



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

220
2i

"LA REPARACION DEL DAÑO MATERIAL EN MATERIA PENAL."

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARTINEZ TREJO CLAUDIA

ASESOR: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA



ACATLAN, EDO. DE MEXICO DE NOVIEMBRE DE 1997



TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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 DIOS:

Gracias por permitirme llegar hasta esta meta que durante mucho tiempo he esperado, ya que es un sueño a la que muchos no han podido llegar; gracias por permitirme seguir existiendo en este mundo lleno de tanta maldad.

EN MEMORIA DE MI PADRE Y HERMANO:

A quienes el destino me arrebató, a ellos muy en especial dedico el presente trabajo, porque gracias a ellos he aprendido a destacarme durante mi carrera universitaria como una persona que debe afrontar los problemas por muy difíciles que sean, y por quienes me he superado para seguir adelante, ya que después de tanto años, por fin ha llegado el sueño que tanto añoraron cuando aún estaban a mi lado.

A MI MADRE:

Que gracias a su dedicación, a sus enseñanzas y a su esfuerzo siempre me ha apoyado y motivado a lo largo de mis estudios y de la elaboración de este trabajo, gracias por tantas cosas que me has dado y que nunca podré expresar con palabras, sino con hechos, éste es un ejemplo de lo tanto que has hecho por mí.

A MIS HERMANOS, SILVIA Y CESAR:

Gracias por todo su apoyo que durante mi carrera me brindaron.

A MI SOBRINO GUSTAVO:

A quien apenas empieza a vivir la vida, y de quien espero que algún día no muy lejano llegue a realizar el sueño en el que estoy viviendo.

A MIS MAESTROS Y COMPAÑEROS:

A MIGUEL:

A quien siempre me ha apoyado y quien ha estado conmigo en las buenas y en las malas, a esa persona taln especial.

A LA LIC. CRUZ LILIA ROMERO RAMIREZ:

Por darme la oportunidad de desenvolverme en el ámbito profesional y por el gran apoyo que siempre me ha brindado.

A MIS AMIGOS:

LIC. ROBERTO COLMENERO PINEDA.

LIC. REFUGIO ALCAZAR PENAGOS.

LIC. ULISES PEREZ MARTINEZ.

LIC. ANTONIO CONTRERAS HERNANDEZ.

Por haberme apoyado durante la elaboración de la presente tesis y por su gran amistad sincera que siempre me han demostrado, y por transmitirme sus conocimientos.

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	
CAPITULO I. RESEÑA HISTORICA	
1.1 ANTECEDENTES	7
1.2 DERECHO ROMANO	10
1.3 DERECHO MEXICANO	13
CAPITULO II. GENERALIDADES DE LA REPARACION DEL DAÑO	
2.1 REPARACION	26
2.2 ETIMOLOGIA	33
2.3 DAÑO	33
2.4 ETIMOLOGIA	35
2.5 CONCEPTO DE REPARACION DE DAÑO	35
2.6 TIPOS DE DAÑO	40
CAPITULO III. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA REPARACION DEL DAÑO	
3.1 SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A LA REPARACION DEL DAÑO	54
3.2 SUJETOS OBLIGADOS A LA REPARACION DEL DAÑO	63
3.3 NO EXIGIBILIDAD A LA REPARACION DEL DAÑO	70
CAPITULO IV. DEL PROCEDIMIENTO DE LOS INCIDENTES	
4.1 INCIDENTE	74
4.2 ETIMOLOGIA Y CONCEPTO	74
4.3 INCIDENTES EN LA REPARACION DEL DAÑO	78
4.4 INCIDENTE POR VIA PENAL	78

4.5 INCIDENTE POR VIA CIVIL	81
4.6 INCIDENTE EXIGIBLE A TERCEROS	85
CAPITULO V. TESIS Y JURISPRUDENCIA	
5.1 TESIS Y JURISPRUDENCIAS	94
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	108
	115

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

El fin de la elaboración del presente trabajo es estudiar en forma de monografía, una de las sanciones pecuniarias más frecuentes y de mucha gravedad, porque en ocasiones llega a atentar contra el patrimonio, la vida, etc. Mi intención es motivar o señalar a los estudiosos del Derecho a crear conciencia sobre la reparación del daño, ya que como me he dado cuenta es muy escaso el material bibliográfico sobre el cual pueda uno basar sus conocimientos jurídicos sobre la pena pecuniaria en comento. También nos daremos cuenta de la gravedad de la reparación del daño, ya que en muchas ocasiones las personas que tienen derecho a la misma en términos del artículo 30 bis, no son satisfechas de la misma.

No pretendo con esta exposición crear o inventar algo nuevo, simplemente señalar, de una manera sencilla, la importancia que representa la reparación del daño, ya que como podemos observar existen jueces como en los casos de Homicidio absuelven a la persona responsable, y por la

ignorancia de muchos de los ofendidos no agotan los recursos que les asisten.

Presento este estudio de una manera breve y concreta, con palabras sencillas, con el propósito de que cualquier persona que tome en sus manos esta tesis, al leerla le sea amena, entendible e interesante por la importancia que tiene dentro de nuestra sociedad, la citada sanción pecuniaria.

En el contenido de este trabajo se contempla una reseña histórica de los antecedentes de la reparación del daño, como se le ha venido denominando en diversas legislaciones como es el caso del Derecho Romano existían dos clases de delitos: los de carácter patrimonial y los de carácter privado, en los cuales si se trataba de un daño de carácter patrimonial, la reparación del daño se hacía mediante una multa que era superior al daño causado, existiendo además cuatro tipos de delito, como por ejemplo el hurto (FORTUM), entre otros, en dónde la víctima del delito se le pagaba una suma de dinero a título de rescate; en el Derecho Francés se

consideró que el Derecho Civil debía reglamentar la reparación del daño, estableciéndose la pena como exclusivo del derecho penal.

En México se encuentran varios antecedentes, ya que en el Código Penal de 1871 la reparación del daño se reclamaba por los ofendidos y a título de responsabilidad civil, y era renunciable y transigible. El Código Penal de 1929, llamado de Almaraz introdujo una innovación en cuanto al procedimiento para pedir la reparación del daño causado, estableciéndose que la reparación del daño formaba parte de la sanción, otorgándole el carácter de pena pública, exigible de oficio por el Ministerio Público, asimismo el procedimiento para exigir la reparación del daño se tramitaba en forma de incidente.

El Código Penal de 1931, señala que cuando la reparación del daño sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil, y se tramitará dentro del proceso penal en forma de incidente, exigiéndose de igual manera de oficio por el Ministerio Público.

Se abarca también las generalidades de la reparación del daño, como son: el concepto de reparación, su naturaleza, su etimología, asimismo se expondrán los diversos tipos de daño que hay en nuestra legislación penal vigente como son: el daño material y el daño moral, ya que existe diversidad de conceptos respecto a los mismos.

Por ultimo se hablará de manera concreta de las personas que tienen derecho a la reparación del daño, y el papel que juega el ofendido como coadyuvante del Ministerio Publico, y los terceros obligados como lo son: los tutores, los dueños de empresas por los delitos que cometan sus empleados en el desempeño de sus funciones, entre otros, así como el procedimiento que se debe seguir para llevar a cabo los incidentes por vía penal y por vía civil, ya que ambos se pueden interponer en el proceso penal, antes de que salga la sentencia, o bien, por la vía civil después de haberse dictado la misma, ante los Tribunales Civiles.

C A P I T U L O I

RESEÑA HISTORICA

1.1 ANTECEDENTES.-

Históricamente la Reparación del daño, ha tenido diversos antecedentes, los cuales en el devenir ha ido tomando forma para configurarse en la Reparación del Daño de nuestros días.

En el Derecho Penal Azteca, no se hablaba en concreto de la reparación del daño, solamente, se establecía, para los negros la pena de trabajo en las minas y azotes, para los indios, era la pena de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia, siempre y cuando se tratara de un delito grave, asimismo los indios podían ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga.

Cuando los pacientes de un delito ven que el Estado, por medio de sus órganos representativos, no se preocupa por conseguir que se les restituya en el pleno disfrute de los derechos afectados por el hecho

cometido. se da la época de la venganza privada, pretendiendo hacerse justicia por mano propia, encargándose los particulares, familias o grupos de defenderse y cuando la venganza era mayor al daño recibido, para evitar estos excesos, se creó la ley del Tali6n "ojo por ojo y diente por diente", para causar un mal igual al sufrido: así como las "composiciones" la cual consistía segun Fernando Castellanos: "el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza" (1).

En el periodo de la venganza divina se castiga en nombre de la divinidad y las penas eran para satisfacer el enojo de los dioses: en el periodo de la venganza pública ya existían los tribunales, los cuales juzgaban en nombre de la colectividad, se imponían penas que no se encontraban previstas en las leyes e incluso eran penas crueles e inhumanas, como por ejemplo: la tortura, el calabozo, la horca, los azotes, la argolla,

(1) CASTELLANOS, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal.

y la rueda: en el periodo humanitario las penas eran impuestas por las leyes, declarándose violadas únicamente por los jueces, se da la abolición de la tortura.

En las escuelas penales, por ejemplo en la clásica, se hablaba de una pena proporcional al delito, siempre y cuando el hombre pudiera discernir entre el bien y el mal, entonces debía responder por su conducta dada la naturaleza moral (imputabilidad); en la escuela positiva: la pena debía ser proporcional a la peligrosidad del delincuente, todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tenía responsabilidad legal, importaba más la prevención que la represión.

En el Derecho Francés se consideró que el derecho civil debía reglamentar la reparación del daño, es decir, la obligación nacida de un delito o cuasidelito: es por eso, que surge la necesidad de reglamentar la distinción entre el delito penal y el civil, según Rojina señala: que "el delito penal suponía un hecho doloso que cause daño y que se realiza con la intención de perjudicar, distinguiéndose del civil en que necesariamente

debe estar sancionado con una pena, por una ley penal; en cambio el derecho civil se caracteriza en el Código de Napoleón como un hecho ilícito, es decir un hecho doloso que cause daño, que se realiza con la intención de perjudicar, pero que no tenía una sanción en la ley penal". (2)

Optando el Derecho Francés por reglamentar la reparación del daño para los delitos desde el punto de vista penal, dejando esta materia, es decir, la relativa a la indemnización, al derecho civil, es decir, se estableció la pena como exclusivo del derecho penal dentro de la sanción pública y la reparación del daño de la competencia del derecho civil.

(2) ROJINA VILEGAS, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo V, Volumen II, Obligaciones.

1.2. DERECHO ROMANO

El Derecho Romano definía al delito como todo acto ilícito, sancionado con la pena. Los delitos podían ser de carácter público (crimina), los cuales eran castigados con pena pública corporal o pecuniaria, poniendo en peligro evidente a toda la comunidad, se perseguían de oficio por las autoridades a petición de cualquier ciudadano; y los de carácter privado (delicta), que eran los castigados con pena privada pecuniaria, causando un daño al particular y sólo provocaban una perturbación social, se perseguían a iniciativa de la víctima y deban lugar a una multa privada en favor de la misma, es decir, se consideraba al delito como una fuente de las obligaciones, implicando por lo tanto, el delito, el daño hacia un patrimonio y, por lo tanto, la reparación del mismo originaba una obligación.

En el Derecho Romano, cuando el daño era de carácter patrimonial, daba nacimiento a una especie de multa, que permitía reparar el daño, pues

la ley imponía al responsable una pena pecuniaria que era superior al perjuicio causado; asimismo existían cuatro tipos de figuras de delito privado en general: el hurto (*furtum*), por medio del cual era posible que entre el hombre y la víctima del delito se hiciese la paz, pagando aquél a éste una suma de dinero a título de rescate; la *damnum iniuria datum*, es el daño causado en propiedad ajena, sustituyendo a la Ley de las XII tablas la *Lex Aquilia*, la cual se componía de tres capítulos: el primero trataba de la muerte dada a los esclavos o animales ajenos, en donde la indemnización era el valor más alto que el esclavo o que el animal hubiera tenido el último año, lo cual podía ser superior al daño sufrido; el segundo, del fraude cometido por el *adstipulator* que perdonaba la deuda al sujeto pasivo de la obligación correal; en el tercero, del daño causado en propiedades ajenas, con consecuencias distintas a las previstas en el primer capítulo, aquí la indemnización era el valor más alto en los últimos treinta días, también podía exceder la indemnización del daño sufrido, ya que en ocasiones aunque se hubiera causado un daño parcial se tenía que pagar el daño como si se hubiera lesionado totalmente. Asimismo para el cálculo del daño, se tenía en cuenta no sólo el valor comercial general, sino también las circunstancias especiales del caso: la injuria o lesiones, las cuales

consistían en lesiones físicas, y la Ley de las XII tablas imponía la pena del talión para los casos de que les fuera cortado un miembro al cuerpo de la víctima y en algunas ocasiones permitiendo a las partes la composición voluntaria y las reclamaciones por lesiones menores se liquidaban mediante el pago de una multa privada de veinticinco ases, comenzando el pretor a fijar la cuantía de las indemnizaciones de acuerdo a la gravedad de la lesión y la calidad de las personas, extendiendo el concepto de injuria a lesiones morales; además de existir delitos privados del derecho honorario, entre los cuales se comprendía la rapiña, la cual era sancionada con una multa privada de cuatro veces el valor del objeto, en caso de que se llegara a intentar la acción dentro de un año; y de una vez el valor del objeto, en caso de proceder después de un año, estableciendo Justiniano que una cuarta parte de la sanción debía considerarse como indemnización y tres cuartas partes, como multa privada, estableciéndose la acción como mixta, ya que servía para dos fines: para dar a la víctima una indemnización y también una multa privada: la intimidación, en donde el pretor Octavio, la sancionó concediendo a la víctima una *integrum restitutio*, por medio de la cual la víctima podía reclamar la devolución de lo que en un momento dado hubiera entregado por la intimidación: la *exceptio quod metus causa*, que procedía en

caso de que el culpable reclamara a la víctima el cumplimiento de alguna prestación prometida bajo la influencia del miedo: la *actio quod metus causa*, de carácter penal, por medio de la cual se pagaba por cuatro veces el valor del daño sufrido en caso de que se ejerciera dentro de un año: el dolo siendo el pretor Aquilio Galo el que introdujo la *actio doli mali*, en donde se sometía de manera infamante al condenado a un boicót, arbitraria: en donde la condena sólo tenía efectos si el demandado no reparaba el daño por las buenas y subsidiaria, procediendo únicamente cuando la víctima no tenía a su disposición ningún otro remedio, es decir, lo que se reclamaba por esta *actio* era el daño sufrido por la víctima, de igual manera la *Lex Aquilia* consideraba la culpa como dolo. El daño por deterioro, robo, incendio, etc., lo consideraba sólo con relación a los esclavos, animales, que pasen en rebaños y objetos materiales, y determina su indemnización.

En conclusión la *Lex Aquilia* constaba de tres capítulos: en el primero consagraba el principio de que matar injustamente es matar sin derecho; por tanto, quién mata para escapar a un peligro que de otra forma no pudiese eludir, está exento de responsabilidad, este concepto viene a ser lo que en nuestra legislación se contempla como legítima defensa:

Desde su antecedente remoto en el derecho romano, a través del Código de Napoleón, la obligación de indemnizar el daño fue acogida por las legislaciones de los países del área latina y también por México.

1.3. DERECHO MEXICANO.-

CODIGO PENAL DE 1871 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES:

Antes del Código de 1871 la reparación del daño se reclamaba por los ofendidos y a título de responsabilidad civil, ante los tribunales respectivos y durante la vigencia del Código de 1871 se dio la misma situación, salvo que la jurisdicción se confirió a las autoridades penales, a este Código se le llamaba también Código de Martínez de Castro.

En dicho Código se consagró el Libro Segundo a la materia de que nos ocupamos, pero bajo la denominación y concepto de "Reparación Civil

en Materia Criminal". asimismo dicho Código independizó la responsabilidad penal de la civil y puso en manos del ofendido la acción reparadora, la cual era, como cualquier otra acción civil, renunciable, y compensable.

La reparación del daño según esto, debería tener el carácter de acción civil, insertada en ese Ordenamiento Penal por razones de facilidad para deducirla ante los mismos tribunales que conocieran del delito.

