

492



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES CAMPUS ARAGON

“REPARACION DEL DAÑO MORAL COMO PENA PUBLICA. SU CUANTIFICACION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE LUIS VILLALOBOS HIDALGO

ASESORES: LIC. JORGE LUIS ABARCA MORENO
LIC. JOSE EDUARDO CABRERA MARTINEZ

285022



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.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Quien siempre ha bendecido mi camino, y a
puesto tantas cosas buenas en mi vida.

GRACIAS

A MIS PADRES

JOSE LUIS VILLALOBOS ZAMUDIO
GLORIA HIDALGO ANGELES

Que son parte esencial en mi vida y
quienes con su apoyo, cariño y
comprensión me han permitido alcanzar
todas y cada una de mis metas. A ellos no
solo les debo lo que soy ahora, sino lo que
seré siempre.

GRACIAS

A MIS HERMANAS

Maribel, Alejandra y Wendy.

Quienes me brindaron su apoyo, cariño y confianza para culminar uno de mis objetivos deseados, contando siempre con ellas en todo momento y en cualquier circunstancia. Y muy en especial a mis sobrinas Vianey y Gaby.

GRACIAS

A LA FAMILIA VILLALOBOS ZAMUDIO

Por toda la ayuda que en todo momento me brindaron para continuar mis estudios, tanto moral como económico, y sobre todo demostrándome que en la vida no hay mejor camino que el de la superación.

GRACIAS

A MIS AMIGOS Y AMIGAS

Con quienes he compartido grandes momentos de mi vida, en especial a Reyna, Fernando, Vicki y Maya.

GRACIAS

**A LA UNAM Y SOBRE TODO
A LA ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"**

Por tener el honor de haber pertenecido a tan reconocida Institución, y ahí realizar mi formación profesional.

GRACIAS

A MIS MAESTROS

Por sus enseñanzas y conocimientos que me transmitieron, ya que me servirán para ser un buen profesionalista. En particular al Lic. José Eduardo Cabrera Martínez por el apoyo brindado para la culminación de este trabajo.

GRACIAS

AL JURADO

Con respeto y admiración.

GRACIAS

INDICE

Pág.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

EL DAÑO

1.1. Concepto.....	5
1.2. Tipos de daño.....	9
1.2.1. El daño material.....	11
1.2.2. El daño moral.....	12
1.3. Teorías explicativas de la reparación del daño.....	16
1.4. Concepto de daño moral.....	21
1.5. Antecedentes generales de la reparación del daño material y moral.....	24

CAPITULO II

REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA

2.1. Pena Pública.....	31
2.2. Naturaleza jurídica.....	36
2.3. Fuentes legislativas.....	40
2.3.1. El Código Civil para el Distrito Federal.....	42
2.3.2. El Código Penal para toda la República en materia Federal.....	49
2.3.3. El Código Federal de Procedimientos Penales.....	55
2.3.4. Casillero jurisprudencial.....	57

CAPITULO III

CONSECUENCIAS DE LA VICTIMA CUANDO SUFREN UN DAÑO MORAL; EN DELITOS QUE AFECTEN LA INTEGRIDAD FISICA.

3.1. Por homicidio.....	62
3.1.1. Por dolo.....	66
3.1.2. Por imprudencia.....	69
3.2. Por violación.....	71
3.3. Por lesiones.....	74
3.4. Elementos constitutivos de la reparación del daño moral.....	81
3.5. Obligación del inculpado de resarcir el daño causado.....	82

CAPITULO IV

PROCEDIMIENTOS PARA LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL.

4.1	El Ministerio público.....	87
4.1.1	Fundamento legal y atribuciones.....	91
4.2.	Análisis del artículo 30, 31 y 34 del Código Penal Federal y facultades del juzgador.....	94
4.3.	Análisis del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.....	106
4.4.	Características de la reparación del daño en materia penal.....	109
4.5.	Aplicación supletoria de la Ley Federal del Trabajo en relación a la cuantificación del daño moral en el Código Penal.....	110

CONCLUSIONES.....	112
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	115
--------------------------	------------

INTRODUCCION

En virtud de la problemática que se ha detectado en cuanto a la aplicación de los ordenamientos jurídicos en la práctica respecto a la reparación del daño, nos podemos percatar de que la Constitución y en el Código Penal Federal elevan a rango de pena pública la reparación del daño, esto es; el representante del Estado como lo es el órgano jurisdiccional, en su condena al inculgado, debe de tener en cuenta todos los elementos que se puedan precisar en cuanto a su monto e indemnización que se le otorgará a la parte ofendida.

Considerando que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, ésta comprende tanto el daño material y el daño moral, y tratándose de éste último, si bien es cierto que no existe precepto legal que permita establecer su monto, el Código de Procedimientos Penales nos remite a la legislación laboral para garantizar la reparación del daño por delitos que afectan la vida e integridad física de las personas.

Ya que la obligación de reparar el daño material y moral, sobre todo este último, abarca todos los conceptos que afecten a la víctima de un delito y sus familiares, dada su propia naturaleza, existe imposibilidad de determinar en forma precisa y exacta su cuantificación; procede entonces para establecer su monto, remitirse a las disposiciones laborales tal como la ley procesal de la materia lo establece, debiendo advertirse que para resarcir tal concepto, debe quedar al prudente arbitrio del juzgador habida cuenta que el artículo 399 del

Código de Procedimientos Penales establece que dicho monto no puede ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo, en tanto que el artículo 31 del Código Penal, establece que dicha reparación sea fijada por los jueces de acuerdo al daño que sea preciso reparar, toda vez que la indemnización en dinero tratándose de un daño no patrimonial como lo es el moral es casi imposible de cuantificar, y por ello la ley corre el riesgo de valorar cosas desiguales aplicándose un criterio común a fin de que la justicia sea completa, más aun cuando se trate de valores o magnitudes no comprobables.

También la reparación del daño en sentido moral al cual nos estamos refiriendo es de naturaleza abstracta y en ocasiones el juzgador no tiene los suficientes elementos para determinar la sanción al presunto responsable. Por eso la importancia de regular su monto desde el ordenamiento sustantivo.

En este trabajo de investigación se podrá apreciar la importancia de las víctimas, regularmente cuando son de recursos bajos, o que el ilícito del cual fueron víctimas, de una manera les sea compensado ya que la reparación en cuanto al daño material es relativamente fácil de apreciar, más no el daño moral, ya que los jueces no siempre tienen a su alcance todos los elementos que les faciliten a precisar una cuantía justa y equitativa en cuanto a la reparación del daño no patrimonial, haciendo mención que no significa que con esto vuelvan a quedar al estado en que se encontraban antes del ilícito, como lo manifiestan nuestras legislaciones, y principalmente cuando la víctima fuese en delito de homicidio, por que los afectados realmente serían sus familiares que dependieran de él agraviado, pero si mediante una indemnización compensatoria podrán hacerle frente a su vida cotidiana.

También nos referiremos es que en ocasiones el representante social como lo es el Ministerio Público que actúa como parte en el procedimiento, nos vamos a encontrar que como la reparación del daño más bien es de carácter privado, le resta un poco de importancia, razón no procedente ya que nuestra Constitución le confiere facultades para representar a la parte ofendida dentro de un ilícito penal, e incumbe al representante social aportar todos los elementos que conduzcan a precisar la naturaleza y el monto del daño, para constar así al formular sus conclusiones con las bases necesarias para solicitar al juez esa imposición de pena pública, y que la autoridad determine una reparación más justa y equitativa a título de reparación del daño material y moral.

Cabe destacar que la reparación del daño moral la podemos considerar como un sinónimo de equivalencia ya que es muy difícil que las cosas vuelvan a estar al estado en que guardaban antes, y más aun después de un ilícito penal, ya que se ven afectadas en su integridad física y corporal, pero la finalidad de este estudio es que las víctimas de un delito se vean afectadas lo menos posible y que el delincuente o infractor tenga una sanción ejemplar.

El objeto de este trabajo de investigación es dar un panorama sobre la reparación del daño que ha sido elevado a pena pública y por consecuencia debe ser exigido por el Ministerio Público que actúa como parte en el procedimiento, y en dicha reparación se desprende el daño material y moral, que son concepciones distintas ya que el primero recae sobre bienes que pueden ser valorados, cuantificados e incluso reemplazados y que son perfectamente visualizados por el juzgador, y en cuanto al segundo afecta la integridad física y corporal de las personas en una concepción penal, ya que

civilmente considera derechos de personalidad como la afección que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, aspectos físicos etc.

Asímismo, se hará un breve análisis de los preceptos que contemplan la reparación del daño desde el punto de vista civil y penal, las facultades del juzgador, el Ministerio Público, la víctima, y todos aquellos elementos que nos ayuden a precisar los criterios que actualmente se utilizan para otorgar una indemnización a título de reparación moral.

CAPITULO PRIMERO

EL DAÑO

- 1.1 Concepto
- 1.2 Tipos de daño
 - 1.2.1 El daño material
 - 1.2.2 El daño moral
- 1.3 Teorías explicativas de la reparación del daño
- 1.4 Concepto de daño moral
- 1.5 Antecedentes generales de la reparación del daño material y moral

CAPITULO PRIMERO

EL DAÑO

1.1. CONCEPTO

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

Para el estudio del tema que trataremos en los capítulos siguientes en lo referente a la reparación del daño tanto material como el daño moral es necesario primeramente señalar que entendemos por daño. Por tanto iniciaremos con la definición general la cual nos indica, que daño es toda lesión, menoscabo, detrimento que una persona sufre en su patrimonio y su persona, que en su mayoría es como algunos autores lo manifiestan.

Algunos tratadistas al referirse al daño como lo es Orgaz dice: “El daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”¹

Para Enneceruslehman: “Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición)”²

¹Salvador Ochoa Olvera. *La Demanda por Daño moral*. 2ª Edición. Editorial Montecalto. México 1999. Pág. 1

²Ibid

Para Hans A. Fisher profesor de la Universidad de Sena define el daño de la siguiente manera: "Llácese daño todo detrimento o lesión que una persona experimenta en su alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que sea la causa aunque se le infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre".³

De esta definición del maestro Fisher podemos apreciar que el tratadista alemán expresa que el daño es una lesión material o moral sobre el cuerpo o bienes de un individuo, así sea por causa del mismo o por otra persona y; en el caso en que el propio individuo sea el que ocasione el daño jurídicamente no tiene consecuencias siempre y cuando no afecte a otras personas.

Alessandri y Samarriva definen el daño: "Como todo detrimento, molestia o dolor que por causa de otro sufre un individuo en sus bienes y persona sea este físico o moral, intelectual o afectivo. Para que exista un daño no es necesario que se lesione un derecho, basta que se prive a la víctima de una ventaja o beneficio lícito"⁴

De esta definición se puede apreciar el sentido natural y objetivo de la palabra daño, y es muy completa ya que contempla el daño físico, moral y material y expone perímetros que puede afectar como la lesión a un derecho que el legislador no ha dado un concepto ni especial ni restringido, pero la vamos a entender como un detrimento en el patrimonio de las personas.

³ Rafael Duran Trujillo. Nociones de Responsabilidad Civil. Editorial Temis. Colombia 1981 Pág. 307

⁴ Id

En referencia a las definiciones citadas nos podemos percatar que el daño está concebido regularmente como algo material y susceptible de ser reparado, pero en ocasiones como algunos autores manifiestan, puede que el perjuicio no sea en algún bien patrimonial sino más bien en un extrapatrimonial, esto es, que puede recaer en la persona misma o en otras afectando sus valores morales, más sin embargo nosotros estudiaremos lo que toca a la reparación del daño en su aspecto material y moral en el procedimiento penal como consecuencia de un hecho ilícito.

Por todo lo anterior para nosotros el daño debe concebirse como toda afectación, perjuicio o lesión que sufre un individuo en sus bienes patrimoniales, en su integridad física y sus valores morales.

También es cierto que el concepto de daño está relacionado en todas las legislaciones modernas con el de perjuicio: todo daño, deterioro, destrucción, mal, sufrimiento- provoca un perjuicio o una pérdida patrimonial.

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.

En el código sustantivo penal establece la igualdad entre daño, destrucción o deterioro. En cuanto al elemento material, es indiferente el medio elegido para sancionar el daño.

En el Código Civil para el Distrito Federal dice en su artículo 2108:

“Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”

Aunque en este ordenamiento legal también se observa lo que es el perjuicio que lo contempla de una manera similar al daño que dice:

“Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.”

La distinción que se da de daño y perjuicio en nuestro Código Civil es que el daño es la pérdida de bienes que ya están en poder de la víctima y el perjuicio se refiere a la privación de bienes que habría de entrar en el peculio de la víctima y que esta deja de percibir a consecuencia del acto dañoso.

En lo que se refiere al perjuicio nos podemos percatar que esta muy relacionado al concepto de daño pero tal vez le da otro enfoque en materia civil como lo es el incumplimiento de un contrato o de una obligación que pudiera derivar un daño o perjuicio. Pero nosotros tomaremos la concepción que del daño da nuestro Código Civil vigente.

El artículo 2108 del Código Civil actual ha sido muy criticado por la manera tan simple que ha definido el concepto de daño, ya que no solo es una pérdida pecuniaria, sino también todo detrimento sufrido por las personas en su salud, su integridad física y sus valores personales.

1.2. TIPOS DE DAÑO

Los tipos de daño a los cuales nos vamos a referir, podemos percatarnos de que pueden ser de diferente naturaleza y pueden recaer en las personas o en su patrimonio como son: el directo, indirecto, inmediatos, mediatos, eventual, futuro, material o moral, en específico nos referimos a los últimos que en lo que nos concierne en este trabajo de investigación, también cabe aclarar que no hay ningún tipo de clasificación exacta, pero haremos mención de los daños a que se refiere la doctrina y a nuestra consideración son importantes, por ejemplo:

- Por daño directo vamos a entender que es aquel que soporta el agraviado;
- Por daño indirecto no es más que el sufrimiento del mismo por una persona distinta del agraviado.
- Por daño inmediato son los que corresponden a una conexión de primer grado con el hecho causal, y son los daños que resultan de un acto considerado en sí mismo.
- Por daño mediato son los que resultan solamente de la conexión de un hecho con acontecimiento distinto.
- Por daño eventual; es aquel que ocurre dentro del mismo momento del ilícito.
- Por daño futuro va a ser aquel que produce secuelas después de consumado el ilícito.
- Por daño moral es aquel que sufre una persona en sus sentimientos, decoro, honor, reputación etc.

- Por daño material es aquel que sufre una persona en su patrimonio, o en todo aquello que es susceptible de comerciar o se encuentra dentro del comercio.
- Por daño emergente que es una derivación del daño material y que es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, o sea un empobrecimiento del patrimonio.
- El daño de lucro cesante que no es más que la frustración de ventajas económicas esperadas o sea la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto.

De esta clasificación que acabamos de señalar entendemos que por tipo de daño hay diferentes categorías que afectan a las personas ya sea de manera directa o indirecta y pueden ser ocasionados desde diferentes puntos de vista; como por incumplimiento de un contrato, los daños y perjuicios a los derechos de autor, por una riña, por la muerte de un ser querido, por infamia, calumnias, etc., más sin embargo nos enfocaremos a lo que es la reparación del daño que pueda ser resarcida por el infractor y el Estado a través de sus colaboradores, y que se pueda apreciar de una manera justa en los ordenamientos legales.

En lo que respecta al daño éste puede recaer en el ámbito civil o penal según su naturaleza, sin embargo si hay que diferenciar en cuanto ha que hay daños que solo afectan bienes patrimoniales que son susceptibles de ser reparados, así como otros que producen consecuencias después del acto dañoso, y otros que por su naturaleza no pueden ser valorados por que recaen en un bien extrapatrimonial, o sea los llamados daños morales.

1.2.1. EL DAÑO MATERIAL

El daño material siempre va afectar bienes incluidos en el patrimonio de una persona y todos aquellos bienes susceptibles de comerciar o se encuentran con un valor intrínseco en el mercado.

En este sentido como podemos apreciar en cuanto al daño material no hay ningún tipo de problema en cuanto a su determinación y su cuantificación ya que esta plenamente determinado e identificado y este se puede restablecer al mismo estado en que se encontraba o si no es posible, se determina el valor de la cosa mediante el costo que tenga en el momento del perjuicio.

También es cierto que cualquier daño material por pequeño que este sea, sin distinción entre daño moral o patrimonial, da lugar a una responsabilidad, bien en el aspecto civil o en el aspecto penal, si se llenan las demás condiciones, culpa y relación de causalidad entre la culpa y el daño.

Para que exista un daño como ya señalamos se requiere que sea cierto, que no haya sido reparado, que afecte personalmente al demandado y no atente contra un derecho adquirido, que sea lícito y moral. Esto es que solamente afecte los bienes patrimoniales.

También el daño material se puede concebir como todo perjuicio sobre un bien adquirido o la disminución de valores monetarios ya existentes, incluso la perdida de una ganancia prevista, y esto da a la víctima la facultad para demandar y exigir una reparación por el daño material sufrido.

1.2.2. EL DAÑO MORAL

El tratadista Rafael Rojina Villegas nos da una definición de daño moral que dice: “El daño moral consistirá en toda la lesión a los valores espirituales de las personas originada por virtud de un hecho ilícito, o sea por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta, o en la esfera jurídica de otro que no este autorizada por la norma jurídica.”⁵ De este precepto que nos da el maestro se distinguen dos tipos de moral los que tocan el patrimonio moral de las personas, esto es que afectan su honor, prestigio, reputación etc., y los que hieren a su parte afectiva, ósea las sensaciones propias de cada individuo.

