

375
28j



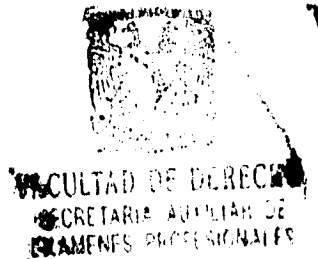
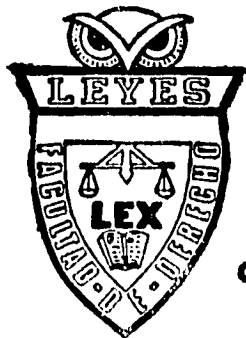
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

FALLA DE ORIGEN

**"NECESIDAD JURIDICA DE REFORMAR
EL PARRAFO CUARTO Y QUINTO DEL
ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL"**

T E S I S
Que para obtener el titulo de :
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a :
MIGUEL ANGEL GUTIERREZ REYES



Ciudad Universitaria México

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 esta 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.

A MI ESPOSA :

Adela Hernández Peña.

Compañera ejemplar en el largo camino de nuestras vidas, le dedico con gran amor el presente trabajo. Que gracias a su comprensión, paciencia y ayuda se ha logrado uno de mis objetivos.

A MIS HIJOS :

Diana Gutiérrez Hernández y
Miguel Angel Dionisio Gutiérrez Hernández.

Con profundo amor les dedico esta humilde tesis. Viendo en ellos un motivo y un estímulo más para seguir superándome y realizarme en mi carrera profesional. Y así, -- compartir juntos las riquezas del éxito.

A MIS PADRES :

Angel Gutiérrez Pérez

Graciela Reyes de Gutiérrez. (+)

Con cariño y verdadero amor, --
quienes me dieron el don más --
preciado de la naturaleza, la --
vida. Gracias por encausarme --
por el buen camino de la recti-
tud y la honradez, que dió mar-
gen al saber jurídico y la ins-
piración de este humilde traba-
jo. A quienes dedico con infini-
to sentimiento esta tesis.

A MIS HERMANOS :

Victor, José Luis, Carmela,
José, Ma. de los Angeles, -
Emilio, Raúl y Juana.

Con sincero agradecimiento por -
haber aprendido de ellos que con
tenacidad, paciencia y perseve-
rancia se pueden hacer mejores -
logros.

A MI ASESOR :

Dr. Carlos J. M. Daza Gómez.

Agradezco su valiosa cooperación,
apoyo y dirección para realizar -
esta tesis. Congratulándolo tam--
bién por su notable entrega a la-
enseñanza suprema universitaria.

AL DIRECTOR DEL SEMINARIO

DE DERECHO PENAL.

Dr. Raúl Carranca y Rivas.

Porque en él tenemos un ejemplo
de sapiencia, de superación y -
de responsabilidad para nuestra
Universidad y para nuestro México
co.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
A LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL ---
DISTRITO FEDERAL.
A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS ADSCRITOS A -
LOS JUZGADOS PENALES DEL RECLUSORIO ORIENTE.
Y A TODOS MIS EXTRANABLES AMIGOS.

A quienes les agradezco eternamen-
te sus muy valiosas ideas y centra
les conocimientos que han transmi-
tido en mi, guiándome en el camino
de la verdad en la Procuración y -
Administración de Justicia. Ense--
ñándome el lenguaje del Derecho --
que existe y falta por conocer. Y-
espero que se refleje a otros para
un mejor Sistema de Justicia Penal.

I N D I C E

"NECESIDAD JURIDICA DE REFORMAR EL PARRAFO CUARTO Y QUINTO --
DEL ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL".

INTRODUCCION. - - - - - I

CAPITULO I

EL OFENDIDO EN LA REPARACION DEL DAÑO.

a).- Antecedentes Históricos en el Derecho Penal Mexicano.-	2
b).- Epoca Colonial. - - - - -	2
c).- Epoca Independiente. - - - - -	9
d).- Epoca Contemporánea. - - - - -	17

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES.

a).- Concepto de Ofendido. - - - - -	22
b).- Concepto de Reparación del Daño.- - - - -	27
c).- Importancia Jurídica de la Reparación del Daño. - - -	30

CAPITULO III

LA RESTITUCION DEL OFENDIDO EN EL GOCE DE SUS DERECHOS EN LA
LEY PENAL.

a).- El Derecho de la Restitución. - - - - -	39
b).- Principio General de la Reparación del Daño a Cargo del Inculpado. - - - - -	44
c).- Amplitud del Concepto de Daño y el Monto de la Repara-- ción del Daño. - - - - -	54

CAPITULO IV

CONCEPTO REAL DEL PARRAFO CUARTO Y QUINTO DEL ARTICULO 35 --
DEL CODIGO PENAL.

a).- Definición Legal del Párrafo Cuarto del Artículo 35 del Código Penal. - - - - -	74
b).- Definición Legal del Párrafo Quinto del Artículo 35 del Código Penal. - - - - -	77
c).- Dinámica y Momento Procedimental. - - - - -	79
d).- Bases Legales y Legislación Comparada.- - - - -	83
CONCLUSIONES. - - - - -	93

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

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

El oficio de escribir combinado con el ejercicio de la profesión del Derecho, significa el resultado de una ecuación difícil de lograr; cuando estos dos factores se unen y la suma se orienta para proporcionar auxilio a quien lo necesita, significa una fórmula sumamente complicada de alcanzar.

Por eso, no ha terminado el proceso de renovación de nuestro Derecho Penal y, es posible que en los próximos -- años nuevas formas jurídicas surjan en campos que requieren modernización y sistematización. Yo solamente trato de que se aplique correctamente la ley, lo que el Poder Legislativo en leyes promulgadas por el Presidente de la República ha incorporado a nuestro Orden Jurídico.

A lo largo de cinco años de haber tenido el privilegio de estudiar esta licenciatura, junto con quienes han sido mis profesores y mis discípulos, el Derecho Penal ha ido espigando el saber de quienes han reflexionado con profundidad sobre estos asuntos, conceptos e ideas, que estimo constituyen la base indispensable de mi tesis. El objetivo que me he trazado y espero que se cumpla en alguna medida, es simplemente "LA NECESIDAD JURIDICA DE REFORMAR EL PARRAFO CUARTO Y-QUINTO DEL ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL".

Porque es bien sabido, que el ofendido, es un ente - que vive de la marginación en nuestro campo del Derecho Penal; por lo que, el fin de Defensa Social reclama una satisfacción integral y que ésta no quede sujeta a la posible diligencia de la víctima, quien en muchas ocasiones carece de capacidad cultural o económica para pleitear. Dicha satisfacción requiere - de restitución de lo obtenido por el delito o el pago de su -- precio y en su caso, la indemnización que cubra otras formas - de damnificación material o moral.

A este propósito responde la siguiente tesis, que se preocupa en no dejar a la víctima del evento delictuoso en situación de absoluto desamparo por una circunstancia ajena totalmente a su voluntad y que se traduce en prolongar con injusticia los efectos lesivos a sus intereses patrimoniales. La -- cual he dividido en cuatro capítulos:

El primero de ellos tratará indudablemente de datos históricos, en donde se verá a través de la historia y hasta - nuestros días, la participación del ofendido o víctima en la - Reparación del Daño.

El segundo capítulo versará sobre datos generales -- del tema principal, donde estudiaremos someramente los conceptos de ofendido, víctima, diferencias entre estos y, reparación del daño. Para darnos una idea más clara sobre el individuo

que tiene derecho a la restitución de lo obtenido mediante el delito o el pago de su precio y, en su caso a una indemnización. Asimismo, conoceremos la importancia jurídica en que el Estado tiene la obligación en no dejar a la víctima u ofendido en situación de absoluto desamparo.

En el tercer capítulo enmarcaremos la situación legal del ofendido cuando se le afecten sus derechos y como consecuencia se le proteja restituyéndole cualquier clase de bienes que por la conducta delictuosa del inculpado hayan salido de su poder. Y como nuestra ley sustantiva no define lo que se entiende por Daño Material y Moral o por Perjuicios, nos auxiliaremos del Código Civil.

En el último capítulo, mencionaremos la esencia de esta tesis, lo que va a ser la columna vertebral de este trabajo, pues ahí asentaremos con palabras pobres pero ricas en su contenido, el concepto real, el deber ser del párrafo cuarto y quinto del artículo 35 del Código Penal.

Y con el resultado de esta posible reforma, se obtendrá uno de los objetivos que reclama nuestra ciudadanía, sobre todo el ofendido del delito, en restituirle en el goce de sus derechos cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia durante el proceso penal.

NECESIDAD JURIDICA DE REFORMAR EL PARRAFO

CUARTO Y QUINTO DEL ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL

C A P I T U L O I

EL OFENDIDO EN LA REPARACION DEL DAÑO

SUMARIO: a).- Antecedentes Históricos-
en el Derecho Penal Mexicano;
b).- Epoca Colonial; c).- Epoca
Independiente; d).- Epoca-
Contemporánea.

a).- ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

Las costumbres aborígenes de los mexicanos sólo interesan históricamente y a caso desde un punto de vista criminológico, sin que hayan influido poco ni mucho en la formación de los actuales sistemas. Por eso, los estudiosos del derecho afirman que en lo penal, la historia de México comienza con la llegada de los españoles a nuestro continente americano. Pero podemos decir, que las pocas noticias que se tienen sobre la Epoca Precortesiana, era la importancia que se le dió a "La restitución al ofendido que era la base principal para resolver los actos antisociales". Y aún así, tratar de estudiar esto resultaría infructuoso, toda vez que, el mismo tiene poca o ninguna influencia en nuestro derecho penal, por lo que empezaremos a estudiarlo a partir de la época colonial.

b).- EPOCA COLONIAL.

En esta época se caracterizó por legislar con suma dureza y al mismo tiempo con bondad, por eso se dice que la colonia marcó la pauta de la actividad legislativa en México, ya que la llegada de los españoles a la nueva España, se produjo un choque entre la cultura española y la autóctona del lugar, dando origen al trasplante de las Instituciones Jurídicas Españolas a suelo mexicano.

Tan es así, que la Ley Segunda, del Libro II de -- las Leyes de Indias, corrobora lo antes descrito, donde Francisco González de la Vega expresa, que en todo lo que no estuviese decidido ni aclarado por las leyes de esta recopilación o por las cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no-revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro - reino de castilla conforme a las del Toro, así en cuanto a - la sustancia, resolución de los casos, negocios o pleitos, - conforme a la forma y orden de sustanciar, ⁽¹⁾ por lo tanto- las disposiciones dictadas para las Indias propiamente queda- ron como supletorias. Por lo que, podemos mencionar que exis- tieron dos derechos: el español, con vigencia histórica, con tradiciones celtiberas y germanas, con una voluminosa heren- cia romana y con ciertas deformaciones; el mexicano, ya sin- vigencia histórica, vagando en forma imprecisa por las Leyes de Indias, donde se establecía que los indios podían conser- var sus costumbres, usos y leyes en todo lo que no se opusie- ra a la religión católica.

Durante la Colonia, la recopilación de las leyes - de los reinos de las Indias, constituyó el cuerpo principal- de sus leyes que vino a ser reformada con los autos acordados hasta el reinado de Carlos III, período donde inició a regir

(1) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. La Evolución del Derecho Penal. Editorial S.E.P., México 1946, p.p. 920-921.

una legislación más sistematizada que dió origen a las ordenanzas de intendentes y a las de minería.

El maestro Carranca y Trujillo, se expresa en estos términos: "La recopilación se integra de IX libros divididos en títulos integrados por buen golpe de leyes cada uno. La materia está tratada confusamente en todo el Código". "Este cuerpo de leyes es un caos en el que se asignaron disposiciones de todo género, pudo decir Ortiz de Montellano. Diseminada la materia penal en los diversos libros es, no obstante, el VII, el que trata más sistematizadamente de policía, prisiones y derecho penal". (2)

El libro VII de la mencionada recopilación tiene ocho títulos que contienen en forma confusa lo que pudieramos llamar el Derecho Penal de la Colonia, que por falta de sistema y de método, originó que se comprendieran en forma desordenada la materia penal y la procesal.

Además, la justicia punitiva no se hizo en forma equitativa para conquistadores y conquistados, las penas eran desiguales según las castas, las ordenanzas de gremios de la Nueva España (1524-1769), señalan sanciones para los infractores consistentes en azotes, multas, mutilaciones y otros.