El Código de 1871 supeditó a la voluntad del ofendido el ejercicio de tal acción, e insertó en sus preceptos el Capítulo de "Responsabilidad Civil", no descuidando de antemano de concederle a la parte ofendida, una amplia facultad para ejercitar la acción reparadora del daño.

Definía que la responsabilidad civil proveniente de un hecho u omisión contrarios a la ley penal, consistía en que el responsable tenía la obligación de hacer: (artículo 301).

I.- La restitución:

II.-La reparación;

III.-La indemnización;

IV.- El pago de gastos judiciales.

La restitución consistía en la devolución de la cosa dañada, así como de los frutos existentes en los casos en que debiera restituirlos con arreglo al derecho civil, y la cual sólo podía demandarse a aquél en cuyo poder se encontraba la cosa o sus frutos.

La reparación comprendía el pago de todos los daños causados al ofendido, a su familia o a un tercero, siempre y cuando dicho daño fuera existente y no solamente posible, es decir, que los daños fueran actuales provenientes del hecho u omisión de que se trataba; por otra parte también se contemplaba que si el daño consistía en la pérdida o un grave deterioro de alguna cosa el dueño de la misma tenía derecho al valor total, pero si el deterioro fuera de poca importancia solamente se le pagaba la estimación de la misma y se le restituía la cosa.

La indemnización refería el pago de los perjuicios, es decir, lo que el ofendido dejaba de lucrar como consecuencia inmediata y directa del hecho u omisión, y el valor de los frutos los cuales como ya se mencionó debían satisfacerse con arreglo al derecho civil.

Por otra parte el causante del daño debía cubrir los gastos judiciales necesarios que para exigir su acción, había hecho la víctima y sea para averiguar el hecho o la omisión que da al margen al juicio criminal (artículo 307).

De igual manera se establecía que el Juez que conocía de la responsabilidad civil, debería fijar el monto de ésta de acuerdo con el convenio de las partes, y sólo a falta de éste, se debería estar a lo preceptuado en la misma ley, la que además de contener disposiciones sobre la prueba de los daños en el delito, por ejemplo establecía que para el caso de que se infringieran golpes o heridas de las cuales no quede deforme el herido, éste tenía derecho a que el responsable le pagara todos los gastos de su curación, los daños que haya sufrido y lo que dejara de lucrar, es

decir, que no pudiera dedicarse al trabajo del cual dependía; pero era necesario que la imposibilidad de trabajar fuera resultado directo de las heridas y golpes causados, pero si los golpes o heridas causarían la pérdida de algún miembro no indispensable para el trabajo, así como de que quedara deforme se tenía derecho no sólo a los daños y perjuicios sino a una indemnización extraordinaria que señalara el Juez atendiendo a la posibilidad y sexo de la persona, y a la parte del cuerpo que hubiera quedado dañada; asimismo en el delito de homicidio realizado sin derecho se tenía que pagar los gastos para dar sepultura al cadáver, los gastos y expensas que se hubieran hecho para su curación del difunto; los alimentos tanto de la viuda, de sus hijos o de quienes en un momento dado dependieran de él; así como de los descendientes póstumos que dejará; la obligación de suministrar alimentos debía durar el tiempo que el finado debiera durar a no haberle dado muerte el homicida, y ese tiempo lo calculaban los jueces con arreglo a la tabla que se contempló en dicho Código, siempre y cuando se tomara en consideración la salud del occiso antes de cometerse el homicidio, aquí se contemplaba algunas excepciones como que en determinado momento no fueran necesarios los alimentos para que subsistieran los que debían

percibirlos, cuando contrajeran matrimonio o cuando llegarán a la mayoría de edad los hijos varones.

Para la fijación de administración de alimentos el Juez tenía que tomar en consideración las posibles del responsable, así como las necesidades y circunstancias de las personas que debían recibirla.

Solamente se le podía declarar civilmente responsable de un hecho u omisión contrario a una ley penal cuando se probara que realmente lo causó por sí mismo o por medio de otro: se señalaba que el padre, la madre y los demás ascendientes por los descendientes que se hallara bajo su patria potestad, los tutores por los hechos u omisiones de los locos o menores que se hallaran bajo su autoridad y vivan con ellos, los maestros o directores de escuelas, o de talleres de artes u oficios que recibirían en sus establecimientos, el marido por su mujer cuando se probara dos cosas: que el marido tuviera previo conocimiento de que la misma había resuelto cometer el delito o que tuvo la posibilidad de evitarlo; eran las únicas personas responsables civilmente y no criminal, por hechos u omisiones.

Cuando existiera que varias personas eran responsables por el hecho u omisión contrarios a la ley penal todas y cada una de ellas estaban obligadas por el total del monto de la responsabilidad civil. y el demandante podia reclamarlas de todos mancomunadamente. o de quien más le conviniera.

Para hacer efectiva la responsabilidad civil se podia hacer con los bienes que en un momento dado tuviera el responsable hasta donde alcanzaran los mismos. y si no alcanzara y el reo ya hubiera terminado de compurgar su pena tendria que pagar las mensualidades hasta el total bajo el criterio del Juez.

La compensación era una de las formas de extinción de la responsabilidad civil. sólo a excepción de que la cosa usurpada se encuentre en poder del responsable. se le demandará la restitución de la misma.

CODIGO PENAL DE 1929.

Si a algunos pareció radical la reforma al Código de 1871. cristalizada en el que entró en vigor en el Distrito Federal en 1929. justo es reconocer que este nuevo Ordenamiento da un paso bien adelante.

Aquí ya no se habla de "responsabilidad Civil", sino ya se plasma en el Libro Segundo en relación a la "Reparación del Daño". es decir. la reparación del daño se contemplaba como toda sanción proveniente de un delito y consistente en la obligación que el responsable tenía de hacer:

- I.- La restitución:
- II.- La restauración. y
- III.- La indemnización.

En la restitución se contemplada de igual manera la devolución de la cosa. de sus frutos de acuerdo al Código Civil: asimismo la

restauración consistía en la obligación que tenía el responsable de restablecer la cosa al estado que tenía antes de que cometiera el delito, siempre y cuando fuera posible, etc. Ya no se hablaba directamente del pago de gastos judiciales, sino ya lo establecía dentro de la restauración, como la que el delincuente tenía que pagar por los gastos y honorarios o sueldos que se hubieran causado: reconociendo a su vez que los perjuicios podían ser materiales o no materiales, tales como los sufridos en su salud, su honor y reputación.

Se establecía que en los casos de rapto, estupro y violación, la mujer ofendida podía exigir la dote, a título de indemnización.

De igual manera cuando en la resolución de una sentencia definitiva se le absolviera al acusado, por haberse comprobado su inocencia, el mismo también tenía derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le causaron, no así, cuando se tratara de delincuentes reincidentes: la que en un momento dado cubría el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, siempre y cuando se demostrara que los jueces y funcionarios

judiciales no incurrieron en alguna responsabilidad; igual derecho tenia el procesado contra el ofendido, si la denuncia o queja resultare calumniosa.

Por otra parte mencionaba que la reparación del daño, proveniente del delito debía ser reclamada de oficio por el Ministerio Público, y se decidirá por el Juez en la sentencia; y cuando el ofendido renunciare a ella, esta pasaría automáticamente al Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social; por lo que si la hacian valer los herederos del ofendido por si o por medio de sus apoderados cesaba la obligación de exigir la reparación por parte del Ministerio Público, pero no su intervención.

El artículo 305, terminantemente se declaraba que: "sólo a las personas que sean responsables de algún delito, cualquiera que sea el grado de su responsabilidad, se les exigirá la reparación del daño", la cual será exigible de oficio por el propio Ministerio Público, por lo que al señalar dicho Código en los dos artículos siguientes, en donde se establecía obligación reparadora, por delitos ajenos, respecto a personas físicas y morales, pero se libran de la misma siempre y cuando se demostrara que no habian podido evitar el delito, entonces ya no les era exigible la misma en

via penal, sino se trataba de una mera responsabilidad civil, proveniente del delito; y que debería tramitarse por cuerda separada entre el ofendido y un tercero no penalmente responsable.

En términos generales el Código de 1929 introdujo una innovación, en cuanto al procedimiento para pedir la reparación del daño ocasionado por el delito, llamándose acción mixta cuando se establecía como ya se mencionó cuando habla de que el Ministerio Público era el indicado para entablar la acción de la reparación, cuando era exigible por los herederos del ofendido o éste, pudiendo por sí o por apoderado ejercitar las acciones correspondientes, cesando así la obligación del Ministerio Público, pero no su intervención, interpretándose en este sentido que el Ministerio Público, lo herederos o el ofendido eran coactores.

Asimismo el Código Penal de 1929 sentó que la reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente del delito, reconociendo de igual manera que los perjuicios podían ser materiales o no materiales, contemplando de igual manera la tabla de indemnizaciones.

CODIGO PENAL DE 1931.

El Código de 1931, vino a marcar el tercer aspecto bajo el cual ha sido considerada la reparación del daño en la Legislación Penal Mexicana.

Asimismo contemplaba como Sanción Pecuniaria la Reparación del Daño, comprendiendo no solamente el daño material, sino también el daño moral.

Por disposición legal, se establece que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, como lo dice claramente el artículo 25: la reparación del daño tendrá el carácter de pena pública cuando deba ser hecha por el delincuente, y cuando sea exigible por terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil, y se tramitará en forma de incidente, es decir la convierte en un objeto accesorio de la acción penal.

En el artículo 30 se establecía que la reparación del daño debía ser exigida de oficio por el Ministerio Público, en casos de que procediera, es decir, que existieran una afeción o un daño causado, factible de reparar.

El agregado de que fue objeto nuestro artículo 25, choca con lo establecido por el 30, pues en tanto que la regla del primero generaliza que la reparación cabe en TODOS los delitos, el citado 30 parece más razonable, ya que de él debe deducirse que así como hay reparación en casos en que se haya causado algún mal, otros casos habrá en que no haya lugar a la reparación.

La reparación comprendía: 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 y moral causado a la víctima o a su familia.

Se prescribió que la sanción reparadora será impuesta según el daño causado, pero atendiendo a la capacidad económica del obligado al

pago, es decir, la reparación debía ser íntegra, cualquiera que sea la situación económica del que la causó, porque de otro modo, equivaldría a reconocer que el delito puede representar una fuente lícita de recursos, para sus autores.

Se aludió que los delitos cometidos por imprudencia, se facultaba al Ejecutivo de la Unión a reglamentar o administrar la forma en que dicha reparación debía garantizarse, sin perjuicio de lo que en un momento dado decidiera la autoridad judicial.

De igual manera para que un Juez fijera la cuantía que debía corresponder por la reparación del daño, debía atender a las pruebas ofrecidas en el proceso, si en un momento dado la víctima renunciaba a la misma, esta pasaba automáticamente a favor del Estado.

Como la reparación del daño comprendía la indemnización material y moral, a sabiendas de que la naturaleza de esta especie de daños (los morales), hace que su reparación sea de índole peculiar, puesto que el honor y la reputación están fuera de comercio, y si se cotizan en dinero,

dejan de ser valores propiamente morales. porque si bien es cierto que en verdad no hay valorímetro para el daño moral, en dicho Código se plasmó que se estimara el daño moral como persecución económica.

Se preceptó que personas físicas y morales, tenían obligación subsidiaria, a título de responsabilidad civil, de reparar los daños penales, causados por otros.

Cuando varias personas cometieran el delito, se consideraba que la deuda de la reparación era como mancomunada y solidaria.

En el anterior Código de 1929, llamado Almaraz, la reparación del daño era exigible de oficio por el Ministerio Público, a partir del Código de 1931 se reclama de igual manera de oficio por el Ministerio Público y en una misma pieza de autos y de que el ofendido puede constituirse como coadyuvante.

Desde los tiempos en que los ofendidos por un delito creían poco digno aceptar dinero como una "compensación", y por la concurrencia de

muchas causas entre las que descuellan en muchos países la incapacidad técnica y económica de quienes pudieran exigir las indemnizaciones, así como la insolvencia de quienes debieran pagarlas. La doctrina y las legislaciones comenzaron a esforzarse por descubrir nuevos procedimientos y nuevos recursos para resolver ese mal, coincidiendo en fortalecer las actividades de los damnificados, para hacer efectivo su derecho, y aún aventurándose ya en terreno de legitimidad dudosa al tratar de hacer presión sobre los obligados, prolongando su prisión mientras no pagaran la reparación debida, aún cuando tuvieran derecho a la libertad. Así fue que se autorizó al Ministerio Público para representar al perjudicado, para pedir a tiempo las medidas aseguradoras que fueren pertinentes.

C A P I T U L O I I

GENERALIDADES DE LA REPARACION DEL DAÑO

2.1 REPARACION

Durante la vida social la conducta realizada por las personas a veces llega a proyectar daños sobre los intereses de los demás. Hay ocasiones en que tal daño o repercusión se manifiesta en pérdidas del patrimonio de las víctimas. Estos daños perjudiciales son los que turban en mayor grado la paz social, esperando la víctima que el causante del daño le indemnice sus pérdidas o daños.

Ya desde el Derecho Romano como se analizó en el capítulo anterior consideraban al delito como un causante de las obligaciones que en un momento dado causaba el responsable, es decir, el responsable de una conducta prevista en una ley, tenía la obligación de reparar el daño, como por ejemplo: "el furtum" y "la rapiña", etc.

Entendiéndose por delito, según el artículo 7º del Código Penal como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

De igual manera en el Código Francés se hacía la diferencia entre los delitos como aquellos en donde el responsable actuaba con dolo, y los cuasidelitos como aquellos en donde no se actuaba con dolo, sino con culpa o la imprudencia; actualmente nuestro Código Civil habla de los hechos ilícitos, estableciendo que el hecho ilícito es una fuente de las obligaciones y se debe entender según BEJARANO SANCHEZ como "toda conducta antijurídica, culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños, y que lo responsabiliza civilmente". (1)

Señalando el mismo autor antes citado que la responsabilidad civil "es aquella responsabilidad generada por el hecho ilícito la cual se traduce en la necesidad de reparar daños y perjuicios causados a otros". (2)

(1) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES, Edit. Harle, 3a. Ed. México, D.F. 1984. pág 231.

(2) Idem. pág. 222.

Como ya se ha mencionado la palabra reparación se ha contemplado en varias legislaciones dentro de nuestro Sistema. así por ejemplo: para Martínez de Castro la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el delito no sólo era de estricta justicia, sino hasta de conveniencia pública, ya que constituía a la represión de los delitos, para que esto estimulara eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos, es decir, si el mal no era reparado significaba un verdadero triunfo para el que lo causaba, gozando de esta manera algunos delincuentes de que dicha reparación no les fuera reclamada, pues faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación era natural que se retrajeran de hacer la acusación alguna y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hicieran perder su tiempo inútilmente.

Según la doctrina, el delito origina por lo general, además de la lesión al bien jurídicamente tutelado por la figura que describe la conducta punible, otra de índole patrimonial, es decir, un daño, y por lo tanto viene a ser una fuente de obligación, de índole extracontractual. Y de ahí que, para la mayoría de las legislaciones, como ya se estudió

anteriormente. la ejecución de un delito origine dos pretensiones (la punitiva y la reparadora. de las cuales nacen a su vez. dos acciones: la penal. cuyo ejercicio compete al Estado. y la civil. susceptible de ser ejercitada por el ofendido o por sus causahabientes). de ahí que en Nuestra Legislación Vigente imponga a las personas que incurrn en algún delito. una pena correspondiente por el delito IN GENERE. y otra por lo que hace a la reparación que deberá hacer efectiva. siempre y cuando haya causado daño por su conducta ilícita. ya que en ocasiones solamente se pone en peligro el bien jurídicamente protegido por la ley. como es en los casos de TENTATIVAS por cualquier delito. en donde solamente como ya se mencionó se pone en peligro el bien jurídicamente protegido. no causando daño alguno. debido a que por causas ajenas de la voluntad de los sujetos activos no se llega a consumir la conducta que tenían como fin. además de tratarse de delitos de resultado formal o de mera conducta.

El concepto de reparación es considerado por algunos autores como la acción de resarcir un daño o perjuicio ocasionado por otra persona. por esos hablan de resarcimiento en vez de reparación.