Al hablar de daño moral tenemos que remitirnos a lo que dice nuestro Código Civil en su artículo 1916 en su primer párrafo que a la letra dice:

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración de que si mismo tienen los demás. Se considerará que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”

Respecto de esta definición que da el Código Civil nos encontramos con varios aspectos de naturaleza abstracta y muy difícil de ser precisados dentro de los procedimientos civiles y más aun dentro de los procedimientos penales

⁵ Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil mexicano. Tomo Quinto Vol. II. Quinta Edición. Edit. Porrúa S.A. México 1985. Pág. 137

que es lo que en realidad nos interesa y la inquietud que sé esta abordando en este de este trabajo, cabe aclarar que de la definición que da el Código Civil respecto del daño moral nos percatamos que sus conceptos no pueden ser precisados ni contemplados dentro de un procedimiento penal y que este en su ordenamiento sustantivo debe ser más preciso y tener una definición más particular y no tan genérica para que al precisar una reparación a título de reparación moral el juez pueda tomar como base para precisar su condena.

También hay que hacer mención de que el daño moral puede tener una gran variedad de aspectos muy interesantes en el ámbito civil, como son los derechos de personalidad ósea los sentimientos, afectos, creencias, reputación, vida privada, aspectos físicos, que no es lo que nos ocupa propiamente en este trabajo de investigación, que si bien es cierto que contemplamos la cuantificación del daño moral, pero desde una perspectiva más concreta, sobre todo en materia penal de los hechos delictivos, pero si vamos a reseñar lo que dicen algunos tratadistas para tener un mejor conocimiento de lo que es un daño moral.

Con relación al daño moral nos encontramos en que se manifiesta de diversas formas como lo comenta el maestro Borja Soriano:

a) Molestias en la seguridad personal. Amenazas injustas de daños corporales, o de privación de la libertad, o de atentados al honor, o de perjuicios económicos, privación ilícita de la libertad; contagio culpable de enfermedades, etc.

b) Molestia en el goce de los bienes: Violación de domicilio, sustracción o destrucción o recuerdos de familia, o de colecciones de científicas o artísticas, colocación de carteles o leyendas en los muros de una propiedad, etc.

c) Ataque a las afecciones legítimas. El dolor provocado en la víctima o su familia por delitos contra la vida, la salud o la honestidad, la humillación causada a la persona por la revelación de un secreto afligente o deshonroso; el sufrimiento derivado de una calumnia y en general el ataque de los sentimientos por actos contrarios o la inviolabilidad de la vida privada.⁶

En cuanto al primer inciso nos encontramos que el maestro Borja nos dice que es el daño causado puramente en la persona y su integridad física; en el segundo apartado se refiere a la valorización que cada persona tiene de sus objetos, que para ellos no tiene precio sino un valor sentimental, y en el tercer párrafo nos remite a la víctima o su familia que sufren indirectamente el daño, esto es, la pérdida de un pariente, o bien se refiere a la honorabilidad de un cierto grupo social.

Así por ejemplo el maestro Brebbia dice: “solo podemos saber que una persona a sufrido una lesión en sus afecciones legítimas a raíz de la muerte de su padre porque nuestra propia experiencia nos indica de manera imperiosa que de estar en idéntica situación, nos sentiríamos heridos en nuestras afecciones.”⁷

⁶ Rafael Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones. Séptima Edición. Edit. Porrúa. México 1995. Pág. 285

⁷ Roberto Brebbia H. El Daño Moral. Edit. Orbi. Buenos Aires. 1967 Pág. 258 n 130

También es cierto que un gran número de expertos jurídicos que prefieren concebir el daño moral entre el aspecto objetivo y subjetivo, y dicen, que se encuentra formado por aquellos bienes personales que los sujetos poseen en razón de su característica individualidad biológica y mental como por ejemplo las afecciones legítimas, la integridad física etc., bienes estos cuyo grado de infracción solo puede ser constatado por las demás personas de una manera indirecta, partiendo de la base de la indiscutible uniformidad de la naturaleza humana y generalizando las sensaciones sufridas en cosas semejantes para cada una.

El daño moral como podemos percatarnos puede ser objetivo o subjetivo, esto es: se dice que el primero es objetivo porque puede contabilizarse someterse a una suma de dinero mediante la prueba de sus elementos y que es subjetivo porque permanece genérico, inadmisibles al poder del hombre para su apreciación en valor en capital.

El daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, reputación, su consideración, su patrimonio moral propiamente dicho o bien en sus afecciones o sea en la parte afectiva del patrimonio moral.

Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios los que deriva de aquel en forma concreta que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados, inaccesibles y abstractos; y perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

1.3. TEORIAS EXPLICATIVAS DE LA REPARACION DEL DAÑO.

En el Código Penal de 1871 en el cual comprendía la responsabilidad civil en el cual se desprendían cuestiones de tendencia a reparar daños causados relativo a bienes patrimoniales y no de reparación de los daños causados de entorno extrapatrimonial.

En dicho ordenamiento se desprende que cuando se reclame una cosa no se debería pagar el común valor de la afectación, sino el común que tendría la cosa.

De dicha suposición señalada entendemos que lo que trataba de decir el legislador es que no se podía poner precio a la honradez, sentimientos, creencias, decoro, etc.; porque sería como degradar u ofender a la persona.

El Lic. Colín Sánchez nos dice referente a la reparación del daño que: “La legislación mexicana influenciada por las corrientes positivistas, califica a ésta, como una “pena pública”, olvidando así, el distinto contenido de la acción penal y de la civil, al igual que la diferencia respecto de la titularidad de una y otra.”⁸ Ya que los positivistas señalaron la reparación del daño como pena obligatoria para el delincuente y como función del Estado en pro de la defensa social.

⁸ Guillermo Colín Sánchez. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Sexta Edición. Edit. Porrúa. México. 1997. Pág. 719

De esta referencia que da él maestro Colín nos encontramos en que los juristas concibieron a la reparación del daño como pena pública para que el Estado estuviera con mayores atribuciones en lo que toca no solo a investigar delitos, sino que cuando estos se comprobaran, condenar al responsable a la reparación del daño, pero esto trajo como resultado que en ocasiones por el ilícito penal surgiera alguna acción en materia de responsabilidad civil.

Otra teoría que podría aportar se encuentra la de Ripert que dice: "Lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima sino el castigo del autor. Los daños y perjuicios no tienen el carácter resarcitorio sino carácter ejemplar, si hay delito penal, la víctima denuncia al culpable que ha sabido deslizarse dentro de las infracciones penales, sin embargo hay pena privada porque es preciso pronunciar la pena bajo el tenor de reparación".⁹

Actualmente se ha venido evolucionando en nuestras legislaciones y podemos decir que en ningún momento se le cuantifica a los detrimentos de naturaleza inmaterial, pero como consecuencia de una indemnización pecuniaria a título de reparación moral tiene como consecuencia un fin satisfactorio susceptible de enmendar en una pequeña parte las consecuencias del hecho generador de consecuencias legales.

En términos generales podemos, concluir que una primer teoría es la que algunos autores manifiestan es que la reparación del daño moral tiene un carácter resarcitorio al igual que la reparación del daño material. Ambos son especies del genero daño, y no distinguen al respecto de uno y otro.

⁹ Salvador Ochoa Olvera. Op. Cit. Pág. 116

La segunda, se entiende que tiene el carácter de ejemplar y punitorio es decir que se trata de una pena civil, como hace referencia en su concepto el maestro Ripert.

La tercera es la corriente ecléctica, Por un lado no cabe duda que la teoría del carácter ejemplar o punitorio descubre interesantes aspectos de la reparación del daño moral, sin embargo genera una innecesaria confusión entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, distinción que debe considerarse definitiva ante el progreso actual de la ciencia jurídica.

De lo que se desprende que hay teorías que si aceptan la reparación del daño, como la positivista que dijo que era obligatoria para el delincuente y que correría a cargo del Estado, y otras que dicen que es de carácter ejemplar y punitorio, aunque en ocasiones no se diferencia la sanción civil de la penal y aunque son de naturaleza distinta el legislador no le dio importancia ya que considero que ambas eran complementarias, y el fin de estas es la protección a las víctimas de hechos delictivos.

Así de esta manera podemos considerar lo que dice el maestro Borja Soriano en el sentido de que hay diferentes categorías de daños morales, por una parte los que tocan a la llamada parte social del patrimonio moral: hieren a un individuo en su honor, su reputación, su consideración; por otra los que tocan la parte afectiva del patrimonio moral, hieren a un individuo en sus afectos, se trata por ejemplo del dolor experimentado por la muerte de una persona que es querida.

Los hermanos Mazeaud distinguen tres corrientes legislativas y doctrinales en lo concerniente al tratamiento de los daños morales que 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) En la corriente que asegura que el daño moral es resarcible siempre y cuando coexista con un daño económico; supuesto según el daño será proporcional al daño económico resentido.
- c) La que afirma que el daño moral puede ser resarcido con independencia de todo daño económico. Los propios hermanos Mazzeaud participan de esa opinión, pues reparar es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente.¹⁰

Hasta hace poco el Código Civil para el Distrito Federal era exponente de la segunda corriente pues el artículo 1916 y 2116 autorizaban al juez a decretar el resarcimiento de las lesiones espirituales, hasta el importe de la tercera parte del valor del daño económico sufrido por la víctima,

Artículo 1916 "Independientemente de los daños y perjuicios el Juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará al

¹⁰ Cit Manuel Bejarano Sánchez. Obligaciones Civiles. Tercera Edición. Edit. Harla. México 1995. Pág. 247

responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al estado en el caso previsto del artículo 1928.

Artículo 2116 Al fijar el valor y deterioro de la cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioro la cosa con el objeto de la lastimar la afección del dueño.

Las reformas introducidas, publicadas el 31 de diciembre de 1982, determinaron la necesidad de reparar en su integridad los daños espirituales e introdujeron un principio de congruencia en el sistema de responsabilidad civil, atribuyendo idéntico trato a los daños económicos y morales lo cual constituye un avance considerable en esta materia, si bien persiste la insuficiente reparación de los daños causados en la integridad física.

Existen tratadistas que no aceptan la indemnización por la lesión a los sentimientos de afección porque en estos casos la víctima pecuniariamente no ha sufrido ningún atentado ya que hacen mención que es deshonesto poner precio al dolor, que implica una adquisición sin causa, y que el perjuicio no es mesurable desde el punto de vista económico, ni es apreciado por los sentidos, por lo tanto no puede remediarse.

A este respecto sostenemos que si se acepta la reparación del daño moral no debe incluirse algunos aspectos de esta, sobre todo en materia penal, pues de hacerlo representa una incoherencia de quienes si lo hacen puesto que la moral en los individuos engloba aspectos diferentes y a cualquiera de ellos que se les infiera un daño debe resarcirse por el culpable.

1.4. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Respecto del daño moral daremos algunas definiciones de destacados juristas para poder determinar nuestro propio concepto y poder establecer que bienes tutela y si es susceptible de ser precisado mediante una indemnización.

Bruggi nos dice que “el daño moral es un dolor injustamente sufrido, así como toda alteración desagradable en el animo y la afección de las personas, siempre que se traduzca en sensaciones desagradables e independientemente de toda consecuencia patrimonial”¹¹

Rene Savatier: “Nosotros entendemos por daño moral todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria. Puede ser un sufrimiento físico, la indemnización que lo compensa toma el nombre de pretium doloris. Es más frecuente un sufrimiento moral de origen diverso; la víctima ha podido sufrir principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad y tranquilidad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones etc”.¹²

De Ruggiero dice: “No patrimonial o como se acostumbra decir moral, es aquel daño que no acarrea ni directa ni indirectamente alteración patrimonial, pero si turba injustamente las condiciones anímicas de las personas ocasionando dolores y sentimientos”¹³

¹¹ Sergio C. Arellano Rábicla. Derechos Humanos y Daño Moral en la Procuración de Justicia. Segunda Edición. Edit. Delma. México 1999. Pág. 103

¹² Cit. Jorge Olivera Toro. El Daño Moral. Tercera Edición. Editorial Themis S.A. de C.V. México D.F. 1998. Pág. 8

¹³ Id.

De las definiciones que acabamos de citar nos damos cuenta que el daño moral va a recaer sobre bienes que afectan la vida o integridad corporal de las personas, regularmente en sus emociones, afecciones, sentimientos creencias y que pueden ser o no causa de un hecho ilícito, ya que son sensaciones internas dentro de cada individuo.

Si se buscan en el hombre bienes no solo patrimoniales, sino extrapatrimoniales, la noción de daño no es otra que el ataque en la persona, en sus bienes tanto económicos como morales, siempre que se fragmente la conexión ético-objetiva que realiza el derecho. Así que el daño ya sea siguiendo la vida económica o moral, siempre redundan en la persona, y se diferencia el uno del otro precisamente en la clase de bienes que lesionan, las consecuencias que producen, pero esencialmente y eso es lo principal, en los dos casos nace la necesidad jurídica de su reparación, la persona puede ser lesionada tanto en cuanto es, como en cuanto conserva.

Continuando con la exposición del daño moral cabe mencionar que nadie discute la existencia del daño económico y del daño resentido en la integridad física de la persona; nadie duda de su posibilidad de resarcimiento.

El maestro Bejarano nos dice que "El daño moral es la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afecciones, creencias, honor o reputación o bien en la propia consideración de sí mismas como consecuencia de un hecho de tercero antijurídico y culpable, o por un riesgo creado"¹⁴ De esta definición podemos destacar que el propio individuo se crea ese estado moral.

¹⁴ Manuel Bejarano Sánchez. Op. Cit Pág. 246

Los hermanos Mazzeaud diferencian dos partes en el patrimonio moral de los individuos.

Por una parte el aspecto social que en opinión de tales autores, comprende el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causan lesiones estéticas.

Y la segunda la parte afectiva del patrimonio moral constituida por los sentimientos morales o religiosos, los sentimientos del amor, la fe, los sufrimientos por el fallecimiento de una persona amada, etc.

De estas acepciones podemos mencionar que el daño moral se divide en dos como lo comenta el maestro Arellano Rábiela primero “El daño moral directo: vulnera en forma inmediata, un interés protegido por el derecho de la personalidad, el social o el familiar; y el segundo el daño moral indirecto: es cuando al producirse la conducta lesiva afectando un bien patrimonial y por repercusión lesiona en forma secundaria a un bien no patrimonial, que corresponda al daño moral. Aquí el derecho coexiste como consecuencia al derecho personalísimo ya sea familiar o social”.¹⁵

En conclusión diremos que daño moral es toda afectación que sufre una persona en su honor, reputación, creencias, vida privada, configuración y aspecto físico; y en la consideración que de sí mismo tienen los demás, que son producto de una causa externa o bien propia de cada individuo.

¹⁵ Sergio C. Arellano Rábiela. Op. Cit. Pág. 103

1.5. ANTECEDENTES GENERALES DE LA REPARACION DEL DAÑO MATERIAL Y MORAL

Para hacer referencia de la reparación del daño producido por una conducta ilícita, es conocido desde los tiempos más remotos; y la encontramos en el Código de Hamurabi (1728-1686 A.C.), en las leyes de Manú y en las XII Tablas Romanas.

En el Código de Hamurabi se obliga al delincuente a compensar a su víctima; en casos de robo o daño debía restituir 30 veces el valor de la cosa; cuando el delincuente era insolvente, el Estado se hacía cargo reparando el daño a la víctima o a su familia en el caso de homicidio.

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

En las XII Tablas en todos los casos de delito y cuasi delito se condenaba al pago de daños y perjuicios. Así el robo se pagaba al doble de lo robado en los casos de in fraganti, en los demás será el triple. En otros delitos se toma en cuenta la calidad de la víctima y las circunstancias del hecho.

Ya en épocas más recientes en el Congreso Penitenciario de Roma (Noviembre de 1885), Garófalo propuso las multas en beneficio de una caja que sirviera para compensar a las víctimas del delito, esa multa sería proporcionada a las fortunas del delincuente; los deudores insolventes serán

detenidos hasta que paguen y los solventes sufrirán descuento de su salario hasta extinguir la deuda.

En 1885, en el célebre primer Congreso de Antropología Criminal celebrado en Roma, Garófalo desarrolla las mismas conclusiones y Ferri, Fioretti y Venezian, “propusieron que la reparación es de interés inmediato para el perjudicado y para la defensa social preventiva y represiva del delito y por lo tanto manifiestan que el deseo de las legislaciones positivas pongan en práctica en los procesos lo más pronto posible los medios más convenientes contra los autores del daño, los cómplices y los encubridores considerando la realización de la reparación como una función de orden social confiadas de oficio en las siguientes personas; El Ministerio Fiscal dentro de los debates, a los jueces en las condenas y a la administración de las prisiones, en la recompensa eventual de trabajo penitenciario y en las propuestas de liberación condicional”.¹⁶

En 1889, el tema vuelve a tratarse en el Congreso de Derecho Penal en Bruselas y en el Congreso jurídico de Florencia en 1891 en el que se contempla el embargo preventivo y la hipoteca de los bienes del victimario para garantizar la reparación de la víctima.¹⁷

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

¹⁶ Luis Rodríguez Manzanera. Victimología. Quinta Edición. Edit.. Porrúa. México 1999 Pág. 341

¹⁷ Id.

Retomando los antecedentes de la reparación del daño en la antigua Roma, en el año 287 a.C., en los comicios de la plebe y a propuesta del tribuno Aquilio se dictó una ley que tenga por objeto regular la reparación del daño causado a otro. Su objeto era limitado: se refería a los hechos de matar, herir a un esclavo o animal, destruir o deteriorar una cosa. Se le conoce como Lex Aquilia y consta de tres capítulos. Este cuerpo legal consagra el principio de que matar injustamente es matar sin derecho; por tanto, quien mata para escapar de un peligro que de otra forma no pudiese eludir, está exento de responsabilidad. Este concepto es el origen de la legítima defensa.

La ley establece asimismo, la eximente de caso fortuito: quien mata por casualidad, no merece castigo; en cuanto a la culpa, la asimila al dolo. El daño por deterioro, robo, incendio, etc., lo considera sólo con relación a los esclavos, animales que pasen en rebaños y objetos materiales, y determina su indemnización. Desde su antecedente remoto en el derecho romano, a través del Código Napoleón, la obligación de indemnizar el daño fue acogida por las legislaciones de los países del área latina y también por México.

