concurrencia del daño, sino también de su cuantía económica, con estricto apego a la realidad y de acuerdo a las posibilidades del caso.

No solo es el ofendido el titular del derecho subjetivo de reparación del daño, sea moral o material, sino también las víctimas, considerando que éste no solo es quien de manera directa reciente en su persona o patrimonio las consecuencias del hecho

antijurídico, sino también las víctimas.

Incumbe en estricto derecho al Ministerio Público, la aportación de las probanzas necesarias, encaminadas a precisar la naturaleza y el monto de la reparación del daño, lo cual realizará a lo largo de la instrucción, para contar así, al formular sus conclusiones acusatorias, con las bases necesarias para solicitar al órgano jurisdiccional la imposición de dicha pena pública, debiendo además, estrictamente vigilar, el cumplimiento de la misma.

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

ALBA H., Carlos. Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano. 3ª edición. México, 1931. Ed. Cultural. 284 pp.

ARILLA BAS. Fernando. El procedimiento penal en México. 11a. edición. México, 1986. Ed. Kratos. 467 pp.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría general de las Obligaciones. 10a. edición. México, 1985. Ed. Porrúa. 732 pp.

BREBIA, Roberto H. El daño moral. 3ª edición. Buenos Aires, 1967. Ed. Orbi. 384 pp.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. El enjuiciamiento Penal Mexicano. 2a. edición. México, 1988. Ed. Trillas. 493 pp.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. 15a. edición. México, 1986. Ed. Porrúa. 986 pp.

CARRARA, Francisco. El problema de la pena. Buenos Aires, 1956. Ed. Ejea. 532 pp.

CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. 24 a. edición. México, 1987. Ed. Porrúa. 359 pp.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos

Penales, 11a. edición. México, 1989. Ed. Porrúa. 632 pp.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal I. Barcelona, 1947. Ed. Reus. 257 pp.

CUELLO CALON, Eugenio. La moderna Penología. Barcelona, 1974. Ed. Bosch. 384 pp.

CUELLO CALON, Eugenio. Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Barcelona, 1935. Ed. Palmas. 257 pp.

DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona 1975. Ed. Bosch. 1319 pp.

DE PINA, Rafael. Diccionario Jurídico Mexicano. 2ª edición. México 1984. Ed. Porrúa. 734 pp.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Comentado. México, 1990. Ed. Porrúa. 1081 pp.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomos I y II. 2a. edición. México, 1989. Ed. Porrúa. 2249 pp. T. I y II.

FLORIAN, Eugenio. Parte General del Derecho Penal. La Habana, 1929. Ed. La Propagandista. 386 pp.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª edición. Buenos Aires, 1980. Ed. Abeledo Perrot. 492 pp.

GARCIA LOPEZ, Rafael. Responsabilidad Civil por daño moral. Madrid, 1990, Ed. Bosch. 310 pp.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Represión y tratamiento penitenciario de criminales. México, 1962. Ed. Porrúa. 384 pp.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Adato de Ibarra Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 6a. edición. México, 1991. Ed. Porrúa. 815 pp.

GAROFALO, Rafael. La criminología. París, 1954. Ed. Alcán. 749 pp.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. México, 1940. Ed. Jus. 431 pp.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 22a. edición. México, 1988. Ed. Porrúa. 469 pp.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal comentado. 10a. edición. México, 1992. Ed. Porrúa. 547 pp.

GRISPIGNI, Filippo. Derecho Penal Italiano. Buenos Aires, 1948. Ed. De Palma. 373 pp.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La ley y el delito. México, 1986. Ed. Hermes. 578 pp.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Buenos

Aires, 1962. Ed. Losada. 584 pp.

KELSEN, Hans. Teoría General de Estado. México, 1948. Ed. Nacional. 638 pp.

MANZINI, Vicente. Apuntes de Derecho Penal. Estudios de Augusto Benedetti. Padua, 1932. Ed. Cedam. 583 pp.

MARGADANT S., Guillermo F. El Derecho Privado Romano. 14a. edición. México, 1986. Ed. Esfinge. 530 pp.

MARGADANT S., Guillermo F. Introducción a la historia del Derecho Mexicano. 11a. edición. México, 1986. Ed. Esfinge. 232 pp.

MARTY, G. Derecho Civil. Tomo I. Traductor José M. Cajica. México, 1952. Ed. Cajica. 854 pp.

MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho Penal. Tomo II. Barcelona, 1962. Ediciones Ariel. 490 pp.

MAZEAUD, Henri. Mazeaud, León y Tunc, André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad Civil y contractual. Traductor Carlos Valenzuela Estrada. México, 1945. Ed. Colmex. 613 pp.

MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 2a. edición. México, 1990. Cárdenas Editor y Distribuidor. 459 pp.

OCHOA OLVERA, Salvador. La demanda por daño moral. México, 1991. Publicaciones Mundonuevo S.A. de C.V. 171 pp.

OLIVERA TORO, Jorge. El daño moral. Colección Ensayos Jurídicos. México, 1993. Ed. Themis. 41 pp.

PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 11a. edición. México, 1989. Ed. Porrúa. 359 pp.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. 10a. edición. México, 1991. Ed. Porrúa. 558 pp.

PESSINA. Elementos de Derecho Penal. 4ª edición. Madrid, 1936. Ed. Reus. 354 pp.

PETIT, Eugéne. Tratado elemental de Derecho Romano. 3a. edición. México, 1986. Ed. Porrúa. 717 pp.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de derecho Penal I. 14a. edición. México, 1991. Ed. Porrúa. 508 pp.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. 8a. edición. México, 1985. Ed. Porrúa. 498 pp.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ensayo dogmático sobre el delito de violación. 5ª edición. México, 1993. Ed. Porrúa. 237 pp.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Robo simple. Tipo fundamental. simple o básico. 2ª edición. México, 1989. Ed. Porrúa. 254 pp.

PRINS, Adolfo. Ciencia Penal y Derecho Positivo. Bruselas, 1938. Ed. Bruylant. 236 pp.

RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. 18a. edición. México, 1989. Ed. Porrúa. 403 pp.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 5a. edición. México, 1986. Ed. Porrúa. 640 pp.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Penología. Reacción Social y Reacción Penal. México, 1983. Sistema de Universidad abierta U.N.A.M. 340 pp.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. Estudio de la Víctima. 2a. edición. México, 1990. Ed. Porrúa. 432 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Vol. II. 5ª edición. México, 1986. Ed. Porrúa. 737 pp.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 5a. edición. México, 1990. Ed. Porrúa. 654 pp.

WEZEL, Hans. Derecho Penal. Buenos Aires, 1956. Ed. De Palma. 322 pp.

ZAFFARONI, Raúl. Sistemas Penales y Derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Argentina, 1986. Ed. De Palma. 289 pp.

- Leyes:

Código Civil.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Penal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.