El Diccionario Porrúa de la Lengua Española define la palabra reparar de la siguiente manera: "reparar es componer, enmendar el menoscabo que ha perdido una cosa" (3)

El Diccionario Enciclopédico Abreviado define la reparación de la siguiente manera: "acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas". (4)

Asimismo el delito no solamente lesiona bienes jurídicos colectivos sino también intereses jurídicos individuales, y la pena con la imposición de un sufrimiento que se le impone al delincuente, a más de otros fines, a dar satisfacción al ofendido y a reparar el daño causado por el hecho punible.

(3) DICCIONARIO PORRUA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editoreal Porrúa S.A., México, 1981., 20a. Edición. Pág. 227.

(4) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ABREVIADO. Espasa-Calpe S.A., Madrid 1979. pág. 1508.

Existen varias doctrinas que explican la naturaleza jurídica de la reparación de los daños algunos consideran a la reparación como una igualdad a la pena, es decir, se establecía que la obligación de indemnizar los daños del delito, la restitución y la coerción directa para restablecer un determinado estado de cosas que corresponden a determinados deberes jurídicos, sirven para el mismo fin que las penas; de igual manera la identidad entre pena y resarcimiento fueron también defendidas por la escuela positivista, en donde establecía Ferrí que entre el resarcimiento y sanción represiva o pena no existía ninguna diferencia, que la obligación que tenía el delincuente de reparar el daño no solamente era una obligación de derecho privado sino también de derecho público, la cual debía ser función del Estado, así como también lo era la prevención y represión de los delitos; Garófalo decía que la reparación podía ser considerada como un sustitutivo legal, es decir, que en lugar de ser una consecuencia legal se transformara en una obligación a la cual el delincuente no pudiera sustraerse de ningún modo alguno.

De igual manera Eugenio CUELLO CALON establecía que la pena es "un sufrimiento impuesto al culpable por el delito cometido, y la reparación tiende a remediar el mal causado a su víctima". (5)

Entendiéndose de acuerdo a lo establecido por el autor antes mencionado que la pena es personal, es decir, que sólo es impuesta a aquella persona que participa en el hecho punible (autores, coautores, cómplices, encubridores, etc., según el artículo 13 del Código Penal), y la obligación de reparar e indemnizar recae sobre la persona que causo el daño y sobre los responsables civilmente o herederos del responsable.

En la actualidad la doctrina aceptada es aquella que considera a la pena y el resarcimiento de los daños como instituciones esencialmente diversas, de indole distinta, dotada cada una de ellas de caracteres propios y peculiares.

(5) CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL. Tomo I (Parte General). Edit. Bosch, Casa Editorial. S.A. 27a Ed. pág. 767.

Asimismo y respecto a la siguiente jurisprudencia que señala: que la reparación del daño, tiene el carácter de pena pública, y en tal testura, es innecesario que el Ministerio Público promueva el incidente relativo ya que sólo basta que la exija al mismo tiempo de solicitar la condena por el delito cometido. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, 8a época, tomo XII; es de mencionarse que tal y como lo señala el artículo 34 la reparación del daño tiene el carácter de pena pública cuando sea hecha por el delincuente.

En el Código de 1931 y actualmente vigente se contempla la reparación del daño dentro del capítulo V. como una sanción pecuniaria, entendiéndose a su vez por sanción pecuniaria según VELA TREVIÑO como aquella "que proviene del latín pecuniarus. que significa concerniente y relativo al dinero efectivo". (6)

(6) VELA TREVIÑO, Sergio. LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL. 1a Edición. Editoreal Trillas. México 1983. pág. 498.

La reparación no está sujeta a transacciones o convenios entre ofendidos y responsables. Será fijada por el Juez, atendiendo a la capacidad económica del obligado a pagarla con el monto de los daños, motivando y razonando dicha condena, según el artículo 31 del Código Penal.

La reparación es renunciable por el ofendido, pero la renuncia no libera al responsable, produce el único efecto de que su importe se aplique al Estado (artículo 35 párrafo tercero). La renuncia a la reparación del daño debe ser hecha por el ofendido o su legítimo representante y constar fehacientemente en autos mediante la correspondiente declaración o escrito ratificado judicialmente, no requiere estar circunstancialmente fundada, bastando la explícita y categórica manifestación del caso.

La muerte del delincuente, extintora de la acción penal y de las sanciones, no lo es de la obligación de reparar el daño.

El juzgador podrá fijar los plazos para el pago de la reparación, los que en su conjunto no podrán exceder de un año, pudiendo exigir garantía si lo considera conveniente.

2.2 ETIMOLOGIA

Etimológicamente la palabra reparación proviene del latín "reparatio", que significa acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechos o deteriorados". Desagravio, satisfacción completa de una ofensa, injuria o daño. Componer o corregir una cosa.

2.3 DAÑO

El concepto de daño está relacionado en todas las legislaciones con el de perjuicio, el cual consiste en todo daño, deterioro, destrucción, mal, sufrimiento, que provoca una pérdida patrimonial.

La responsabilidad civil-obligación de indemnizar daños y perjuicios puede derivar de fuentes contractuales, de una declaración unilateral de voluntad, de figuras autónomas (enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios) o de un hecho ilícito o de un delito, etc.

Asimismo el artículo 2108 del Código civil precisa que: "se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación.

Todo hecho ilícito del hombre que cause a otro un daño, impone una obligación para la persona que lo causa, ya que de acuerdo al Código Penal vigente, dicha obligación consistirá en reparar el daño causado, ya sea que se haya causado con dolo o mediante culpa, el activo del delito o de la conducta reprochada por la ley tiene como una sanción pecuniaria la de reparar el daño de acuerdo al artículo 29 del Código Punitivo, aparte de la sanción que le corresponda por el delito cometido.

Para BEJARANO SANCHEZ, Manuel el daño es "la pérdida o menoscabo de bienes que están ya en poder de la víctima, y se distingue del perjuicio, que es la privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso". (7)

En materia penal se entiende por daño el detrimento causado dolosamente en cosa ajena o en cosa propia, en este caso, siempre que se configure perjuicio a un tercero.

Para Salvador Ochoa, el daño es "toda lesión, disminución, menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico". (8).

(7) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES. 3a Edición. Editoreal Harla, México, D.F. 1984. pág. 246.

(8) OLVERA OCHOA, Salvador. LA DEMANDA POR DAÑO MORAL. Editoreal Mundonuevo, 1a Edición, México D.F. 1991. pág. 1.

2.4 ETIMOLOGIA

Del latín, *damnum*, daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien.

Dañar: Causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor, etc., maltratar, echar a perder, pervertir, condenar, sentenciar, dañar al prójimo en la honra.

2.5 CONCEPTO DE REPARACION DEL DAÑO

El Diccionario Jurídico Mexicano define la reparación del daño como: "una pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al

delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito". (9)

Este concepto se encuentra contemplado actualmente en el artículo 29 del Código Penal vigente, ya que dicho artículo considera a la reparación del daño como una sanción pecuniaria aparte de la multa, entendiéndose como pena pecuniaria según Rafael de Pina como: "aquella que se hace efectiva sobre el patrimonio del condenado, representando una disminución del mismo". (10)

De igual manera nuestro Código Penal vigente establece que la reparación del daño tendrá el carácter de pena pública cuando sea hecha por el delincuente en donde el Ministerio Público la exigirá de oficio, y cuando sea exigible por terceras personas tendrá el carácter de responsabilidad

(9) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Editoréal Porrúa, Octava Edición, México 1995. (P-Z).

(10). Idem. pág. 246.

civil y la cual se tramitará en vía de incidente (artículo 34 párrafo tercero), de igual manera las personas que tengan derecho a la reparación del daño la podrán hacer efectiva, no sin antes y como lo establece el Código Punitivo, debe existir un escrito en donde las personas ofendidas, derechohabientes, etc., se personalicen como coadyuvantes del representante social, para que puedan aportar las pruebas suficientes para una determinada cuantificación o indemnización, a criterio del Juez, que es el único facultado para fijar la reparación, según el artículo 31 del mismo ordenamiento, valorando las pruebas obtenidas durante el proceso.

Para Colin Sánchez, Guillermo, la reparación del daño "es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes, jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal" (11); asimismo explica que es un derecho

(11). COLIN SANCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Edit. Porrúa, 14a. Ed. México 1993. pág. 668.

subjetivo porque es la voluntad individual el factor primordial para hacer efectiva la reparación del daño no solamente del ofendido, sino de sus herederos o las personas que lleguen a acreditar en un momento dado el derecho, como en los casos de los delitos de homicidio.

En términos generales la reparación del daño consiste en reparar o resarcir los daños ocasionados a otra persona, ya sea dejando las cosas en el lugar en que se encontraban al momento de causar el daño, es decir, dejándolas en el estado en que se encontraban al producirse el deterioro o bien cuando sea imposible dejarlas en tal estado va a ser necesario indemnizar a la víctima a través de un equivalente consistente en una cantidad de dinero que garantice el daño causado: cuando el daño se cause personalmente a la víctima, la indemnización se hará de acuerdo a la tabulación que establece la Ley Federal de Trabajo para los diversos casos de muerte o incapacidad total, parcial o temporal.

De acuerdo con el artículo 113 del Código Penal la reparación del daño prescribirá en un término de un año, ya que el mismo artículo antes mencionado señala "que la pena de multa prescribirá en un año", por lo tanto si la sanción pecuniaria reconoce dos figuras según el artículo 29 del mismo ordenamiento: la multa y la reparación del daño causado; en consecuencia tanto la multa como la reparación del daño prescribirán en un año contados a partir de la fecha en que la sentencia cause ejecutoria, entendiéndose por está cuando ya no existe recurso que interponer, es decir, cuando ya se agotaron todas las instancias que la Ley Penal señala, debiendosele notificar a la parte ofendida de que el fallo ha causado ejecutoria, porque en tanto no se le notifique la prescripción no podrá operar, ya que es necesario para que pueda ejercitar la reparación del daño a su favor.

Asimismo la prescripción de la reparación del daño no operará cuando el ofendido o la persona a cuyo favor se ha decretado dicha reparación haga promociones ante la autoridad fiscal o cuando llegue a iniciar juicio ante la autoridad civil, usando como base la sentencia condenatoria dictada por la Autoridad Penal, ya que no se trata de pena

pública, es decir, que no es reclamada al delincuente, sino de responsabilidad civil, exigible a una persona distinta del inculpado, la cual prescribirá en dos años, siempre y cuando se reclame la reparación del daño moral contados a partir del día en que se causó el daño en base al artículo 1934 del Código Civil del Distrito Federal, dejando una laguna el Legislador, ya que no señala en que término prescribirá la reparación del daño material, solamente alude la reparación del daño moral, y por lo que respecta a la prescripción en materia penal, como ya se mencionó esta no podrá aplicarse en vía civil, sino solamente cuando se exija al delincuente, debiéndose hacer incepte en cuanto a esta situación, ya que es necesario que se establezca un término para que prescriba la reparación del daño material.

La reparación del daño es preferente, y debe ir, junto con la multa, cubrirse antes que cualquiera de las otras obligaciones personales contraídas con posterioridad al delito.

Existen delitos en los que no solamente es un sujeto activo el que comete la conducta delictiva, sino que hay casos en los que intervienen dos o más sujetos activos los que la cometen, y en tal

circunstancia según el artículo 36 del Código Penal la reparación del daño deberá hacerse solidaria y mancomunadamente, puesto que si todos realizaron el ilícito, no es posible condenar al acusado al pago sólo de una parte del total de la cantidad de que se apoderaron.

La reparación del daño, según el artículo 30 comprende:

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

II.- La indemnización del daño material y moral 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.

La reparación del daño debe contraerse exclusivamente a reparar los daños causados y no ser una fuente de utilidad o de ingresos para el ofendido.

Asimismo en toda sentencia el juez 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.

Por último en toda sentencia cuando se le condene al sujeto activo a la reparación del daño, la misma se mandará hacer efectiva, en la misma forma que la multa, una vez que la sentencia haya causado ejecutoria, debiendo el Tribunal que la haya pronunciando remitir copia certificada a la autoridad fiscal, la cual dentro del término de tres días siguientes a su recepción, inicie el procedimiento económico coactivo, notificandole a la persona a cuyo favor se decretó, ello en términos del artículo 37 del Código Penal.

2.4 TIPOS DE DAÑO

Como ya se ha mencionado anteriormente, todo delito va a tener como consecuencia una sanción accesoria consistente en reparar el daño

causado por haber infringido una conducta contraria a derecho, asimismo dentro de las diversas legislaciones se ha establecido que existen dos tipos de daño, como son:

a).- El Daño Material: y

b).- El Daño Moral.

a).- En cuanto hace al primero de los señalados muchos autores han discutido de que es incorrecto hablar de daño material si se le usa en contraposición al daño moral; asimismo se dice que es conveniente hablar de daño pecuniario o económico, en lugar de daño material, contraponiéndolo a un daño no pecuniario o moral.

Entendiéndose por Daño Material, según GUTIERREZ Y GONZALEZ, como aquél "que cae bajo el dominio de los sentidos, es decir, el que se puede tocar o ver". (12)

(12) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Edit. Porrúa. 8a. Ed. México, D.F. 1991. pág 682.

Asimismo de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 del Código Penal, la reparación del daño ya sea material o moral será fijada por los Jueces, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, es decir, de acuerdo a las pruebas ofrecidas por las partes, como por ejemplo en un momento dado puede ser la prueba pericial en la cual se debe acreditar el daño y su cuantificación pecuniaria, así como los dictámenes de valuación. Y es al Juez a quien corresponde valorar dicha prueba pericial y resolver sobre la obligación del pago por parte del delincuente según el caso y las circunstancias económicas del mismo y del ofendido, a fin de que la indemnización sea equitativa.

Asimismo Rojina Villegas señala que el daño material es "todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho" (13).

(13) ROJINA VILLEGAS, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES), Tomo III, 4a Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1973, pág. 297.

Es decir, la reparación del daño material consiste en el restablecimiento del statu quo ante, es decir, el restablecimiento que tenía la cosa al momento de suceder el evento delictivo, y si no fuera posible, el pago del precio de la misma; y el resarcimiento de los perjuicios, es decir, el pago de los daños morales.

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.

Por otra parte, es necesario señalar que el juzgador al momento de determinar el posible daño material, se basa obviamente en las pruebas aportadas en el proceso, las cuales cuantifica para determinar si es procedente o no condenar a dicha reparación, tomando en consideración los elementos de prueba que aparecen desde indagatoria (por ejemplo los dictámenes oficiales, los de contabilidad, de valuación, etc.), pero existen otras circunstancias que se dan dentro del proceso en sí (por ejemplo, en caso de homicidio culposo, que los familiares de la víctima o sea ofendidos

en ese momento de dicho ilícito, en muchas ocasiones aportan documentales de gastos de inhumación), y el juzgador las valora previa ratificación de las mismas para realizar el monto total de la reparación del daño material según las que procedan, si en un momento dado no se llegare a ratificar dicha documentación presentada por los familiares del occiso nuestra Ley Penal no los considera válidos, ya que como se manifestó anteriormente es necesario que la persona que los suscribió se presente a la autoridad judicial a ratificarlos.

El artículo 1915 del Código Civil se refiere al "restablecimiento de la situación anterior al daño", la cuantificación del daño resulta de la comparación entre la situación anterior del delito y la resultante de el, por lo que el daño material representa la cuantificación pecuniaria de la diferencia entre ambas situaciones, diferencia que debe probarse en autos.

Por otra parte en el daño material, es obvio que la violación recae sobre un bien de naturaleza patrimonial.

b).- El antecedente más remoto del daño moral lo fue la injuria, en el Derecho Romano, y la cual era entendida como la lesión física infringida a una persona libre o esclava, o cualquier otro hecho que significare un ultraje u ofensa. asimismo el edicto del pretor permitió a la persona injuriada perseguir una reparación pecuniaria que podía estimarse por sí misma, y más tarde la Ley Cornelia dispuso que el damnificado debía elegir entre entablar una demanda para obtener una reparación privada, y la acción penal, en el primer caso la suma de dinero era para el injuriado, en tanto que en el segundo, el dinero era para el erario, es decir, existían dos acciones de tipo privado, y que eran como ya se mencionó la Ley Cornelia y la estimatoria del Edicto Pretor. La acción concedida por la Ley Cornelia era una acción perpetua, y su titular era sólo la persona que había sido víctima del hecho injurioso, en tanto que la acción nacida del edicto del pretor, podía también corresponder a las personas que se encontraban bajo su poder o protección, e incluso, se entablaba acción ante los tribunales por el ultraje que se hiciera a la memoria del difunto.