En cuanto al daño moral en las legislaciones primitivas en las leyes de Eshnuna (aproximadamente 2000 años a.C.), constituyen en el estado actual de las investigaciones, el primer antecedente que se conoce sobre reparación del daño puramente moral: así el artículo. 42 dispone que quien propine a otro una bofetada en la cara "pasará y entregará diez shekels de plata". La injuria verbal daba lugar a una reparación de igual monto.

También el daño moral lo encontramos en Roma en lo que es la injuria que en el citado país ejemplifica los derechos de personalidad, se sabe que

después de caer en desuso las XII Tablas que establecían diversas clase de injurias, penas, tarifas, el edicto del pretor permitió a al persona injuriada perseguir una reparación pecuniaria que podía estimarse por sí misma.

Iheruing afirmaba “que era un error afirmar partiendo del principio de la pena pecuniaria en Roma, que el juez no podía apreciar más allá que el de los bienes económicos. La condena pecuniaria en sus manos abrazaba por el contrario todos los intereses que el derecho reconocía como realidades y dignos de protección a la *vera rei estimatio, amonestas, incomoditas etc.* El demandante debía percibir reparación, no solo por las perdidas pecuniarias sino también por las restricciones ocasionales teniendo en cuenta las circunstancias especiales fijar la reparación libremente apreciada (*quanti Inter. ex injuria*). En suma al lado de su función equivalente y de pena el dinero en el Derecho Romano tenía una función de satisfacción.”¹⁸

Dentro de las Leyes que se aplicaban en el derecho Romano en lo concerniente a la reparación del daño en especial el moral que es el origen de indagar en este trabajo nos encontramos con las acciones derivadas de la Ley Cornelia y la Estimatoria del edicto del Pretor, en la primera su titular era la persona que había sido víctima del hecho injurioso en tanto que la del pretor la *Actio estimatoria* podía también corresponder a las personas que estuviesen bajo su tutela.

Así el pretor extendió “el concepto de injuria a lesiones morales e introdujo para aquellos casos en los cuales la gravedad de la injuria ya fuera

¹⁸ Salvador Ochoa Olvera. Op. Cit. Pág. 18

por la intensidad de la lesión o por la ofensa fuera muy grande una *taxatio* a la *condemnatio* en la que el mismo fijaba la condena y no se dejaba a la estimación del juez”¹⁹ en la acción pretoria el que reclamaba no estaba sujeto al arbitrio judicial sino que atendía a su propio criterio para hacer la reparación. Y en cuanto a Ley Cornelia era de naturaleza penal y el importe de la sanción la decretaba el juez y a fines de la República comenzó a considerar algunos casos de injuria como delitos públicos.

Podemos señalar que antes de las Doce Tablas, se previó la reparación de los daños causados por hechos ilícitos, pero con posterioridad, bajo la República y mediante un plebiscito se dio en Roma la Ley Aquilia que reglamento esta materia para reprimir el daño como delito, ahora nos remitiremos a la época moderna en las legislaciones actuales.

En la legislación mexicana la regulación jurídica del daño moral en el Derecho Mexicano se puede decir que ha sido de muy poca importancia, y a lo que se refiere en materia penal los comentarios respecto del daño son muy escasos y sin ningún avance, en virtud de que en sus disposiciones lo contempla de una manera muy superficial y mucho menos establece que parámetros para determinarlo, a continuación daremos una referencia de lo que decían nuestros ordenamientos legales respecto al tema.

En el Código Penal de 1871, en su artículo 317 principió a codificarse la reparación del daño moral: “En el caso de que se pruebe que el responsable se

¹⁹ Sara Bialostoksky. Panorama del Derecho Romano. Edit. UNAM. México 1982. Pág. 211

propone destruir la cosa, precisamente para ofender al dueño de ella en esa afección, sin que pueda exceder de una tercia parte más que del común”.

El Código Civil de 1870, que de esta materia fue reproducido en el de 1884, se dijo en el artículo 1471: “Al fijar el valor del deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioro la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa.”.

En el artículo del Código Penal de 1921 en su libro segundo, trata de la reparación del daño, y en cuanto al daño moral, en su artículo 301 establece: “Los perjuicios que requieren indemnización son: II. Los no materiales causados en la salud, reputación, honra y en el patrimonio moral del ofendido o de sus deudos”. El artículo 304 señala: “En los casos de rapto, estupro o violación, la mujer ofendida, tendrá derecho a exigir a su ofensor como indemnización, que la dote con la cantidad que determine el juez, de acuerdo con la posición social de aquella y con la condición económica del delincuente”. Aquí se incluyen bienes tutelados por el derecho de la personalidad.

El Código Penal de 1931 siguió lo expuesto por el Código Penal anterior. El artículo 30 en su fracción II, en relación con la reparación del daño expresa: “La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia”. Este artículo no permite señalar los extremos de la indemnización.

Asimismo, el artículo 31 de ese código decía: “la reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla...”El juez podrá señalar la indemnización de acuerdo con las citadas circunstancias.

El Código Civil de 1928 en vigor de 1932, en su artículo 2116 y en relación con la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones respecto al daño moral, dice: “Al fijar el valor del deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afección del dueño; el aumento que por estas causas se hagan no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa”. Quiere decir que en este sentido el precepto siguió el código de 1884.

En el artículo 1916, se establece la reparación civil del daño moral que decía: “Independientemente de los daños y perjuicios el Juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará al responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto del artículo 1928”. Se le da al juez el máximo de la indemnización que puede fijar.

Posteriormente, el artículo 1916 del Código Civil sufrió la reforma en 1982 y del cual se desprende otras derivaciones del daño moral a que nos hemos referido anteriormente como son la honra, sentimiento, consideración que de sí mismo tiene los demás, entre otros aspectos de personalidad.

CAPITULO SEGUNDO

REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA

- 2.1 Pena pública
- 2.2 Naturaleza jurídica
- 2.3 Fuentes legislativas
 - 2.3.1 El Código Civil para el Distrito Federal
 - 2.3.2 El Código Penal para toda la República en materia Federal
 - 2.3.3 El Código Federal de Procedimientos Penales
 - 2.3.4 Casillero jurisprudencial

CAPITULO SEGUNDO

2.1 PENA PUBLICA

Para ingresar a la exposición del tema primero analizaremos lo que significa la palabra pena.

La palabra pena proviene del latín “poena” y ésta del griego “poine” y ambas eran utilizadas cuando había que referirse al sufrimiento o castigo que se le imponía a determinada persona.

Al respecto el diccionario jurídico nos dice que la palabra “pena”, significa, “castigo que impone la autoridad legitima o competente al que ha cometido un delito o una falta.”²⁰

La pena es legitima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito e impuesto por el poder del Estado al delincuente, requiere la imputabilidad, pues si esta se basa en el libre albedrío la pena será totalmente retribución del mal por el mal expiación y castigo, si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor, entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

²⁰ Juan Palomar. Diccionario para Juristas. Editorial Mayo. México 1981. Pág. 1000

También por pena se entiende la disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica.

De este concepto que acabamos de señalar se puede apreciar que separa netamente la pena criminal, como sanción punitiva, de las sanciones ejecutivas, con las cuales se trata de imponer coactivamente la realización de lo establecido en el precepto correspondiente, así proceda tal realización del impedimento de la acción contraria al precepto, de un constreñimiento a la acción prescrita por él, del restablecimiento del status quo anterior, del resarcimiento de los perjuicios causados, de la nulidad del acto viciado, o de su impunidad, es decir, del desconocimiento de sus efectos respecto de terceros. La pena criminal, en cambio, hiere al delincuente en su persona e importa necesariamente un mal que significa una restricción afectiva de su esfera jurídica. El ladrón no es más pobre que antes con la restitución de aquello que con su acción perjudicial obtuvo, pero ve materialmente reducida su esfera jurídica al deber soportar la pena criminal de privación de libertad en un establecimiento carcelario (sanción punitiva, pena).

Para Francisco Carrará “La pena es toda suerte un mal que se inflige al delincuente; es un castigo atendiendo la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas; la física y la moral, ambas subjetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento es la justicia; para que sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo, y para que esté limitada por la justicia a de ser legal, no equivocada, no

excesiva, igual, divisible y reparable. Por último las penas pueden ser estudiadas atendiendo a su calidad, a su cantidad y a su grado.”²¹

Por su parte Carlos Augusto Roeder, considera que la pena es “el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente, pero tal forma no debe ceñirse en la legalidad externa de las acciones humanas, sino a la íntima y completa justicia de su voluntad.”²²

Este autor, por lo que observamos en su definición dice que la pena no nada más debe castigar al delincuente sino que debe convencerlo totalmente de no seguir delinquiriendo, nos parece una idea aceptable pero un poco susceptible de ser tomada en cuenta.

Para Ignacio Villalobos “ La pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico”²³

De tal forma consideramos que la pena es la respuesta social contra aquel individuo que de una u otra forma infringen la ley, con el propósito de mantener el orden social.

La pena representa un doble aspecto el de prevención y el de represión o lo que es lo mismo, significa una amenaza y constituye una ejecución. Ambos deben plantearse conjuntamente, pues si bien la represión es la consecuencia o

²¹ Cit. Por Carrancá Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Quinta Edición. Edit. Porrúa S. A. México 1986. Pág. 515

²² Cit. Por Fernando Castellanos Tena Lineamientos Elementales de derecho Penal. 34ª Edición. Edit. Porrúa S. A. México 1994. Pág. 54

²³ Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Cuarta Edición. Edit. Porrúa S.A. México 1983. Pág. 522

el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose solo a uno de los momentos.

En nuestro derecho la pena es desde luego consecuencia del delito, pues esto solo existe cuando la acción se haya penado por la ley. Además las penas es también un mal, pues con el propósito de favorecer al reo, es decir, de causarle un daño menor, en nuestro derecho se declara que son aplicables retroactivamente las leyes nuevas que disminuyen la pena impuesta al delincuente.

De igual forma la pena es un mal necesario que se justifica por distintos conceptos inicuos. La ejemplaridad, la enmienda en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc. Pero fundamentalmente por necesidad de conservar el orden general.

En términos generales podemos concluir que el fin de la pena es el reestablecimiento del orden externo de la sociedad, pero nosotros consideramos que esta lleva consigo otros fines que son:

- Que se haga justicia con el individuo que ha sufrido el mal;
- Que este sea vengado y resarcido el daño padecido por causa del infractor;
- Y por último, que el delincuente purgue su condena y obtenga su enmienda social.

PENA PUBLICA

Ya hemos visto que la reparación del daño no es más que la consecuencia jurídica del hecho o acto dañosos en que es exigible acreditar la existencia de la causa que lo genero para que surta efecto, por consiguiente el éxito de la acción que se ejercita con ese fin estuviere condicionada siempre a la plena comprobación de esos hechos o actos dañosos que sean legalmente atribuibles al responsable.

La regla general es que a todo acto lesivo, de los intereses patrimoniales o a la integridad física de las personas corresponde una sanción corporal independientemente de la indemnización de daños y perjuicios que compete al afectado.

También cabe mencionar que como la reparación del daño se eleva a rango de pena pública es importante señalar como se ha mencionado con anterioridad, que el Ministerio Público es el encargado de ejercitar la acción penal, y representar al ofendido para hacer efectiva la reparación del daño, y dicha reparación deberá conjuntarse en los términos del artículo 30 del Código Penal Federal, es decir o bien se restituye la cosa desposeída o dañada como puede suceder en los delitos de robo, daño en propiedad ajena por poner unos ejemplos, o en el caso de imposibilidad material de esa restitución se paga el equivalente en dinero, que esto es equivalente a una indemnización compensatoria que será determinada por el juez según las circunstancias de cada caso.

2.2. NATURALEZA JURIDICA

Siguiendo los métodos marcado por las legislaciones española y francesa, en el código de 1871 la responsabilidad civil tuvo el carácter de acción privada patrimonial, encaminada a asegurar en lo posible la integridad de los intereses económicos afectados por el delito y renunciable y sujeta a convenios y transacciones. Se estimó que nadie mejor que el propio ofendido o sus representantes, sabrían exigir la reparación de los daños o perjuicios causados por el delito y obtener la restitución de la cosa usurpada. Pero sin embargo hay que hacer notar, que llevo a los legisladores a contemplar el daño no solamente como interés del ofendido, sino como interés del Estado de que el infractor reparara en lo máximo posible su conducta delictiva, así pues, el maestro Martínez de Castro, en la Exposición de Motivos de aquel código expresa, que hacer que se cumpla la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito "no sólo de esta estricta justicia, sino de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos; ya porque su propio interés estimulara eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a contribuir a la persecución de los delincuentes, o ya porque, como observa Bentham, el mal no reparado es un indudable triunfo para el que lo causó. Tan cierto es esto agregaba que bien puede atribuirse en mucha parte la impunidad que han gozado algunos criminales a que no teniendo bienes conocidos, no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído; por que faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, era natural que se retrajeran de hacer acusación alguna y hasta una simple queja,

por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hicieran perder su tiempo inútilmente”²⁴

Es de conceptuar el grado de evolución de un cuerpo legal por la forma en que se organice la responsabilidad civil, el código de 1871 debe considerarse como avanzado con relación a su tiempo, pero debe confesarse que solo en unos cuantos, entre miles de procesos, se logró que la acción de responsabilidad civil proveniente del delito, fuera seguida de una condenación y de una efectiva reparación de los daños y perjuicios.

El código de 1829 instituyó la innovación importantísima de considerar la reparación formando parte de toda sanción proveniente del delito, dando así intervención al Ministerio Público para exigirla. Con tal innovación se hizo intervenir al Estado de modo directo en la protección de las víctimas de la delincuencia; y, lógicamente se declararon nulos los convenios, transacciones o cesiones del monto de la indemnización.

A la Comisión redactora de 1931, se planteo la cuestión de volver al Código de 1871, con responsabilidad civil como acción privada patrimonial, o de dar un paso hacia adelante declarando de modo categórico que la reparación del daño seria exclusivamente pública. Se decidió puesto que a sabiendas de que el sistema tendría el mismo inconveniente que el de 1871 ósea, la insolvencia real o simulada del delincuente, unida a la injuria del ofendido para exigir la reparación. A este fin se creo un procedimiento

²⁴ Francisco González de la Vega. El Código penal Comentado. Edit. Porrúa México. 1996. Pág. XXX

adecuado para hacerla efectiva, análogo al referente a la multa, y se comprendió a ambas bajo la denominación genérica de sanción monetaria.

De conformidad con el Código Penal, ésta comprende la multa y la reparación del daño que forma parte de la pena pública; y en cuanto a la reparación exigible a terceras personas, de acuerdo con la Constitución no les puede ser exigible sin juicio en contra, y se le considera con el carácter de responsabilidad civil, exigible mediante un incidente especial.

Las tablas o tarifas para computar el monto de la reparación, a un pretendiendo sustentarse sobre una base científica, son poco recomendables y muy pronto se vuelven anticuadas en el derecho mexicano, se tiene la experiencia de las tablas de probabilidades de vida, según la edad, formuladas en 1806 en Francia, incorporadas al Código Penal Mexicano en 1871. La Comisión Redactora del Código de 1931 estimó que cualquier tabla que pudiera adoptarse para graduar la responsabilidad civil no podía aplicarse si no era oyendo en todo caso el dictamen de peritos, razón por la cual sin titubear no estableció ninguna dejando al arbitrio judicial la solución de cada caso en particular y como norma para el juez se fija, no sólo el monto del daño mismo, sino también las condiciones económicas del agente del delito, a fin de situar el problema en la realidad.

Con el mismo propósito de encontrar formulas reales que hicieran posible la indemnización de los perjuicios causados por el delito y teniendo presente la frecuencia con que se registran daños a causa de los modernos sistemas mixtos de transporte, el Código facultó al Ejecutivo de la Unión para reglamentar, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad

judicial, la forma en que administrativamente deba de garantizarse dicha reparación mediante un seguro especial, cosa que realmente nunca entro en vigor.

Para el maestro Sergio García Ramírez “el daño privado que en ocasiones causa el delito sigue siendo con todo una cuestión de resarcimiento privado y por ende, de reclamación asimismo privada. Si la naturaleza de este daño, de la persecución consiguiente y de la sanción reparadora o restitutoria que resulte, han sido vistas de otro modo por la legislación mexicana dominante, tal cosa se ha debido como sé confeso desde el origen de esta mutación de caracteres, al desvalimiento ordinario de la víctima y, en esta virtud, y por ella plausiblemente, al esfuerzo público por fortalecer al débil, escudándole con una nueva institución del Derecho de signo social, poniendo a cargo del Estado lo que antes estaba, sin éxito, encomendado a los particulares. Empero de aquí no se han seguido las consecuencias queridas, y hasta se ha llegado, a veces a conclusiones deplorables”²⁵. En este sentido estamos de acuerdo con el tratadista Sergio García ya que en la práctica el órgano jurisdiccional no da la atención debida a todas aquellas víctimas de la delincuencia.

Cabe decir que el Código Penal de 1871 le concedía la reparación del daño al ofendido, y al percatarse que demasiadas demandas se iban al archivo, origino, que en el Código de 1931, pusiera en manos del Estado las garantías de los agraviados.

²⁵ Sergio García Ramírez *Justicia Penal*. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1982. Pág. 149

2.3. FUENTES LEGISLATIVAS.

Entre las diversas legislaciones nos encontramos con varias que regulan la reparación del daño material y moral teniendo primordial importancia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también como los Estatutos de las Naciones Unidas, el Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, El Código Civil para el Distrito Federal entre otras disposiciones que de manera reservada contemplan dicha reparación, estos ordenamientos vamos a enfocarnos en los que regulan a la reparación del daño como pena pública y la obligación del Ministerio Público de exigir de oficio dicha reparación y no dejar indefensos a las que son víctimas del delito y poder observar que es lo que nos referimos respecto de una indemnización de daño moral proveniente de un delito. y, la repercusión en las personas y no así como se manejan conceptos abstractos que derivan de las obligaciones civiles.