(2) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Libros de México S.A. 8a. Edición. México 1967. p.77

Si las infracciones provenían de españoles las sanciones eran de multa, sin embargo, si se derivaban de indios de otras razas, eran merecedores de azotes. (3)

Los ordenamientos de intendentes, como se mencionó con antelación, tuvieron por objeto unificar la legislación, sin embargo, después de la publicación de las ordenanzas de intendentes, había en México quince órdenes de tribunales a los que se agregaban dos más que comprendía el fuero de guerra; Don Jacinto Pallares calificó de monstruosa en su obra "el poder judicial", la administración de justicia que se remedió apenas y dice: "Con el establecimiento de intendentes que redujo a uno sólo de diversos fueros de hacienda y dió más unidad al fuero ordinario. Y si todavía la administración de justicia daba lugar a terribles reproches de hombres pensadores, ¿Cómo estaría antes de establecimiento de intendentes? Asombró causa verdaderamente ese conjunto de instituciones creadas sin plan fijo, agrupadas al caso o por capricho del soberano, sancionadas por intereses bastardos y cuyo equilibrio forzado recibía el nombre de Administración Judicial". (4)

(3) Ibidem. p. 80.

(4) PALLARES, Jacinto. El Poder Judicial. Editorial Porrúa -- S.A. México 1958. p. 35.

Durante la etapa de la Colonia fueron creados distintos tribunales, apoyados en factores económicos, sociales y políticos, pretendiendo encausar la conducta de indios y españoles. Para la persecución del delito en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes y según el maestro Guillermo Colín Sánchez, se implantaron:

- 1.- "El Tribunal de la Inquisición".
- 2.- "La Audiencia".
- 3.- "El Juicio de Recidencia".
- 4.- "El Tribunal de la Acordada".

"El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, fue creado para las Indias Occidentales el 25 de Enero de 1569 y estaba integrado por los inquisidores, secretarios, consultores, calificadores, comisarios, promotor fiscal, abogado defensor, receptor y tesorero, familiares, notarios, escribanos, alguaciles, alcaldes e intérpretes; su función era perseguir a los herejes y enemigos de la iglesia".

"La Audiencia era un tribunal con funciones gubernamentales específicas, con atribuciones generales para solucionar los problemas policíacos y los asuntos relacionados con la administración de justicia, estaba integrada por el Virrey, quien como presidente fungía, ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen, dos fiscales: uno para lo Civil y otro para lo Criminal; un teniente de gran canciller y otros funcionarios de menor importancia".

"El Juicio de Residencia, consistía en la cuenta -- que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario públi- co al desempeñar y terminar su cargo, se llamó con ese nombre debido a que el funcionario en contra de quien se seguía, de- bía residir en el lugar del juicio mientras se agotaba la in- vestigación, en las Instituciones del Derecho Indiano, eran - sujetos al juicio de residencia: virreyes, gobernadores, polí- ticos y militares, intendentes, intendentes corregidores, al- caldes mayores, alcaldes y alguaciles de la santa hermandad, - contadores, factores, visitadores de indios, jueces repetido- res, tasadores de tribus, ensayadores, marcadores, fundidores y oficiales de las casas de moneda, depositarios generales, - alguaciles mayores y sus tenientes, alféreses reales, procura- dores generales, comisarios del campo, mayordomos de la ciu- dad y del hospital real, escribanos, oficiales de las armadas de las indias y en general todos los demás funcionarios. El - procedimiento se desarrollaba en dos etapas: una secreta que- era donde se daban a conocer al residente, los cargos a fin - de que pudiera preparar su defensa y la otra pública, donde - se recibían las querellas y denuncias que eran presentadas -- por el juez o el agraviado".

El resultado fue poco satisfactorio, ya que en el - nombramiento de los jueces predominaba la voluntad del virrey por otro lado, la ignorancia de los indios y su desconocimien- to del castellano, la amenaza e intimidación de que eran obje- to para no presentar sus quejas, además el soborno y el cohe-

cho fueron determinantes para desvirtuar estos juicios, ya que la labor del juez era netamente inquisitiva.

Continuando con la exposición del maestro Guillermo Colín Sánchez respecto a los tribunales que rigieron durante la Colonia en la Nueva España, encontramos al más inhumano por su procedimiento y ejecución, es el llamado Tribunal de la Acordada, que se integraba con un juez o capitán llamado "juez de caminos", lo cual cuando tenía conocimiento sobre asaltos o desórdenes de alguna comarca llegaban al lugar, instruía un juicio sumarísimo y en el mismo lugar ejecutaba la sentencia: si la sentencia era de muerte, ahorcaban al sentenciado en el mismo lugar del crimen quedando expuesto el cadáver para escarmiento de los cómplices y en las cárceles los procedimientos eran inhumanos convirtiéndola en una escuela de crimen y horrores. (5)

A grosso modo hemos visto lo que puede llamarse -- Administración de Justicia en la Nueva España durante la Época de la Colonia, haciendo notar que había una absoluta desorganización legislativa, puesto que había disimilitud de -- criterios y de doctrinas. Y en cuanto a la Reparación del Daño fue como una estrella en la oscuridad, que pasó desapercibido para los tribunales. Por ejemplo en los delitos que afec

(5) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa S.A. 14a. Edición. México - 1993. p.p. 35 a 47.

tan el patrimonio, sus sanciones consistían en ahorcamientos quemaduras, descuartizamientos, azotes; más no se hablaba de restituciones o indemnizaciones. Lo que nos hace pensar que el sujeto pasivo del delito no debe de haber tenido ninguna beligerancia en el proceso penal. Por lo que podemos decir, que en esta época se instituyó un sistema de crueldad inaudita, que en realidad fueron tres siglos de prolongada conquista hasta que vino la Independencia.

c).- EPOCA INDEPENDIENTE.

Al haberse consumado el movimiento de la Independencia de México (1821), quedaron vigentes las leyes: Recopilación de Indias complementada por los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios, entre otros; pero estas no constituían ninguna referencia penal. Y por eso el nuevo estado se interesó primeramente por el Derecho Constitucional y el Administrativo, que posteriormente trajo consigo reglamentaciones en materia criminal. (6)

Si bien es cierto, que los gobiernos del nuevo estado, relegaron a segundo término el derecho penal y proce-

(6) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano "Parte General". 16a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1988. p.121.

sal, por atender como es lógico al derecho constitucional y administrativo que integran la estructura legislativa de la República, no obstante el orden impuso a raíz de la Independencia varios reglamentos como lo relativo a la portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, represión de la vagancia y la mendacidad, etc., organización policial, reglamentos de cárceles y se dictan reglas para sustanciar las causas y determinar las competencias.

Empero, una vez que se decretó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (4 de Octubre de 1824) en ellas se establecía que Nación adoptaba el sistema federal: "La Nación Mexicana adopta para su gobierno la forma de República Representativa Popular Federal" (art. 4), sin embargo en el año de 1838 se tuvo como vigente en todo el territorio nacional las leyes de la colonia... (7) El dato de mayor importancia consta en una circular del Ministro de lo Interior, bajo el gobierno del General Anastacio Bustamante, que dice: "... Debe notarse, principalmente, que estar en vigor todas aquellas leyes que, no chocando abiertamente con el sistema que rige, tampoco se encuentran derogadas expresamente por alguna otra disposición posterior, teniendo lugar esta regla con respecto de aquellas leyes que-

(7) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano "Parte General". 5a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1990. - p. 113.

fueron dictadas en épocas muy remotas y bajo las diferentes formas de gobierno que ha tenido la Nación", y así es que -- los tribunales y otras autoridades diariamente resuelven los diversos negocios de su resorte con presencia de los decretos de las cortes de España, de las leyes de partida y recopilación, con tal que estas disposiciones no se resientan -- más o menos de forma de gobierno en que fueron sancionadas.-- "Como se ve, a pesar de la independencia política y aún a pesar del federalismo constitucional, México siguió viviendo -- en la unidad legislativa representada por el derecho colonial". (8)

"Fueron los Constituyentes de 1857, como ilustra -- el maestro Carranca y Trujillo, con los legisladores de diciembre 4 de 1860, las que sentaron las bases de nuestro derecho penal propio, al hacer sentir toda la urgencia de la -- tarea codificadora, calificada de ardua por el Presidente Gómez Farias". (9)

Vencida la intervención francesa, el Presidente -- Juárez, al ocupar la capital de la República y organizar su Gobierno (1867), tras la terrible lucha armada, llevó a la --

(8) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano "Parte General". Ob. cit. p. 122.

(9) Ibidem. p. 124.

Secretaría de Justicia e Instrucción al Lic. Martínez de Castro Antonio, el notable jurista a quien correspondió presidir la comisión redactora del primer Código Penal Mexicano.

La falta de codificación hasta antes de la expedición del Código de 1871, como ya se expresó antes, originó que las viejas leyes españolas no se ajustaran ni respondieran a las necesidades de la época, aún admitiendo la expedición de las leyes de carácter penal, pues la legislación es observante referente al procedimiento penal.

El autor Juan José González Bustamante en su obra Derecho Procesal Penal, Mexicano, menciona entre otras la ley del 23 de Mayo de 1837, que se ocupa "Del procedimiento penal y señala las normas que deben de seguirse en la secuela del proceso, pero además de estas disposiciones, se continuaban empleando las antiguas leyes españolas, esto daba origen a multitud de diferencias y trámites; los cambios frecuentes de los gobiernos que se sucedían y las revoluciones y cuartelazos que ocurrieron en la República, así como la lucha sostenida contra la intervención y el imperio, mantuvieron en un estado letárgico a nuestras instituciones procesales sin que pudiera lograrse una labor de codificación". (10)

(10) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México 1954. p. 18.

Luego entonces, las formas de procedimiento que ca-
racterizan al sistema inquisitorio de la nueva españa, si-
guen imperando. El empleo de métodos arbitrarios e injustos-
provocan por la falta de codificación que se haga negatoria-
la justicia penal; el inculpado carece de medios para defen-
derse, por otra parte, las rigurosas incomunicaciones que se
imponen hacen más rígido el sistema procesal imperante y es-
común encontrar, dice el maestro González Bustamante, "En --
las sentencias criminales pronunciadas en los juicios a fi--
nes del siglo pasado, disposiciones contenidas en las leyes-
de partidas". (11)

La persecución de los delitos en la época indepen-
diente se confió a la víctima o a sus representantes legales
y al Ministerio Público, por primera vez en nuestra vida in-
dependiente hasta 1869 con la excepción de la ley de jurados
del 15 de Junio del mismo año, que en su artículo 23, con--
tiene en su redacción el hecho a que nos referimos al decir.
"Que todos los derechos que se concedan al denunciante y a -
la parte agraviada se ejercerán sólo en el caso de que ellos
lo reclamen y estuvieren presentes al tiempo de poder usarlo
sin que sea necesario citarlos para una diligencia, pues bas-
ta siempre para constituir la parte acusadora el promotor --

(11) Ibidem. p. 20.

fiscal que es el representante del Ministerio Público: Más -- en los delitos que conforme a la legislación vigente no pueden perseguirse de oficio, será necesario que la parte a la que corresponde acusar intervenga en unión de dicho representante; se les citara y su desistimiento hará que se sobresea la causa".

La lucha por organizar la legislación, culminó con la redacción del Código de 1871, pero el ilustre jurista Martínez de Castro no pudo desprenderse de la influencia que -- las escuelas jurídicas de la época ejercieron tanto sobre de él como de sus colaboradores, sin embargo se observa dos novedades para su tiempo, la primera lo fue el delito intentado; "es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse la consumación, si ésta no se realiza por tratarse -- de un delito irrealizable, porque es imposible o porque son inadecuados los medios que se emplean", (artículo 25); grado que el legislador hizo intermedio entre el conato (ejecución inconsumada artículo 19), y el delito frustrado ejecución -- consumada, pero que no logra el resultado propuesto (artículo 26), que certeramente expresa Martínez de Castro con la -- diferente peligrosidad acreditada. La otra novedad consistió en "la libertad preparatoria"; la que con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos siguientes, se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, en los casos de los artículos 74 y 75, para otorgarle después una libertad definitiva (artículo 98).

Con la expedición del Código de Martínez de Castro se hizo imperiosa la necesidad de complementar la codificación con una ley procesal adjetiva, pero por diversos motivos, el proyecto que se elaboró a raíz de la expedición del Código del 71, vino a ver la luz hasta el 1o. de Junio de 1880, fecha en la que empezó a regir, llenando un verdadero vacío en la legislación penal mexicana.

Se reafirmó con esta ley procesal la institución del Ministerio Público, que ya encontraba esbozada en la ley de jurados mencionada; al representante social se le hace depender de la policía judicial y su intervención en el proceso es complementada por el ofendido cuando éste sujeto trata de hacer efectiva la acción civil proveniente de delito en contra del delincuente ó tercero civilmente responsable; acción que se considera de la exclusiva incumbencia del ofendido, quien la hace valer por medio del Incidente de Responsabilidad Civil, e independientemente del Ministerio Público, quien a su vez hace valer y ejercita la acción penal ante el Organó Jurisdiccional el delito, consecuentemente, da origen el nacimiento de dos acciones ejercidas por dos sujetos procesales diferentes.