En el Código Civil de 1870 no hablaba de daño moral. la única cita que en materia de daños hacía, era la relativa al daño patrimonial en sus siguientes artículos:

Art. 1580.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación":

En el Código Civil de 1884. éste seguía sustancialmente las ideas en materia de agravios del Código de 1879. y ambos jamás contemplaron el agravio extrapatrimonial. y por último el Código Civil de 1928. en la primera época se contempla por primera vez. un artículo genérico que regula la reparación del daño causado a bienes de naturaleza extrapatrimonial en el artículo 1916. en donde la reparación ordenada a título de indemnización moral no era autónoma sino que se encontraba supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de un daño de naturaleza patrimonial. siendo reformado el artículo antes señalado en diciembre de 1982. en donde ya se establecía de una manera autónoma la reparación del daño moral de cualquier

otro tipo de responsabilidad civil o penal que no sea la derivada del daño material.

Para Gutiérrez y González el daño moral es "el dolor cierto y actual sufrimiento por una persona física, o el desprestigio de una persona, física o social, colectiva, en su Derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o no ilícito y que la ley considere para responsabilizar a su autor o bien el que afecta el dominio inmaterial, invisible, al fuero interno del sujeto dañado" (14).

El problema del daño moral es tan antiguo como la familia misma. El sentimiento del honor, el de amor a los familiares, etc., los ha tenido el ser humano desde siempre, y por ello los juristas de la antigüedad ya se planteaban el problema de saber éste daño, no pecuniario, era susceptible de repararse y en que forma.

(14) Idem. pág.

Rojina Villegas, señala que el daño moral "es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afecciones". (15)

El Código Civil de 1928, en su artículo 1916 define al daño moral como 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 todos los demás.

Ahora bien por lo que hace al artículo antes mencionado, muchos autores afirman que no es posible, y en consecuencia no se puede condenar a nadie e indemnizar a título de reparación moral, basándose en que por la naturaleza inmaterial de los derechos de la personalidad, es imposible su traducción en dinero, con lo que podemos apreciar que los

(15) ROJINA VILLEGAS, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES), Tomo III, 4a Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1973, pág. 297.

estudios del agravio moral como lo son la vida, honor, sentimientos, decoro, afectos, etc., en ningún momento podrán comerciarse jurídicamente. Ya que la suma de dinero entregada para resarcir el daño, no se traduce en que perfecta o aproximadamente se valde el bien lesionado, sino que dicho dinero se entrega por equivalente del dolor moral sufrido, porque nunca el agravio sufrido en nuestro honor o nuestras creencias será borrado completamente, no volverán las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero, pero esto no es fundamento para que el sujeto causante de la lesión quede impune.

Partiendo del hecho y como lo ha sustentado nuestro Máximo Tribunal en la siguiente tesis jurisprudencial y respecto al daño moral y que a la letra dice:

Por daño moral se entiende el perjuicio que resulta a una persona en su honor, en su reputación, en su tranquilidad personal o en la integridad espiritual de su vida. Los daños morales son aquellos sufrimientos que no son de orden físico, penas subjetivas de carácter íntimo, que 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, es decir, que cuando existe una lesión sobre bienes

de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, al daño causado se le llama daño moral.

Según Cuello Calón los daños morales se pueden distinguir en dos clases: "aquellos daños morales, como el descrédito que disminuye los negocios, los disgustos que debilitan la actividad personal y aminoran la capacidad para obtener riquezas, es decir, daños morales que causan una perturbación de carácter económico cuya evaluación más o menos aproximada es posible, en los cuales se tendría entonces su fundamento no en el daño moral, sino en las perjudiciales consecuencias patrimoniales en que se concreta; y aquellos que se producen a consecuencia del delito, los cuales se limitan al dolor, a la angustia, a la tristeza, sin que la aflicción moral tenga repercusión alguna de carácter económico y es donde se presenta la verdadera dificultad" (16).

(16) CUELLO CALON, Eugenio. DERECHO PENAL, Tomo II. Edit. Porrúa, pág 172.

El agravio moral, por su naturaleza es personalísimo, porque sólo el agraviado es el único capaz de revelar la existencia y magnitud de la ofensa y, por ende, no admite representación.

Para traducir o cuantificar el daño moral ha sido un gran problema en nuestra legislación, ya que todos los delitos, independientemente de los daños materiales, traen aparejada una lesión psíquica para quienes resultan afectados.

La definición legal, también identifica como daño moral la afectación que una persona sufre en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Al igual que el daño material en el daño moral deben existir pruebas suficientes para que proceda el pago de la reparación de dicho daño, ya que en ocasiones existen delitos: por ejemplo en el de violación en los cuales no es posible cuantificar el daño moral o en los cuales el Ministerio Público como representante o la persona ofendida que puede coadyuvar con el

mismo no las presentan, además de encontrarnos ante la presencia de un delito formal o de mera conducta, siendo oportuno señalar la siguiente jurisprudencia:

Jurisp.- 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 quiénes 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.

Desprendiéndose que dentro del proceso penal el encargado de solicitar el pago de la reparación lo es el Ministerio Público, quien se basará como ya se mencionó en las pruebas obtenidas en dicho proceso, por lo que tales pruebas aportadas por el ofendido del delito y en otros casos por los familiares o las personas que tengan derecho a la reparación del daño. Como lo tutela el artículo 34 del Código Punitivo en cita, al señalar que: "...la reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al

Ministerio Público o al juez en su caso. los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación. en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales...".

El momento preciso cuando la Representación Social solicita la reparación del daño. ya sea Material o Moral, inclusive una posible indemnización por dicho daño. apreciamos que lo realiza al momento en que formula sus respectivas conclusiones. obligando al juzgador a entrar al estudio correspondiente de dicha reparación. y es únicamente el órgano jurisdiccional quien determina el monto del daño que se deba reparar en base a las pruebas ofrecidas en el proceso.

Asimismo tenemos por otra parte. cuando se le solicita a dicho juzgador la condena a la reparación del daño moral. apreciamos que dicha reparación es más difícil. tanto para acreditarla. como para cuantificarla.

Luego entonces. para que el juzgador pueda determinar la cuantía de la reparación del daño moral. debe supletoriamente basarse en lo

que señala el artículo 1916 del Código Civil y en base a ello cuantificar dicha reparación moral que deba hacerse a la persona ofendida que corresponda. inclusive el artículo antes citado es promovido fehacientemente por el Ministerio Público.

Asimismo el artículo 35 del Código Penal en su párrafo tercero. menciona que los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pego preventivo a la reparación del daño cuando el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Observándose de esta manera. que para hacer efectiva la reparación del daño a que alude el párrafo del artículo antes citado. podrá hacerse efectiva en la misma forma que la multa. desprendiéndose que el ofendido en cuyo favor se ha decretado dicha reparación. se le da una nueva opción. de que sea la autoridad fiscal competente quién inicie el procedimiento económico coactivo (artículo 37 del Código Penal). claro está. dejándolo a salvo el derecho del ofendido de promover la reparación del daño ante la vía respectiva que bien pudiera ser en materia civil. para exigir dicha reparación.

Por otra parte existen tres corrientes concernientes al tratamiento de los daños morales como son:

a).- La que niega la posibilidad de resarcir el daño moral, pues, si la reparación significa la restauración de la situación que prevalecía antes del daño sufrido, el daño moral nunca podrá ser reparado en vista de la imposibilidad de borrar sus efectos.

b).- La corriente que asegura que el daño moral es resarcible siempre y cuando coexista con un daño de tipo económico; supuesto, según el cual, la reparación será proporcional al daño económico resentido.

c).- La que afirma que el daño moral es resarcible con independencia de todo daño económico.

Asimismo el artículo 1916 del Código Civil vigente en su último párrafo señala en su párrafo final que: 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.

C A P I T U L O

XIII

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA REPARACION DEL DAÑO

3.1 SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A LA REPARACION DEL DAÑO

La reparación del daño es una sanción pecuniaria establecida en el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, y que tiene como finalidad la restitución, y si no fuere posible, el pago del precio de la cosa obtenida por el delito, la indemnización del daño material y moral, así como de los perjuicios causados a la víctima o sujeto pasivo del delito, susceptible de cuantificación, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, por lo que el pago de dicha pena debe ser impuesta en favor de las siguientes personas, de acuerdo al artículo 30 bis, en el siguiente orden:

- a).- El ofendido;
- b).- En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina; y
- c).- Los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

a).- La persona ofendida es el titular del bien jurídico afectado por el delito, quien tiene el derecho de percibir la reparación del daño causado.

Vela Treviño, considera que la persona con derecho a la reparación del daño es: "el damnificado, o sea la persona titular del derecho o bien jurídico inmediatamente lesionado por el acto ilícito" (1).

Debe entenderse como persona ofendida aquella que fue afectada por el delito, por el sujeto activo, y el cual está interesado en la reparación del daño, a su patrimonio, del daño que en el causó el delito: así como en la aplicación de la pena correspondiente, es decir, en la determinación de los presupuestos de la pena pecuniaria, de la responsabilidad y culpabilidad, porque sin estos presupuestos no puede imponerse pena alguna, ni a condenación alguna de la reparación del daño.

(1) VELA TREVIÑO, Sergio. LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL. 1a Edición. Editorial Trillas, México 1983, pág. 507.

Pallares manifiesta que se entiende por coadyuvante "como aquella persona que interviene en un juicio para ayudar a alguna de las partes" (2).

El ofendido por el delito está considerado por la doctrina como un sujeto procesal accesorio dentro del proceso penal. Pero además es parte en el proceso, ya que siguiendo la definición de Florian, deduce una relación de derecho sustantivo en el proceso.

Para decidir si el ofendido es o no parte se necesita, ante todo, precisar que se entiende por "parte". Entendiéndose por "parte" el que tiene derecho a promover pruebas y a que se le reciban; el que tiene asimismo el derecho de interponer recursos y a que se tramiten.

(2) PALLARES, Eduardo. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 20a Edición. Editorial Porrúa, México 1991. pág.

En consecuencia, si dentro del proceso hay alguien que promueve pruebas y el Juez las decreta y promueve recursos y la Autoridad Judicial los tramita, a ese puede considerarse como "parte" en el proceso: pero desde el punto de vista jurídico, el que tiene derecho a la reparación del daño causado por el delito es el ofendido y es lógico que para probar su derecho tenga él que rendir pruebas que permitan fijar la naturaleza y monto de la reparación del daño.

Si se concediera al ofendido por el delito la facultad de presentar pruebas y tuviera la Autoridad Judicial la obligación de admitirlas sobre la comprobación de delito y de la reparación técnicamente sería poner en manos del particular la función del Ministerio Público, en cuanto que el ejercicio de su acción penal comprende en el periodo persecutorio tal facultad, por lo tanto si el ejercicio de la acción penal comprende dos periodos: el persecutorio y el acusatorio, el primero tiene por objeto el que el Ministerio Público persiga la comprobación de todos y cada uno de los elementos del tipo penal y si en un momento dado se le llegare a conceder al particular la facultad de que llene el presupuesto de

la reparación del daño. resulta que no lo puede hacer, sino en ejercicio de una acción que produzca precisamente la comprobación de los elementos que acrediten la misma, es decir, que si se dejara en un determinado momento que el ofendido ofrezca pruebas y el juez tenga que admitirlas es colocar el ejercicio de la acción penal, en su período persecutorio, en manos del particular.

En conclusión el ofendido no puede ser considerado como parte con todos los atributos, facultades y derechos que aquella tiene. Es decir, no puede promover directamente pruebas, ni interponer recursos porque si se le concede esa facultad es tanto como concederle el ejercicio de la acción penal en su período persecutorio.

Desde el momento en que el ofendido por el delito manifiesta su interés en la reparación y que tiene derecho a ella, queda sujeto al proceso. Desde ese momento se encuentran el Ministerio Público, y el mismo Juez, en condiciones de hacer que el ofendido proporcione todos los elementos ya se refieran a la reparación del daño o a la comprobación del tipo penal, pero el hecho de que aporte elementos para dicha comprobación no

lo considera como parte. A quien le toca probar si en efecto los datos que proporciona el ofendido son o no verdad, es al Ministerio Público o al Juez en su caso.

En consecuencia debe entenderse el término "parte ofendida", como persona que fue afectada por el delito, pero no como parte que tenga derecho a promover pruebas e interponer recursos en el proceso.

El artículo 9º del Código de Procedimientos Penales menciona: que el ofendido por un delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público o del Juez todos los datos que conduzcan a justificar la reparación del daño, por lo que no puede interpretarse dicho artículo 9º, en el sentido de que otorgue derechos al ofendido para que la Autoridad Judicial y el Ministerio Público practiquen las diligencias que como prueba aquél ofrezca.

Asimismo el artículo 417 en su fracción III del mismo ordenamiento antes citado menciona que el ofendido o sus legítimos representantes tienen derecho a apelar siempre y cuando coadyuven en la acción reparadora, y como el titular del ejercicio de la acción reparadora

es el Ministerio Público, resulta que está condicionado el derecho de apelar del ofendido a la acción penal del Ministerio Público, de ahí que el ofendido tenga que coadyuvar con el Ministerio Público y que durante el proceso tenga que acreditar dicha coadyuvancia, asimismo el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, menciona que: "la víctima o el ofendido tendrán derecho a: fracción II a Coadyuvar con el Ministerio Público... así como proporcionar a éste de todos los datos o elementos de prueba con que cuenten para la procedencia y monto de la reparación del daño.

Con dicho carácter de coadyuvante, el ofendido por el delito puede: como ya se mencionó poner a disposición del Ministerio Público, todos los datos que conduzcan a justificar la reparación del daño; a comparecer él o su representante, en las audiencias y alegar lo que a su derecho convenga, etc.

La inexistencia del coadyuvante del representante social, en el reclamo del concepto de reparación del daño, de ninguna forma exime al sentenciado de cumplir con la pena pecuniaria decretada.

Franco Sodi ha criticado severamente que al ofendido se le estime como un nadie en el proceso penal; estableciendo el mismo autor que el ofendido tiene el carácter de parte cuando se constituya como coadyuvante del Ministerio Público para exigir la reparación del daño.

Piña y Palacios considera que el ofendido no es parte en el proceso penal, manifestando que parte es aquella persona que tiene derecho a promover pruebas y a que se le reciban, y a interponer recursos y a que se tramiten, es decir, que todas las actividades que desempeñe el ofendido están condicionadas a las del Ministerio Público y a la facultad instructora del Juez.

Asimismo Piña considera que la facultad que concede el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es la simple manifestación del interés que tiene en la reparación del daño y del derecho del ofendido que tiene en ella, es decir, que establece una actuación indirecta del ofendido a través del Ministerio Público.

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

79

Por otra parte a pesar de todas las criticas a que he hecho referencia, nuestra legislación de amparo no deja olvidado por completo al ofendido por el delito, y reconoce la importancia que realmente tiene y debe tener, estableciendo en su artículo 5° fracción III como partes en el juicio las siguientes personas:

- a).- como agraviados, y
- b).- como terceros perjudicados.

Como agraviados, solamente podrán promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, y contra actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectados a la reparación o responsabilidad civil.

En conclusión cuando el ofendido tenga el carácter de coadyuvante puede:

a).- Poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor los datos que conduzcan a justificar la reparación del daño;

b).- Apelar las resoluciones judiciales que sean apelables, cuando coadyuve en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta (artículo 417 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) .

Los menores de edad capaces de expresarse pueden constituirse en coadyuvantes del Ministerio Público, sin necesidad de que intervengan sus representantes legales.

Por las causas ya apuntadas, concluimos que es necesario darle al ofendido una mayor facilidad para defender sus intereses patrimoniales, permitiendo su intervención directa, como parte sustantiva que es en el proceso. Bien estará que se le permita al ofendido coadyuvar con el Ministerio Público y los demás interesados o sus herederos, para una mejor cristalización de sus derechos.