Iniciaremos con un breve análisis del artículo 20 constitucional en su fracción primera que nos remite a las garantías del inculpado:

Artículo 20.- “En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías.

1.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos que por su gravedad la ley expresamente prohibía conceder este beneficio”

Respecto de esta fracción I el legislador otorga de manera más amplia al inculpado el derecho de gozar de la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando garantice de manera suficiente la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponérsele, facultando al juez para fijar su monto, esto es que el constituyente primero respeta los derechos del ofensor, no sin antes garantizar la reparación al ofendido. Y en su última parte artículo 20 Constitucional nos dice:

...”En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño, cuando proceda a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención medica de urgencia cuando lo requiera y, los demás que señalen las leyes”

Este apartado consagra las garantías de las víctimas u ofendidos por el delito, relativas a contar con asesoría jurídica, a obtener la reparación del daño, a coadyuvar con el Ministerio Público. De este apartado cabe resaltar la importancia que tiene el representante social en relación con los particulares en especial a las víctimas del delito, ya que este les impide ejercer la venganza privada, pero también reclamar directamente ya que solo lo hará como coadyuvante del órgano del estado y éste a su consideración tomara en cuenta las pruebas que este le aporte para la reparación del daño.

Haremos un breve estudio sobre los ordenamientos que regulan la reparación del daño material y moral como son el Código Civil para el Distrito Federal, el Código Penal y el Código Federal de Procedimientos Penales.

2.3.1. EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La reparación del daño en nuestro Código Civil esta contemplado en el artículo 1915, que contiene cuestiones interesantes para el estudio de la cuantificación del daño como pena pública, que puede ser considerado por nuestro ordenamiento penal actual, y también haremos un breve análisis de lo que es el daño moral contemplado en el ordenamiento legal citado:

Artículo 1915: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

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

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código.

De este artículo se puede decir en cuanto a su primer apartado que es de elección del ofendido que se le restablezca la cosa o se le indemnice por los posibles perjuicios ocasionados por algún acto ilícito.

En su segundo apartado nos habla de la aplicación supletoria de la ley Federal del Trabajo en cuanto a sus disposiciones relativas cuando el daño no es posible repararlo, y se toma en cuenta las disposiciones que tiene este ordenamiento legal para que él juzgador las visualice para el caso de indemnización.

Por lo que toca al último párrafo nos damos cuenta que los créditos no son transferibles y regularmente se pagan en una exhibición.

Referente a la reparación moral en nuestro Código Civil para el Distrito Federal esta perfectamente contemplado lo que es el daño moral en su artículo 1916 en su primer párrafo dice:

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración de que si mismo tienen los demás. Se considerará que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”

En este primer párrafo que describe el Código Civil del artículo ya citado, nos encontramos que tutela los llamados derechos de personalidad y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar a la

persona el goce de estas facultades y el respeto de su desenvolvimiento de su personalidad física y moral que el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de personalidad como ya comentamos que el derecho positivo reconoce y tutela adecuadamente mediante la concepción de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro de este derecho privado se traduce en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación.

En cuanto al segundo apartado del artículo 1916 de nuestro Código Civil nos dice:

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

De este segundo párrafo del artículo 1916 podemos decir la protección a las víctimas en cuanto podrá ser restituido su patrimonio en una suma monetaria a la responsabilidad contractual como extracontractual así como la culpa o imprudencia de quienes que por su actividad utilicen mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la

corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, todo esto desprendido del artículo 1913 de dicho ordenamiento legal.

También como se desprende del artículo 1928 del Código Civil en vigor nos dice: "El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiarias en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos".

Continuando con el análisis del artículo 1916 en su tercer apartado dice..."La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida"...

De aquí podemos apreciar que la titularidad de reparación del daño es única y exclusiva de quien se ve afectado, y únicamente cuando ya se haya hecho alguna acción legal en vida, el titular de esta que por circunstancias llegara a fallecer podrá pasar a posibles herederos, según así lo dispone nuestro ordenamiento legal, esto significa que solo la persona afectada podrá ejercitar acción civil cuando se vea afectado sus derechos de personalidad.

Asímismo, en su cuarto párrafo del artículo en comento nos menciona que: ..“El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”.

De este apartado en análisis podemos decir que se faculta al juez para fijar el monto de la indemnización, esto quiere decir que la cuantificación se sujeta a sistemas subjetivos o discrecionales de los jueces y en lo que se refiere a la última frase de. “...demás circunstancias del caso...” le da al juzgador la facultad de alguna decisión de equidad y que no desatiende las circunstancias del hecho generador de consecuencias legales.

Y en su parte última el artículo 1916 de nuestro ordenamiento legal agrega...”Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original”

En este sentido que nos da el último apartado del artículo 1916 del código ya citado podemos decir, que lo que trata de proteger el legislador es el honor y reputación de las personas que se desenvuelven públicamente y tratan

de tener seguridad en su persona por las calumnias o difamaciones mal intencionadas por parte de algunas personas que se dedican a la opinión pública como son los periodistas u otros aunque están también protegidos en lo que es su libertad de expresión en el artículo 1916 bis que no nos compete en relación con el tema que estamos abordando.

Así en un breve resumen diremos que de ordenamiento jurídico descrito en los párrafos anteriores si abarca una gran variedad de aspectos de personalidad, que como por ejemplo que un simple golpe puede herir los sentimientos de una persona y es susceptible de producir un daño moral y por el cual es posible jurídicamente reclamar la reparación, y a un así creemos que es una clasificación incompleta porque genéricamente se considera la afeción de tres aspectos.

- 1- La imagen social;
- 2- El daño producido al afecto que una persona siente por otra;
- 3- y por último a la estética social pero sin que deteriore la aptitud física para el trabajo.

Esta clasificación no comprende el daño moral provocado a una persona con motivo de lesiones que le provoquen una disminución física parcial para el trabajo a una incapacidad total, misma que le infiere una grave afectación moral por lo que debe incluirse este aspecto del daño moral en la clasificación aludida para ampliar el ámbito moral susceptible de dañarse y que origine la reparación.

De estos artículos 1915 y 1916 del Código Civil vigente podemos observar que está contemplado daños y perjuicios que deben ser resarcidos.

Cuando una persona causa a otra un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia, o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido. Se dice que una persona es civilmente responsable, cuando alguien está obligado a reparar el daño material o moral que otro ha sufrido.

La reparación del daño tiende primordialmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Por lo tanto, la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea restablecida mediante la restitución si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido. Sólo cuando la reparación o la restitución no son posibles o cuando se trata de una lesión corporal o moral (el daño moral no es reparable propiamente), la obligación se cubre por medio del pago de una indemnización en numerario, con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. Ya no se trata entonces de restituir o de reparar, sino de resarcir a través de una indemnización en numerario con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. En cualquiera de estos casos, se trata sin embargo, de la responsabilidad civil.

Por último, hay que hacer mención de que el Código Civil vigente ya da una definición de daño moral, que fija su cuantificación con independencia del daño económico, impone al Estado el deber de reparar el daño moral y declara intransferible por acto Inter. vivos el crédito por la indemnización.

2.3.2. EL CODIGO PENAL PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL

En cuanto a este Código Penal inicia en capítulo V lo referente a la sanción pecuniaria y la reparación del daño que tiene que ser hecha por el delincuente, por principio de cuentas notaremos que lo que se desprende del artículo 29 del ordenamiento legal en comento que básicamente contempla lo que es la multa la forma en que el reo podrá pagarla, ya sea con jornadas de trabajo, servicios a favor de la comunidad entre otras.

Artículo 29: “La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale.

Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad.

Cada jornada de trabajo saldará un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios...,

En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad...”.

Al referirnos al Código Penal Federal en lo referente a la reparación del daño nos percataremos que no deja en el olvido a la víctima pero sin embargo

hay algunos conceptos que pueden ser superficiales o no están precisados con claridad y en ocasiones el juzgador no logra, o no tiene los elementos para satisfacer plenamente la enmienda social. Por lo pronto haremos una breve exposición de los artículos que se desprenden del Código Penal Federal como por ejemplo lo que dice en su artículo 30 que menciona:

“La reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; II. La indemnización del daño material y moral 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.

De este artículo podemos precisar que de los tres puntos que refieren a la reparación del daño la ley es muy clara al querer restituir a la parte ofendida, pero sin embargo al entrar al análisis en los capítulos posteriores nos percataremos de las lagunas que a nuestro parecer todavía tienen nuestros ordenamientos legales.

De lo que se desprende del Código Penal referido, nos encontramos de quienes tiene derecho a la reparación del daño y el artículo 30 Bis dice:

Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y

ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

En este precepto legal se desprenden el orden de preferencia de todas las personas que tiene derecho a la reparación del daño y más aún, cuando el afectado llega a fallecer y sus familiares o dependientes económicos demuestren y justifiquen dicha dependencia para que queden protegidas las víctimas del delito.

También es cierto que si la reparación del daño es una sanción pecuniaria establecida en el artículo 30 del Código Penal de dicho precepto desprendemos que tiene como finalidad la cosa obtenida por el delito, la indemnización del daño material y moral, así como de los perjuicios ocasionados 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 en favor del ofendido y en caso de fallecimiento del mismo a los familiares o bien quienes dependan económicamente de él al momento de su muerte, por lo que el acto reclamado que impugne dicha pena únicamente a favor del estado viola garantías y procede a conceder el amparo para el único efecto de que se elimine la misma por una clara inobservancia del artículo 30 bis en comento.

También el artículo 34 del Código Penal citado que será analizado más adelante es de suma importancia ya que es donde se menciona el carácter de pena pública y que la reparación del daño debe ser hecha por el delincuente, en el capítulo posterior se hará un análisis minucioso de la importancia de dicho precepto pero cabe destacar que en el párrafo tercero menciona que cuando la reparación deba exigirse a un tercero tendrá el carácter de

responsabilidad civil, y que se tramitará en forma de incidente, y que de este supuesto pierde el carácter de pena pública, así que no esta por demás mencionar quienes son estos terceros que están contemplados en el artículo 32 del Código Penal de referencia:

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

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

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

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o 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 su servicio;

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

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

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

El artículo consagra la responsabilidad civil objetiva sin culpabilidad penal, fundada en el riesgo objetivo o riesgo creado. También consagra la responsabilidad civil derivada de la patria potestad, la tutela y la relación de superioridad en razón de la enseñanza trabajo o industria.

En términos generales algunos de los artículos que contemplan la reparación del daño en materia penal son:

1- Como la reparación del daño tiene el carácter de pena pública la acción que tiene por objeto hacerla efectiva, se ejercita de oficio por el Ministerio Público, según se desprende del artículo 34 del Código Penal.

2- La reparación del daño no solo es de interés privado sino de orden público, por lo que todo convenio o transacción sobre privada es nulo, su monto es fijado por los jueces según el daño que sea preciso reparar de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso, y atendiendo a la capacidad económica del obligado a pagarla. Esto se desprende del artículo. 31 del Código Penal.

3- Por la misma razón se establece que la reparación puede ser renunciada por el ofendido pero la renuncia no libera al responsable, produce el único efecto de que su importe se aplique al Estado.

4- Los ofendidos pueden coadyuvar con el Ministerio Público para el ejercicio y pueden apelar únicamente por lo que refiere a sus intereses como lo permite la ley.

5- El crédito para la reparación del daño es preferente sobre toda obligación personal adquirida con posterioridad al hecho. A un sobre la misma multa.

6- La obligación de reparar no afecta la condena condicional, indulto amnistía, ni con la sustitución o conmutación de sanciones según se desprende del numerales 76, 84 fracción III y 92 del multicitado ordenamiento penal.

7- La muerte del delincuente no extingue la obligación de reparar el daño según el artículo 91 y cuando concurren varios delincuentes la deuda es mancomunada y solidaria.

9- Si no es cubierta totalmente la deuda, el reo liberado sigue sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.

También la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura la da importancia a la reparación del daño:

El responsable de alguno de los delitos previstos en la presente ley estará obligado a cubrir los gastos de asesoría legal, médicos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole, en que hayan incurrido la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito. Asimismo, estará obligado a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos, en los siguientes casos:

- I.- Pérdida de la vida;
- II.- Alteración de la salud;
- III.- Pérdida de la libertad;
- IV.- Pérdida de ingresos económicos;
- V.- Incapacidad laboral;
- VI.- Pérdida o el daño a la propiedad;
- VII.- Menoscabo de la reputación.

Para fijar los montos correspondientes, el juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado.

El Estado estará obligado a la reparación de los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil.

2.3.3. EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

De dicho ordenamiento se pueden desprender los derechos y obligaciones que puede tener el infractor de un delito para obtener su libertad provisional mediante una serie de requisitos que tienen a proteger a la parte ofendida en el caso de delitos que no sean considerados como graves.

Así tenemos que el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales dice:

Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II. Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

De este precepto legal podemos señalar claramente que la víctima esta debidamente protegida, ya que entre las obligaciones del inculpado esta la de garantizar satisfactoriamente lo que se refiere a la reparación del daño, y que tratándose de delitos que afecten la vida e integridad de la persona se estimara procedente las aplicaciones relativas a la Ley Federal del Trabajo. Así como también prevenga las obligaciones a su cargo que se deriven del proceso, posteriormente haremos un análisis minucioso en cuanto a cada uno de los apartados que nos menciona el Código Federal de Procedimientos Penales.

Cabe hacer mención que en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, nos menciona los derechos de la víctima de recibir asesoría jurídica para a que se le satisfaga la reparación del daño, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le presta atención medica y poner a disposición del representante social todos los elementos del tipo penal para justificar la reparación del daño.

Como sabemos el Ministerio Público es el único conducto para la gestión de intereses particulares, patrimoniales o morales ante el tribunal. Con todo se multiplica y agudiza el quehacer de aquella institución que representa efectivamente a la sociedad, y no halla otro camino para proponer al Estado lo que legítimamente reclama, quien más que el particular para que al actuar como coadyuvante del representante social ponga todos los elementos para que se le satisfaga plenamente lo conducente a la reparación del daño y este a su vez los ponga a consideración del juez. También cabe agregar que actualmente hay muchas lagunas en nuestros ordenamientos procedimentales respecto a la forma de garantizar y hacer efectiva la reparación del daño.

2.3.4. CASILLERO JURISPRUDENCIAL

En este punto en comento vamos a analizar algunas jurisprudencias que a nuestro entender describen perfectamente lo que es la reparación del daño moral, aunque bien es cierto que dentro de estas nos encontramos con algunas que no están de acuerdo a dicha reparación y otras por su propia naturaleza se enfocan desde el punto de vista civil.

REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Ciertamente es admisible que la muerte de una persona causa a sus familiares no sólo un daño económico constituido por lo que dejan de recibir de él materialmente, sino también un daño moral constituido por la pena que les produce su ausencia definitiva; pero también es cierto que un daño de esta última especie no es reparable a modo de que las cosas queden en el estado que tenían antes, sino que su reparación solamente se puede hacer por vía de equivalencia, dando a los familiares una indemnización, pero de esto a que una vida sea estimable en dinero, hay una diferencia insalvable.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada
Clave de Control Asignada por SCJN:
Sala o Tribunal emisor: 3ra. Sala - 5ta. Epoca - Materia: No Especificada
Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: CXVII Página: 515

En cuanto ha esta disposición legal podemos encontrar de que el daño moral puede afectar directamente a todas aquellas personas que dependieran directamente de la persona víctima de la delincuencia, y las cuales el Estado no puede dejarlas sin protección, sin embargo con una simple pena pecuniaria no se va a volver al estado en que guardaba antes, pero si puede aportar todas las pruebas el representante social para que el juzgador las valore y así exigir una indemnización justa.

HOMICIDIO Y LESIONES, DELITO DE. REPARACION DEL DAÑO MORAL. No obstante que en la segunda parte del artículo 34 del Código Penal del Estado de Baja California, se establezca que en los casos de lesiones y homicidio, a falta de pruebas específicas respecto del daño causado, el juzgador deberá tomar en cuenta como base para la reparación del daño moral la tabulación que para ese efecto señala la Ley Federal del Trabajo, también debe tomar en cuenta la capacidad económica del obligado, habida cuenta que tal disposición no puede quedar desligada de la establecida en la primera parte del citado numeral.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada
Clave de Control Asignada por SCJN: TC151045 PEN
Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Epoca -
Materia: Penal
Fuente de Publicación : Semanario Judicial de la Federación
Volumen: XII-Septiembre Página: 235

De esta disposición jurisprudencial podemos tomar en cuenta que nos remite al Código Penal de Baja California y nos señala que para el caso de delitos que afecten la integridad corporal no se desestime improcedente la legislación laboral ya que este ordenamiento jurídico aunque bien es cierto regula las relaciones obrero patronales puede el juez tomar en consideración los ordenamientos legales que sean aplicables, como son las tablas o tarifas que son aplicables para el caso de accidentes de trabajo, y en cuanto a la capacidad económica del inculpado, no se debería tomar en cuenta ya que lo que importa es dejar a la víctima casi en igualdad de condición en que se encontraba antes del ilícito, cosa que es imposible en el caso del delito de homicidio o lesiones que producen secuelas después del acto lesivo, pero si pueden ser consideradas para el caso de imposibilidad para trabajar producto de las lesiones inferidas.