El maestro González Bustamante, explica que "Nuestras leyes consagraban la Teoría del Agravio Objetivo y en los casos en que se ejercitará la acción penal, o si el Mi--

nisterio Público formulaba Conclusiones Inacusatorias ó cuando el proceso se resolvía por una sentencia absolutoria, el ofendido tenía el derecho de reclamar ante la jurisdicción civil el resarcimiento del daño". (12)

Años más tarde, el 6 de Junio de 1894, un nuevo -- Código de Procedimientos Penales derogó al anterior y al respecto dice el maestro Colín Sánchez, "Aunque no difiere en el fondo de su doctrina y en sus tendencias, trató de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la Defensa, para que no estuviera colocada en un plan de superioridad frente al Ministerio Público, debido a que el Código de 1880 permitía al defensor modificar libremente sus conclusiones ante el Jurado, en cambio el Ministerio Público estaba obligado a representarlas desde que la instrucción estaba concluida, y sólo por causa supervenientes podría hacerlo". (13)

Este ordenamiento por lo que toca "al ofendido indica que la violación de un derecho garantizado por la ley penal, da origen a dos acciones; la primera que es la penal que corresponde a la sociedad y se ejercita por el Ministe--

(12) Ibidem, p. 23.

(13) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. cit., p. 55.

rio Público con el objeto de obtener el castigo del delincuente, y la Civil que sólo podía ejercitarse por la parte ofendida o por quien legítimamente la representa". (14)

d).- EPOCA CONTEMPORANEA.

Las ideas individualistas de la escuela clásica, se filtran en la legislación de aquella época, para circular un derecho penal que no se atreve a quebrantar en forma decidida la intervención del ofendido, pues todos estos ordenamientos con la doctrina francesa, no es sino hasta el triunfo de la - Revolución Constitucionalista encabezada por Don Venustiano - Carranza, con la creación de la Constitución Política de 1917, asimismo, se vino a reformar la legislación penal para el Distrito Federal, rompiendo con la Teoría Francesa, este proceso evolutivo terminó con la expedición del Código Penal de 1929, en este Ordenamiento le da más fuerza y poder al Ministerio - Público, al hacerlo depender del Poder Ejecutivo, y confiarle la Reparación del Daño que en concepto de sus autores constituye una función social que tiene por objeto satisfacer la necesidad de restablecer en lo posible, a las personas perjudicadas en la misma situación que tenían antes de cometerse el delito, la Reparación del Daño forma parte de la sanción que-

(14) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho -- Procesal Penal Mexicano. Ob. cit. p. 24.

es exigida por el Ministerio Público, sin embargo, no se privó completamente al ofendido por el delito del derecho a reclamar el resarcimiento del daño en el proceso penal y aunque se estableció que era de la incumbencia del Ministerio Público reclamarla de oficio y no debía continuarla cuando el ofendido la renunciara, previno además que éste a sus herederos podían ejercitar acción por sí o por terceras personas, cesando para la Representación Social la obligación preferente para reclamarla, aunque sin dejar de intervenir en su desarrollo. En esta situación el Ministerio Público no podía ir más allá de lo reclamado por el ofendido y actuaba directamente cuando éste se retirase de la prosecución de la acción reparadora". (15)

La duración de este Código fue efímera, ya que vino a hacer sustituida por el Código Penal de 1931, la Comisión Redactora fue entre otros la efectividad en la Reparación del Daño, pero en la práctica generalmente no se lleva a cabo.

Sólo en unos cuantos casos en miles de procesos, se ha logrado la Reparación del Daño, desde que esta función se encomendó al Ministerio Público, son contadas las ocasio-

(15) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. cit. p.p. 55-56.

nes en que los ofendidos por el delito demandan el reconocimiento de sus derechos patrimoniales; por otra parte, la diversidad de asuntos de que conocen los agentes de dicha Institución, originan que no puedan convertirse en celosos vigilantes de los intereses patrimoniales del ofendido, dejando en segundo lugar su primordial deber en la investigación y persecución de los delitos. En cambio el procesado se encuentra rodeado de garantías desde el momento de su detención.

Por otro lado, en la convención de la delincuencia se acogió como tipo de código el vigente para toda la República, "sin perjuicio de las modalidades que los diversos Estados tengan que adoptar en vista de las exigencias de su medio regional, procurando la observancia de los lineamientos que emanen de la misma convención" (Acuerdo de los días 8, 10 y 13 de Abril de 1936).

Atento a lo anterior y como consecuencia del Régimen Federal adoptado por la Nación de su Gobierno, la facultad legislativa de los Estados Federados Libres y Soberanos en todo lo concerniente al Régimen Interior (Artículo 40 Constitucional), ha dado origen a las legislaciones penales, locales y por lo que toca al tema de estudio, podemos decir, que de acuerdo con la Constitución del Estado de México en sus artículos 35, 59 y 70; con fecha 3 de Diciembre de 1960, con idénticas características que la legislación penal vigen

te para el Distrito Federal, con pequeñas modificaciones, de rogada por el Código Penal del 16 de Enero de 1986, modifica do por la Ley Orgánica para la Contaduría General de Glosa - del Poder Legislativo, publicada el 15 de Octubre de 1991, - donde se encuentra un capítulo de Reparación del Daño, pero - que sin embargo en el Derecho Procesal Penal no se establece la forma en el cual pueda tener intervención el ofendido, -- pues sólo reconoce como parte del procedimiento al Ministerio Público (Artículo 3, 76, 202), y en el artículo 119 de la -- Constitución del Estado. Asimismo, en la legislación para el Distrito Federal, tenemos que tanto en la Constitución General como la Ley Adjetiva de la Materia, sólo se tiene al ofen dido como auxiliador del Ministerio Público, pero no como -- parte en el proceso.

Consecuentemente, es un verdadero problema la figu ra de la Reparación del Daño, por un lado la insolvencia de los procesados ya sea real o simulada, por otro lado, la poca atención del Representante Social que da al caso y un tan to más por la falta de una aplicación correcta de la ley. To do esto, que da un resultado la completa marginación del o-- fendido en nuestro campo del Derecho Penal, relativo a la Re paración del Daño.

C A P I T U L O I I

CONSIDERACIONES GENERALES

SUMARIO: a).- Concepto de Ofendido;-
b).- Concepto de Reparación
del Daño; c).- Importancia-
Jurídica de la Reparación -
del Daño.

a).- CONCEPTO DE OFENDIDO.

Las funciones del ofendido en esta materia penal - ha sufrido notables cambios y responden a la evolución natural de las tendencias imperantes en el desenvolvimiento histórico procesal. Por lo que, para entender mejor este concepto, cabe mencionar diversas acepciones que capitulan varios-tratadistas y que definen al ofendido de la siguiente manera:

Para Colín Sánchez, "el ofendido es la persona física que resiente directamente la lesión jurídica, en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal" (16)

El maestro Rogelio Vázquez Sánchez nos dice que: - para Carranca, "el ofendido es aquel individuo agraviado por un delito".

Para Fenech, "es el que padece la lesión jurídica de su persona o bienes materiales o espirituales como consecuencia o con ocasión del hecho delictivo".

(16) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. cit. p. 225.

Y para Carnelutti, "una persona es ofendida por el delito en cuanto se le reconozca un poder jurídico sobre el bien que constituye la materia de él". (17)

Asimismo, Sergio Vela Treviño, nos dice que: para Rocco "ofendido es la persona que resulta ofendida directa e inmediatamente por el delito".

Para Guillermo Gómez Arana y Don Juventino V. Castro, coinciden en que "el ofendido por un delito, es el sujeto paciente del acto ilícito. En la misma forma lo es el dañado por el delito, que puede ser el paciente del mismo".

Antolisei lo define "como el titular del interés - cuya ofensa constituye la esencia del delito". (18)

Para Rosalfo Bailón, "es el sujeto pasivo del delito. Persona que resiente o sufre el daño causado por la comisión del delito". (19)

(17) Citados por VAZQUEZ SANCHEZ, Rogelio. El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño. Editorial Porrúa S.A.- México 1981. p. 3.

(18) Citados por VELA TREVIÑO, Sergio. La Prescripción en Materia Penal. Editorial Trillas. México 1983. p.p. 352 y 355.

Y para Juán Palomar, "ofendido es la víctima del delito, que ha experimentado en su persona o en la de los su yos, en su patrimonio u honor, la acción o la omisión punible". (20)

Tomando en consideración las definiciones dadas -- por grandes autores de la materia y haciendo una reflexión -- más, desde mi punto de vista y en opinión particular; el ofendido es toda persona física o moral que reciente directamente o en la de los suyos, en su patrimonio u honor, el daño causado por la comisión de un delito.

Por otro lado, existen diversos tratadistas de la materia que conciben de una manera distinta al ofendido, sin embargo coinciden en los puntos medulares, como ha quedado asentado en los puntos anteriores, de donde se desprende de los mismos, que existe confusión del ofendido con la víctima. Por lo que, para poder identificar estos dos conceptos, es importante hacer alusión al significado de la palabra víctima:

(19) BAILON VALDOVINOS, Rosalío. El Derecho Penal "Parte General Diccionario". Editorial Pac. México 1992. p. 23.

(20) PALOMAR DE MIGUEL, Juán. Diccionario para Juristas. 1a. Edición. Editorial Mayo. México 1981. p. 933.

Rodríguez Manzanera dice: "víctima es la persona - sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de - dicha acción". (21)

El maestro Colín Sánchez expone: "Es aquél que, -- por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia -- económica con el ofendido, es afectado por el hecho ilícito. (22)

Por otra parte, Eugenio Cuello Calón argumenta que el sujeto pasivo o víctima del delito, en amplio sentido, es la sociedad; pues la infracción siempre constituye un ataque a las condiciones de su existencia y la pena no es más que - una reacción social contra el delito realizado con un fin de defensa. (23)

Mientras que Carnelutti, hace una distinción entre perjudicado y paciente del delito, entendiendo al primero co- mo la persona cuyo interés ha sido lesionado por el delito y al segundo, como el hombre que constituye la materia del de- lito. Por lo tanto, en un sentido estricto, podríamos decir- que ofendido es por un lado el sujeto pasivo del delito, el-

(21) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología "Estudio de la- Víctima". 2a. Edición. Editorial Porrúa. México 1989, - p. 57.

(22) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedi- mientos Penales. Cb cit. p. 225.

cual puede ser la víctima del mismo, que en la mayoría de los casos es el titular directo del derecho violado y cuando no lo sea, el directamente perjudicado.

Tomando en consideración lo expuesto con antelación podemos decir, que toda víctima es ofendido en aquellos casos en que se encuentre legitimada como tal y, que no todo ofendido es una víctima; aunque desde mi punto de vista particular, el uso indistinto en la práctica procesal de dichos términos, no afecta su esencia.

Para tener un panorama más claro, de la diferencia entre ofendido y la víctima, expondré un cuadro sinóptico para sistematizar esta divergencia:

Ofendido

- 1.- Latu Sensu - La Sociedad.
- 2.- Strictu Sensu - Sujeto Pasivo.

Sujeto Pasivo

- a).- Víctima.
- b).- Titular Directo del Derecho Violado.

(22) Cfr. CUELLO CALÓN. Eugenio. Derecho Penal "Parte General"
Tomo I. Vol. I. 18a. Edición. Barcelona España 1981.

b).- CONCEPTO DE REPARACION DEL DAÑO.

La ejecución de conductas o acciones consideradas como delitos, producen daños que afectan directamente a las personas físicas en lo moral, en su patrimonio, en su integridad corporal, en su honor, en sus posesiones, etc.. En forma indirecta, los integrantes de una sociedad también, se ven afectados, porque toda infracción a la ley penal produce como consecuencia una sanción represiva y además daños que deben de ser resarcidos. Por eso, el tema de la reparación del daño ha sido y sigue siendo una preocupación entre los juristas, criminólogos y legisladores. De ahí la importancia jurídica de darle satisfacción al ofendido a repararle el daño causado por un hecho punible. Y antes de explayarnos en este tema, es importante conocer algunos conceptos referentes a esta figura jurídica.

El eminente maestro Colín Sánchez define a la reparación del daño "como 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". (24)

(24) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. cit. p. 668

"El daño equivale al menoscabo o deterioro de una cosa, Siempre que en virtud de la infracción cause el agente un tal resultado, deberá, pues, presentarse la reparación, - es decir, el resarcimiento del mismo". Así lo expone Cordoba Roda Juan. (25)

Juán Palomar de Miguel, dice que la reparación del daño "es el resarcimiento económico a quien ha sufrido un -- menoscabo en su patrimonio por acto ilícito o delito". (26)

Por otro lado, Rosalío Bailón Valdovinos argumen-- ta: "es la indemnización o restablecimiento del daño o agr-- avio causado al sujeto pasivo del delito u ofendido". (27)

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano, de fine la reparación del daño como "la pena pecuniaria que con-- siste en la obligación impuesta al delincuente de restable-- cer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito". (28)

(25) CORDOBA RODA, Juan. Comentarios al Código Penal. Tomo - II. Ediciones Ariel. Barcelona España 1972, p.563.