Como el ofendido por el delito, lo mismo puede ser una persona física o moral. tratándose de ésta, hay que comprobar también la personalidad de quién, a nombre de la sociedad o persona moral ofendida, actúe, es decir, es indispensable que se perciba claramente, que sólo actúa una persona física porque es materialmente imposible que una persona moral, estando constituida por un conjunto de personas físicas, ejecuten todas estas movimientos uniformes, es por ello que, tiene que valerse de un instrumento para actuar: ese instrumento es una persona física, precisando que ese, instrumento sólo es ejecutor de los actos de la persona moral para que quede comprobada su personalidad, asimismo la persona moral al otorgar dichas facultades a la persona física deberá hacerlo mediante un poder notarial o documento que conste su personalidad.

Asimismo el artículo 30 bis establece que aparte del ofendido, tienen derecho a la reparación del daño en caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubino o concubina y los hijos menores de edad.

Entendiéndose por cónyuge como cada una de las personas que integran el matrimonio, es decir, el cónyuge superviviente es aquella persona que sobrevive en relación al otro, el consorte que enviuda con diversos derechos y obligaciones por ello, entre ellos como ya se mencionó el derecho a reclamar la reparación del daño o a la misma.

De igual manera el artículo antes mencionado señala que también tienen derecho a la reparación el concubino o concubina, observándose que concubino (a), es aquella persona que vive o cohabita con un hombre o mujer según sea el caso como si fuera su marido; por otra parte también menciona que los hijos menores de edad también tienen derecho a dicha reparación del daño, entendiéndose por menores de edad aquellas personas que aún no han cumplido 18 años de acuerdo a lo que establece nuestra Constitución Mexicana de los Estados Unidos en el artículo 34 fracción I, asimismo el artículo 646 del Código Civil señala que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos.

Por último establece que a falta de los antes mencionados los demás descendientes y ascendientes que dependieran de él en caso de que falleciera como se da en los casos del delito de homicidio, en donde el titular del derecho, no puede ser quien resintió la afectación del bien jurídico, porque juntos bien y persona se extinguieron, ya que al afectarse la vida fallece el titular del derecho en éstos casos la reparación corresponde a quien acredite ser la persona que legalmente corresponda.

3.2 SUJETOS OBLIGADOS A LA REPARACION DEL DAÑO.

El artículo 32 del Código Penal señala que los obligados a reparar el daño en términos del artículo 29 son:

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

Dentro de este inciso se comprende principalmente a los padres, que son los que ejercen la patria potestad sobre los menores, quiénes en todo caso tendrán que responder por lo delitos que causen, y a los cuales la ley los considera como sujetos inimputables, en virtud de que la persona que esta bajo su patria potestad no cuenta con capacidad de ejercicio para ello, es decir.

Por ejemplo: cuando el hijo comete algún delito y se encuentre bajo la patria potestad del padre o de la madre, éstos responderan en un momento dado por la reparación del daño, y en caso de que no existan ambos el abuelo o abuela paternos o maternos.

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

III.- Los directores de internados o talleres, que reciben en su establecimiento discipulos o aprendices menores de 16 años por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos:

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 sus servicios:

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

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

Entendiéndose por delito doloso aquél que es cometido por una persona, que conoce el carácter ilícito de su actuar, es decir, que aún conociendo que su conducta es antijurídica o contraria a la ley quiere el resultado, y como delito culposo aquel que es cometido por negligencia es una falta de actuar o imprudencia es un exceso en el actuar.

Como ya se mencionó en el artículo antes transcrito cuáles son las personas obligadas a la reparación del daño, desde mi punto de vista la persona que principalmente tiene obligación de reparar el daño lo será directamente el sujeto activo del delito, es decir, el delincuente que causa un daño, la cual hará dejando las cosas en el estado en que se encontraban las mismas al momento de producirse el menoscabo, cuando esto sea imposible entonces pagará el precio de la cosa y además indemnizará por los daños y perjuicios, y la reparación del daño material y moral en caso de que sea procedente, esto con el objeto de lograr una real reparación del daño y lograr que las víctimas del delito queden satisfechas en parte o totalmente con dicha reparación.

La reparación del daño exigible a persona distinta del inculpado, consiste como su nombre lo indica, en pedir la reparación del daño, no al sujeto activo del delito, sino a alguna de las personas que señala el artículo antes transcrito.

Los terceros también están obligados a reparar el daño por los perjuicios ocasionados por las personas que estén bajo su tutela, sus dependientes, etc., siempre y cuando el delito se cometa en el desempeño de sus funciones cuando se trate de dependientes o empleados, por lo que responderán civilmente de los daños causados por dichas personas.

La reparación que se exige a terceros deberá comprender de igual manera:

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

II.- La indemnización del daño material y moral en su caso, y de los daños y perjuicios ocasionados: y

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

La ley mexicana, al referirse al tercero obligado no pretende significar, en ninguna forma, que se trate de cualquier persona extraña al procesado, sino más bien a aquellos sujetos que, por determinados hechos o

circunstancia tuvieren o sigan manteniendo una vinculación directa o inmediata con el sujeto activo.

Etimológicamente tercero proviene del latín "tertiarios, que significa el que media entre dos o más personas para el ajuste o ejecución de una cosa buena o mala" (3).

Asimismo el Diccionario de la Real Academia Española menciona que tercero es "el que media para zanjar una desavenencia y especialmente el que se nombre para que decida en discordia de sus dictámenes, uniéndose a ella o desechando diversa sentencia o informa" (4).

(3) Enciclopedia Salvat Diccionario. Tomo 12. Editorial Salvat. México 1983. pág 3149.

(4) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Edit. Esparsa Calpe, S.A., Madrid 1970. pág 1256.

En general comprendemos por tercero a la persona que no interviene en un acto jurídico ni está representado en el por quienes lo celebran, lo concebimos como un individuo que es ajeno a la naturaleza o condición del procesado, pero quien sin embargo se ve involucrado directamente en el proceso cuando se ha cometido un delito, ya que es a él precisamente a quien se le va a exigir el pago de la reparación del daño en favor del ofendido, cuando se le ha causado a éste un daño o perjuicio en sus propiedades o en su persona directamente, mismo que es causado por el delincuente y que penalmente resulta responsable o de ser inimputable, ya sea por ser menor de edad o incapacitado, o bien, por encontrarse en un estado de dependencia y cometer el delito en el desempeño de sus funciones o servicios, motivo por el cual los terceros van a responder por dicha reparación por los daños que se causen.

El artículo antes descrito nos enuncia de una forma clara quienes son los terceros obligados a los cuales se les exigirá la reparación del daño, aún cuando no sean ellos los directamente responsables del delito, y a los cuales las personas que tienen derecho a la misma pueden demandar

civilmente o dentro del juicio penal. por los delitos cometidos por menores de edad que tengan bajo su patria potestad responderán. padres o abuelos o en su caso los demás familiares hasta en un cuarto grado de parentesco: por los delitos cometidos por los incapacitados. por sordos. locura. etc.. responden de los que tengan bajo su tutela o custodia: por los daños causados por los trabajadores o empleados. en el desempeño de sus funciones. responderán los patrones de los mismos: por los discípulos o aprendices los que tengan bajo su cuidado.

Asimismo el artículo 32 del Código Penal es acorde con algunos artículos del Código Civil. ya que dicho ordenamiento en sus artículos 1917 al 1933 menciona qué personas también están obligadas a la reparación del daño como son: las personas morales. los que ejerzan la patria potestad. siempre y cuando se compruebe que se encontraban bajo la vigilancia y autoridad de otras personas. ni los padres ni tutores tiene obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados si prueban que les fue posible evitarlos. los maestros artesanos. los patrones y dueños de los establecimientos mercantiles. los jefes de casa o los dueños de hoteles causados por los sirvientes en el

ejercicio de sus funciones, el Estado, el dueño de un animal, el propietario de un edificio, etc.

Por lo que en relación a lo antes mencionado el derecho civil se diferencia del penal precisamente en que el primero es violación de un derecho subjetivo privado y el segundo es violación de la ley penal: en que el primero implica como consecuencia el resarcimiento del daño, el segundo una pena (corporal o pecuniaria), establecida por el Estado en su exclusivo interés. Del delito penal deriva siempre una acción penal y puede derivar una acción civil para obtener el resarcimiento del daño: de la responsabilidad civil sólo puede derivar una acción civil. Por lo tanto así como hay actos constitutivos del delito civil y no del penal, así también los hay que son delitos penales y no civiles, y que son delitos penales y civiles a un mismo tiempo.

La reparación que deba ser hecha por terceros, tiene el carácter de responsabilidad civil, de acuerdo a lo establecido por el artículo 34 párrafo segundo.

Lo que en consecuencia y como ya se señaló aunque existan algunos artículos en el Código Civil que también establezcan las personas que también son responsables por la reparación, también lo es que ese pago sólo se podrá reclamar por la vía civil, sin que sea necesario la constitución de un delito, lo que para la vía penal es necesario que exista la comprobación de que en realidad se cometió un ilícito establecido por la ley penal. asimismo por la vía penal también puede derivarse la vía civil cuando en la sentencia se le absuelva al delincuente de la reparación del daño o en un momento dado se llegue a declarar insolvente, la misma se podrá reclamar por vía incidental ante el Juez Civil o en el mismo proceso penal, ya sea a terceras personas.

La finalidad del legislador al establecer el artículo 32 del Código Punitivo es que el ofendido o sus familiares se queden sin resarcimiento, es por eso que establece el sistema de obligar a terceros que en alguna forma están obligados con el autor o sujeto pasivo, fijando para ello la forma incidental.

3.3 NO EXIGIBILIDAD A LA REPARACION DEL DAÑO.

En este punto hablaremos más que nada de aquellos delitos que son cometidos por personas inimputables (exentos de responsabilidad), en donde la cuestión del resarcimiento puede ser llevado ante los Tribunales Civiles, pero penalmente no se le puede condenar a una persona que no tiene la capacidad de querer y entender el carácter de lo antijurídico o de su conducta, es decir, en los casos de inconciencia no hay voluntad, y por ende no hay conducta, es por eso que el artículo 32 del Código Penal señala que personas están obligadas a la reparación del daño, a parte del sujeto activo, asimismo la ley considera inimputables a aquellos menores de edad, es decir, que aún cuando comprendan que su conducta es antijurídica o reprochada por la ley, por su edad no pueden ser castigados por la Ley Penal, por no haber cumplido la mayoría de edad (18 años).

Para que una persona pueda ser considerada o declarada por la ley Penal como inimputable, se requiere la intervención de los peritos en la

materia. como por ejemplo: la intervención de psiquiatras así como de peritos que determinen la edad probable de una persona.

Asimismo a la persona que durante el proceso penal sea considerada inimputable el Juez no puede condenarlo a la reparación del daño. pero si se demuestra que con su conducta causó un daño. la persona afectada si puede pedir ante los Tribunales Civiles que le sea reparado éste daño. ya sea material o moral. pero no directamente al inimputable sino a los terceros obligados.

Por otra parte los jueces penales tienen la facultad de declarar si un hecho es o no delito. de modo que si la autoridad competente pronuncia resolución declarando que no existe delito que perseguir y esa resolución causa ejecutoria por no haberse acreditado los elementos constitutivos del tipo penal. por ende no puede reclamarse el pago de la reparación del daño a la persona que se le absolvió.

Asimismo sólo puede ejercitarse la acción civil cuando previamente haya en la jurisdicción penal una sentencia que decida sobre la

existencia de un delito y la responsabilidad, en consecuencia un Juez Civil no puede decidir sobre la obligación de reparar el daño que tuvo como origen un delito, si antes no se le demuestra que hubo delito de un sujeto, declarados por el Juez Penal.

Ahora bien por lo que hace a los menores de edad, estos son remitidos al Consejo Tutelar, en donde de acuerdo a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, la reparación del daño derivado de la comisión de una infracción puede solicitarse por el afectado o sus representantes legales, ante el Consejero Unitario, los cuales correrán traslado al defensor del menor, para citar a las partes a una audiencia conciliatoria, que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes, si las partes llegan a un acuerdo tendrá validez y si no estuvieren de acuerdo, se dejarán a salvo los derechos de la parte afectada para que los haga valer ante los tribunales civiles.

C A P I T U L O

IV

DEL PROCEDIMIENTO DE LOS INCIDENTES

4.1 INCIDENTE

En el proceso penal existe en primera principal e indispensable constituido por una determinada penal: y en segunda, otro accesorio del cual el juez conocer en tanto debe y pueda entender de la relación penal. asimismo el incidente requiere la cuestión incidente accesorio. es decir el incidente es el objeto accesorio del

Por lo que en conclusión ante de entrar a diversos incidentes para la reparación del daño. es necesar la etimología y el concepto de lo que debe entenderse por in

4.2 ETIMOLOGIA Y CONCEPTO

La terminología incidente. proviene de INCIDENTES. cuyo significado es: acontecer, interrumpir, sus lo que sobreviene en el curso de un asunto.

Manuel Osorio señala que incidente es "el litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio normalmente sobre circunstancias de orden procesal y que decide mediante una sentencia interlocutoria (1).

Pallares menciona que "incidente en su acepción más amplia, significa como un asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción penal" (2).

Piña y Palacios define al incidente "como una cuestión surgida en el curso del proceso o con motivo de él, que interrumpe, modifica o altera, transitoria o definitivamente la estructura lógica del mismo" (3).

(1) OSORIO, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS POLITICAS Y SOCIALES. Tomo I, Editorial Heliastra, Buenos Aires, Argentina, pág. 372.

(2) PALLARES, Eduardo. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 20a Edición, Editorial Porrúa, México 1991, pág. 410.

(3) PIÑA Y PALACIOS, Javier. DERECHO PROCESAL PENAL, 2a Edición, Editorial Porrúa, México 1970, pág. 221.

Franco Sodi, indica que incidente "es toda cuestión que sobreviene en el proceso, planteando un objeto accesorio del mismo, en forma tal que obliga a darle una tramitación especial" (4).

González Bustamante define al incidente "como una cuestión que surge del procedimiento y que tiene relación con otra que se considera principal" (5).

Sánchez Colín, manifiesta que incidente "son obstáculos, que surgen durante la secuela procedimental, impidiendo su desarrollo, por estar relacionados con diversos aspectos, sobre los cuales versa el proceso, y que es necesario resolver, para que en el momento oportuno, se pueda definir la pretensión punitiva estatal" (6).

 (4) FRANCO SODI, Carlos. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 2a Edición. Editorial Porrúa, México 1983, pág 440.

(5) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 9a Edición. Editorial Porrúa, México 1988, pág 281.

(6) COLIN Sánchez, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 14a Edición. Editorial Porrúa, México 1993, pág. 605.

Asimismo al hacer una definición de lo que es incidente lo entendemos como un nuevo juicio que suspende el proceso principal. este incidente puede ser resuelto en forma separada a través de una sentencia o resolución interlocutoria, o bien, puede ser resuelto en la misma sentencia que decida el fondo del negocio principal. es decir, es un obstáculo que debe resolverse mediante la tramitación de un juicio, y tendrá todas las formalidades del procedimiento en general; o sea, se necesita precisar la causa: plantear la cuestión que provoca, probar los hechos que alteran, oír a las partes y resolver la cuestión planteada.

La cuestión planteada en el incidente es accesorio, respecto de la principal que se debate en el proceso, de lo cual se infiere necesariamente que la primera sigue la suerte de la segunda.

El incidente se somete, por lo tanto, a un procedimiento especial, distinto del proceso principal, el cual a veces suspende y otras no.

El incidente de reparación de daño es uno de los considerados como incidentes especificados de acuerdo al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El incidente como tal, significa otra contienda en la contienda, otro pequeño juicio dentro del principal, la resolución que lo define se llama también por eso, sentencia incidental.

4.3 INCIDENTES EN LA REPARACION DEL DAÑO

Los incidentes que la parte afectada puede interponer para que sea satisfecho de la reparación del daño son:

- a).- El incidente por vía penal dentro del proceso; y
- b).- El incidente por vía civil a terceras personas.

Estos tipos de incidentes son los que en un momento dado hace valer el ofendido, ya sea porque dentro del proceso penal el Juez haya absuelto al sujeto activo del delito, por no haber pruebas suficientes para su cuantificación, o bien por caso omiso del Ministerio Público, quedándole la vía civil para reclamar la misma, pero ya no al sujeto activo sino a terceras personas de acuerdo a lo establecido por el artículo 32 de Código Penal para el Distrito Federal.