REPARACION DEL DAÑO MORAL. FIJACION DEL MONTO DE LA. La reparación del daño constituye una pena pública y debe imponerse de oficio al sentenciado; sin embargo, las lesiones causadas a la víctima del delito pueden constituir daño de carácter moral y económico, pues con motivo de ellas, sufre quebranto en su salud por cuyo motivo, necesita atención médica para sanar, lo cual ocasiona perjuicio en su patrimonio, pues tiene que hacer gastos, pero respecto a la primera cuestión, no es dable determinar su monto, cuando no está acreditada la capacidad económica del sentenciado requisito sine qua non para su procedencia y en cuanto al aspecto de tipo económico, debe atenderse a las constancias existentes en autos y cuando no estén demostrados tales elementos, es improcedente la condena a su pago.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada

Clave de Control Asignada por SCJN: TC021092 PEN

Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Época -
Materia: Penal

Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: XI-Mayo Página: 390

La fijación del monto a la que se refiere la jurisprudencia citada, es en cuestión que la víctima haya quedado imposibilitada para trabajar por tiempo indefinido y que es razón legal para exigir una indemnización a título de reparación moral, esto es lo que ha dejado de percibir por su ausencia en su trabajo, las erogaciones por gastos médicos, gastos que debe acreditar para que sea valorados por el juzgador.

REPARACION DEL DAÑO MORAL. IMPROCEDENCIA DE LA.

Según lo establecido en el artículo 1745 del Código Civil del Estado de México; independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que debe pagar el responsable del hecho; lo cual no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil; es decir, tal dispositivo no obliga al juzgador a condenar por reparación moral, pues al decir "puede acordar", se está en presencia de una facultad consecuentemente, si la responsable estimó la

improcedencia de esa prestación, al considerar que sólo operaba tratándose de acciones derivadas de un hecho ilícito dicha consideración no puede estimarse violatoria de garantías.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada
Clave de Control Asignada por SCJN: TC021128 CIV
Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Epoca -
Materia: Civil
Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: XII-Noviembre Página: 421

Del análisis de este precepto legal, podemos decir la facultad que le da nuestros ordenamientos jurídicos al juzgador, ya que no está obligado a decretar ninguna sanción a título de reparación moral y no estará afectando ninguna garantía constitucional, y si la decreta debe sujetarse a la cuantía del daño económico, la cual no debe de exceder de una tercera parte.

En lo que respecta a las definiciones de las jurisprudencias citadas, nos damos cuenta que en la actualidad se contempla la reparación del daño tomando en cuenta las disposiciones laborales no importando la capacidad económica del inculpado, pero sin embargo en ocasiones el juez no toma en cuenta las tarifas que dicha ley menciona y juzga a su prudente arbitrio, cosa que está dentro de sus funciones, pero dado la naturaleza abstracta del daño moral nos encontramos que la indemnización no es proporcional ni mucho menos equitativa. También dentro de estas tesis jurisprudenciales, nos encontramos con que el juzgador debe tomar en cuenta la capacidad económica del sentenciado para alguna indemnización a tipo de reparación moral, pero esto es claro que en ocasiones el infractor se declara en insolvencia, y esto es procedente para la ley para eximir la reparación del daño moral, como también lo es cuando el Ministerio Público no agrega en sus

conclusiones una pena pecuniaria a título de reparación moral, y si el juzgador a su prudente arbitrio dicta una pena monetaria de reparación moral resulta que es improcedente, ya que si el representante social debe siempre agregar dicha reparación.

De estas tesis concluimos, la necesidad de regular el daño moral, sobre todo en materia penal desde su ordenamiento sustantivo, y que tenga un concepto preciso de los bienes que tutela respecto del daño moral proveniente de hechos ilícitos, que afecten la vida o integridad física de las personas, y que se tome como base real la Ley Federal del Trabajo ya que en dicho ordenamiento jurídico se contienen de una manera detallada las tarifas o indemnizaciones de una manera razonable y a nuestro entender justa, sobre todo a los daños que sufren las víctimas después de un ilícito penal.

CAPITULO TERCERO

CONSECUENCIAS DE LA VICTIMA CUANDO SUFREN UN DAÑO MORAL; EN DELITOS QUE AFECTEN LA INTEGRIDAD FISICA.

- 3.1 Por homicidio
 - 3.1.1 Por dolo
 - 3.1.2 Por imprudencia
- 3.2 Por violación
- 3.3 Por lesiones
- 3.4 Elementos constitutivos de la reparación del daño moral
- 3.5 Obligación del inculpado de resarcir el daño causado

CAPITULO TERCERO

CONSECUENCIAS DE LA VICTIMA CUANDO SUFREN UN DAÑO MORAL EN DELITOS QUE AFECTEN LA INTEGRIDAD FISICA

3.1 POR HOMICIDIO

Puede decirse, en términos generales, que el delito de homicidio consiste en la privación de la vida a un ser humano, sin distinción de condiciones de ningún genero.

El bien jurídico es la vida humana (sin duda el primero de los valores penalmente tutelados), de él dimanar el resto de los valores, ya que sin él carecerían de sentido y de virtualidad práctica.

Pero el fin de la tutela rebasa con mucho, el estricto ámbito individual. la vida del hombre es protegido por el Estado no solamente en función de la particularidad concreta de cada cual, sino en consideración al interés de la colectividad.

De esta manera, la vida humana se erige en bien de carácter eminentemente público, social, dado que el elemento poblacional es esencia, fuerza y dinamicidad de la actividad del Estado, en cuanto forma suprema de organización de la sociedad.

El concepto legal de homicidio es bien claro en el Código Penal, así el artículo. 302 dice: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro". La meditación descriptiva del legislador es concisa y concreta, la materialidad de la acción homicida reside en "privar de la vida a otro", y ese otro siempre será un ser humano.

Establecido el tipo, cabe detectar los elementos integrantes del mismo: hay un presupuesto lógico y dos elementos constitutivos.

- 1) Presupuesto lógico. Al consistir el delito en la privación de la vida de un ser humano, la condición previa e ineludible para su configuración es la existencia de una persona viva. Poco importa, a los efectos penales, que la viabilidad de la misma sea precaria o exultante, basta con la actividad vital de la existencia
- 2) Primer elemento. El hecho de muerte autentica sustantividad material del delito, la privación de la vida debe ser producto de una actividad idónea para causarla, lo que permite afirmar que puede ser debida al empleo de medios físicos, de omisiones e incluso de violencias meramente morales; lo anterior comporta la necesaria relación o nexo de causalidad entre actividad, en amplio sentido, y el resultado letal.
- 3) Segundo elemento. La muerte deberá ser producida, intencional o imprudentemente, por otra persona. Dicho de otra forma, la privación de la vida ha de ser realizada dolosa o culposamente; por lo tanto, el homicidio causal no constituirá delito.

El delito de homicidio pueden agruparse en tres grandes títulos:

- a) Homicidios simples no intencionales, cuya caracterización viene determinada por la ausencia de circunstancias calificativas en el hecho delictuoso, en este delito se presuponen la tipicidad;
- b) Homicidios atenuados, en los que la sanción es disminuida en consideración a muy concretas circunstancias (de diversos ordenes) concurrentes en la dinamicidad fáctica, aquí podemos señalar los cometidos en riña o duelo, entre otros y;
- c) Homicidios calificados o agravados, en los que se detecta la presencia de una o varias: circunstancias agravatorias de la responsabilidad penal, en este tipo se homicidio es cuando se presume la premeditación alevosía, ventaja y traición.

Hay que hacer mención que dentro de los homicidios intencionales que se cito en primer orden se encuentran los realizados culposamente, es decir, no intencionales o imprudentes que son aquellos en los que el resultado fatal adviene como consecuencia de actuar el sujeto activo del delito con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado.

Respecto de esta exposición que se hace referente al homicidio para enfocarlo a lo que es la reparación del daño causado basta precisar que este daño producido nunca va a poder ser reparado puesto que la víctima deja de existir, pero no debe quedar impune ni quedar desprotegidos los familiares de la víctima puesto que el Estado a través de sus colaboradores como lo es el

Ministerio Público puede condenar al infractor a una indemnización pecuniaria a título de reparación moral, esto es, no se pone precio al dolor pero sí una compensación equitativa según las personas que dependieran de esta, y aunque nunca volverán al estado que guardaban antes, sí podrán de alguna forma sufragar gastos, y con ello no tienen que recurrir a otras vías de derecho que en ocasiones son más tardadas y que originan otros gastos, ya que la obligación de reparar el daño tanto material como el moral corre a cargo del Estado.

Del mismo modo cabe agregar que el derecho de los familiares en el caso de homicidio de reparación del daño tanto material como moral proveniente de un homicidio; la indemnización establecida por el artículo 30 del Código Penal, tiene una base de hecho fundamental: que la base del querellante provenga, así sea parcialmente, del sueldo, salario u otros ingresos de la víctima, que exista alguna dependencia económica con relación al occiso, y por tanto, al faltar esa fuente de ingresos se produzca el daño material que el causante de la muerte debe reparar.

Tomando en consideración que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y de que ésta cuenta con medios enérgicos de ejecución, de acuerdo con lo que disponen los artículos del Código Penal para el Distrito Federal, si demostrado está en el proceso el daño causado a la familia de la víctima con la muerte de ésta, devenida del delito de homicidio por el que se dictó sentencia condenatoria, basta con tal prueba para que el juzgador fije el monto del pago correspondiente conforme a lo ordenado en el Código Civil para la misma entidad, que remite a las cuotas establecidas por la Ley Federal del Trabajo. Máxime que a la referida ley laboral envían los numerales 35 del

Código Penal vigente para el Distrito Federal y 556, fracción I, del Código de Procedimientos Penales para la localidad; en la inteligencia de que esas tres codificaciones se interpretan conjuntamente en los artículos aplicables al caso, por provenir del mismo legislador federal y, por ende, deben complementarse mutuamente, criterio que es acorde con una interpretación científica y racional del derecho, pues el fin social de la ley penal, en la materia de la reparación del daño, es la protección del ofendido por el delito.

3.1.1 POR DOLO

En derecho penal el dolo denota la volición, apoyada en el conocimiento correspondiente, que preside la realización de la conducta descrita en los tipos de delito que requieren esa forma de referencia psicológica del sujeto a su hecho. Es en términos corrientes, el propósito o intención de cometer el delito.

Cabe hacer mención que el Código Penal no utiliza para designarlo el término dolo sino la palabra intención, que como se verá, no es la mejor para abarcar la amplia gama del dolo.

La definición de dolo que actualmente encontramos es "obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley". Es claro, pues, que el dolo importa un saber (conocimiento) y un querer (volición) que apuntan a los elementos (circunstancias, dice la ley) de la correspondiente figura de delito.

Sostienen algunos que a ese saber o conocimiento debe agregarse, para completar este aspecto intelectual del dolo, el de la significación jurídica o antijurídica de la acción u omisión legalmente prevista. Otros prescinden de este último conocimiento y prefieren incluirlo -reconociéndolo, por cierto como extremo también incluíble de la responsabilidad penal- en la culpabilidad, tal como modernamente se la entiende.

A ese saber se suma, enseguida, un querer (volición), que es la decisión de realizar la acción, o más precisamente, la voluntad realizadora que la preside en el momento de ser ejecutada. Tal voluntad se apoya en el conocimiento de los elementos de la formulación típica, antes mencionado.

Querer, pues, no es meramente desear sino dar determinación a un propósito, que puede ser, acaso, hasta desagradable para el propio agente. Es esta volición la que preside la realización del delito doloso.

La clasificación más importante del dolo la podemos agrupar de la siguiente manera que es la que distingue entre dolo directo, dolo indirecto o mediato y dolo eventual.

En el dolo directo la voluntad del sujeto se dirige precisamente a aquello que constituye el delito. Así, obra con dolo directo de homicidio quien endereza su acción a dar muerte a un hombre, aunque ese resultado precisamente querido pueda aparecer, en el hecho, como un efecto meramente probable, dadas las circunstancias, de la acción emprendida. Lo que importa es que ese resultado, la muerte de un hombre, sea el efecto a que se dirige la

voluntad. A esta especie o forma de dolo conviene tal vez más propiamente el vocablo intención, que es el término con que el Código Penal designa el dolo.

En el dolo indirecto o mediato y en el dolo eventual el resultado delictivo que al autor se le imputa a esos títulos no es la meta, delictiva o no, que él pretende alcanzar con su acción, pero ese resultado aparece a su mente vinculado a ella de modo necesario o posible, con independencia de que el agente lo desee o no. Trátase de formas ampliadas de dolo respecto de la producción de consecuencias accesorias, representadas como de ocurrencia segura o posible: segura en el dolo indirecto, posible en el dolo eventual.

Sobre esta representación debe imperar indispensablemente, como en toda especie de dolo, la voluntad, que cuenta con la aparición de la consecuencia accesoria y no retrocede ante ella.

Sobre esta exposición del dolo hay que hacer la aclaración que pueden traer consigo daños directos e indirectos sobre la víctima que se propuso el agente delictivo, y en esta figura el Estado deberá castigar al inculcado con medidas ejemplares tanto por la reparación del daño como la pena privativa de libertad, ya a nuestra consideración una persona que no encuadre dentro de los lineamientos establecidos por la sociedad no debe gozar de su libertad, sobre todo cuando se priva de la vida a alguien con premeditación, alevosía y ventaja y que no miden las consecuencias de sus actos. Aquí es donde se le imputa una mayor responsabilidad al Estado, para que prevenga las medidas necesarias para la protección de la sociedad, e incluso en caso de insolvencia del infractor, el Estado actuare como subsidiario en la reparación del daño.

3.1.2 POR IMPRUDENCIA

La imprudencia también es entendida como culpa y para algunos el significado de la palabra culpa puede tener tres significados: a) dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin atención; b) actuar sin dolo, y c) dejar las cosas al final. Conforme a otros, la culpa sería falta de observación, atención, cuidado o vigilancia. Y aun cuando no hay unidad de pareceres, lo cierto es que en la raíz de la culpa hay siempre la omisión de algo: cuidado, atención, etc.

En el lenguaje no específicamente penal, culpa equivale a imputación personal de responsabilidad. En una acepción mucho más estricta y de técnica latina, la culpa es una de las formas posibles de manifestarse la "culpabilidad" penal en un grado psicológico, moral y jurídico inferior a la otra principal: el dolo. De ahí que la idea de culpa se le ha ligado siempre a la de cuasidelito por ser un estado intermedio entre el dolo y el caso fortuito, pues mientras que en el dolo existe previsión efectiva y, por consiguiente, conciencia del resultado, en la culpa hay tan solo posibilidad de previsión, y en el caso fortuito, ni previsión ni previsibilidad. La culpa, por tanto, es distinta del dolo, ya que en ella los factores intelectual y volitivo no operan con la misma intensidad que en éste. Al dolo se le considera como el grado mayor de culpabilidad y, por ende, de responsabilidad; en la culpa, en cambio, el elemento intelectual queda sustituido por la previsibilidad, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente, una conducta que no presta la atención que se debe prestar y, por tal razón, ocasiona un resultado prohibido, pero que no exime al responsable de los consecuencias jurídicas que determinen se conducta, ya sea por falta de atención o de cuidado como se ha manifestado.

La lenta evolución del derecho penal, desde la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado hasta las más sutiles formas culposas, aún no está terminada, sobre todo cuando todavía hay leyes que suelen contentarse con tipificar concretas y contadas figuras culposas, como el homicidio por culpa, que dificultan construir una doctrina general.

El Código Penal mexicano de 1931 emplea el término imprudencia y definía ésta hasta antes de las reformas de 1984, como "toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional" según se desprendía del artículo 8º. A partir de estas reformas, en el artículo 8º se habla de la clasificación de los delitos en intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales, y en el artículo 9 se modifica totalmente el criterio en relación con el delito culposo, destacando como característica del mismo la "violación de un deber de cuidado".

Para comprobar la culpa o imprudencia se necesita demostrar que estuvo a su alcance evitar el daño y no lo hizo, que cometió una falta o culpa, o que produjo el daño en forma intencional.

En conclusión, diremos que la imprudencia es la negligencia o descuido de una persona que trae consigo consecuencias legales. Esto es que se hace acreedora de una responsabilidad ya sea civil o penal según la naturaleza del hecho consumado por el infractor, esto se da regularmente en el tránsito de vehículos, transportación de maquinaria peligrosa, etc., que producen un daño, y trae consecuencias jurídicas.

3.2 POR VIOLACION

Para hacer referencia de lo que es la reparación del daño haremos una breve exposición sobre el delito de violación que es la cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo.

a) Este enunciado tiene en su centro la cópula, que puede ser normal o anormal, es decir, efectuada por vaso indebido, con la sola excepción de la fellatio in ore. En el artículo 265 del Código Penal Federal emplea para definir la violación la palabra cópula, que importa la penetración del órgano sexual masculino en uno u otro vaso, sin que se requiera jurídicamente la seminatio intra vas.

b) El ayuntamiento de las partes sexuales ha de efectuarse necesariamente mediante violencia ejercida sobre el sujeto pasivo. Esta violencia puede ser física o moral. La fuerza física debe ser suficiente para vencer la resistencia sería, constante y continuada de la víctima. La fuerza moral ha de ser capaz, por su seriedad y gravedad, de intimidar al sujeto pasivo en términos de constreñirlo al acto.

c) Puesto que la violación se consuma al efectuarse la cópula mediante fuerza física o moral, la tentativa del delito existirá cuando, habiéndose dado comienzo a la ejecución, no llega a producirse. la cópula por causas ajenas a la voluntad del agente, con lo que se da la tentativa desde que se empieza a ejercer la violencia y hasta los actos anteriores al acceso carnal.

d) El delito de violación absorbe generalmente las lesiones de poca entidad causadas al ejercerse la violencia que le es propia, mas no las graves ni la muerte, que puede ser imputable a título de preterintencionalidad.

A la violación cometida mediante violencia física o moral equipara la ley la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa (art. 266 del Código Penal).

a) La simple cópula con persona menor de doce años, aunque no intervenga fuerza física o moral, lo es con quien carece de consentimiento válido para la ley. Esto fundamenta su castigo como violación.

b) La que se práctica con persona que por cualquier causa no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales abarca las situaciones de quien no puede comprender el significado del acto en razón de una alteración patológica de la mente, y cuyo asentimiento, por tanto, es jurídicamente nulo.

c) Finalmente, son de muy diversa índole las situaciones en que la víctima se ve en la imposibilidad de resistir. Entre ellas cabe citar desmayos o sincopes más o menos duraderos de origen patológico, estados de inconsciencia provocados por hipnosis narcóticos o anestésicos; parálisis generalizadas más o menos completas, estados agónicos lúcidos, etc.