(26) PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Ob. cit., p. 1175.

(27) BAILON VALDOVINOS, Rosalío. El Derecho Penal. Ob. cit.- p. 27.

En mi opinión particular y tomando en consideración los conceptos de antelación, la reparación del daño: - Es la obligación del delincuente de dejar las cosas obtenidas por el delito como antes se encontraban o en su caso, - el pago del precio de la misma, y de ser posible, deberá cubrir una indemnización material o moral.

De lo que se colige, que la ejecución de un hecho típico, antijurídico y culpable; es decir un delito, produce entre otras muchas consecuencias la obligación de reparar el daño causado por el mismo. De allí la gran trascendencia del resarcimiento del daño, que nos conlleva a combatir la situación de abandono en que ha estado el pasivo del delito. Porque ahora y siempre, nuestra legislación penal - debe de darle un interés preponderante a la reparación del daño (como lo expondré en líneas posteriores).

(28) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario --
Jurídico Mexicano. Tomo VIII. UNAM. México 1984, p. 13.

c).- IMPORTANCIA JURIDICA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Antes de entrar al estudio de la gran importancia que tiene para nuestro Derecho Penal, en cubrir la reparación del daño al ofendido o víctima de un delito. Me permito repuntar someramente algunas consideraciones al respecto.

Así como en el antiguo derecho no existía notoria diferencia entre la pena y la reparación del daño; en el Derecho Moderno se distingue claramente sus consecuencias penales. Así tenemos, que el delito origina un daño penal, -- que debe de ser castigado y, un daño civil que debe de ser reparado, ya que el hecho punible no sólo lesiona bienes jurídicos colectivos sino también intereses jurídicos individuales.

Entre las doctrinas expuestas acerca de la Naturaleza Jurídica de la reparación de los daños de la infracción penal no existe acuerdo. Por lo que, crea un problema interesante en dilucidar, si debe de considerarse o no como una pena.

Unos sostienen que entre pena y reparación del daño existe una igualdad. Merkel dice al respecto: "la obligación de indemnizar los daños del delito, la restitución y la coerción directa para establecer un determinado estado de cosas que responde a determinados deberes jurídicos, sirven para el mismo fin que las penas". También opina Ferri -

"que entre resarcimiento y pena no existe diferencia sustancial; la obligación que tiene el victimario de reparar el daño causado, sostenía, no es sólo una obligación de derecho privado sino esencialmente y siempre una obligación de derecho público y debe de ser función del Estado como lo es la prevención y represión de los delitos". (29)

Por el contrario, otros afirman que existen profundas diferencias, puesto que la pena aspira a la protección de intereses públicos, la reparación del daño tutela intereses privados. Por lo que, la pena y el resarcimiento son instituciones esencialmente diversas, dotada cada una de ellas de caracteres propios y peculiares. Esta es la doctrina certera y la comúnmente admitida.

Ahora bien, nuestra legislación influenciada por las corrientes positivistas califica a ésta, como una "pena pública"; olvidando el legislador de 1931, el contenido de la acción penal y de la civil, al igual que la diferencia de la titularidad de una y otra. Así tenemos, que la mayoría de los tratadistas de la materia sobre el particular puntualizan, que la reparación del daño no tiene esencia de "pena pú

(29) Citado por CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal "Parte General". Tomo I. Vol. II. 18a. Edición. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona España 1981. p. 799.

blica",. dado que se trata de una sanción civil derivada de la obligación de restituir y resarcir el daño causado; en tal virtud, desdibuja la distinción entre las sanciones de derecho privado y la pena. Dicen que el resarcimiento del daño "dimana de una ilícitud de derecho privado, guarda proporción con el daño objetivo y no está sujeto a variaciones por la medida del elemento subjetivo". Por concederlo la ley en interés de la persona perjudicada, es renunciable por ésta y transmisible a otros. No ocurre así con la pena, "que deriva de un delito y que, proporcionada a la gravedad de éste, sin embargo, está sujeta a variaciones en su quantum, según el aspecto subjetivo del acto punible y su culpabilidad. Por imponerla la ley en interés de toda la colectividad no puede renunciarla el Estado y no es transferible ni transmisible".

En forma reiterativa, el maestro Colín Sánchez expone: "que la reparación del daño como pena, forma parte del objeto principal del proceso; en cambio, en el caso que aquélla es exigible a terceros civilmente responsables, va a representar un objeto accesorio del mismo, dando lugar a un incidente". (30)

(30) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ob. cit. pp. 665-666.

Por otra parte, la equiparación dispuesta por la ley responde, sin embargo, a la íntima relación en que ambas se hallan y a la solidaridad en que obran contra los actos ilícitos, dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad, o sea, tienen como denominador común su origen en el ilícito penal. Y de ahí que los positivistas señalaron la reparación del daño como pena obligatoria para el delincuente y como función del Estado en pro de la "defensa social".

Por ende, desde mi punto de vista, acojo con beneplácito estas ideas, compartiendo de que la reparación del daño es una "pena pública", la cual se exigirá de oficio -- por el Agente del Ministerio Público, con el que podrá coadyuvar el ofendido o la víctima o su representante. Y en caso, de que dicha reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente.

Y si por el contrario, nos ponemos a pensar que -- la reparación del daño, como muchos afirman: Que como el patrimonio es el que se afecta, es por ello una acción privada la adecuada y, como tal, el ofendido o víctima debe darle el seguimiento ante el Organo Jurisdiccional en Materia Civil. Tan simple difiere de lo anterior, porque el mismo afectado, por lo general, lo único que le importa es que

sus daños sean reparados y hecho esto, al ofendido no le va a interesar participar en el proceso penal y como consecuencia va a contribuir de alguna manera a la impunidad del delito. Y por ende va a aumentar el índice de la criminalidad.- Basándose esta idea no sólo en una llana apreciación subjetiva sino la realidad y la práctica ante los tribunales es esta.

Bajo estos lineamientos, ahora si podemos hacer énfasis a la trascendencia jurídica que tiene la reparación del daño en nuestra legislación penal. Partiendo de nuestra idea, en que el Estado tiene la obligación en no dejar a la víctima del evento delictuoso en situaciones de absoluto deamparo por una circunstancia ajena totalmente a su voluntad y que se traduce en prolongar con injusticia los efectos lesivos a sus intereses patrimoniales.

Es por eso, que me sumo a la ideología del distinguido maestro Rodríguez Manzanera, quien en lo concerniente manifiesta: "Que el Estado del mismo modo que se ocupa de los sectores de población en condiciones desventajosas (inválidos, ancianos, huérfanos etc.), es pertinente que extienda su acción en beneficio de las víctimas de actos delictivos. Y más tiene la obligación de indemnizar a las víctimas de actos criminales, ya que no es capaz de proteger a la colectividad de la criminalidad, no obstante que

ésta paga los servicios de policía, tribunales, cárceles, -
etc." (31)

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

Al respecto, Naciones Unidas en su Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de Delitos y a las Víctimas del Abuso de Poder dejó consignado en su artículo 4o., el derecho a la reparación del daño:

"Artículo 4o.- Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional". (32)

(31) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología "Estudio de la Víctima". Ob. cit., pp. 338-339.

(32) Ibidem. p. 332.

También, tenemos que la Norma 5 de la citada Declaración dice:

"Se establecerán y reforzarán, cuando - sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimiento oficiales u oficiosos que - sean expeditos, justos, pocos costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos". (33)

Como puede observarse, para garantizar la reparación del daño, se necesita un adecuado trabajo legislativo, porque de lo contrario, estas serían unas de las tantas consecuencias que engendraría:

- a).- Regresar a la venganza privada.
- b).- Un menoscabo más en su patrimonio del ofendido, que en estos días podría ser fatal para su subsistencia.
- c).- Dejar a la víctima en el dolor, la angustia la tristeza que produce el delito.
- d).- Impunidad en los delitos por la falta de participación del ofendido para denunciar un hecho delictuoso.

(23) Ibidem. p. 335.

Luego entonces, esta meta debe de subrayarse la imposición al culpable del deber de cumplir sus obligaciones para satisfacer los perjuicios causados y prestar la asistencia completa a su víctima. Por lo que, se erigirá en todos los casos el resarcimiento del daño que tiene el conveniente de ser de primario interés para la paz social.

De allí la regulación privilegiada de la Reparación del Daño, para asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima.

C A P I T U L O I I I

LA RESTITUCION DEL OFENDIDO EN EL GOCE
DE SUS DERECHOS EN LA LEY PENAL.

SUMARIO: a).- El Derecho de la Restitu-
ción; b).- Principio General-
de la Reparación del Daño a -
Cargo del Inculpado; c).- Am-
plitud del Concepto de Daño y
el Monto de la Reparación del
Daño.

a).- EL DERECHO DE LA RESTITUCION.

En el juego de equilibrios que debe de cumplir el Sistema Penal para que sea verdaderamente un medio de justicia y paz, es preciso tomar en cuenta, ponderar y conciliar los intereses del ofendido. Se trata del enfrentamiento entre el agente del delito y el ofendido, el sujeto activo y el pasivo, el victimario y la víctima.

El delito es, en principio un encuentro directo entre dos protagonistas, uno quebranta algún bien del otro, que sufre la pérdida o el menoscabo. Se ha privado a este último del "Jus Puniendi", es decir, no tiene el ofendido el derecho de castigar al infractor, ya que esta facultad pertenece al Estado. Pero, tiene derecho a que se le proteja, para que no se le agrede nuevamente y se repare el daño que se le infligió; estos son sus derechos que el Estado debiera custodiar con esmero.

No obstante lo anterior, los Sistemas Contemporáneos de Justicia Penal generalmente se han preocupado de descubrir, capturar, juzgar, sentenciar, rehabilitar a los delincuentes sin prestar mayor atención al ofendido. Y asemejando lo precedente, Franco Sodi dice: "Respecto al ofendido por el delito, una torpe y viciosa práctica judicial lo considera como un "nadie" en el proceso". (34)

Mientras que Rodríguez Manzanera expresa: "No cabe duda que la víctima es la "cenicienta" olvidada en el proceso penal". (35)

En tal virtud, el sujeto pasivo del delito ha sido poco estudiado, la causa sea tal vez, a que quizá nos identifiquemos con el delincuente y no con la víctima, pues el criminal es un sujeto que realiza conductas que nosotros quisieramos ejecutar en algunos casos, pero que no nos atrevemos. Y por el contrario, con la víctima nadie se quiere identificar nadie desea ser muerto, defraudado, dañado, robado, etc..

En consecuencia, el ámbito penal para no seguir -- siendo un escenario crítico para los derechos del ofendido, -- se expusieron los siguientes motivos: "El desarrollo de la -- cultura de los derechos humanos, ha llevado progresivamente a analizar al proceso penal, ya no sólo como un problema entre el Estado y el delincuente, en el cual la víctima sólo -- tiene un papel secundario como mero peticionario de una indemnización. La sensibilidad de la sociedad mexicana frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre la víctima, --

(34) FRANCO SODI, Carlos. Código de Procedimientos Penales - Comentado. 2a. Edición. Editorial Botas. México 1960. - pp. 17-18.

(35) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología "Estudio de la Víctima". Ob. cit. p. 323.

da lugar a una exigencia para que se le reconozca a la víctima u ofendido una mayor presencia en el drama penal, sobre todo con la finalidad de que en la medida de lo posible, se le restituya en el ejercicio de los derechos quebrantados -- por el delito. En este tenor, la iniciativa eleva a nivel de garantía constitucional la protección de los derechos de la víctima u ofendido, como expresión genuina de la solidaridad que la sociedad le debe al inocente que ha sufrido un daño -- ilegal".

De esta forma, la reforma penal Constitucional de 1993, elevó al rango de la Ley Suprema los derechos del ofendido. Allí emanan diversos señalamientos sobre el sujeto pasivo del delito. Y en primer lugar, tenemos la disposición -- acerca de la garantía en la libertad caucional, el monto de la caución -- dice la fracción I del artículo 20 -- deberá ser el suficiente a garantizar el monto estimado de la repara---ción del daño...

En segundo término, el reducto más específico de -- los derechos del ofendido, se encuentra en el último párrafo del citado artículo 20, que reza así:

" ...