4.4 INCIDENTE POR VIA PENAL

La reparación del daño como ya se mencionó anteriormente, puede exigirse por el ofendido a los terceros civilmente responsables, tercero que determina el artículo 32 del Código Penal, representando un objeto accesorio, dando lugar a éste tipo de incidente del cual trataremos en el presente punto.

Cuando la reparación se demanda directamente al procesado debe exigirse de oficio por el Ministerio Público en la misma pieza de autos sin más requisito que la procedencia objetiva de ella. En este caso la reparación tiene el carácter de pena pública.

Este tipo de incidente se lleva a cabo en cualquier estado del proceso penal, cuando la reparación del daño es exigible a una tercera persona distinta del sujeto activo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por otra parte este incidente se deberá promover ante el juez o tribunal que conoce la acción penal, siempre que éste no haya declarado cerrada la instrucción, si la parte afectada promoviera incidente después de cerrada la instrucción ya no tendría caso, ya que la única vía a la que puede acudir es la vía civil, es decir, el Código establece dos situaciones diversas: que las personas dañadas por el delito exijan la reparación civil en el proceso penal o fuera del proceso.

Este tipo de incidente se encuentra regulado en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en sus artículos 532 al 540.

Se inicia con el escrito de demanda, en forma en la que se expongan con claridad la cuantía del daño y los conceptos por los que procede.

Asimismo se precisarán con claridad y concreción, y con separación debida, los hechos y circunstancias causantes del daño e invocando los preceptos pertinentes que fundamenten la demanda y adjuntando, en su caso, las pruebas respectivas.

Con el escrito de demanda y documentos se corre traslado al demandado, por el plazo de tres días para que la conteste y recibida ésta o corrido el término para hacerlo, se abre el incidente a prueba de quince días si alguna de las partes lo llegara a pedir.

Recíbase las pruebas pertinentes y transcurrido el término probatorio a petición de parte, dentro de tres días se oirá a las partes en audiencia verbal a lo que quisieran exponer para fundar sus derechos y en la misma audiencia se declara cerrado el incidente, reservándose para resolución junto con el proceso, por regla general o dentro de ocho días siguientes a la sentencia del asunto principal, si ya se hubiere dictado ésta.

En la tramitación del incidente, las notificaciones, emplazamientos o providencias precautorias, etc., deben regirse por las disposiciones que al respecto señala el Código de Procedimientos Civiles para los juicios sumarios.

El fallo que se pronuncie será apelable en ambos efectos.

4.5 INCIDENTE POR VIA CIVIL

La acción civil sólo puede ejercitarse ante la jurisdicción civil, cuando previamente haya en la jurisdicción penal una sentencia que decida sobre la existencia de un delito y la responsabilidad, es decir, un juez civil no puede establecer los dos elementos, base de la obligación de reparar el daño, ya que sería muy peligroso conferir a la jurisdicción civil la potestad de averiguar cuestiones de naturaleza penal y decidir de ellas, fuera de sus naturales facultades.

Este tipo de incidente consiste, en pedir la reparación del daño no al sujeto activo del delito, sino a alguna de las personas que el artículo 32 del Código Penal señala, este tipo de incidente no se encuentra reglamentado en el Código de Procedimientos Penales, solamente señala en el artículo 539, que si la parte interesada no promueve dicho incidente dentro del proceso penal, antes de cerrada la instrucción, la única vía que le queda es la vía civil, de acuerdo a lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De acuerdo al ordenamiento antes señalado el incidente en cita se tramitará como cualquier Juicio Ordinario Civil, basándose en las reglas establecidas para el caso.

Para empezar de acuerdo al artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles toda contienda judicial principiara por la demanda, en la cual se expresarán:

I.- El tribunal ante el que se promueve:

II.- El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones:

III.- El nombre del demandado y su domicilio:

IV.- El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios:

V.- Los hechos en que el actor funde su petición, señalando los documentos públicos o privados que tengan relación con los mismos, manifestando si los tiene a su disposición, asimismo debe enumerar los hechos y narrarlos sucintamente con claridad y precisión:

VI.- Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables:

VII.- El valor de lo demandado, si ello depende la competencia del juez, en éste inciso es importante precisar el monto que la parte actora considere, ya que el juez puede considerarse incompetente y remitirlo a un juez de paz, ya que los jueces en todo asunto civil lo primero que revisan de las demandas presentadas, es el monto de las prestaciones reclamadas:

VIII.- El firma del actor, o de su representante legítimo, y si no pudieren o no supieran firmar se estampará la huella digital...

Una vez presentada la demanda con los documentos necesarios para acreditar la reparación del daño (dictámenes de valuación, facturas de gastos funerarios en los delitos de homicidio, documentos de gastos médicos en los delito de lesiones, etc.), y copias de los mismos, corriéndose traslado de ella a la persona contra quienes se proponga, y se les emplazará para que contesten en un término de nueve días.

Si la demanda fuere obscura o irregular, o no cumpliera con alguno de los requisitos de los artículos 95 y 255 del mismo ordenamiento, el juez dentro del término de tres días señalará con precisión en que consisten los defectos de la misma. el actor deberá cumplir con la prevención que haga el juez en un plazo máximo de cinco días a partir del día en que haya surtido efectos la notificación por boletín judicial, en caso de la parte actora no lo hiciera el juez esta en facultad para desecharla y devolverla al interesado.

Asimismo el demandado formulará su contestación en los siguientes términos:

I.- Señalará el tribunal ante quien conteste:

II.- Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones, y las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores:

III.- Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en donde de igual manera anexaran los documentos públicos

y privados que tengan relación con cada hecho, y si los tiene a su disposición:

IV.- Se asentará la firma del puño y letra del demandado, o de su representante legítimo:

V.- Todas las excepciones que se tengan, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, y de estas mismas se le dará parte al actor para que exprese lo que a su derecho convenga y rinda las pruebas que crea conveniente:

VI.- Asimismo dentro del término para contestar la demanda, se podrá proponer la reconvencción en los casos que proceda (ya que en la reparación del daño no puede interponer la reconvencción), y por último se deberán acompañar las copias simples de la contestación y de los documentos que se anexaron en la misma para cada una de las partes.

Si transcurrido el plazo fijado en el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará declaración de rebeldía, se presumirán confesados los hechos de la demanda que se deje de contestar.

Una vez contestada la demanda, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación, dentro de los diez días siguientes. Se les dará vista a las partes, y si en un momento dado no llegare a acudir a la audiencia alguna de las partes el juez podrá imponer una multa de acuerdo con el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles, pero si ambas partes asisten a la audiencia el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal, para ver si llegan a algún acuerdo; si no llegaron a ninguno la audiencia proseguirá. Por otra parte puede suceder que el demandado se llegue a allanar a todo los hechos y prestaciones que se le reclaman, entonces se citara para sentencia, previa ratificación del escrito.

El mismo día en que se haya celebrado la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales, si en la misma no se terminó el juicio por convenio, a más tardar el día siguiente de dicha audiencia, el juez abrirá el juicio al periodo de ofrecimiento de pruebas, que es de diez días comunes, los cuales se contarán a partir del día siguiente en que surta sus efectos la notificación a las partes; una vez que se hayan ofrecido las

pruebas. el juez dictará una resolución en donde determinará las pruebas que se admiten. procediendo al desahogo de las mismas. las cuales se llevarán dentro de los treinta días siguientes a su admisión. llevándose posteriormente a cabo la audiencia. en la cual estarán presentes el secretario. los litigantes. peritos. testigos y demás personas que por disposición de la ley puedan intervenir. una vez concluida la recepción de pruebas. el tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por apoderados. haciendo uso de la palabra por más de un cuarto de hora.

Enseguida se exhibirán los alegatos. los cuales podrán ser verbales. o escritos.

4.6 INCIDENTE EXIGIBLE A TERCEROS

Como ya se mencionó en incisos anteriores. éste tipo de incidente se interpone cuando no es exigible al sujeto activo. es decir. no se le puede interponer al sujeto que cometió el ilícito. sino como su nombre

lo indica, es exigible a terceras personas de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal.

De igual manera se tramitará en el mismo proceso penal antes de que se cierre instrucción o después de haber concluido el mismo, pero ante la autoridad civil, siendo necesario tratar en el presente punto un asunto en concreto respecto del incidente exigible a terceras personas, en especial la fracción IV del artículo 32 del Código Penal que a la letra dice: 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 sus servicios, por ejemplo:

Cuando el empleado de la empresa denominada Folmex S.A. de C.V., y el cual lleva laborando más de tres años, con un horario de 9:00 am a 6:00 pm, teniendo a su cargo el transportar mercancía, utilizando para ello un Trailer para el desempeño, y es el caso que el día 29 de diciembre de 1996, siendo aproximadamente las 12:00 horas, salió de la empresa para ir a dejar mercancía a la Avenida Cien Metros, y a casi cien metros de la

empresa atropella a una persona, ocasionándole diversas lesiones, siendo remitido ante la Agencia Investigadora, en donde se reciben dictámenes por las lesiones que presentó la persona, así como las declaraciones de los testigos que presenciaron los hechos, obviamente la declaración del indiciado y del ofendido, y todos los demás elementos necesarios para la integración del tipo penal, una vez hecho lo anterior se consigna al Juzgado correspondiente, desahogándose las pruebas ofrecidas por las partes, pudiendo la parte ofendida interponer el incidente a terceras personas, el cual se llevará a cabo en un cuadernillo incidental, en donde reclamara la reparación del daño no al empleado de la empresa que ocasionó las lesiones, sino directamente a la dueña o dueño de la empresa, siendo importante señalar que para que proceda el pago de la reparación del daño, es necesario que se compruebe la relación existente (causal) entre la persona que transgrede la norma penal (siendo el sujeto activo o procesado), y de la persona que deba responder acerca de dicho daño a consecuencia de los ilícitos cometidos, y los cuales ocasionó con el motivo de sus funciones y durante el desempeño de sus funciones, siendo importante señalar la siguiente jurisprudencia que a la letra dice:

En términos del artículo 34 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación debe exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil; y de acuerdo con el artículo 32 del mismo ordenamiento están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29 del ordenamiento anteriormente citado: . . . 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. Ahora bien, el derecho penal en tanto como jurídica protectora de intereses de la colectividad, fundamentalmente atiende a la verdad histórica, a la verdad material y no a una verdad formal. En consecuencia, para una debida aplicación de los preceptos mencionados debe atenderse a esa realidad y a la objetividad de los hechos y no a simple formalismos o estipulaciones convenidas entre las partes contratantes, pues ello no destruye la relación auténtica existente entre ellos, en función de las normas citadas, pues la fracción IV del artículo 32 del Código Penal, alude a obreros, jornaleros, domésticos y artesanos, conceptos éstos que resultan denotativos de sujetos pertenecientes a un mismo grupo: el de aquellos que se dedican a actividades laboriosas por cuenta ajena, a cambio de una retribución y bajo la dirección de un dueño o encargado del negocio determinándose la amplitud y distinción de éstos conceptos por los diversos puntos de vista desde los cuales se contempla al sujeto para llamarlo de un modo u otro, pero cualquiera que sea la denominación que se examine, es evidente que la razón justificativa del precepto de referencia no es otra cosa que la de obligar a responder de la reparación del daño a los jefes o patronos por cuyo encargo y cuenta del trabajador haya estando desarrollando la actividad durante cuyo desempeño y por su motivo cometa una infracción, toda vez que han sido los jefes o patronos los que al emplear al sujeto de que se trata, han dado ocasión para que aprovechando su función se lesione los intereses ajenos por más que tal proceder no se resultante obligado del servicio pero lo cierto es que las personas que tratan con ellos tratan lo integrante del organismo de la empresa, taller, es quien ha llamado al trabajador para beneficiarse directamente con su labor ordinaria, responda frente a un desempeño de su encargado.

Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Amparo Directo 1758/55. 27 de enero de 1956. Unanimidad de 4 votos. Ponente J. J. González Bustamante.

Epoca: 5a. Tomo CXXVII. PÁG. 309.

Asimismo antes de que se reclame a terceras personas la reparación del daño, es necesario comprobar si el delincuente es solvente o

no tiene la capacidad económica para hacerla efectiva, siendo relevante señalar la siguiente jurisprudencia que a la letra dice:

Si el delincuente es insolvente o por alguna otra circunstancia no estuviere en posibilidad de cumplir con el compromiso de reparar el daño por el delito que cometió, no deseando el legislador que la víctima o familiar se queden sin el resarcimiento, establece el sistema de obligar a los terceros que en alguna forma están ligados con el autor, fijando un procedimiento expedito para la reclamación en forma incidental dentro del mismo sumario penal (arts. 32 c.p. y 489 a 493 del c.f.p.) o dejándolos en libertad de recurrir a la vía civil ante los tribunales de este orden (arts. 32 del c.p. y 489 a 493 del c.f.p.) o dejándolos en libertad de recurrir a la vía civil ante los tribunales de este orden (arts. 1910 a 1934 c.c.)" (S.C., tesis relacionada, 6ª época, 2ª parte, t. XLIII, pág. 82).

Debiendo comprobar fehacientemente la insolvencia del delincuente, pudiendo presentar testigos, para que las persona ofendida pueda interponer el incidente ya sea por vía penal o por la vía civil.

Por otra parte, la parte ofendida deberá presentar pruebas que acrediten los gastos médicos que en el presente caso realizaron, pudiendo presentar dictámenes los cuales dentro del amplio arbitrio que la ley y la jurisprudencia reconocen a la autoridad judicial para justipreciar los dictámenes periciales el juzgador puede negarles eficacia probatoria o

concederles hasta el valor de prueba plena, aceptando o desechando el único o los varios que se hubieren rendido, según la idoneidad jurídica.

Las pruebas las podrá ofrecer la parte ofendida dentro de los quince días de que la parte demandada haya contestado la demanda y una vez transcurrido el periodo probatorio a petición de parte dentro de tres días se les oira en audiencia verbal, siempre y cuando se haya interpuesto el incidente por la vía penal y en la misma audiencia se declarara cerrado el incidente reservandose para resolución la cual se podrá dictar junto con el proceso, por regla general o dentro de ocho días siguientes a la sentencia del asunto principal si ya se hubiere dictado esta.

C A P I T U L O V

T E S I S Y J U R I S P R U D E N C I A

Ahora bien, por lo que hace a la reparación del daño, es de mencionarse que en relación al presente tema existe una serie de tesis y jurisprudencias, entre las cuales solamente mencionaremos algunas:

REPARACION DEL DAÑO ILEGAL CONDENA A LA CUANDO SE APOYA EN DOCUMENTOS PRIVADOS PROVENIENTES DE TERCEROS NO RATIFICADOS.

Es ilegal la condena a la reparación del daño que se apoye en documentos privados provenientes de terceros (recibos, folios por conceptos de honorarios médicos y la factura relativa a la tomografía computada de cráneo practicada al ofendido), si éstos no fueron ratificados por sus autores, ya que en términos del artículo 251 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, adolecen de eficacia probatoria plena y deben estimarse como presunciones insuficientes para establecer esa condena. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Asimismo el artículo 251 del ordenamiento antes aludido señala: "que los documentos privados sólo harán prueba plena contra su autor, si fueren judicialmente reconocidos por él o no los hubiere objetado, a pesar de saber que figuran en el proceso. Los provenientes de un tercero serán estimados como presunciones".

Por otra parte y como ya se observó en la jurisprudencia antes mencionada que para que tengan valor pleno los documentos privados presentados por los ofendidos o en un momento dado por el procesado deben ser ratificados por las personas que los suscribieron. Ya que en relación con la jurisprudencia anteriormente señalada existe otra al respecto.

REPARACION DEL DAÑO. DEBEN RATIFICARSE LAS DOCUMENTALES PRIVADAS PARA SU VALIDEZ

No tiene el valor probatorio que otorgó el Juez instructor, a las documentales privadas ofrecidas por el Ministerio Público, para justificar el monto de la acción reparadora, motivo del delito de daño en propiedad ajena, si éstas no fueron ratificadas ante la presencia judicial, por quienes las expidieron, como lo dispone el artículo 251 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Tercer Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Por ejemplo, hay ocasiones que en los delitos de homicidio, lesiones, entre otros, se exhiben documentales privadas, como son documentos de gastos funerarios, gastos médicos y los cuales en un momento dado si no

son ratificados ante la autoridad judicial el juez no puede darles valor en base a las jurisprudencias ya señaladas.