En cuanto a la reparación del daño moral que es una cuestión subjetiva que no es posible acreditar, ni mucho menos estimar su monto mediante

elementos de prueba corpóreos, tangibles, comunes como los establecidos por la ley procesal; pero, tratándose de delitos sexuales, el daño moral debe considerarse probado, siendo facultad propia del juzgador apreciarlo según su prudente arbitrio, y, como consecuencia, la de imponer la sanción pecuniaria que estime adecuada por dicho concepto.

Así que tratándose de los delitos sexuales, el daño moral debe considerarse probado, aún cuando no se aporte en este respecto elemento alguno de prueba en los autos, dado que va implícito en la consumación del acto carnal realizado en la persona de la víctima, quien indudablemente resiente perjuicios al ser lesionados su honor y dignidad, que constituyen valores morales de los más preciados para la mujer ante sí misma y ante la sociedad y que indefectiblemente afectan su vida de relación, quedando el problema de la fijación del monto de la reparación correspondiente a la prudente apreciación del juez, teniendo en cuenta la capacidad económica del acusado y las condiciones materiales de la ofendida.

En este delito de violación que es uno de los que afectan la integridad física tanto emocional como psicológica, nos encontramos de que si bien es cierto que no se le puede poner precio a la honra, o a las afecciones íntimas de cada persona, si consideramos importante de que las autoridades no tengan en el olvido a las víctimas ya que no basta con que priven de su libertad al infractor ya que este en ocasiones simplemente con el transcurso del tiempo sale en libertad y la víctima siempre quedara marcada por el delito, así una manera de resarcirla puede ser una indemnización que le puede proporcionar grandes beneficios para sus tratamientos sobre todo psicológicos si así lo requiere.

3.3 POR LESIONES

Comete el delito de lesión quien altera la salud de otro o le causa un daño que, transitoria o permanentemente, deja una huella en su cuerpo. El objeto jurídicamente protegido es la integridad corporal y la salud en general.

La conducta del sujeto activo en los delitos de lesiones puede consistir en una acción (disparar el arma de fuego, lanzar el cuchillo poner la sustancia corrosiva en la bebida o comida) o en una omisión (no frenar oportunamente el automóvil, fracturándole un pie al peatón). Puede utilizar toda clase de medios, a condición de que sean aptos: armas blancas o de fuego, sustancias químicas; los puños y objetos contundentes; el contacto sexual para transmitir una enfermedad venérea; emplear los llamados "medios morales", como serían producir en la víctima estados de terror, miedo, pánico etc.

El resultado consiste en producir en el sujeto pasivo una alteración en la salud o en causarle un daño que deje huella en su cuerpo. Se define la salud como el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.

En este sentido cualquier modificación del mencionado estado integrará una de las formas del delito en examen. Daño es sinónimo de perjuicio, deterioro, detrimento, menoscabo, que debe producir una marca en la corporeidad de la persona.

Es indispensable que entre la conducta del sujeto activo y el resultado haya un nexo de causa a efecto; es decir, la acción u omisión del delincuente, debe ser la productora del resultado.

El elemento subjetivo del delito consiste en que la persona produzca la lesión con dolo (intención), o con culpa (en forma imprudente, negligente, descuidada).

El momento consumativo surge cuando se altera el estado de salud o se produce el daño que deja la huella en el cuerpo. Es un delito materia, en cuanto transforma el mundo fenoménico: el pasivo antes tenía su cuerpo íntegro y en virtud de la lesión ahora carece de una mano, o de un ojo, funciona anormalmente alguna glándula; tiene imposibilidad para reproducirse; quedo con parte del cuerpo necrosado.

Habrá delito imposible de lesión si el sujeto al que se pretendía inferir un daño ya había fallecido cuando se ejecuto la conducta; también habrá delito imposible si se intenta alterar la salud de otro, utilizando medios idóneos (como sería querer lesionar poniendo en la bebida gotas de alguna sustancia inocua).

El artículo 288 del Código Penal define el delito de lesión como:

"Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas excoriaciones contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa".

Esta definición ha sido criticada certeramente porque al inicio hace una enumeración ejemplificativa de los daños en que puede consistir el delito, y enseguida utiliza expresiones generales comprensivas de esos daños.

Herida es toda solución de continuidad de alguna de las partes blandas del cuerpo humano; escoriación es desgaste o corrosión de la epidermis, quedando descubierto el tejido subcutáneo; contusión es todo daño que recibe alguna parte del cuerpo por traumatismo que no causa ruptura exterior de los tejidos; fractura es la ruptura o quebrantamiento de algún hueso; dislocación es la salida de un hueso o articulación de su lugar natural, y quemadura es la necrosis de cualquier tejido orgánico, producida generalmente por la acción del fuego o de alguna substancia cáustica, corrosiva o por algún objeto muy caliente o muy frío.

Nuestro ordenamiento sustantivo no designa expresamente las diversas clases de lesión, pero en la doctrina se dividen en: levísimas, leves, graves y gravísimas.

- **Lesión levísima** es la que no pone en peligro la vida y tarde en sanar menos de quince días, debido a su exigua entidad, como es una escoriación o un hematoma irrogado en cualquier parte del cuerpo que no contenga órganos vitales. Esta contemplada en el artículo 289 primera parte del Código Penal.
- **Lesión leve** es la que no pone en peligro la vida y tarde en sanar más de quince días regulada en la segunda parte del artículo 289, sin límite temporal; pero el daño no debe asumir los caracteres descritos en los artículos 290, 291 y 292 del Código Penal. Aquí quedan comprendidas algunas heridas, quemaduras y fracturas.

- *La lesión grave* se divide en dos grupos: el primero está regulado en el artículo 290 del Código Penal y el segundo en el 291. El primer artículo dice: "Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable".
- El segundo grupo de lesión grave está regulado en el artículo 291 que dice: "Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales".

Aquí encontramos daños que producen efectos durante toda la vida del sujeto pasivo. Así, el órgano de la vista debe quedar perturbado en alguna de sus formas (ver los objetos distorsionados o queda con lagrimeo constante o bien observa las figuras borrosas), respecto al oído, después del daño resentido, disminuye la capacidad auditiva, el entorpecimiento o debilitamiento de una mano, de un pie, de un brazo, de una pierna o de cualquier órgano que traduce en la disminución permanente de la fuerza o destreza; se considera que órgano es toda parte del cuerpo humano al que está encomendada una función, el entorpecimiento o debilitamiento del uso de la palabra es de fácil captación; por último, resulta afectada alguna facultad mental, si el sujeto posee buena memoria, y después de la lesión tiene dificultad para recordar datos, sucesos o personas.

- *La lesión gravísima* se divide en tres grupos: el primero se regula en el párrafo inicial del artículo 292 del ordenamiento legal citado que dice: "Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad seguro o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna, o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible".

Se encuentran aquí reguladas consecuencias muy graves: enfermedad segura o probablemente incurable es la que, de acuerdo con los adelantos de la ciencia médica, no tenga curación o posibilidad actual de sanar así se presentan como ejemplos la pleuritis crónica y la epilepsia traumática; de igual modo se sanciona gravemente a quien infiera una lesión que produzca la inutilización completa o la pérdida de un ojo, la inutilización de cualquier parte del cuerpo, así como también su función orgánica etc.

El segundo grupo de lesiones gravísimas está regulado en el segundo párrafo del artículo 292 del Código Penal, que dice: "Se impondrán de seis a diez años de prisión al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales". Aquí se prevén las máximas sanciones para el delito de lesión, pues los daños que produce son los de mayor entidad. La lesión debe producir una incapacidad para laborar que acompañe al sujeto durante toda la vida (como la invalidez) la lesión que produce enajenación mental, es la que haya dejado al sujeto en estado de

imbecilidad o de alguna manera con disociación absoluta en su aparato mental. Se comprende también el caso de la lesión que produce la ceguera completa en el ofendido. También se sanciona con severidad a quien ocasiona la pérdida del habla, o sea cuando el pasivo queda completamente mudo. Finalmente, la pérdida de las funciones sexuales como por ejemplo la impotencia.

El tercer grupo de lesión gravísima está integrado por la que pone en peligro la vida (artículo 293 del multicitado Código, que tiene una pena de tres a seis años de prisión, aquí están comprendidas las que causan un daño en parte vital del cuerpo, de modo que exista la posibilidad real y efectiva de muerte para el ofendido (un grave traumatismo craneoencefálico, una lesión en el corazón, en el tórax o en el vientre).

Después de esta breve referencia de que nos hablan los artículos correspondientes al daño de lesiones nos damos cuenta que el Código Penal Federal prevé las sanciones desde un rasguño, la pérdida de la vida, enfermedades incurables, más sin embargo no habla nada sobre la víctima, que deba ser indemnizado tanto por el daño material y moral causado, en especial las que se regulan las lesiones de segundo grado en adelante.

En cuanto a la reparación del daño, hay que considerar que la ley solo prevé las penas privativas de libertad y multas por demás irrisorias que no están acorde a nuestra actualidad, mucho menos prevé una cuantificación del daño ocasionado y como la reparación del daño las deja a consideración del juez, el monto de dicha reparación se fija de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso sobre los daños resentidos por el ofendido tanto en los gastos

ocasionados por su curación, como por el tiempo que dejó de trabajar, habiéndose cuantificado dicho monto de acuerdo con los recibos de hospitalización y con el salario mínimo por el tiempo que no trabajó; por consiguiente, aún cuando no se tomó en cuenta, por no estar justificada, la capacidad del acusado, es justa la aplicación del monto de la reparación del daño, que fue acorde con los datos relativos en la causa.

Pero hay que hacer la aclaración de que el juez puede o no tomar en cuenta estas pruebas ya que esta a su prudente arbitrio, es cuando consideramos que se fije un solo ordenamiento jurídico como lo es la Ley Federal del Trabajo para que las sanciones sean todas de la misma manera para todos los infractores.

En este tipo de lesiones que nos hace referencia el Código Penal el Ministerio Público tiene su principal función que es la de recabar las pruebas para que el juzgador cuente con todos los elementos necesarios para que la aplicación de justicia, ya que las lesiones pueden devenir de diversidad de circunstancias como por riña, por un accidente de tránsito, por alguna venganza, por la negligencia de un médico, e incluso por infección, entre otros varios ejemplos, es aquí donde consideramos que el juzgador debería tener una tabulación que no solo fuera de la percepción de los agraviados de la que nos marca la Ley Federal del Trabajo si no una general que tipifique la indemnización sobre cada delito en particular, según el grado de lesiones, y que se contemple todos los tratamientos curativos a que tenga que someterse la víctima, y determinar una indemnización a título de reparación moral para que los quejosos se vean afectado lo menos posible.

3.4 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS PARA LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Los requisitos del daño para ser considerado como jurídicos son: causar un perjuicio pérdida o menoscabo; recaer sobre bienes jurídicos de una persona y ser de alguna forma, susceptible de resarcimiento, los dos primeros caracteres se dan en el daño no patrimonial, y el resarcimiento se encuentra en la indemnización pecuniaria, similar al tradicional resarcimiento de los daños patrimoniales.

También es cierto que se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero consiste en que se demuestre que el daño se ocasiono y, el otro estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito.

Igualmente el ataque aun derecho no patrimonial puede llevar consigo daños cuya naturaleza exceda de la propia del derecho lesionados; es decir que produzca daños no patrimoniales, como por ejemplo ocurre, en las lesiones a la salud e integridad física que impiden a la victima efectuar su trabajo y actividades habituales, las personas que pierden algún familiar por una conducta ilícita, en la calumnia o difamación de una persona cuyo honor ultrajado puede producir y a menudo produce, no solamente un perjuicio moral, sino también permisiosas consecuencias económicas como la perdida de su colocación o empleo, la retirada de la clientela si era comerciante, regularmente recaen sobre la persona y no sobre bienes patrimoniales.

3.5. OBLIGACION DEL INculpADO DE RESARCIR EL DAÑO CAUSADO

En este importante aspecto daremos referencia de lo que contempla nuestra legislación de que el inculpado satisfaga plenamente la reparación del daño independientemente de la pena privativa de libertad que el Estado considere según el daño causado.

1- Pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo anterior y resarcir los daños y perjuicios derivados de su delito.

2 - a) El artículo 29 del Código Penal consagra como penas pecuniarias la multa y la reparación del daño. Si esta última incumbe a terceros, no se ve alterado su carácter de obligación civil emanada de un acto jurídico, conforme lo regulan el artículo 1910 y siguientes del Código Civil. Además, declara que en tal caso la reparación se tramitará como incidente en los términos que fije el Código Procedimientos Penales. Y si recae sobre el propio delincuente, la ley criminal le otorga el carácter de pena pública, que habrá de exigirse de oficio por el Ministerio Público con el que podrá coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante. (art. 34 del Código Penal), y la hace ceder en favor del Estado, si el ofendido renuncia a su derecho a percibirla (art. 35 del Código Penal). La hace, en fin, efectiva en su cobro del mismo modo que la multa (art. 37 del Código Penal). El último párrafo del artículo 34 faculta a "quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud del no ejercicio de la acción por

parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente".

b) Esta elevación de la reparación del daño a pena criminal pública desdibuja la distinción entre las sanciones de derecho privado y la pena, en cuanto las primeras, en sentido amplio, importan la realización forzada del mandato jurídico, en la eventualidad de que no se realice voluntariamente y, la segunda representa una disminución de bienes jurídicos a modo de que hiere al delincuente en su persona. El resarcimiento del daño dimana de una ilicitud de derecho privado, guarda proporción con el daño objetivo y no está sujeto a variaciones por la medida del elemento subjetivo. Por concederlo la ley en interés de la persona perjudicada, es renunciable por esta, y transmisible a otros. No ocurre así con la pena, que deriva de un delito, y que, proporcionalmente a la gravedad de éste, está, sin embargo, sujeta a variaciones en su quantum según el aspecto subjetivo del acto punible y su culpabilidad, por imponer la ley en interés de toda la colectividad, no puede renunciarla el Estado, y no es transferible ni transmisible.

La equiparación dispuesta por la ley responde, sin embargo, a la misma relación en que ambas se hallan y a la solidaridad en que obran contra los actos ilícitos, dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad.

De allí la regulación privilegiada de la reparación del daño, para asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima. Agréguese a ello el poder disuasivo, en el sentido de la prevención general, de este constreñimiento más enérgico sobre el reo para obtener la inmediata reparación del daño.

c) En lo sustancial, la transformación de la reparación del daño en pena pública sólo ha significado hacerla irredimible por renuncia del ofendido sin modificar en lo demás su condición de sanción de derecho privado, como lo demuestra la circunstancia de que la muerte del delincuente no extingue la acción penal ni la pena misma (art. 91 Código del Penal). Interesa tener presente, sin embargo, que la amnistía no extingue la acción penal ni la pena pública de reparación del daño (art. 92 Código Penal), y sobre todo que mientras en este caso el plazo de prescripción es de un año (arts. 104 y 112), la responsabilidad civil por actos ilícitos no constitutivos de delitos penales prescribe en dos años (art. 1161 Código Civil fracción V), lo que, si no representa una oposición evidente, importa al menos un contrasentido frente a la exaltación de la reparación del daño a la categoría de pena pública.

3 - La reparación del daño, conforme se expreso, comprende el restablecimiento del statu quo anterior y el resarcimiento de los perjuicios. Por lo primero entiende la ley la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; la indemnización del daño material y moral, y el resarcimiento de los perjuicios causados (art. 30 del Código Penal). Ambas obligaciones se amalgaman tratándose de los delitos de los servidores públicos, en que la reparación abarca, la restitución de la cosa o de su valor, y además hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

Es al juez a quien compete fijar el monto de la reparación, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso según el artículo 31 del Código Penal que a su vez ordena al Ejecutivo de la Unión la dictación de un reglamento

regulador de la forma en que debe garantizarse administrativamente la reparación mediante seguro especial, tratándose de delitos imprudentes.

La reparación del daño es preferente, y debe, junto con la multa, cubrirse antes de cualquiera otra de las obligaciones personales contraídas con posterioridad al delito a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales (art. 33 del Código Penal), prevalece sobre la multa, si no logra hacerse efectiva la responsabilidad pecuniaria, y se cubre en su caso, a prorrata entre los ofendidos (art. 35 Código Penal).

Rigen para la reparación del daño las mismas reglas que para la multa en cuanto a la forma de hacerlas efectivas, y si no resultan suficientes los bienes del reo o el producto de su trabajo en la prisión, subsiste siempre para él la obligación de pagar el remanente (arts. 37 y 38 del Código Penal). Puede él verse favorecido teniendo en cuenta el monto del daño y su situación económica, por la concesión de plazos para el pago, que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigirse garantía si el juez lo juzga conveniente (art. 39 del Código Penal).

4 -Además de erigir la reparación del daño a pena publica, si incumbe al delincuente, el Código Penal impone la obligación civil de repararlo a ciertas personas, por el acto ilícito cometido por otras. El artículo. 32 indica, en sus primeras tres facciones a los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad; a los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad, y a los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el

tiempo en que se hallen bajo el cuidado de aquello. Es digno de nota que en estos tres casos, aunque se hable invariablemente de delitos, éstos se suponen cometidos por menores que no responderían penalmente de ellos. Es indudable que en estos casos la reparación de daño es obligación civil que recae definitivamente sobre las personas designadas en estos tres números. Incluye el mismo artículo en comento, además, a los dueños de 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; a las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan, y finalmente, al Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados. Este segundo grupo de casos es diferente del primero, pues tratándose ahora de personas que responderán penalmente por los delitos que han ejecutado sufrirán en definitiva, por tanto, la pena de reparar el daño, y de ellas podrán repetir el pago las personas a quienes la ley puede obligar a extinguir la deuda, mas no a la definitiva contribución a ella.