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 señalen las leyes". (36)

Si bien es cierto, que el ofendido o víctima le -- niega la ley procesal el carácter de parte en el proceso penal; derivado esto de que, como ya se dijo antes, por política criminal, el Código Penal de 1931, se elevó la reparación a la calidad de "pena pública", cuya imposición por el Juez requiere del ejercicio de la acción penal que es exclusiva -- del Ministerio Público. Por lo tanto, el ofendido queda reducido a la posibilidad de constituirse, si así lo desea, como coadyuvante del Organo Persecutor. Y de esta forma emanan -- uno a uno, sus derechos a la restitución de los daños ocasionados por el delito. Y así tenemos, que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, desfila un conjunto de derechos para la víctima u ofendido y son:

"Artículo 9o.- En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito -

(36) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 108a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1995. pp.- 17, 18 y 19.

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 podrán 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 inculpado 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." (37)

Precepto que se encuentra íntimamente relacionado con los numerales 28, 35, 37, 70, 77, 80, 417 fracción III, 477 último párrafo, 569, 572 párrafo in fine, todos del mismo ordenamiento legal antes invocado. Y con sus correlativos del Código Penal y la Ley de Amparo, los cuales se enunciarán uno a uno en incisos posteriores; configurándose así el Principio General de la Reparación del Daño a Cargo del Inculpado.

(37) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 5a. Edición. Ediciones Andrade S.A. México 1993 - (con el agregado de las reformas del 10-I-94). p. 106.

Y en este orden podemos concluir, que el ofendido tiene facultades durante el procedimiento: Ser portador de la "notitia criminis" y presentar querellas; aportar ante el Organismo Ministerial y Judicial los elementos que estén a su alcance, para poder acreditar el tipo penal y la probable o plena responsabilidad del inculpado, así como, para justificar la reparación del daño, coadyuvando de esta manera con el Representante Social; deducir derechos contra terceros en lo relativo a la reparación del daño y, también interponer los recursos ordinarios y extraordinarios indicados por la ley, única y exclusivamente en lo que concierne al resarcimiento.

b).- PRINCIPIO GENERAL DE LA REPARACION DEL DANO A CARGO DEL INCULPADO.

Para enmarcar la situación legal del ofendido por un ilícito penal que afecte sus derechos de propiedad o posesión, en cuanto a la posibilidad de que se le proteja restituyéndole los objetos, valores, dinero y en general cualquier clase de bienes que por la conducta típica, antijurídica y culpable del responsable hayan salido de su poder e imponiéndole al delincuente el pago de daños y perjuicios. De allí, que tenemos que examinar varias disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En primer término, las que como principio unitario se hallan en el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, donde previene:

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

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

II.- 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

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados." (38)

La nota primordial de ese numeral radica en que 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.

(38) Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. 7a. Edición. Ediciones Andrade S.A. México --- 1990 (con el agregado de las reformas del 10-I-94), p.- 13.

Por cierto, la restitución a que se refiere la frac
ción I, es un beneficio en virtud del cual la persona que ha-
recibido daño o lesión en su patrimonio logra que las cosas -
se repongan al estado o situación jurídica en que se encontra-
ban con anterioridad al momento en que se produjo dicho daño-
o lesión. Por otro lado, es plausible que las reformas al Cód-
igo Penal publicadas en el Diario Oficial el día 10 de Ene-
ro de 1994 y que entraron en vigor el 1o. de Febrero del mis-
mo año, hayan cambiado totalmente la frac
ción III, porque es-
evidente, que la restitución a la que aludía dicha frac
ción, -
ya que esté comprendida en la frac
ción I y, en lo tocante a -
los dos o tres tantos del precio de la cosa o a los bienes --
obtenidos por el delito, no hay la menor duda de que se trata
de una indemnización del daño material; por lo que igualmente
estamos en presencia de una repetición inútil.

Pero lo paradójico de esta reforma en esta frac
ción es que vuelve a cometerse la misma repetición inútil, en vir-
tud de que los perjuicios causados, en mi concepto ya se en-
cuentran comprendidos en la frac
ción II, en la indemnización-
del daño material, y por ende, no hay razón el añadido de "el
resarcimiento de los perjuicios ocasionados". Consecuentemen-
te, desde mi punto de vista, lo correcto sería sólo las frac
ciones I y II del citado artículo 30 del Código Penal para el
Distrito Federal.

En segundo término, bajo un concreto enfoque penal, se puede decir que siendo el delito un rompimiento del orden jurídico, deben hacerse cesar y repararse sus consecuencias -dañosas del mejor modo posible y esto implica obligar al delinciente al resarcimiento de todos los daños y perjuicios --causados por el rompimiento, tanto a la sociedad como a la --víctima del delito.

Por eso, siguiendo la enmarcación legal del ofendido, tenemos el sistema regulador del resarcimiento del daño -que se complementa con normas mediante las cuales se da cabida en el proceso penal a medidas de carácter precautorio, con el fin de que el obligado a la reparación no oculte o se deshaga de los bienes en que aquella podría hacerse efectiva. De esto se ocupan en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal los artículos 35 y 477 párrafo in fine.

"ARTICULO 35.- Cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación el - Ministerio Público, el ofendido, o la víctima del delito, en su caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes.

Para que el juez pueda dictar el embargo precautorio bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida. A menos que el inculcado otorgue --

fianza suficiente a juicio del juez, -- éste decretará el embargo bajo su responsabilidad".

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

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

II.- Cuando, después de incoado el procedimiento, se descubriere que el delito es de aquéllos respecto de los cuales, conforme a los artículos 263 y 264 no se puede proceder sin que sean llenados determinados requisitos y éstos no se hubieren llenado; y

III.- En el caso de la última parte del artículo 68 del Código Penal y en los demás en que la ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento.

La suspensión fundada en los supuestos de las fracciones I y III, no impide que, a requerimiento del Ministerio Público o del ofendido o de sus representantes, adopte el juzgador medidas precautorias patrimoniales en los términos del artículo 35". (39)

(39) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ob. cit. pp. 113, 184-2 y 185.

En efecto, en el procedimiento penal, por exigencias consignadas en el artículo 16 y en el 19 de la Constitución Política de la República, para que se pueda despachar mandamiento de captura en contra de alguien a quien se le impute un delito, o para que en caso de que se le haya detenido en flagrante se pueda dictar auto de procesamiento en su contra, tienen que estar acreditados los elementos los elementos del Tipo Penal y también la probable Responsabilidad Penal del inculpado. En tanto no se satisfagan esos dos puntos básicos, nada se puede intentar en la Vía Penal en contra de persona alguna a título de responsabilidad directa o indirecta por hecho delictuoso.

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

En opinión de Juan José González Bustamante, el cual me adhiero a estas ideas, donde expone el maestro, "la medida se podría decretar a partir del Auto de Formal Pri---

sión, en razón de que en ese auto se estudian los elementos del Tipo Penal y la Probable Responsabilidad del inculpado" (40), pero con ese criterio se producían situaciones injustas si por hallarse aquél sustraído a la acción de la justicia, no se llegaba a dictar ese auto. Y ante esas ideas --- opuestas de lo justo e injusto, antes o después del Auto de Formal Prisión. La reforma hecha al artículo 477 del Código Adjetivo de la Materia antes descrito (por Decreto de fecha 22-XII-1983) se adicionó un último párrafo, superando toda discusión, pues como ya se vió en transcripciones que antes hicimos del citado precepto, desde esa reforma quedó definido que la suspensión del procedimiento cuando el responsable se substraiga a la acción de la justicia, no impide que a requerimiento del Ministerio Público, del ofendido o sus representantes, se despachen medidas precautorias patrimoniales.

Al respecto, cabe hacer notar, que el pensante -- juzga rotundamente esto, puesto que el análisis que hago en esta tesis, es exactamente el resarcimiento del daño por -- una vía más fácil, pronta y expedita y nada de formulismos-precautorios que dan como resultado la prolongación de los efectos lesivos de los intereses patrimoniales del ofendido.

(40) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho-Procesal Penal Mexicano. Ob. cit., pp. 193-194.

Empero, la reparación del daño no siempre será a cargo del inculpado, también en los casos que señala el artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño a título de responsabilidad civil puede ser exigida a terceros:

"ARTICULO 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I.- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II.- Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

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

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

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

traigan.

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

VI.- El Estado, solidariamente, -- por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culpables".⁽⁴¹⁾

Frente a terceros ya no se trata de una sanción penal, exigible mediante el ejercicio por el Ministerio Público de la acción pública persecutoria que llamamos acción penal, sino de una obligación civil, personal, extracontractual, exigible mediante acción privada que deduzca el ofendido por el delito. Su ejercicio puede hacerse ante la autoridad penal, promoviendo el Incidente Específico que regula el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, - en sus artículos del 532 al 540 y el Código Federal de Procedimientos Penales en sus numerales del 489 al 493.

El ofendido puede optar por demandar al causante - de los daños o perjuicios ante la autoridad civil, como acción

(41) Código Penal para el Distrito Federal. Ob cit. p. 14 y-14-1.

derivada de acto ilícito, según el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal:

"ARTICULO 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". (42)

O bien ejercitar la acción de reparación también ante autoridad civil, por alguna de las formas de responsabilidad a que específicamente se refieren los numerales 1912, 1913, 1918 a 1925, 1928, y 1929 todos del mismo Ordenamiento legal antes invocado.

Vamos a hacer la exégesis que nos dará pie para justificar nuestra anterior aseveración, en el sentido de que el Principio General recogido en el artículo 30 del Código Penal está vinculado, para todo propósito de interpretación y de consiguiente aplicación, a un sistema de disposiciones impregnadas a una finalidad común que describiré en el inciso siguiente.

(42) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. 2a. Edición.- Editorial Pac S.A. de C.V. México 1994. p. 359.

c).- AMPLITUD DEL CONCEPTO DE DAÑO Y EL MONTO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño 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 y moral causado y, 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.

Por otro lado, nuestro Código Sustantivo, no define lo que se ha de entender por daño material y moral o por perjuicios, hemos de tomar esos conceptos de la Doctrina y del Código Civil. Y así tenemos que para Román Lugo, el daño material consiste en "el menoscabo directo que se ha sufrido en el patrimonio, lo mismo que las ganancias lícitas que el perjudicado dejó de obtener". (43)

(43) Citado por CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS-Raúl. Código Penal Anotado. 17a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993, p. 166.

Mientras que para Rodríguez Manzanera, define al -
daño material como "aquel que consiste en un menoscabo pecu-
niario al patrimonio de un tercero". (44)

En mi opinión muy particular, me adhiero al primer
concepto, toda vez que, el mismo abarca tanto el daño enten-
dido como menoscabo, disminución, reducción patrimonial; co-
mo el perjuicio, entendido como la ganancia lícita que se de-
ja de obtener.

Al tenor de lo anterior, diré que la indemnización
del daño material es la cuantificación pecuniaria de la dife-
rencia existente, entre la situación anterior al delito y la
resultante de él, comprendiéndose de esta forma, el pago de-
los daños y perjuicios causados por el delito al modificar -
una situación jurídica existente. Luego entonces, el daño ma-
terial representa la cuantificación de la diferencia entre -
ambas situaciones, diferencia que debe de probarse en autos.
La prueba pericial deberá acreditar la existencia del daño y
su cuantificación pecuniaria. Al Juez de la causa le corres-
ponde valorar arbitrariamente el juicio pericial y resolver so-
bre la obligación de pago por parte del delincuente.

(44) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología "Estudio de la-
Víctima". Ob. cit. p. 332.

Ahora bien, el Código Civil para el Distrito Federal, en sus numerales 2108 y 2109, explican: "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" y que "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación". Tratándose de pérdida o deterioro de cosas, el artículo 2112, indica que "Si la cosa se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella" y, el artículo 2114, establece que "El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época." El 2115 depone que "Al estimar el deterioro de una cosa se entenderá no solamente a la disminución que él causó en el precio de ella, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación".

En cuanto a la forma y alcance de la indemnización del daño moral, en la legislación penal, se guarda silencio, tampoco se precisa en qué consiste. Si el delito, sea doloso o culposo, produce como consecuencia, daño moral, es de suponerse que, el legislador se refiere a un agravio, menoscabo o sufrimiento psíquico, que redundará también en molestias, respecto a la dignidad, seguridad personal o a particulares sentimientos afectivos, como sucede, especialmente, en ciertos

tipos penales: Abuso Sexual, Difamación, Calumnias, Lesiones por contagio venéreo, amenazas, etc. y, sin que los ejemplos citados, signifiquen que, tratándose de las demás figuras delictivas, el daño moral pudiera estar ausente de las mismas.