Por otra parte y como ya se mencionó en capítulos anteriores, existen muchos autores que consideran a la reparación del daño como pena y algunos no, existiendo varias jurisprudencias respecto a la naturaleza de la reparación del daño, por ejemplo:

REPARACION DEL DAÑO, TIENE EL CARACTER DE PENA PUBLICA Y POR TANTO BASTA QUE LA EXIJA EL MINISTERIO PUBLICO EN EL MOMENTO DE SOLICITAR LA CONDENA RELATIVA AL DELITO COMETIDO.

La condena a la reparación del daño, tiene el carácter de pena pública y en tal tesitura, es innecesario que el Ministerio Público promueva el incidente relativo ya que sólo basta que exija al mismo tiempo de solicitar la condena por el delito cometido. Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito.

REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA Y LA EXIGIBLE A TERCEROS COMO RESPONSABILIDAD CIVIL, VIA PROCEDENTE

Es inexacto que en los casos en que se exige al sentenciado la reparación del daño, deba intentarse su cobro en la vía

civil, en virtud de que teniendo esta sanción el carácter de pena pública, su cumplimiento debe obtenerse dentro de la causa respectiva y a petición del Ministerio Público.

En cambio, cuando el pago de los daños se exige a terceros, si tiene el carácter de responsabilidad civil, y debe hacerse efectiva en la vía incidental en la forma establecida por la ley, carácter que también conserva en las hipótesis siguientes: cuando el órgano investigador no ejercita la acción penal; en los casos en que se decreta el sobreseimiento de la causa; cuando se suspende el procedimiento de esta última; o cuando se dicta sentencia absolutoria en favor del reo. Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito.

De igual manera y como ya se mencionó en capítulos anteriores el ofendido tiene derecho a interponer el juicio de amparo, ya que de acuerdo con el artículo 5º de la Ley de Amparo son partes según la fracción III inciso b) el ofendido o las personas que conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño... de acuerdo a la siguiente jurisprudencia:

REPARACION DEL DAÑO, AMPARO PROMOVIDO POR EL OFENDIDO O QUIEN TENGA DERECHO A LA.

El artículo 5º de la Ley de Amparo, estatuye que son partes en el juicio de amparo...III.- El tercero o terceros perjudicados, pudiendo intervenir con ese carácter...b) El ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o responsabilidad. Ahora bien, si conforme a lo dispuesto por el artículo 417 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, el ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o

éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta, tienen derecho a apelar. es incuestionable que la persona que tenga derecho a la reclamación del daño a que en la primera instancia había sido condenado el inculpado, sin que por otra parte, obste para admitir la demanda de garantías el hecho de que el artículo 10 de la Ley de Amparo circunscriba la procedencia de aquélla a los actos emanados de un "incidente" de reparación o responsabilidad civil, había cuenta que en lo que respecta a la primera hipótesis, y de acuerdo con el carácter de pena pública que en el Código Penal del Distrito tiene la reparación del daño exigible al acusado, la incoación de un incidente resulta anacrónica en tal legislación. En ese orden de ideas, es de concluirse que siendo parte en el juicio de amparo la persona que tenga derecho a la reparación del daño, dada su calidad de coadyuvante del Ministerio Público en la exigibilidad de aquélla al inculpado en el proceso penal, la misma está plenamente legitimada para promover el amparo.

Por otra parte y como es sabido en materia de amparo la parte quejosa antes de interponer el amparo es necesario que antes de éste agote todos los recursos que le concede la Ley, asimismo la parte quejosa que interponga el amparo para reclamar la reeparación del daño debe agotar todos los recursos que le asisten.

OFENDIDO DEBE AGOTAR LOS RECURSOS ORDINARIOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DICTADAS CON MOTIVO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

El ofendido es considerado como parte en el procedimiento penal, cuando su intervenciónsolamente vaya encaminada a obtener la reparación del daño; como tal, debe agotar los recursos que la ley concede, en contra de las resoluciones dictadas con ese motivo, antes de acudir al juicio de garantías y si no lo hace, procede decretar el

sobresimiento del amparo, de acuerdo a los artículos 73 fracción XIII y 74 fracción III de la Ley de Amparo. Segundo Tribunal Colegiado de Circuito.

Asimismo si el Ministerio Público no apeló la resolución en donde se le absuelve al sentenciado de la reparación del daño, el ofendido tampoco lo puede hacer, ya que si lo hace estaría sobrepasando los límites de la acusación en base a la siguiente jurisprudencia:

REPARACION DEL DAÑO. APELACION EN CASO DE.

Es cierto que la Ley Procesal concede facultades a los ofendidos para apelar con motivo de la reparación del daño, pero siendo ésta una pena pública, (a menos que se exija a terceros), no puede rebasar los límites determinados por el órgano de acusación, y si el Ministerio Público apeló, refiriéndose en sus agravios, de modo exclusivo, a la pena privativa de libertad, el derecho que la ley concede al ofendido para apelar en función de la reparación del daño, debe entenderse en armonía con las disposiciones constitucionales respectivos. Si la Carta Magna otorga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, y por ende, la facultad de pedir la imposición de las penas, y si, por otra parte, la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente posee el rango de pena pública, resulta indiscutible que no se puede, sin violación de garantías, sobrepasar los límites de la acusación. El ofendido puede apelar, pero sus peticiones deben encuadrar dentro de las determinaciones por el Ministerio Público y no rebasarlas. En consecuencia procede amparar al quejoso por el sólo efecto de que se pronuncie nueva resolución en la que subsistiendo la declaratoria de culpabilidad se fija el monto de la pena pecuniaria por reparación del daño, dentro de los márgenes expresados por el Ministerio Público en su pliego acusatorio.

Semanario Judicial de la Federación. 6a. época. Vólumen XLVIII. pág. 60.

En consecuencia. en mi opinión muy personal considero que la jurisprudencia antes aludida debe de darle más facultades al ofendido para que en un momento dado pueda interponer apelación contra la reparación del daño. ya que en muchas ocasiones por la negligencia o arbitrariedad del Ministerio Público los ofendidos o las personas que tienen derecho a la misma no les es satisfecha. asimismo en muchas ocasiones las personas que recurren ante la autoridad competente según sea el caso acude a la misma con el único fin de que la persona que transgredió la Ley sea condenada a sufrir una pena. además de que se le condene al pago de la reparación del daño. ya sea moral o material. además de que en muchas ocasiones se trata de personas de escasos recursos y que por la misma situación en la que viven (por su ignorancia) y los cuales si en un momento dado el Ministerio Público no hace valer en sus agravios la reparación del daño. se conforman con la resolución dictada por el Juez en Primera Instancia. no apelando. y mucho menos interponiendo el Juicio de Amparo.

En los delitos de ROBO, cuando intervienen dos o más sujetos en la realización de la conducta delictiva, se les debe condenar al pago de la reparación del daño solidaria y mancomunadamente, en base a las siguientes jurisprudencias y tesis:

REPARACION DEL DAÑO, CONDENA AL PAGO SOLIDARIO DE LA ROBO.

El que el quejoso y sus acusados hubiesen robado cierta cantidad de dinero, da lugar a que se le condene a aquél al pago de la totalidad del daño causado, en forma solidaria y mancomunada, puesto que si todos realizaron el ilícito, no es posible condenar al acusado al pago sólo de una parte del total de la cantidad de que se apoderaron. Primer Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. Época 8a. pág 47. Tesis III. 1o.P. J/7.

REPARACION DEL DAÑO, CUANDO EXISTE COAUTORIA, CONSTITUYE UNA DEUDA MANCOMUNADA Y SOLIDARIA

Del artículo 36 del Código Penal Federal se colige que cuando varias personas cometan un delito, la deuda de la reparación del daño se considera mancomunada y solidaria, por lo que, si de las constancias procesales se deduce que aún permanece insoluta parte de la reparación del daño, es evidente que el Juez del conocimiento indebidamente absolvió a uno de los responsables, por haber pagado sólo la cantidad de dinero de la que dice él dispuso, aduciendo reparación de daño, y dado además el desistimiento de la parte afectada por lo que a dicho acusado se refiere, pues el aludido

juzgador paso por alto que la acción penal se ejercitó en grado de coparticipación en términos del artículo 13 del Código Punitivo respecto a todos los acusados, circunstancia a dilucidar la situación de los sentenciados a este particular, esto es, tomar en cuenta los pagos efectuados, y sobre el saldo insoluto dictar sentencia condenatoria contra los injusticiados, la que constituiría deuda mancomunada y solidaria. Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Seminario Judicial de la Federación. 8a. época, tomo XII, pág. 547.

Como ya se mencionó de igual manera en capítulos anteriores la reparación del daño debe contraerse exclusivamente por los daños causados y no ser una fuente de utilidad o ingresos para la persona a la que legalmente corresponda la misma.

REPARACION DEL DAÑO.

La reparación del daño debe contraerse exclusivamente a reparar los daños causados y no ser una fuente de utilidad o de ingresos para el ofendido: por lo tanto si los peritos estiman el daño en determinada cantidad, y el ofendido manifiesta que monta una cantidad menor, debe tomarse como base está última suma, para hacer la condena respectiva. Tomo XLVII, pág. 2358.

Por otra parte existe otra jurisprudencia al respecto:

REPARACION DEL DAÑO. CONDENA AL PAGO.

Es correcta la condena al pago de la reparación del daño por cantidad superior a la determinada en el dictamen pericial sobre el avalúo de los mismos, si el ofendido acredita, mediante pruebas aptas, que los ocasionados fueron superiores a los determinados por los peritos. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a época. Tomo IV Segunda parte. pág. 469.

Asimismo el Juez deberá atender a la capacidad económica del obligado para cuantificar la reparación del daño.

REPARACION DEL DAÑO. CAPACIDAD ECONOMICA DEL OBLIGADO.

Para hacer la condena a la reparación del daño, no es necesario que previamente se acredite la capacidad económica del obligado a pagarla, pues esto último sólo debe tenerse en cuenta para la fijación del monto del daño moral, pero no para indemnizar del daño material a la víctima del delito. Tribunal Colegiado del Décimo Tercero Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a época. Tomo Segunda Parte. pág. 595.

De igual manera existe una jurisprudencia que menciona quienes son las personas que tienen derecho a la reparación del daño en términos del artículo 30 bis del Código Penal.

REPARACION DEL DAÑO. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA.

La reparación del daño es una sanción pecuniaria establecida en el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, y que tiene como finalidad la restitución, y si no fuere posible, el pago del precio de la cosa obtenida por el delito, la indemnización del daño material y moral, así como de los perjuicios causados a la víctima o sujeto pasivo del delito, susceptible de cuantificación, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, por lo que el pago de dicha pena debe ser impuesta en favor del ofendido y en caso de fallecimiento del mismo a los familiares o bien a quienes dependan económicamente de él al momento de su muerte, por lo que el acto reclamado que impone dicha pena únicamente a favor del Estado viola garantías y procede conceder el amparo para el único efecto de que se elimine la misma por una clara inobservancia del artículo 30 bis del Código Penal en comento. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación. 8a época. Tomo XI-Mayo, pág. 317.

Por último en los delitos de homicidio para condenar al presunto responsable al pago de la reparación del daño se debe atender al salario mínimo vigente al momento de suceder el evento delictivo. en base a la siguientes jurisprudencia:

**REPARACION DEL DAÑO EN CASO DE MUERTE DE LA VICTIMA
CUANTIFICACION DE SU MONTO.**

En caso de muerte de la víctima del delito, para fijar el monto de la reparación del daño, que resulta de multiplicar el salario mínimo vigente por cuatro, y a su vez la cantidad resultante por setecientos treinta días, de conformidad con lo establecido en los artículos 1915 del Código Civil Federal y 502 de la Ley Federal del Trabajo, así como en el criterio sustentado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis relacionada con la Jurisprudencia No. 221, publicada a fojas 489, en la Segunda Parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, que aparece bajo el rubro: "REPARACION DEL DAÑO EN CASO DE MUERTE, PARA CALCULAR SU MONTO DEBE APLICARSE EL CODIGO CIVIL (LEGISLACION FEDERAL)", debe tomarse en cuenta el salario mínimo vigente en la fecha y lugar en que tuvo verificativo el evento luctuoso y no el que regía al momento de pronunciarse la sentencia correspondiente, puesto que de no ser así, se violan las garantías de seguridad jurídica y exacta aplicación de la ley, contenidas en el artículo 14 de la Constitución Federal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a época. Tomo II segunda parte, pág 506.

Como ya se mencionó en la jurisprudencia anterior debe de tomarse en cuenta el salario mínimo vigente, de acuerdo a la época y lugar. el cual a su vez se deberá multiplicar por cuatro veces el mismo. siendo una jurisprudencia que muchos de los jueces en un momento dado y según su criterio no lo hacen ya que el mismo artículo 1915 del Código Civil en su párrafo segundo menciona: que cuando el daño cause la muerte. incapacidad

total o permanente el grado de la reparación del daño se determinará de acuerdo a la Ley Federal de Trabajo, y para la indemnización se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo vigente.

Actualmente se ha superado el concepto que se tenía de la reparación del daño, y la voluntad del pueblo tuvo eco en la Constitución General de la República, elevando a garantía individual el derecho que tiene el ofendido a que se le repare el daño causado con motivo del delito, conforme reza el último párrafo de la fracción X del artículo 20 de la Ley Fundamental, dejando ya en el pasado la idea que la reparación del daño originaria del derecho privado, debía ser motivo de acción por los ofendidos ante las autoridades competentes. Hoy en día la reparación del daño en el derecho penal es una sanción de orden público, cuya presencia cumple los fines de la prevención general, prevención especial y justicia; ello significa que la sociedad tiene interés porque el infractor subsane, a modo de reparación, el daño que causó con motivo de un delito con el propósito de mantener el orden social, tal disposición aparece debidamente regulada por los artículos 29 al 39 del Código Penal; como también en forma complementaria por el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, y a

taravés de este articulado surge para el Ministerio Público la obligación ineludible de exigir la reparación del daño del delito y del juez de resolver sobre este concepto, justamente porque se trata de disposiciones de interés público que no pueden quedar al arbitrio del Ministerio Público ni del juzgador, porque entonces se rompería el orden social y se desvirtuaría su carácter protector y tutelar.

En el caso del delito de homicidio culposo, el tema debe ser abordado desde dos puntos de vista: a) como requisito para gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución y b) cuando debe resolverse su aplicación como pena. En el primer caso es condición ineludible, conforme a la fracción I del artículo 20 Constitucional en relación con el párrafo segundo de la fracción I del artículo 556 de la Ley Adjetiva Penal, garantizar la reparación del daño, y el Juez, atentó a que el delito de HOMICIDIO por su propia naturaleza afecta la vida de la persona directamente relacionada con el hecho, de acuerdo con el artículo 30 bis que a la letra dice:

TIENEN DERECHO A LA REPARACION DEL DAÑO EN EL SIGUIENTE ORDEN: 1.- EL OFENDIDO; 2.- EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL OFENDIDO EL CONYUGE SUPERSTITE O EL CONCUBINO O CONCUBINA, Y LOS HIJOS MENORES DE EDA; A FALTA DE ESTOS LOS DEMAS DESCENDIENTES Y ASCENDIENTES QUE DEPENDIERAN ECONOMICAMENTE DE EL AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO.

Este mandamiento es suficientemente claro para establecer que persona tiene derecho a recibir la reparación del daño cuando el ofendido fallece. En consecuencia, no cabe duda en cuanto al derecho que la ley concede a las personas relacionadas en el artículo 30 bis del Código Penal sobre el tópic que nos ocupa, así entonces el juzgador al atender la solicitud de libertad condicional bajo caución en los casos como ya se menciono de HOMICIDIO CULPOSO, tendrá presente que la ley reconoce derechos de orden público a familiares, con motivo de la reparación del daño, y que asimismo le encomienda exigir garantía para ello, conforme a las pruebas que obren en la causa.