5.-Conviene finalmente hacer notar que la reparación del daño no tiene solo repercusión penal en cuanto se la erige en pena pública sino en cuanto es un requerimiento, concurrente con otros, para la procedencia de la libertad preparatoria (art. 84, fracción. III del Código Penal, y, tratándose de los delitos de los servidores públicos (art. 90 fracción. I letra c del Código Penal), de la condena condicional.

CAPITULO CUARTO

PROCEDIMIENTOS PARA LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL.

- 4.1 El Ministerio Público
- 4.1.1 Fundamento legal y atribuciones
- 4.2. Análisis del artículo 30, 31 y 34 del Código Penal Federal y facultades del juzgador
- 4.3. Análisis del artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.
- 4.4. Características de la reparación del daño en materia penal.
- 4.5. Aplicación supletoria de la Ley Federal del Trabajo en relación a la cuantificación del daño moral en el Código Penal.

CAPITULO CUARTO

PROCEDIMIENTOS PARA LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL

4.1 MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público forma particularmente en México un elemento fundamental del procedimiento, en la averiguación previa, como en el curso del proceso judicial, donde asume, el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado.

Fenech define al Ministerio Público. como “ Una parte acusadora necesaria de carácter público, encargada por el Estado a quien representa de pedir la situación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal”²⁶

El maestro Fenech nos dice que la participación del representante social en el procedimiento penal en México no resume ni limita las tareas de este cuerpo, por cuanto según comprenderemos también desarrolla su dilatada y expansiva diligencia. como lo hace en muy numerosos países a la vigilancia de la legalidad sea genéricamente, sea en la administración de justicia, y la preservación de ciertos intereses de débiles e incapacitados.

²⁶Cit. Sergio García Ramírez. Derecho Procesal Penal. Cuarta Edición Editorial Porrúa S. A. México 1983. Pág. 230

Hay que hacer mención que el Ministerio Público es una institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales.

Algunos de los antecedentes que tenemos de esta institución la encontramos en legislación española que se aplicó durante la época colonial denominó a los integrantes de esta institución "promotores o procuradores fiscales" con tres atribuciones principales: a) defensores de los intereses tributarios de la Corona, actividad de la cual tomó su nombre; b) perseguidores de los delitos y acusadores en el proceso penal y; c) asesores de los tribunales, en especial de las audiencias, con el objeto de vigilar la buena marcha de la administración de justicia.

Por lo que se refiere a su contexto actual, en las leyes orgánicas del representante del Estado, tanto en la esfera Federal como en la de las entidades locales, se indica la preocupación esencial de normalizar de manera predominante la función de indagación y persecución de los delitos y se deja en un segundo término tanto la asesoría jurídica del gobierno introducida en la Constitución de 1917 como su intervención en otras ramas procesales.

Esta congregación de facultades persecutorias se observa en los códigos de procedimientos penales, si se toman como guías el Federal de 1934 y el Distrital de 1932, los que imputan de manera exclusiva al propio Ministerio Público la investigación de los delitos con el auxilio de la policía judicial,

cuerpo especializado que se encuentra a su servicio. Un aspecto esencial que observamos en la orientación de los citados códigos actualmente en vigor, es el otorgamiento al Ministerio Público el llamado "monopolio del ejercicio de la acción penal", que deriva de una interpretación que consideramos discutible, del artículo. 21 de la Constitución, lo que significa que son los agentes de la institución los únicos legitimados para iniciar la acusación a través del acto procesal calificado como "consignación", que inicia el proceso; que el ofendido y sus causahabientes no son partes en sentido estricto en el mismo proceso, y sólo se les confiere una limitada intervención en los actos relacionados con la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente del delito, tomando en cuenta que la citada reparación es un aspecto de la pena pública.

Por otra parte, en el sistema procesal penal mexicano, el Ministerio Público posee plena disposición sobre los elementos de la acusación, en virtud de que puede negarse a ejercitar la acción penal, y una vez que la hace valer está facultado para formular conclusiones no acusatorias o desistirse de la propia acción en el curso del proceso, aun cuando estas dos determinaciones son objeto de un control interno, de manera que la decisión final corresponde a los procuradores. La situación de mayor trascendencia se presenta respecto de las conclusiones no acusatorias o el desistimiento de la acción penal (o promoción de sobreseimiento), ya que obligan al juez de la causa a dictar sobreseimiento, el cual equivale a una sentencia absolutoria de carácter definitivo. Además, estas determinaciones del Ministerio Público no pueden ser impugnadas por los afectados a través del amparo, en virtud de que la jurisprudencia habla establecido que, en ese supuesto, el Ministerio Público no

actúa como autoridad sino como parte: argumento que consideramos poco convincente.

En otra dirección, el Ministerio Público se interesa en los procesos civiles en representación de ausentes, menores o incapacitados; en la quiebra y suspensión de pagos, así como en los asuntos de familia y del estado civil de las personas, y lo hace, ya sea como parte accesoria o subsidiaria, como simple asesor de los tribunales, a través de una opinión cuando existe interés público en el asunto correspondiente. Sin embargo, los Códigos de Procedimientos Civiles respectivos, y nos referimos de manera esencial al Código de 1932, que es al que siguen un buen número de códigos de las entidades federativas, así como al Código Federal de Procedimientos Civiles de 1942, al regular la situación del órgano jurisdiccional en el proceso civil mexicano, determinan de manera deficiente esta intervención procesal del "representante social", y en la práctica su actividad es todavía más restringida en cuanto generalmente adoptan una actividad pasiva y hasta indiferente, y por lo que se refiere a sus atribuciones consultivas, significan, salvo excepciones, un trámite al cual los juzgadores le conceden escasa importancia por su superficialidad y, además, debido a que carecen de carácter vinculante.

En conclusión, el órgano de representación social establece frente a la víctima una doble relación en ambos sentidos notable para los fines totales que el proceso persigue, ha de examinar bajo la óptica de la victimología, si desea obtener una visión completa, sustancial del hecho delictivo y de la dinámica que desencadenó la conducta criminal, pero también debe ver la protección de los derechos del ofendido.

4.1.1. FUNDAMENTO LEGAL Y ATRIBUCIONES

En México a partir de la Constitución de 1917, la facultad de acusar el "ejercicio de la acción penal" se ha reservado al Ministerio Público en su carácter de órgano estatal encargado de la "persecución de los delitos" según se desprende del artículo 21 Constitucional, dado que tal facultad constituye un "monopolio", y que la reparación del daño se concibe como "pena pública". El ofendido tiene en nuestro proceso penal un papel bastante limitado. No reconociéndose hoy día la posibilidad de que el particular ofendido por un hecho delictivo ejercite ante los tribunales competentes la pretensión punible, la ley le asigna funciones procesales de carácter secundario.

Ya que el Estado en la actualidad entrega en manos del Ministerio Público la obligación de demandar desde el proceso la sanción de resarcimiento como pena pública, aunque esta en ocasiones se tiende a ser de naturaleza civil contiene aspectos de derecho público que faculta a este (Estado) y a la sociedad a exigirla así como la pena corporal.

No se considera que se le quite fuerza al ofendido dentro del procedimiento penal, ni se le trata de afectar a sus derechos patrimoniales, pues solamente al representante social como su nombre lo indica, sustituye al ofendido en la facultad de proveer la restitución del daño o perjuicio ocasionado, y más aun cuando este no se presenta ante el juzgado de la causa a solicitar lo que legalmente le corresponde, ya que en este caso la condena no se deja a la deriva sino que pasa para el beneficio de la administración pública.

Dentro de toda sociedad que tiene como base un Estado de Derecho este tiene como, principal cometido el de salvaguardar los intereses de sus integrantes y al respecto a una serie de disposiciones con un carácter obligatorio, con el fin de mantener el orden público, pero existen conductas que vulneran los bienes jurídicos tutelados por las normas penales a los que se ha denominado (delitos) mismos que producen un desequilibrio e el orden social produciendo daños a la sociedad, a las personas que resienten el hecho delictivo, ya sea en su patrimonio en su persona y hasta en sus sentimientos o afecciones. Por eso justifica la intervención del Estado para imponer sanciones al responsable del delito y con ello reestablecer el orden público.

En toda reparación del daño proveniente de un delito o ilícito existe siempre un interés social pues como lo dice Florián “El Estado tiene interés de que sea resarcido rápidamente y en toda su extensión, pues con ello se satisface a la víctima, se le impide la venganza, se tranquiliza la conciencia pública y se tutela, en fin como con la pena de prisión, el orden social.”²⁷

En este orden de ideas que cita el maestro Florián estamos de acuerdo ya que el Estado tiene que tener como principal interés proteger a las víctimas, y no dejar a cargo de estos la justicia, ya que estos traería como consecuencia la venganza privada, o medios inadecuados que resultarían poco prácticos, pero tampoco limitar a los agraviados en cuanto a la petición de sus derechos lesionados, y sobre todo crear medios más efectivos para tratar de restituir al ofendido en sus bienes afectados y por consecuencia castigar al infractor.

²⁷Cit por Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Pág., 220.

Nos parece muy acertado que el propio Estado trate de resarcir o de enmendar en parte los delitos que no ha sabido proteger, y le brinde más seguridad a los ciudadanos víctimas de la delincuencia para que a través del órgano jurisdiccional se le brinden los medios necesarios para la reparación del daño, aunque estos en diversas ocasiones se interprete como un interés particular y no social. También hay que hacer mención que limita a la víctima en cuanto a la reclamación de reparación del daño.

En términos generales, lo que no estamos de acuerdo es que en la legislación procesal penal da origen a una muy reducida intervención del ofendido dentro del proceso. Y al Ministerio Público le da todas las facultades en el proceso penal, que trae como consecuencia que el papel del ofendido sea esencialmente pasivo, y carece de facultades requirentes propias, y su posibilidad de aportar pruebas y formular alegatos depende en buena medida del grado de coadyuvancia que en el caso concreto el Ministerio Público esté dispuesto a otorgarle. Actualmente se ha propuesto una mayor intervención del ofendido en el proceso; que van desde la de otorgarle la facultad de acción en forma paralela a la hoy reconocida al Ministerio Público tal y como ocurrió entre nosotros durante la vigencia de la Constitución de 1857 hasta aquellas que se limitan a reforzar su posición de coadyuvante, haciendo que ciertas determinaciones y decisiones que el Ministerio Público toma durante el proceso resulten inválidas si no se recaba el consentimiento del ofendido. De particular importancia resultan los casos en los que el órgano acusador opta por el no-ejercicio de la acción penal, en los que al particular ofendido no se confiere recurso alguno de modo que pueda iniciar por sí el proceso.

4.2. ANALISIS DEL ARTICULO 30, 31 Y 34 DEL CODIGO PENAL FEDERAL Y FACULTADES DEL JUZGADOR.

ANALISIS DEL ARTICULO 30

Primero haremos un estudio de lo que es el artículo 30 del Código Penal mencionado que dice:

La reparación del daño comprende: I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; II. La indemnización del daño material y moral 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.

Respecto de la fracción primera podemos señalar, que la restitución de la cosa obtenida por el delito es fácil de precisar cuando el ilícito se tratare de un robo, de un fraude, o algún otro de los delitos tipificados por la ley, que de alguna manera regularmente son cosas materiales y que son susceptibles de valuar pecuniariamente.

De este análisis que antecede y ocupándonos del estudio de la fracción II es de resaltar que nuestro código punitivo no existe precepto alguno que nos proporcione una definición de lo que deba comprender o abarcar el daño material o moral, así como también en su fracción tercera respecto del el perjuicio, por lo que ante tal laguna tengamos que recurrir a otras codificaciones.

Hay que hacer mención que sí el artículo 31 del Código Penal Federal impone al juzgador la obligación de tomar en cuenta la capacidad económica del obligado, ello es porque, de lo que se desprende de este precepto en estudio, la reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito o el pago de su precio, así como la indemnización, no sólo del daño material, sino también del daño moral, y la reparación del daño a cargo del delincuente tiene el carácter de pena pública, por lo cual debe pedirse de oficio por el Ministerio Público y, aun en los casos en que el ofendido renuncie a ella, debe aplicarse a favor del Estado.

También de lo que se desprende de este artículo 30 del Código Penal en su fracción segunda, la reparación del daño comprende no sólo la indemnización del daño material, sino aún el moral causado a la víctima o a sus familiares. En estas condiciones, en cuanto a los daños morales, se deben distinguir dos hipótesis: la de que produzcan una alteración en el patrimonio del ofendido y la de que ningún daño material sobrevenga en el patrimonio de éste, a consecuencia del hecho punible. Es decir, a veces el daño moral es susceptible psíquica producida en la víctima puede, por ejemplo, reducir su rendimiento en el trabajo, caso en el cual el daño moral influye indudablemente en el patrimonio del ofendido.

Y en su última fracción nos dice el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, esto significa las pérdidas que le ocasionaron el hecho delictivo, cuando sea posible su restitución o a consideración del juez juzgue conveniente compensarlas, sobre todo por delitos cometidos por servidores públicos.

ANALISIS DEL ARTICULO 31 DEL CODIGO PENAL FEDERAL

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

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

De lo que se desglosa en el primer párrafo del artículo en comento se puede apreciar que el arbitrio judicial en la fijación de la cantidad líquida de la reparación; el juzgador no solo debe atender a la valuación del daño mismo, sino a la situación económica del responsable; esta norma elástica tiene por objeto remediar en parte los problemas originados por la situación más o menos franca de la insolvencia de la mayor parte de los delincuentes, que hace negatoria su condena económica. Por tanto no siempre ha de ser equivalente el daño causado y la condena de reparación, sino que esta puede constituir en suma menor al monto de aquel.

El propio Código Penal estableció un sistema racional de arbitrio judicial, en los términos de los artículos 51 y 52, fundamentales en este ordenamiento, a fin de que el juzgador pueda apreciar y valorar libremente las circunstancias objetivas y subjetivas que concurran en la comisión de un delito, con el fin de realizar la individualización de las penas, sistema que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado hasta ahora ampliamente

en sus ejecutorias, el Código Federal de Procedimientos Penales adaptó a ley sustantiva la que tiene que complementar, concedente expresamente autorización de los jueces para obtener durante la instrucción del proceso todos los datos necesarios para conocer las circunstancias peculiares del inculpado, motivos que lo impulsaron a delinquir, condiciones económica y en general, las especiales en que se encontraba el momento de la comisión del delito.

El órgano jurisdiccional es quien, en uso del arbitrio judicial podrá fijar el monto de la reparación atendiendo a la valuación que del daño se haga así como la situación económica del responsable.

Es importante señalar que para dar cabal cumplimiento a esta medida será necesario que además de los elementos de valuación que obre en autos el juez deberá contar con efectivos estudios de carácter socio económico sobre el infractor, realizados por especialistas capacitados.

Instituciones como la condena condicional, libertad preparatoria etc. Se hacen engañosas, dada la insolvencia económica de la mayoría de los delincuentes que en un gran porcentaje son condenados a reparar el daño con base exclusiva en la valuación del daño mismo.

Es criterio muy generalizado que la reparación debe coincidir exactamente con el monto mismo del daño, sin embargo no siempre ha de ser equivalente, ya que la condena podrá ser por monto menor al que se fijo al valuar el daño, siempre que no implique un enriquecimiento indebido del delincuente (delitos patrimoniales).

La medida señalada en el segundo párrafo del artículo 31 que estamos analizando, responde a un atinado origen, que es preciso llevar acabo, siempre que se salven los obstáculos que han impedido su nueva reglamentación. Ya que la medida que adopto el legislador de que fuera el Ejecutivo de la Unión quien reglamentara la manera en que administrativamente se llevara una reparación para el caso de delitos por imprudencia no ha sido llevada a la práctica, o tuvo muy poco en vigencia, ya que la indemnización mediante un seguro especial no ha sido posible, y se sigue dejando al prudente arbitrio del juzgador, la indemnización de reparación del daño.

Esta observación la hace el maestro Carranca que dice "En muchos países particularmente los europeos, funciona un seguro obligatorio de accidentes administrado por el Estado y que todo automovilista debe contratar, como inexcusable requisito para poder transitar en el país manejando vehículo con motores de explosión interna. No obstante que desde 1931 está en pleno vigor el artículo 31 del Código Penal aún el Ejecutivo Federal no le ha dado cumplimiento reglamentando un seguro que pudiera ser semejante al que existe en otros países"²⁸

Cabe hacer mención que si se regula un seguro obligatorio para algunos vehículos como son los de transporte colectivo pero no estaría por demás que se regulara para todos ya que es una protección para los mismos ciudadanos, aunque puede haber otras medidas para el caso de delitos por imprudencia.

²⁸ Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas. Código penal Anotado. Edit. Porrúa S.A. México DF. 1998. Pág. 185.

ANALISIS DEL ARTICULO 34 DEL CODIGO PENAL FEDERAL

En este punto de referencia haremos un análisis profundo de cada uno de sus apartados para tratar de comprender en lo que se refiere el rango de pena pública así tenemos que el primer párrafo del artículo 34 dice:

“La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público”....

Respecto de este apartado ya hemos observado que la Constitución eleva a rango de pena pública la reparación del daño, y que dicha reparación de ser exigida de oficio por el representante social, esto para proteger a las víctimas de la delincuencia.

....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.

Es importante destacar lo que dice el artículo nueve del Código Penal de Procedimientos Penales en relación con la coadyuvancia y el papel en que queda el afectado en la parte que le fueron lesionados sus intereses, que si bien es cierto el ofendido tiene dentro de los procedimientos penales la facultad de ministrar los datos tendiente a acreditar el daño que le produjo el delito, también que el Ministerio Público en ejercicio de su función pública que tiene encomendada la representación de la sociedad, quedando inmersa

dentro de esta el ofendido, por lo que el ser la reparación del daño sanción con carácter de pena pública, aunque como ya subrayamos con anterioridad esta muchas veces puede caer en otra vías legales, al ser la autoridad la facultada para exigir la reparación del daño el ofendido queda relegado a segundo termino y por lo tanto se dice que se extingue la acción civil, tan es así que cuando por cualquier causa el ofendido no se llegare a presentar dentro del procedimiento para comprobar el daño que fue producto de la conducta delictiva de su ofensor, la autoridad que nos ocupa tiene la obligación de solicitarla para que en su caso de que se a condenado el reo a reparar el daño esta reparación pase a favor del Estado.