Según Cuello Calón, los daños morales comprenden:

a).- "El descrédito que disminuye los negocios, -- los disgustos que disminuyen la actividad personal y aminoran la capacidad para obtener riquezas, es decir, todo aquello que causa una perturbación de carácter económico. La valoración pecuniaria de tales capítulos es más o menos posible."

b).- "El dolor, la angustia, la tristeza que produce el delito; en una palabra, la pura aflicción moral sin repercusión alguna de carácter económico." (45)

Es decir, que la indemnización moral comprende todas aquellas situaciones que causen una perturbación de carácter económico. En resumen los daños morales son aquellos sufrimientos que no son de orden físico, las penas subjetivas de carácter privado que no pueden ponderarse, medirse,-

(45) CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal "Parte General" - Ob. cit., p. 804.

ni probarse por medio de los sentidos, puesto que la palabra daño, no sólo supone alteraciones externas en las cosas sino también en el sistema invisible de los sentimientos.

Por eso, se afirma que los daños morales no pueden valorizarse en peso y medida; su repercusión económica no es posible medirla y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. Tan cierto es, que el precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes les corresponde señalar la cuantía de la indemnización y que a mi juicio se debe de tomar en cuenta:

- 1.- El delito cometido.
- 2.- Lo obtenido por el delito.
- 3.- Las condiciones de la víctima.
- 4.- La Ley Federal del Trabajo.
- 5.- El Código Civil.
- 6.- Las condiciones económicas del obligado a pagarlo.

Y como cuantificar el daño moral en monedas entraña un grave problema tan difícil y complejo; por eso, la generalidad, ha pensado considerarlo hasta donde es posible, que con una aplicación estricta de la ley al infractor, se restaña en alguna medida, con el castigo impuesto, puesto que, todos los delitos independientemente de los daños mate-

riales, llevan implícito una lesión psíquica para los afectados directa o indirectamente.

Por último, viendo el Código Civil para el Distrito Federal, el concepto de daño moral lo proporciona el artículo 1916, en esta forma:

"ARTICULO 1916.- Por daño moral se entiende de la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presume que hubo daño moral cuando se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta-

haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original." (46)

Respecto al monto que habrá de alcanzar la reparación del daño, diremos en primer lugar, que siguiendo los lineamientos marcados en el numeral 30 del Código Penal, en el sentido cuando no es posible recuperar la cosa obtenida por-

(46) Código Civil para el Distrito Federal. Ob. cit., pp. --
360-361.

el delito, se estará al pago del precio de la misma y para --
ello, el juzgador se auxiliará de los Dictámenes Periciales --
respectivos, así como los depositados del ofendido o víctima; --
de los testigos de propiedad, preexistencia, falta posterior--
de lo robado y de capacidad económica y, de los documentos --
que llegaran acreditar la propiedad de la cosa.

Obvio es, que cuando se recupera íntegramente la --
cosa obtenida por el delito y no existen consecuencias que ha--
yan ocasionado perjuicios al ofendido o víctima, no se dará --
la reparación del daño a cargo del inculpado.

Es sabido, por el tratamiento de pena que se da a --
la reparación del daño, el Ministerio Público tiene la obliga--
ción de pedirla (Artículo 31 Bis y 34 del Código Penal), con--
la consiguiente carga de aportar las pruebas conducentes y --
eso aún, en la eventualidad de que el ofendido no se apersone
en el proceso e inclusive éste también puede aportar las prue--
bas de que disponga por conducto del Representante Social ó --
llevándolas directamente ante el Juez Instructor. Para que --
posteriormente, el Ministerio Público en sus conclusiones de--
finitivas, apoye en dichos elementos de convicción su concre--
ta acusación.

De esta forma, el monto o la cuantía que habrá de --
alcanzar la reparación, el primer párrafo del artículo 31 del

Código Penal, en su versión original, disponía:

"ARTICULO 31.- La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea -- preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla".

La última parte de ese texto ("atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla"), se suprimió por reforma publicada el 13 de Enero de 1984 (en vigor - 90 días después); esa forma se hizo en atención a la Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que dice:

"REPARACION DEL DANO, FIJACION DEL MONTO DE LA.- La reparación del daño en cuanto consista en la restitución de la cosa obtenida por el delito y en los frutos existentes, o en el pago del precio de ellos; o en la indemnización del daño material sufrido por la víctima o a tercero, no debe de ser inferior al perjuicio material sufrido por la víctima en cualquiera de los casos a que se refiere la ley, así sea total el 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 de tenerse en cuenta para fijar el -
monto del daño moral". (47)

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. XCII, Pág. 44. A.D. 571/65. Silvestre
Paz Juárez. 5 Votos.

Vol. CXXXII, Pág. 34. A.D. 3469/64. Manuel
Aguilera Robles. 5 Votos.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Vol. 39, Pág. 81. Reclamación en el amparo
4630/70. Rosalba Jiménez Vda. de Martínez-
y Coag. Unanimidad de 4 votos.

Vol. 48, Pág. 21. A.D. 3134/72. Gozalo Pé-
rez Rivera. Unanimidad de 4 votos.

Vol. 48, Pág. 39. A.D. 7696/65. David Gar-
cía Borges. Mayoría de 4 votos.

Es importante mencionar que con respecto al daño -
moral, la redacción original del artículo 1916 del Código Ci-
vil para el Distrito Federal, no proporcionaba una defini-
ción de ese concepto, sino simplemente indicaba que indepen-
dientemente de los daños y perjuicios el Juez podría acordar
en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, -
si aquella moría, "una indemnización equitativa a título de-
reparación moral" a cargo del responsable del hecho. Como ya
tenemos visto, por la transcripción que de ese precepto hice

(47) Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Jurisprudencia
Especializada" en Materia Penal. Tomo I. Ediciones Mdez.
J.A.G. y Canls., México 1990. p. 448.

en párrafos anteriores, en su texto vigente (según reforma -
pública en el Diario Oficial el 31 de Diciembre de 1982), -
para superar cualquier duda el legislador ha definido aquél -
concepto, lo que facilita su aplicación.

Además, en el texto original de ese artículo 1916,
se limitaba expresamente la indemnización por el daño moral,
al indicarse que no podría "exceder de la tercera parte del -
monto de la responsabilidad civil". Tal limitación quedó eli -
minada a partir de la reforma de 1982.

Si bien en cuanto al daño material, el Juez reque -
rirá prueba no sólo de la ocurrencia del daño sino también -
de su cuantía económica, cuando se trata de la reparación --
del daño moral, consistiendo éste, según la definición del -
referido artículo 1916 del Código Civil; en la afectación --
que una persona sufra en sus sentimientos, afectos, creen--
cias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración
y aspectos físicos o bien, en la consideración que de ella -
misma tienen los demás; en mi opinión, apoyándose en el ca--
bal examen de las constancias del proceso, el Agente del Mi -
nisterio Público puede solicitar condena por ese concepto y -
el Juez Natural, usando su arbitrio, que no es "cierto arbi -
trio", como infundadamente y sin ningún acierto lo calificó -
el maestro Francisco González de la Vega, ⁽⁴⁸⁾ ha de conde--
nar a determinada indemnización, tomando en cuenta la índole

de la afectación, las circunstancias personales del ofendido y las del obligado a la reparación. Para ello, acusador y -- sentenciador se fundarán en el primer párrafo del artículo - 31 del Código Penal y en el 1916 del Código Civil, como se - citó con antelación.

Esto es, para condenar a la indemnización por el - daño moral, no es indispensable prueba directa respecto a su ocurrencia y a su cuantificación, salvo cuando se pretenda - por el ofendido una indemnización basada en aspectos de su - vida privada o de la del responsable que no queden revelados por el hecho inculminado y las meras características personales que de aquéllos consten en actuaciones, como pueden ser, sexo, edad, estado civil, condición familiar, actividad ordinaria, medio social, nivel cultural; pero en infinidad de casos con sólo esas características personales de la víctima y las del inculminado, engarzada a la de índole de afectación, - habrá suficiente base para que el Juez cuantifique la reparación, verbigratia, en los casos de delitos sexuales, muy frecuentemente perpetrados en agravio de menores, que por su -- misma naturaleza provocan en las víctimas y sus familiares, - con el fin de evitar escándalos y consiguientemente mayor --

(48) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comenta
do. 10a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1992. -
p. 124.

daño moral, propensión a intervenir lo mínimo posible en diligencias judiciales. Esos datos debe destacarlos el Ministerio Público al formular la acusación y el juzgador ha de ser cuidadoso en la motivación de la condena a la indemnización, como lo señala la siguiente Tesis Relacionada de la Primera-Sala de la Suprema Corte de Justicia:

"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 sólo el artículo 1837 del Código Civil del Estado de Jalisco, pero sin fundar ni motivar la procedencia de esa condenación, 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".⁽⁴⁹⁾

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XL, p.72.
A.D. 3860/60. Jorge Rogelio Villaseñor. --
Unanimidad de 4 votos.

(49) Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Jurisprudencia Especializada" en Materia Penal. Ob. cit., p. 492.

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.

El artículo 31 en su primer párrafo del Código Penal, al disponer que "la reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso"; 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, pues es a ésta a la que atiende la ley con dicho precepto. Las consecuencias del delito 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, porque el Juez, como los demás integrantes del conglomerado social, vive en un medio donde la

experiencia hace percibir y comprender costumbres, tradiciones y prejuicios, que por ejemplo, dejan a la mujer violada, raptada o estuprada, a la madre soltera, al mismo hijo engendrado mediando aquellas acciones, en situación de grave desventaja para lograr un trato y un desenvolvimiento favorable en la comunidad.

Los eméritos Raúl Carranca Trujillo y Raúl Carranca Rivas, en su libro "Código Penal Anotado", recogen estos valiosos precedentes:

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

"Por daño moral se entiende el perjuicio que resulta a una persona en su honor, en su reputación, en su tranquilidad personal o en la integridad espiritual de su vida. Los daños morales son aquellos sufridos

mientos que no son de orden físico, penas subjetivas de carácter íntimo, que no pueden ponderarse, medirse ni probarse por medio de los sentidos. La palabra daño no supone tan sólo alteraciones en el sistema visible de las cosas sino también en el sistema invisible de los sentimientos". (50)

Anales de Jurisprudencia. Tomo XIX, pág. 749.

Dos Códigos Penales, del Estado de Hidalgo (1970) y del Estado de México (1986), han acentuado más la orientación de política criminal de que no quede inaplicada la reparación del daño, obviamente para que no se produzca impunidad en tal renglón de la responsabilidad penal y para dar conveniente asistencia a los ofendidos; en ambos ordenamientos, respectivamente en sus artículos 31 y 30, se dispone que "la reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito". El Código Mexiquense da inclusive reglas sobre el monto de la reparación del daño moral:

"ARTICULO 29.- La reparación del daño comprende: ...

III.- La indemnización del daño moral causado intencionalmente a la víctima o su familia. Para los efectos de es

(50) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Ob. cit., p. 168.

. ta fracción, la indemnización no será inferior a treinta ni superior a mil días multa".

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 o víctima; la ha recogido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Jurisprudencia, que a la letra dice:

"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 el 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 encuentre 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 práctica-

mente 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." (51)

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. CXXXII. Pág. 34. A.D. 3469/64. Manuel --- Aquilera 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. 69. Pág. 29. A.D. 2232/74. Fluvio Rodríguez Acosta. 5 votos.

Pasando a otro puesto mencionaré que, 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.

(51) Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Jurisprudencia Especializada" en Materia Penal. Ob. cit., pp. 490-491.

Así lo reconoce la Jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, publicada con el número 222 de la Parte Primera del Apéndice publicado en 1985, que reza así:

"REPARACION DEL DANO. 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". (52)

Quinta Epoca:

Tomo LIII. Pág. 2168. Macario Castillo.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. XXVI. Pág. 121. A.D. 1304/59. Rodolfo Quintanilla Espejel. 5 votos.

Vol. LV. Pág. 55. A.D. 3507/61. Francisco Ocaña Hernández. 5 votos.

Vol. LX. Pág. 40. A.D. 8928/61. Alfonso Vázquez Pérez. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XC. Pág. 26. A.D. 2970/63. José Cruz Gómez. 5 votos.

(52) Ibidem. p.492.

C A P I T U L O I V

CONCEPTO REAL DEL PARRAFO CUARTO Y QUINTO
DEL ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL.

SUMARIO: a).- Definición Legal del Párrafo Cuarto del Artículo 35 del -- C.P.; b).- Definición Legal del Párrafo Quinto del Artículo 35 - del C.P.; c).- Dinámica y Momento Procedimental; d).- Bases Legales y Legislación Comparada.

a).- DEFINICION LEGAL DEL PARRAFO CUARTO DEL ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL.

La necesidad jurídica de que el ofendido se le reponga en el goce de sus derechos afectados por el delito, es de primario interés para la "paz social", como lo soslaya -- Saffaroni en su notable Informe sobre Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina; ⁽⁵³⁾ pues la reparación -- del daño es una medida de pacificación social, por lo que de be fomentarse por todos los medios para no dejar a la víctima del evento delictuoso en situaciones de absoluto desamparo y de ahí la imposición al responsable del deber cumplir -- sus obligaciones para satisfacer los perjuicios causados y -- prestar la asistencia completa a su víctima. Y así alzar la verdadera función del Derecho Penal.