Señalando el legislador que el monto de la reparación del daño no podrá ser menor al que resulte aplicandose las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo, expresamente está fijando un mínimo del monto que deba constituir esa garantía; así entonces relacionado este

mandamiento con el artículo 31 párrafo primero del Código Penal, conforme al acervo probatorio que pueda obrar en el proceso, el juez fijará el quantum de la garantía que en ningún caso podrá ser menor al mínimo a que se refiere el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales, debiéndose tomar como base supletoriamente el artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo, el cual dispone que la indemnización que corresponda a las personas que tiene derecho a la misma consistirá a la cantidad equivalente al importe de 730 días de salario, éste precepto legal le permite al juzgador atender a la garantía del ofendido en el Procedimiento Penal, desde el punto de vista de un mínimo ya dispuesto en la Ley Federal del Trabajo, que contempla el daño que produce la muerte de una persona, por los gastos que implica para sus familiares o dependientes, como son en un momento dado los gastos funerarios, como también por el vacío que deja como fuente de subsistencia, según con los medios de prueba con los que cuenta el juzgador respecto a los ingresos del fallecido, podrá cuantificar en el momento oportuno el monto de esa garantía, pero a falta de estas pruebas se atenderá al salario mínimo vigente al momento de los hechos, cuidando así, de que tenga fiel cumplimiento la voluntad legislativa de que si el señalado como responsable de un HOMICIDIO desea gozar de la libertad provisional en el procedimiento

penal. garantice los derechos de quienes, con la muerte de la persona, puedan quedar en desamparo y muchas veces en problemas económicos, siendo importante señalar la siguiente jurisprudencia:

El Código Penal Federal establece que la Reparación del Daño será fijada según el daño que sea preciso reparar y de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, pero es sabido y demostrado por la experiencia que los daños que se causen a la familia del ofendido, por muerte de éste, no pueden ser verdaderamente materia de prueba en cada caso ya que es muy difícil calcular la edad probable de dicho ofendido, su estado de salud (después de pasar el tiempo de la inhumación) su voluntad para ayudar a la familia y la parte de sus ingresos que destinaban para ello, etcétera; por lo tanto esta dificultad nacida de la misma naturaleza de las cosas, siempre se ha suplido con una determinación empírica hecha por el propio legislador y así la legislación federal mexicana del Código Civil Federal remite a las cuotas establecidas por la Ley Federal del Trabajo y asimismo fija la utilidad o salario máximo que se deben calcular para estimar el monto del daño. En esa virtud dentro de una sana interpretación del artículo 31 del Código Penal Federal, que no precisa la forma de calcular el monto del daño en los casos de muerte, tal laguna debe integrarse por lo dispuesto por el Código Civil, pues ambas leyes provienen del mismo legislador federal y deben complementarse mutuamente, máxime en los casos en que se trata únicamente de una verdadera acción civil exigida para ser efectiva una responsabilidad puramente civil de los terceros; tal criterio está acorde con una interpretación científica y racional del derecho, pues el fin social de la Ley Penal en esta materia es la protección de los ofendidos por el delito y si se deja a los familiares del ofendido, en cada caso, la casi imposible tarea de determinar con diversas pruebas el monto del daño que se les causa con la muerte del ofendido, prácticamente

se les está dejando sin protección, lo que contraría el fin de la ley y del legislador, por lo que en los casos de responsabilidad civil exigible a tercero, es lógico que se deba estimar el monto del daño de acuerdo con los cálculos hechos por el propio legislador para casos análogos, en los que se tiene que reparar a la familia, los daños causados por la muerte de la persona que la sostenía o ayudaba a su sostenimiento.

S.J. Séptima Época, Segunda Parte, Volumen 8, pág. 27.

Como ya se observó en las jurisprudencias antes señaladas cuando se trate de homicidios culposos para que el presunto responsable pueda salir bajo fianza, es necesario que garantice la reparación del daño, según sea el criterio del juzgador. asimismo tratándose de homicidios dolosos o calificados se deberá atender al salario mínimo al momento de suceder el hecho delictuoso, aplicandose supletoriamente la Ley Federal del Trabajo (artículo 502), además de que el sujeto que se le ha condenado a sufrir una pena, deba satisfacer la reparación del daño, ya que en los casos en que los familiares no lleguen a exhibir documentos que acrediten los gastos funerarios se deberá aplicar la jurisprudencia antes mencionada, además de que en mi opinión muy personal, debere de imponerse la pena pecunaria de 730 días de salario mínimo como indemnización aún cuando exhiban recibos de gastos funerarios o no los exhiban, imponiendose la misma

sanción como una indemnización, además de los gastos funerarios, que haya realizado la esposa supérstite, concubina, o los hijos, según sea el caso en base al artículo 30 bis del Código Penal.

Aún cuando el ofendido llegue a otorgar el perdón por la reparación del daño, la cantidad por la que se le fuera a condenar al sentenciado pasará en favor del Estado, en términos del artículo 35 párrafo tercero del Código Penal, y en base a la siguiente jurisprudencia:

REPARACION DEL DAÑO... ABSOLUCION INCORRECTA DE LA...

El resolutor de instancia actuó en forma indebida al absolver al sentenciado de la reparación del daño proveniente del delito por el cual fue condenado, por "perdón del ofendido", ya que con ello se dejó de aplicar lo dispuesto por el artículo 35 párrafo tercero del Código Penal, que expresamente establece: "Si la parte ofendida renunciare a la reparación del daño, el importe de ésta se aplicará al Estado", pero con tal absolución benéfico al quejoso, debe quedar firme la misma". Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, 8a época, Tomo III segunda parte-1, pág. 673.

CONCLUSIONES

1.- En el capítulo I. se hizo una reseña histórica de la reparación del daño. es decir. en la antigüedad. así como en el Derecho Penal Azteca no se hablaba en concreto de la reparación. solamente se establecía para los negros la pena de trabajo en las minas. asimismo para los indios se les imponía servir en los conventos. también podían ser entregados a sus acreedores para pagarles el daño con su servicio.

Ante tal situación la sociedad al ver que el estado por medio de sus órganos no se preocupaba por conseguir que se les restituyera por los daños que se les causaba. se dio la época de la venganza privada. en donde se hacían justicia por su propia mano. estableciéndose la Ley del Talión "ojo por ojo. diente por diente". así como las composiciones. las cuales consistían en que el ofenso podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza: ahora bien en la época de la venganza pública. ya existían los tribunales. imponiéndose penas inhumanas como son: la tortura. los azotes. la argolla. etc.

En el Derecho Francés se consideró a la reparación del daño como una rama del derecho civil. ya que la misma debía ser reclamada por esta vía. y la pena impuesta al infractor era por la vía penal.

Por último fue hasta el Código Penal de 1871. donde ya se hablaba de la reparación. pero como responsabilidad civil. y la cual era reclamada por los ofendidos. existiendo muchas inconformidades al respecto. es por eso que el Código de 1929. trató de dar un paso adelante. es decir. ya no se hablaba de responsabilidad civil. sino se plasmó en sí la reparación del daño. la cual se contemplaba como una sanción proveniente de un delito. consistente en que el responsable tenía que hacer la restitución. la restauración y la indemnización. asimismo ya se mencionaba que la reparación del daño era exigible de oficio por el Ministerio Público. asimismo en el Código Penal de 1931. se contemplaba la reparación del daño como sanción pecunaria. comprendiendo no solamente el daño material. sino también el daño moral.

2.- En el capítulo II, se concluyó que la reparación del daño es una sanción pecuniaria, ya que el obligado a reparar el daño debe restituirla ya sea entregando la cosa en caso de que se haya recuperado, o entregando una suma de dinero, si en un momento dado no fue recuperada la cosa producto del ilícito, señalándose de igual manera que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública cuando le es reclamada al delincuente y cuando es reclamada a terceras personas tendrá el carácter de responsabilidad civil, en fin en este capítulo se hablo de las generalidades de la reparación del daño.

Por otra parte la reparación del daño es renunciable por el ofendido, pero la renuncia no libera al responsable, produciendo el único efecto de que su importe se aplique al Estado, según el artículo 35 párrafo tercero, siendo importante señalar que en mi opinión es necesario que se reforme el presente artículo, ya que se deja en un amplio criterio a que dependencia le corresponde en realidad dicho importe, asimismo en la actualidad muchos de los juzgados penales en el Distrito Federal de acuerdo con la Ley del Fondo de Administración de Justicia del Distrito Federal en

el Distrito Federal publicada el día 23 de diciembre de 1996 en el Diario Oficial, este importe esta pasando ya directamente a favor del Fondo de Administración de Justicia, en base a la fracción V del artículo 5º de dicha ley, siendo importante que así como los juzgados hablan ya en concreto en favor de quien queda ese importe, también en el Código se establezca.

Por otra parte las personas que tengan derecho a la reparación del daño la podrán hacer efectiva, no sin antes, mediante un escrito el ofendido, se constituya como coadyuvante del Ministerio Público, a través del cual aportará las pruebas necesarias para el pago y para que en un momento dado el Juez las valore, ya que es el único que tiene facultad para fijar la reparación del daño, además cuando en la comisión de un delito intervengan dos o más sujetos, la reparación del daño deberá hacerse solidaria y mancomunadamente, el artículo 9º del Código de Procedimientos Penales menciona que el ofendido, podrá poner a disposición del Ministerio Público todos los datos que conduzcan a justificar la reparación del daño, por lo que no puede interpretarse que dicho artículo le otorgue derechos al ofendido para que la autoridad judicial considere al mismo como parte, ya

que como se manifestó anteriormente el ofendido no es parte en el proceso, sino que necesariamente tiene que actuar a través del Ministerio Público.

3.- En el capítulo III, se habló de los sujetos que tienen derecho a la reparación del daño, ya que de acuerdo con el artículo 30 bis del Código Penal, tendrán derecho a la misma: el ofendido, en caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge superstite o el concubino o concubina; y los hijos menores de edad y a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran de él, al momento del fallecimiento, entendiéndose por ofendido el titular del bien jurídico tutelado afectado por el delito, siendo el caso que por ejemplo: en los delitos de homicidio la persona ofendida lo es el propio occiso, quedando como persona ofendida la esposa o concubina, según sea el caso y después las demás personas que establece el artículo antes mencionado.

Asimismo la mayoría de edad de acuerdo al artículo 646 del Código Civil señala: que la misma se comienza a los 18 años.

Por otra parte se concluyó que las personas obligadas a reparar el daño, no solamente es el sujeto activo del delito, sino también lo son de acuerdo al artículo 32 del mismo ordenamiento antes señalado: los ascendientes, por los delitos de sus descendientes, siempre y cuando se hallaren bajo su patria potestad; los tutores o custodios por los delitos de los incapacitados que se hallaren bajo su autoridad; los directores de internados o talleres, que reciban en sus establecimientos aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos; los dueños, empresas o encargados de establecimientos...por los delitos cometidos por sus empleados...con motivo y en el desempeño de sus servicios; las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios...; y por último el estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos, realizados con motivo de sus funciones...

Como ya se vio anteriormente para que las personas que señala como obligadas el artículo antes mencionado, es necesario que se establezca la relación de que las personas que cometieron algún ilícito, las cometieron

durante el desempeño de sus catividades, bajo la patria potestad de los tutores, según sea el caso, asimismo cuando una persona es considerada como un sujeto inimputable no se le puede condenar a que se cubra el importe de la reparación del daño, sino la misma se le puede reclamar a terceras personas.

4.- En el capítulo IV, pudimos observar que la reparación del daño puede exigirse a terceras personas durante el proceso penal, pero mediante un incidente, el cuál también puede hacerse valer mediante la vía civil, después de haber concluido el proceso penal o de haberse dictado sentencia.

Encontrándose, de igual manera el incidente por vía civil, el cual es reglamentado por el Juicio Ordinario Civil, de acuerdo con el artículo 255 al 429, del mismo ordenamiento antes aludido.

Siendo de importancia que las personas que tienen derecho a la misma se les haga saber por medio del Ministerio Público que pueden hacer valer los incidentes, ya que muchas veces y como la ley no les permite

actuar sino mediante el Ministerio Público. las personas por su ignorancia no hacen valer los incidentes y muchas veces por negligencia del Ministerio Público se les deja de satisfacer su daño. es por eso que he llegado a la conclusión de que se les debe ser considerado como parte directamente a los ofendidos. para que no se cometan arbitrariedades.

5.- En el capítulo V. se trató más que nada de establecer o señalar algunas de las jurisprudencias que son aplicables para algunos casos. siendo que algunos de los jueces no les aplican.

En términos generales he concluido que es necesario que se le de una intervención directa al ofendido. sin que coadyuve a través del Ministerio Público como lo señala el artículo 9º del Código de Procedimientos Penales. ya que muchas ocasiones. el Ministerio Público por la carga de trabajo o por negligencia no llega a motivar en que consiste la reparación del daño. solamente la fundamenta en los artículos correspondientes a ésta. además de que en los delitos de HOMICIDIO. solamente les manifiestan a los ofendidos que exhiban las documentales privadas en relación a los gastos funerarios. y nunca les señalan que las

personas que los suscribieron tienen que acudir ante la autoridad judicial a ratificarlos, siendo el caso que por la omisión del Ministerio Público en muchas ocasiones se les deja sin la reparación según el criterio del juez, ya que cuando no aparecen documentos de gastos funerarios, muchos jueces aplican la jurisprudencia que menciona los 730 días multiplicados por el día de salario mínimo vigente al momento de cometerse el ilícito, asimismo en los delitos de TENTATIVA, el Ministerio Público, tampoco hace mención a que se le haga el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, si se le llegaron a ocasionar al ofendido.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arilla Bas, Fernando. **EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO**. Edit. Porrúa, 10a Edición , México 1986.
- 2.- Bejarano Sánchez, Manuel. **OBLIGACIONES CIVILES**. Edit. Harla, 3a. Edición, México 1984.
- 3.- Castellanos, <fernando. **LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL**. Edit. Porrúa, 33a. Edición. México 1993.
- 4.- Castro V. Juventino. **EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO**. Edit. Porrúa. 5a. Edición. México 1983.
- 5.- Colín Sánchez, Guillermo. **DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**. Edit. Porrúa, 14a. Edición. México 1993.
- 6.- Cuello Calón, Eugenio. **DERECHO PENAL Tomo II (Parte General)**. Edit. Bosch, 27a. Edición. México 1990.
- 7.- Franco Sodi, Carlos. **EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO**. Edit. Porrúa. 2da. Edición, México 1983.
- 8.- González Bustamante , Juan José. **DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO**. Edit. Porrúa, 8a. Edición. México 1988.
- 9.- Gutiérrez y González , Ernesto. **DERECHO DE LAS OBLIGACIONES**. Edit. Porrúa. 8a. Edición. México 1991.
- 10.- Olvera Ochoa, Salvador. **LA DEMANDA POR DAÑO MORAL**. Edit. Mundonuevo. 1ra. Edición. México 1991.
- 11.- Pallares, Eduardo. **DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL**. Edit. Porrúa. 20a. Edición . México 1991.
- 12.- Piña y Palacios , Javier. **DERECHO PROCESAL PENAL**. Edit. Porrúa, 2da. Edición. México 1970.

13.- Rivera Silva, Manuel. **EL PROCEDIMIENTO PENAL**. Edit. Porrúa, 13a. Edición. México 1983.

14.- Rojina Villegas, Rafael. **DERECHO CIVIL MEXICANO**. Tomo V, Volumen II, OBLIGACIONES, Edit. Porrúa, México 1985.

15.- Rojina Villegas Rafael. **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES) Tomo III**, Edit. Porrúa, 4a. edición, México 1973.

DICCIONARIOS

- 1.- Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Tomo Y, Edit. Heliasta.
- 2.- Diccionario Enciclopédico Salvat, Tomo 12, Editoreal. Salvat, México 1983.
- 3.- Diccionario Enciclopédico Abreviado, Editoreal. Esparsa Calpe, Madrid 1979.
- 4.- Diccionario Porrúa de la Lengua Española, Editoreal Porrúa, 20a. Edición, México 1981.
- 5.- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Editoreal Esparsa Calpe, Madrid 1970.

LEGISLACIONES

- 1.- Código Penal para el Distrito federal en Materia Común, y para toda la república en Materia Federal, Editoreal Sista, México 1997.
- 2.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, Editoreal Sista, México 1997.
- 3.- Código Civil para el Distrito Federal, Editoreal Porrúa, México 1996.

4.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal, Editoreal Sista, México 1997.