Como el fin de defensa social reclama una satisfac ción integral y que ésta no quede sujeta a la posible dili-- gencia de la víctima, quien en muchas ocasiones carece de ca pacidad cultural o económica para pleitear. Dicha satisfac-- ción requiere de restitución de lo obtenido mediante el deliti to o el pago de su precio o la indemnización que cubra otras formas de damnificación material o moral.

(53) ZAFFARONI, Raúl. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Depalma. Argentina 1986, p.96.

Ante este tenor, para dar un concepto real del párrafo cuarto del artículo 35 del Código Penal para el Distrito Federal y darle una correcta aplicación al mismo, tomando en cuenta lo que nos aqueja en la realidad. Y antes de darle un concepto real, es menester describir el párrafo en comentario del citado numeral que se encuentra vigente hasta nuestros días:

ARTICULO 35.- - - - -
- - - - -
- - - - -

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño --- cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

...

En tal virtud y desde mi punto de vista particular el cual pienso que se acoge a la vida cotidiana procedimental, que día a día, es una gran preocupación tanto del Ministerio Público como la propia víctima u ofendido, que influye en el deber que tiene todo Organó Jurisdiccional, de imponer al autor del delito el cumplimiento de sus obligaciones de resarcir completamente los daños ocasionados por el injusto penal.

Por ende, ruego que alguna medida se han escucha---

das estas líneas y espero que inquieten a los Legisladores -- para que puedan reformar el párrafo cuarto del artículo 35 -- del Código Penal. Y que en base a las exposiciones descritas- quedaría de esta forma:

ARTICULO 35. - - - - -

- - - - -
- - - - -

Los depósitos que garanticen la li bertad caucional se aplicarán como pago definitivo a la reparación del daño --- cuando el inculpado se sustraiga a la - acción de la justicia durante el proce- so, siempre que estén legalmente justi- ficados.

- - -.

Como se podrá ver, lo variante de este párrafo ---- fue el termino de "preventivo" por "definitivo" y, el agrega- do, de que el derecho a la reparación del daño debe de estar- legalmente justificado. Modificaciones, que se hacen con el - fin, de no dejar a la víctima del evento, en situación de ab- soluto desamparo por una circunstancia ajena totalmente a su- voluntad y que se traduce en prolongar con injusticia los --- efectos lesivos. Pues, ¿Qué pasaría si nunca se reaprehende - al inculpado? - tan simple sería la respuesta, de acuerdo a - la ley vigente, quedaría el ofendido desprotegido, sin el re- sarcimiento correspondiente, ya que actualmente es necesario-

su reaprehensión y que haya una sentencia firme, para que se dé tal reparación. Por eso, es la inquietud del suscribiente, de que se reforme el párrafo en mérito, para que haya una --- aplicación más fácil e inmediata para no llegar a los extre-- mos anteriores, como lo señalaré ampliamente en líneas poste-- riores.

b).- DEFINICION LEGAL DEL PARRAFO QUINTO DEL ARTICULO 35 DEL CODIGO PENAL.

Recordando lo que se dijo en el capítulo anterior,- que los Sistemas Contemporáneos de Justicia Penal, general--- mente se han preocupado en descubrir, capturar, juzgar, sen-- tenciar, encarcelar, liberar o rehabilitar a los delincuentes sin prestar mayor atención al ofendido, quien es la persona - que directamente recibe el daño ocasionado por un hecho de-- lictuoso. Por ende, es justo que el mismo Estado proteja es-- tos intereses, porque al tomar la responsabilidad de la segu-- ridad ciudadana, toma también la obligación de reparar sus fa-- llas, atendiendo a las víctimas en la misma forma que a otros minusválidos; deber que se fundamenta también en los impues-- tos que los ciudadanos pagan al Estado para su protección.

Y por ello, es una necesidad jurídica de reformar - el párrafo quinto del artículo 35 del Código Penal para el -- Distrito Federal, que hasta el momento dice:

ARTICULO 35. - - - - -
- - - - -
- - - - -
- - - - -

Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ejecutora que conserve su importe a disposición del tribunal, para que se haga su aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores de este artículo.

Y bien, para enmarcar la situación legal del ofendido por delito que afecte sus derechos de propiedad, de libertad, etc., en cuanto a la prontitud de que se le proteja restituyéndole los objetos, dinero y en general cualquier clase de bienes que por la acción ilícita del responsable hayan salido de su poder y, si es el caso, imponiéndole aquél una indemnización material y/o moral incluyendo los daños y perjuicios ocasionados.

Sugiero que sea reformado el párrafo quinto del multicitado artículo que estamos tratando, que de acuerdo a los argumentos lógicos-jurídicos descritos con antelación, son imperantes a la realidad penal y procesal y que deberá rezar así:

ARTICULO 35. - - - - -
- - - - -

Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ordenadora que conserve su importe, hasta en tanto no se resuelva el Incidente señalado en la ley procesal, para que en su caso se haga su aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores de este artículo.

Como puede observarse, los cambios que se hicieron en el párrafo a tratar fueron: en que la autoridad ejecutora no es la que debe de conservar el importe de los depósitos, puesto que la idea de la obtención de la reparación del daño debe de ser de "aplicación expedita", por lo tanto, la que los debe de conservar es la autoridad ordenadora.

Y la segunda variante, es la dinámica para la obtención rápida de ese derecho, que sería el instrumento idóneo, un Incidente Especificado, el cual hablaremos más adelante.

c).- DINAMICA Y MOMENTO PROCEDIMENTAL.

Antes de recomendar un medio eficaz para la restitución

ESTO
SALIDA
ESTO
ESTO
ESTO

ción inmediata al ofendido en el goce de sus derechos cuando no se logra la reaprehensión del autor del delito; me gustaría recordar una vieja Regla Jurídica cuyo autor es San Isidro de Sevilla, que nos dice: "La ley debe de ser honesta, -- justa, posible, conforme a la naturaleza y a la costumbre patria, adecuada a las circunstancias de lugar y tiempo, necesaria útil y manifiesta, que no contenga algo que sea inconveniente por su oscuridad y que haya sido redactada, no en atención al provecho particular, sino a la utilidad general de -- los ciudadanos". (54)

Ante esta idea y sin contraponer las garantías individuales consagradas en los artículos 14, 16 y 17 de nuestra Constitución Política, aconsejaría a los H. Legisladores, que abran un espacio en el Título Quinto en el apartado de Incidentes, específicamente en el Capítulo VII, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; para que por medio de un Incidente Especificado, tramitado ante el Juez Instructor y que se iniciará a través de un escrito promovido -- por el ofendido o su Representante Legal o por el propio Agente del Ministerio Público, en donde se expresarán los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, fijando con-

(54) DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael.- Diccionario de Derecho. 15a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1988 p.503.

precisión la cuantía de éste, los conceptos por lo que proceda la reparación y agregando las pruebas que para esos efectos se tengan (documentales).

Y para no violar la Garantía de Audiencia, se dará vista al demandado, el cual es obvio que no va a comparecer, en virtud de que existe una Orden de Reaprehensión en su contra; pero esta medida es importante por dos cuestiones, la primera, porque como ya se dijo es un Derecho Constitucional y la segunda, porque se ha visto en la práctica que el procesado no comparece ante el Juzgado del Proceso, no por que se haya sustraído a la acción de la justicia sino porque el mismo personal del Juzgado no le notificó correctamente las prevenciones señaladas en el artículo 567 del Código Adjetivo de la Materia, o en su caso el Defensor no le comunicó a sus defensos dichas prevenciones.

De esta manera, el autor del delito al presentarse, se cancelaría el referido Incidente; en caso contrario, con su ausencia y al presentarse sólo la parte afectada, se abrirá la Audiencia para que éste exponga y funde sus derechos relativos a la Reparación del Daño, para que el Organó Jurisdiccional con posterioridad y al darse cuenta que están plenamente justificados, dictará una Sentencia con carácter de Interlocutoria y de inmediato los depósitos que garantizaron la libertad caucional se harán efectivos para su aplicación con-

forme a lo dispuesto por el artículo 35 del Código Penal (ya sugerido en el inciso anterior).

Surge desde luego, la consideración de que el precepto transcrito y materia de este trabajo, no debe de ser visto como un texto cuya aplicabilidad opere hasta el momento en que se llegue a pronunciar sentencia condenatoria, como se podría pensar por el hecho de que dicha norma esté ubicada en espacio dedicado a las penas y medidas de seguridad y más concretamente en el de la sanción pecuniaria.

Ahora, si nos colocáramos dentro de esa idea restrictiva, caeríamos en situaciones absurdas, pues nos llevaría a estimar que no se ha de hacer devolución al ofendido de la cosa objeto del delito y en su caso el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, sino hasta que llegue a su fin el proceso con sentencia de condena. Y el absurdo persistiría, de que los depósitos que exhibió el inculcado para su libertad caucional se conserven a disposición del juez o tribunal del proceso, que para decretarse la entrega debe de existir una sentencia firme. Aquí quedaría la duda - Si no se cumple la Orden de Reaprehensión, qué pasaría con la restitución al ofendido en el goce de sus derechos -.

Por lo que, partiendo de esa injusticia, pido que EL MOMENTO PROCEDIMENTAL para interponer este incidente, par

ta desde el instante en que el enjuiciado se sustraiga a la acción de la justicia durante el proceso; esto es, a partir de que los elementos de la Policía Judicial tengan en sus manos - la Orden de Reaprehensión para la localización y reaprehensión del autor del delito, en virtud de que éste, desobedeció las obligaciones que contrajo en términos del artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

d).- BASES LEGALES Y LEGISLACION COMPARADA.

Actualmente está previsto, que cuando el inculcado - se sustrae a la acción de la justicia sobreviene la suspensión del procedimiento (artículo 477 fracción I del Código Adjetivo de la Materia) y sólo podrá continuarse la sustanciación del - proceso en relación con el prófugo cuando se haya logrado su - captura (artículo 479 del mismo Ordenamiento Legal antes citado). También se sabe, que la sanción pecuniaria sólo puede ser acordada en la sentencia condenatoria que cause estado, por lo que es consecuencia lógica que hasta entonces podrá resolverse que los depósitos que garantizaron la libertad caucional sean aplicados al pago de la sanción pecuniaria: Multa y Reparación del Daño.

Por otro lado, demasiado problema es para quien, directamente o en forma indirecta resintió el daño, soportar el - lacerante vía crucis de acudir a la engorrosa e interminable -

tramitación penal y civil. Por eso el propósito de esta tesis, es establecer una ley vigente que tenga como fin inmediato -- sin esperar que haya una sentencia firme, el resarcir las cosas a la situación que guardaban antes de producirse la ofensa o de indemnizar por lo que sea irreversible.

Partiendo de la idea jurídica (Art. 16 Constitucional), que todo acto de molestia debe de estar fundado y motivado la causa legal del procedimiento. Y como en líneas anteriores se ha esbozado ampliamente el aspecto "motivación"; -- ahora en este considerando toca al turno de la "fundamentación".

La urgencia de que a la mayor brevedad se hagan cesar esos efectos dañosos o perjudiciales del delito, lo establece la propia legislación procesal del Distrito Federal en su artículo 28 que dispone:

"ARTICULO 28.- 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".

Aquí observamos que, se requieren dos requisitos -- para tal efecto; el primero es, que estén comprobados los ele

mentos del tipo penal y, el segundo es, que esos derechos estén plenamente justificados. Requisitos que los podemos acreditar sencillamente: El primero con el Auto de Formal Prisión porque es de explorado derecho que en esta resolución se fija la materia del proceso, es decir, aquí se acreditan los elementos del tipo penal. Respecto al segundo, simple y llanamente se demostrará con el Incidente Especificado que se describió en el inciso anterior; dando cumplimiento de esta manera a dicho numeral, el cual se entenderá mejor en las exposiciones siguientes.

Ese precepto se concatena con los artículos 37 y 77 del mismo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

"ARTICULO 37.- 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".

"ARTICULO 77.- 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".

También se relaciona con los artículos 271, 556 y - 569 del mismo Ordenamiento Legal antes invocado, que regulan la libertad provisional tanto en la Averiguación Previa como en el Proceso, donde vemos que para conceder ésta, se exige - garantía no sólo de que el inculpado no se sustraerá a la acción de la justicia, sino también de la reparación del daño.- La caución que para esos fines se llegue a otorgar queda, sin duda alguna; sujeta a lo que dispone el párrafo cuarto del artículo 35 del Código Penal para el Distrito Federal, es decir se aplicará el pago de la sanción pecuniaria cuando el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

A su vez el Código Federal de Procedimientos Penales, plasma esta urgencia en estos numerales:

"ARTICULO 38.- Cuando en las actuaciones estén acreditados los elementos que integran el tipo del delito de que se trate, el funcionario que conozca del asunto dictará las providencias necesarias, a solicitud del interesado, para asegurar sus derechos o restituirlos en el goce de éstos, siempre que estén legalmente justificados. Si se tratare de cosas, únicamente podrán retenerse, estén o no comprobados los elementos del tipo del delito, cuando a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuere necesaria para la debida integración de la averiguación".

.....

"ARTICULO 41.- Los tribunales dictarán de oficio los trámites y providencias encaminados a que la justicia sea pronta y expedita. Para este fin, las partes podrán solicitar la orientación del tribunal sobre los puntos del procedimiento que ante éste se desarrolla, como cómputos, plazos y circunstancias para la promoción y el desahogo de pruebas y otras cuestiones que aseguren, con plena información para los participantes, la debida marcha del proceso, sin abordar cuestiones de fondo que la autoridad judicial deba de resolver en los autos o en la sentencia. La información la dará el tribunal en audiencia pública con presencia de las partes.

..... "

En relación con el Ministerio Público del Fuero Común, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se señala por su artículo 3o. Apartado A, fracción IV, lo siguiente:

"ARTICULO 3o.- 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 interesa

do, cuando esté comprobado los elementos del tipo penal del delito 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 esta misma Institución Ministerial, hallamos un precepto más sobre lo que estamos examinando:

"ARTICULO 18.- La Dirección General de Averiguaciones Previas tendrá las siguientes atribuciones, que ejercerá a -- través de los agentes del Ministerio Público que le estén adscritos:

.....

III.- Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición del interesado, cuando estén plenamente comprobados en la averiguación previa, los elementos que integran el tipo penal del delito de que se trate, exigiendo garantía suficiente si se estimara necesario;

..... "

En base a lo anterior, el entonces Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Licenciado Humberto Benítez Treviño, publicó (10.-II-94) un Instructivo con Número 1/01/94, que entró en vigor el mismo día de su publicación, - el cual en lo conducente señala:

"TERCERO.- En lo tocante a las reformas y adiciones al Código de Procedimientos Penales, se dictan los siguientes lineamientos.

.....

2o.- En todo proceso penal donde actúe el Ministerio Público hará solicitud en favor de la víctima u ofendido por el delito, para que el Juez dicte las providencias necesarias a efecto de que se le restituya en sus derechos que estén plenamente justificados, basándose para ello en el artículo 28.

..... "

Esto aunado a la idea del ilustre maestro Juan José González Bustamante, quien expone: "El Auto de Formal Prisión produce para el ofendido el derecho de reclamar que se le restituya en el pleno goce de sus derechos que hubiese justificado plenamente... La restitución en el goce de los derechos de que ha sido privado el ofendido a consecuencia del delito, se impone hacerla inmediatamente después de que el delito ha quedado comprobado y se inspira en el más elemental principio de

justicia: Los tribunales están obligados a restituir al ofendido en el goce de sus derechos después de haberse dictado el Auto de Formal Prisión y, así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1216/39), porque lo que se persigue como finalidad es evitar la prolongación del daño que el agente del delito causa al ofendido y no puede argumentarse que con esa restitución se esté anticipando el cumplimiento de alguna sanción, sino que aquélla opera a virtud de que el derecho del ofendido no debe de continuar perturbado, pues de lo contrario equivaldría a desvirtuar la tutela de la ley a pretexto de la condición subjudice del hecho transgresor". (55)

Ahora, no todos los Códigos de provincia recogen estos razonamientos, ya que algunos deja a la Reparación del Daño en la calidad de Responsabilidad Civil sea del inculpado o de tercero; mientras que otros es muy ambiguo su contexto; es decir, no hay claridad en cuanto a qué sucede cuando el enjuiciado se sustrae a la acción de la justicia.

Sin embargo, es plausible y sirve como modelo el Código Penal para el Estado de México, que desde mi punto de

(55) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Ob. cit., pp. 193-194.

vista, así deben de expresarse todos los Códigos Penales de -
la República Mexicana. Por lo tanto, es relevante transcribir
dicho numeral:

"ARTICULO 38.-

Cuando el inculpado se sustraiga a la
acción de la justicia, los depósitos que-
garanticen la reparación del daño se en-
tregarán al ofendido o a sus causahabien-
tes, previo otorgamiento de una fianza --
que asegure su devolución, en caso de que
el inculpado sea absuelto del pago de la-
reparación del daño por sentencia defini-
tiva". (56)

Como se observa, no está muy lejos la idea expuesta
en esta tesis, en imponer que se haga la restitución al ofen-
dido o víctima con la mayor celeridad posible, para evitar que
siga resintiendo los efectos de la acción punible. Puesto que
está bien claro a través de estos preceptos legales, que una-
vez que el juzgador se entere que el autor del delito se sus-
trajo a la acción de la justicia durante el proceso, se harán
efectivos los depósitos que exhibió para garantizar la liber-
tad caucional.

(56) Código Penal para el Estado de México. 1a. Edición. Edi-
torial Delma (con las modificaciones publicadas el 5 de-
Enero y 7 de Marzo de 1994) p. 13.

No hay pues, una sola razón atendible para que se - niegue la restitución al ofendido en el goce de sus derechos- perturbados por efecto de un delito, tan sólo porque no se ha ya llegado a dictar una sentencia firme; cuando ya existe un- Auto de Formal Prisión y con satisfacción de los requisitos - indicados en los artículos 14 y 16 Constitucional (a través- de un Incidente Especificado).

Y así cumpliremos con el fin de prontitud, expedi- ción y eficiencia de la justicia, que requiere de simplicidad seguridad y celeridad en el procedimiento para restituir al - ofendido o víctima en el goce de sus derechos cuando no se lo gra la recaptura del autor del delito durante el proceso.

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

PRIMERA.- Es fácil deducir que a través de la Historia, generalmente a los Gobernantes les preocupaba más legislar con dureza, con salvajismo, imponiendo crueles sanciones al responsable de un delito; en vez de una pronta e inmediata reparación del daño al ofendido.

SEGUNDA.- Los Sistemas Contemporáneos de Justicia Penal se han preocupado más en descubrir, capturar, encarcelar, juzgar, sentenciar, rehabilitar, liberar, etc., a los delincuentes sin prestar mayor atención al ofendido o víctima.

TERCERA.- En opinión particular, está por demás la fracción III del artículo 30 del Código Penal; por lo que la Reparación del Daño comprenderá: La restitución de la cosa obtenida por el delito y, si no fuere posible el pago del precio de la misma. Y la indemnización del daño material (aquí se toma en cuenta los perjuicios) y moral causados.

CUARTA .- Grito a la Rosa de los Vientos, una verdadera aplicación del artículo 20 párrafo in fine de nuestra Constitución; porque ya es justo que el ofendido -

ya no sea "La Cenicienta Olvidada" en el proceso pe
nal.

QUINTA.- Por lo que, se propone reformar el Párrafo Cuarto -
del Artículo 35 del Código Penal para el Distrito -
Federal, para quedar como sigue: " - - -. Los depó-
sitos que garanticen la libertad caucional se apli-
carán como pago definitivo a la reparación del daño
cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la-
justicia durante el proceso, siempre que esten le-
galmente justificados".

SEXTA .- Al igual el párrafo quinto del mismo numeral y Ley-
Sustantiva, que deberá rezar así: " - - -. Al man--
darse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá
a la autoridad ordenadora que conserve su importe,-
hasta en tanto no se resuelva el Incidente señalado
en la Ley Procesal, para que en su caso se haga su-
aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos-
anteriores de este artículo".

SEPTIMA.-Lo que se pretende con estas reformas es la restitu-
ción al ofendido en el goce de sus derechos cuando-
no se logra la recaptura del autor del delito, se -
debe de hacer inmediatamente con el propósito funda-
mental de evitar que se prolongue la ofensa o daño-

que aquel sujeto resiente por efecto del delito.

OCTAVA.- La aportación inmediata al agraviado de la Reparación del Daño, facilitará la colaboración respecto al Sistema de Justicia Criminal, pues contribuirá en una doble vía: A que denuncie el delito, asista y participe en el proceso y, que contribuya con la policía en la detención y prevención de la criminalidad.

NOVENA.- Para una aplicación inmediata de la Reparación del Daño y sin que se llegue a dictar una Sentencia firme, sugiero que se adicione al Título Quinto, Sección Primera del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; un Incidente Especificado que se tramitará cuando el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia durante el proceso.

DECIMA.- Sólo basta que se den dos presupuestos: La integración de los elementos del tipo penal y que los derechos del ofendido o víctima estén plenamente justificados; para cumplir con el fin de prontitud, expedición y eficiencia de la justicia, que requiere de simplicidad, seguridad y celeridad en el procedimiento para restituir al ofendido en el goce de sus derechos cuando no se logra la recaptura del autor-

del delito durante el proceso.

DECIMA PRIMERA.- Una de las soluciones al problema del desamparo de la víctima es implantar un seguro - obligatorio para todo automovilista y así - darle aplicabilidad exacta al artículo 31 - del Código Penal. Para que de esta manera, - se proteja en alguna medida al agraviado en delitos culposos derivados en hechos de --- tránsito terrestre.

DECIMA SEGUNDA.- Otra es, establecer una caja pública, cuyos fondos se forman con las multas impuestas - a los delincuentes y a la cual se recurre - para indemnizar a las víctimas de los daños causados por los delitos que por ciertas razones no exhibieron billete de depósito que- garantizara la reparación del daño.

DECIMA TERCERA.- Entre las metas del proceso penal, deben de subrayarse la imposición al culpable, del - deber de cumplir sus obligaciones para sa- tisfacer el daño causado y prestar la asis- tencia completa a su víctima. Por ende, de- be de fomentarse la Reparación del Daño co- mo una medida de pacificación social.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- BAILON VALDOVINOS, Rosalfo.- El Derecho Penal "Parte General Diccionario". Editorial Pac. México 1992.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.- Derecho Penal Mexicano "Parte General". 16a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1988.
- 3.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl.- Código Penal Anotado. 17a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1993.
- 4.- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 14a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1993.
- 5.- CORDOBA RODA, Juan.- Comentarios al Código Penal. Tomo II Ediciones Ariel. Barcelona España 1972.
- 6.- CUELLO CALON, Eugenio.- Derecho Penal "Parte General". -- Tomo I. Vol. I. 18a. Edición. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona España 1981.
- 7.- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael.- Diccionario de Derecho. 15a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1988.

- 8.- FRANCO SODI, Carlos.- Código de Procedimientos Penales Comentado. 2a. Edición. Editorial Botas. México 1960.
- 9.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.- Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 3a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1954.
- 10.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.- La Evolución del Derecho Penal. Editorial S.E.P., México 1946.
- 11.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.- El Código Penal Comentado 10a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1992.
- 12.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. UNAM. México 1984.
- 13.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan.- Diccionario para Juristas. 1a. Edición. Editorial Mayo. México 1981.
- 14.- PALLARES, Jacinto.- El Poder Judicial. Editorial Porrúa S.A., México 1958.
- 15.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis.- Victimología "Estudio de la Víctima". 2a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1989.

- 16.- VAZQUEZ SANCHEZ, Rogelio.- El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño. Editorial Porrúa S.A., México 1981.
- 17.- VELA TREVIÑO, Sergio.- La Prescripción en Materia Penal. Editorial Trillas. México 1983.
- 18.- VILLALOBOS, Ignacio.- Derecho Penal Mexicano "Parte General". 5a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1990.
- 19.- ZAFFARONI, Raúl.- Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Depalma. Argentina 1986.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. 2a. Edición. - Editorial Pac S.A. de C.V., México 1994.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. 7a. Edición. Ediciones Andrade S.A. de C.V., México-1995.
- 3.- Código Penal para el Estado de México. Ediciones Delma, - con las Modificaciones Publicadas los días 5 de Enero y 7 de Marzo de 1994 en la Gaceta del Gobierno.
- 4.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal 5a. Edición. Ediciones Andrade S.A. de C.V., México 1994.
- 5.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. -- 108a. Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1995.
- 6.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del - Distrito Federal (Anexada al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 47a. Edición. Editorial - Porrúa S.A., México 1994.)

- 7.- Penal Práctica (Código Federal de Procedimientos Penales)
3a. Edición. Ediciones Andrade S.A. de C.V., México 1990,
con las últimas Reformas publicadas el día 10 de Enero de
1994.

- 8.- Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General-
de Justicia del Distrito Federal. Publicada en el Diario-
Oficial el día 9 de Marzo de 1995.

- 9.- Suprema Corte de Justicia de la Nación "Jurisprudencia --
Especializada en Materia Penal". Tomos I, II y III. Edi--
ciones Mdez. J.A.G. y Canls., México 1990.