Por lo pronto vamos a analizar a que se refiere cuando se habla de la coadyuvancia que es una figura que pasa a segundo termino, sin embargo, es la forma en que el ofendido se puede presentar por si o por medio de su representante a auxiliar al encargado la sociedad a orientar en conocimiento del juez instructor todos los datos que tiendan a justificar el daño que produjo el delito además de que como ha quedado señalado, no es una obligación sino más bien una especie de garantía que lo faculta a presentarse dentro del procedimiento, pues de hecho desde que hace del conocimiento de la autoridad investigadora de los delitos que se presumen, su actuación de alguna manera se encamina a que le sea resarcido el daño.

En su segunda parte el artículo 34 del Código Penal citado dice:

...“El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

El Ministerio público debe exigir de oficio la reparación del daño a favor de los ofendidos al formular conclusiones acusatorias.

El representante social no exigirá la indemnización cuando el delito o delitos que motivaron al proceso no hubieren producido un resultado material que la justifique o bien si no se ofrecieron las pruebas y elementos para determinar la existencia del daño y su monto.

En todo caso la reparación del daño moral deberá considerarse. En el caso en que de autos se desprenda que los daños han sido reparados es obvio que no resulta necesario la aplicación de este precepto.

De lo anterior se concluye que el representante social tiene la obligación de exigir la misma desde el momento en que se realiza el pliego de consignación que envía al juez penal. Pero cabe hacer mención que en la práctica no siempre se agregan los elementos suficientes para garantizar la reparación debida y el agraviado tenga que recurrir a otras vías legales.

De conformidad con el artículo 2 Fracción III el Código de Procedimientos Penales le corresponde al representante social ejercitar la acción penal que entre otras cosas tiene por objeto que este pida al juez la sanción de reparación del daño, solicitando en su caso el embargo precautorio de bienes.

Por otra parte en el momento de presentar conclusiones este debe solicitar la aplicación de la sanción de reparación del daño, tal solicitud no debe ser realizada como un mero trámite, ya que para que tenga un valor formal se supone que con todo este con el tiempo necesario para recabar las pruebas que acrediten el daño o perjuicio ocasionado que se reclama.

Al respecto el maestro de la Vega comenta que “con la reforma y concordancia y cumplimiento del último párrafo del artículo 20 Constitucional, ahora reformado no solamente queda establecido que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública exigible por el Ministerio público, sino que también la víctima y ofendido o sus derechohabientes con el carácter de coadyuvantes pueden aportar tanto al Ministerio Público como al juzgador los datos de la reparación lo que no acontecía anteriormente, con esta medida se fortalecen y favorece la posición del ofendido que casi siempre se quedaba olvidado durante el procedimiento”²⁹

Por otra parte estando la posibilidad de que no habiendo responsabilidad penal que funde la reparación del daño, que por esta vía concurra, no es óbice para la existencia de un ilícito de carácter civil, pero aún no hay fundamento

²⁹ Francisco González de la Vega. Op Cit Pág. 83

legal penal, que brinde la oportunidad al ofendido para exigir en el procedimiento meramente civil, la satisfacción de sus derechos.

Por consecuencia siendo el Ministerio Público el único que tiene la facultad de demandar y exigir el pago de la reparación del daño proveniente del delito deberá para ello como lo hace mención el maestro José González Bustamante de no solo aportar pruebas para la comprobación del cuerpo del delito y responsabilidad del acusado sino también debe aportar pruebas para la cuantificación del daño.

Haciendo un recordatorio que al haberse catalogado como una pena pública, el único sujeto que puede demandarla es el Ministerio público, ello en razón de ser el órgano del Estado al que constitucionalmente le fue adjudicados la titularidad y monopolio de la acción penal, según el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este sentido el maestro Francisco Sodi puntualiza “que el pago de la reparación del daño causado por un delito es de orden público ya que a parte de satisfacer el interés particular satisface la conciencia social y por lo tanto debe perseguirse públicamente debiéndose quitar de las manos de los particulares para formar parte de la sanción penal y el objeto de la acción penal.”³⁰ Estamos de acuerdo con esta definición ya que el principal objetivo del Estado debe ser el de cuidar los intereses de sus ciudadanos, y por lo tanto sancionar a los infractores a la condenación de la reparación debida.

³⁰ Carlos Franco Sodi El Procedimiento Penal Mexicano. Edit. Botas. México 1950 Pág. 34

FACULTADES DEL JUZGADOR

El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: la magnitud el daño causado, la acción u omisión y los medios de ejecución del acto delictivo; el modo, tiempo lugar y circunstancias del hecho; el grado de responsabilidad así como la calidad de la víctima u ofendido; así como la edad, las condiciones económicas y sociales, los motivos que obligaron a delinquir, y demás condiciones especiales y personales que se encontraba el sujeto en el momento de la comisión del delito.

La falta de pruebas sobre el daño material, no impide al juzgador fijar una indemnización por el daño moral en favor de la víctima. En efecto, el daño moral no puede valorizarse exactamente. Su reparación económica no es posible medirla con precisión, y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una venganza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización mediante un juicio prudente, tomando en cuenta la capacidad económica del obligado, la naturaleza del daño y las constancias relativas que obren en el proceso.

Cabe hacer mención que en las ejecutorias de amparo no se puede imponer a la autoridad responsable la obligación de acordar en favor de las víctima de un hecho ilícito, una indemnización por el daño moral de que habla el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, ya que este solo

concede al juzgador una mera facultad discrecional, para que aplique alguna cantidad como indemnización compensatoria del daño moral.

Aunque es cierto que la apreciación del monto del daño moral no está sujeta, por su naturaleza misma, a la prueba pericial, si son susceptibles de comprobarse en el proceso, las diversas circunstancias que permitan al juzgador fijar ese monto, tales como el temperamento de la víctima del delito, su posición social, su educación e ilustración, su estado orgánico etc., de las cuales, unas pueden probarse por peritajes médicos, para apoyar la demanda sobre la reparación moral, y la Primera Sala de la Suprema Corte considera que la dificultad de la prueba para la demostración del daño causado en el aspecto moral, debe quedar al prudente arbitrio del juzgador hacer la estimación de ese daño, atendiendo a todas las circunstancias de hecho y al daño material causado, a fin de que de allí pueda derivar o imponer, de acuerdo con su criterio y buen juicio, la obligación de pagar una cantidad que pueda reparar el daño moral. Esta norma es la aplicable en consonancia con el artículo 29 del propio ordenamiento, que categóricamente establece que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, y como tal, deben ser reguladas por la ley penal, pues está limitada esa interpretación en el orden represivo; y como, a mayor abundamiento, el juez se encuentra obligado a individualizar las sanciones que aplica, de acuerdo con las facultades que le confieren los artículos 51 y 52 del Código Penal citado, es inconcuso que se debe admitir que dentro de esa facultad discrecional de que dispone el juzgador para la estimación del daño de que se viene hablando, su prudente arbitrio debe moverse dentro de la mayor amplitud para apreciar la comprobación de las diversas circunstancias en que se basa la condena.

4.3. ANALISIS DEL ARTICULO 399 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Haremos un breve análisis de los que contempla en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 399 ya que nos parece de suma importancia que es donde le dan garantías a las víctimas de que les sea resarcido su patrimonio, y en el caso de delitos que afectan la integridad física el juzgador toma en cuenta la Ley Federal del Trabajo para que se de una indemnización, que se le puede considerar moral, ya que los bienes que afecta no recaen en el patrimonio de las personas. Esto con el fin que el procesado sea puesto en libertad si garantiza todos los supuestos que marca el ordenamiento legal que citamos con anterioridad y que a la letra dice:

Artículo 399: Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que le solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II. Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 194.

De este precepto desprendemos las garantías que le otorga la Constitución al infractor ya que inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, y que la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

Nos dice que el inculpado tiene que garantizar el monto del daño, que el juez debe remitirse a las disposiciones laborales para el caso de delitos que afecten la integridad física, que solvante todos los gastos que puedan imponérsele. Esto puede ser muy criticable si vemos que en la realidad la insolvencia de muchos delincuentes deja a un lado todas estas consideraciones, y vemos que ha la víctima se le deja en el olvido.

Por último, lo que se refiere a la caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido. Esto establecido en el propio ordenamiento en su último párrafo.

Haremos un breve comentario de lo que es la teoría general del proceso, junto a la pretensión necesaria del proceso penal, en la que se pueden encontrar otras pretensiones, porque su existencia no determina la del proceso mismo, en primer lugar, la pretensión de resarcimiento del daño, que pueden formular en el proceso en tiempo y forma oportunos, fundándose en los hechos objeto del mismo proceso, la parte lesionada por el supuesto delito, formule o no una pretensión de contenido penal, y el Ministerio Público que debe forzosamente formularla como consecuencia procesal de aquélla, salvo en el caso de que el interesado renuncie expresamente a su derecho material.

Desde este punto de vista, cabe decir, que el ordenamiento jurídico vigente, permite que se formule esa pretensión en el proceso penal, junto con la pretensión punitiva. Cuando la ley afirma que de todo delito o falta puede nacer acción civil para la restitución de la cosa, reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el delito, incurre en más de un equívoco.

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 los dispositivos constitucionales respectivos.

Si el Código Político fundamental 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 para el sólo efecto de que se pronuncie nueva resolución en la que subsistiendo la declaratoria de culpabilidad, se fije el monto de la pena pecuniaria por reparación del daño, dentro de los márgenes expresados por el Ministerio Público en su pliego acusatorio y que son finalmente los que toma en cuenta el juez para su determinación.

4.4 CARACTERISTICAS DE LA REPARACION DEL DAÑO EN MATERIA PENAL

Por lo que hace a este apartado y para poder señalar sus características, es necesario distinguir la doble forma o carácter que se ha contemplado dentro del Código Penal y una vez entendida poder caracterizar cada una de ellas. Podemos decir que nuestro sistema penal adopta un doble sistema ya que por un lado es una pena pública y por el otro lado puede darse como responsabilidad civil.

Esta distinción estriba en cuanto a que la persona que deba exigir el pago, así cuando deba exigirse al delincuente responsable será una pena pública y cuando deba exigirse aun tercero solidario ajeno a la comisión del hecho delictivo será una responsabilidad civil como lo cita el artículo 34 del Código Penal Federal.

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, sí tiene el carácter de responsabilidad civil y debe hacerse efectiva en la vía incidental en la forma establecida en la ley, carácter que también conserva en las hipótesis siguientes: cuando el órgano de investigación 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.

4.5 APLICACION SUPLETORIA DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO EN RELACION A LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL EN EL CODIGO PENAL

En este punto vamos a tratar de establecer la importancia que tiene la Ley Federal del Trabajo con relación a la reparación del daño moral, aunque no lo establece plenamente se puede considerar como tal, ya que recae sobre bienes que afectan la integridad física y corporal, esto es no se refiere a ningún daño material, y es evidente que la ley no toma como improcedente dicha disposición, pero no la aplica por regla general, ya que en la sentencia condenatoria debe traer aparejada la condena de la reparación del daño si así lo solicitó el Ministerio Público, y si en la ley punitiva aplicable, como lo es la del Distrito Federal, no hay disposición sobre el particular, adoptar el criterio de las leyes civiles y del trabajo para fijar el "quantum" de la reparación resulta adecuado y no quebranta por tanto, garantía por incorrecta aplicación de la ley.

Así al remitirnos a diversas ejecutorias de jurisprudencia como vimos en el capítulo que antecedió, la Suprema Corte de Justicia, se remite a las normas laborales en auxilio de la ley penal, para determinar el monto de la indemnización que el juez valore, por concepto de reparación del daño, ya que este posee el carácter de pena pública, la misma que debe ser exigible desde el momento en que alguien es condenado por un hecho delictuoso.

En la Ley Federal del Trabajo procede perfectamente y sin discusión a nuestra consideración los artículos relativos a la indemnización que percibe

un trabajador por el caso de accidentes, negligencias del patrón entre otros y trasladándolo a la materia penal para el caso de delitos se puede aplicar de una manera razonable y no estar sujeto a lo que establece el Código Penal Federal que dice que la reparación del daño será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar y de acuerdo a las pruebas recabadas en el proceso, pero si la autoridad responsable no contó con ellas para ayudarle a cuantificar el pago por el daño tanto material como moral, aunque este último es prácticamente imposible de hacerlo, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 1915, segundo párrafo del Código Civil, el cual de igual forma remite a que se aplique el artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo, en favor de los deudos, o sea, a pagar la cantidad que resulte de multiplicar el cuádruplo del salario mínimo vigente en la fecha y lugar donde sucedieron los hechos por setecientas treinta veces, de tal suerte que si el fallo impugnado lo dispuso así, no significa que se hubieren violado garantías al quejoso.

También el Código Procesal Federal en su artículo 399 en su fracción I nos remite a la Ley Federal del Trabajo tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, nos dice que el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas del ordenamiento laboral; esto significa que es una base más real para las indemnizaciones en bienes no patrimoniales y que recaen en la integridad física de cada persona, incluso en la pérdida de la vida, que por consecuencia no sufren un daño material sino moral, y que el juzgador debe tomar en cuenta, ya que por no estar precisado sobre todo un concepto de daño moral desde un punto de vista penal, y mucho menos en que consiste su cuantificación, se tiene que remitir a otras disposiciones legales.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La reparación del daño debe ser exigida de oficio por el Ministerio Público y en su pliego de consignación debe aportar todos los elementos para que el juzgador los tome en cuenta, y condenar a la reparación del daño tanto material como moral, y que la víctima del delito se vea afectada lo menos posible en su patrimonio.

SEGUNDA. La idea que guió al legislador que se elevara a rango de pena pública la reparación del daño, y que fuera exigida por el Ministerio Público, para nuestra consideración es buena, porque así de una manera suprimió las venganzas privadas, pero desgraciadamente se le deja al agraviado en segundo término y se le quita fuerza dentro del procedimiento.

TERCERA. Que la parte ofendida tenga todas las facilidades para exigir la reparación del daño, y que pueda como coadyuvante del Ministerio Público aportar todas las pruebas, sin que se le restrinja su participación en el procedimiento, y que tenga los recursos necesarios para el caso de la no-acción por parte de las autoridades, ya que la reparación del daño es una garantía constitucional.

CUARTA. Con relación a la reparación del daño moral podemos considerar que es equivalente. Por que se da cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño pero se tratara de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía.

CUARTA. La reparación moral no admite con respecto de los bienes que tutela una valuación en dinero, ni perfecta, ni aproximada por ser de naturaleza no patrimonial, más sin embargo la indemnización que se percibe es al prudente arbitrio del juzgador según considere los derechos lesionados.

QUINTA. Se puede agregar que la reparación del daño moral es una compensación que opera normalmente entregando una suma de dinero que es el medio más aceptado para reparar un daño. Esta reparación por equivalencia es monetaria única y exclusivamente. No puede existir la reparación como en ciertos casos de daño patrimonial donde se entrega unos objetos similares al daño, ya que además de ser esto imposible tratándose de bienes inmateriales nuestra legislación sobre el daño moral es tajante al establecer que la indemnización que se otorga a título de reparación moral será en dinero.

SEPTIMA. La indemnización moral no es violatoria de garantías de disposiciones legales ya que el juzgador toma en cuenta lo que dejó de percibir el ofendido durante el término de su curación, su incapacidad para trabajar etc., independientemente de que el obligado a pagarla tenga o no trabajo, o tenga la capacidad económica para cubrirla.

OCTAVA. La reparación del daño debe de contenerse desde su ordenamiento sustantivo y fijar unas tablas o tarifas que regulen dicha reparación ya que en ocasiones es muy desproporcionada la fijación que dan los jueces respecto de un mismo daño, y no desestimar improcedente la Ley Federal del Trabajo.

NOVENA. Como opción sería justa la reparación del daño subsidiaria, introducida por algunas legislaciones y que consiste en establecer una caja pública, cuyos fondos se forman con las multas impuestas a los delincuentes, y al cual se recurre para indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos por los delitos consumados por personas insolventes.

DECIMA: Que haya un concepto preciso y concreto en nuestro sistema penal de lo que es el daño moral proveniente de hechos ilícitos, y que se precise una cuantificación que no solo devenga del salario de la víctima como nos remite la Ley Federal del Trabajo.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

ACERO JULIO. El procedimiento Penal Mexicano. Edit. Especiales del Norte. México 1991. Págs. 510.

ARELLANO RABIELA SERGIO. Derechos Humanos y Daño moral en la procuración de Justicia. Edit. Delma. Segunda Edición México.1999. Págs. 295.

BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa. Séptima Edición. México 1995. Págs. 619

BEJARANO SANCHEZ MANUEL. Obligaciones Civiles. Edit. Harla. Tercera Edición. México DF. 1995. Págs. 621.

BIALOSTOSKY SARA. Panorama del Derecho Romano. Edit.UNAM. México 1982. Págs. 250.

BREBIA ROBERTO H. El Daño moral. Edit. Orbi. Buenos Aires 1967.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mexicano Quinta Edición Edit. Porrúa. México 1986. Págs. 986.

_____ y CARRANCA Y RIVAS RAUL. Código Penal Anotado Edit. Porrúa S.A. México DF. 1998. Págs. 1208

CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa S.A. Trigésima cuarta Edición. México 1994. Págs. 363.

COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Sexta Edición. Edit. Porrúa. México.1997. Págs. 981.

DURAN TRUJILLO RAFAEL. Nociones de Responsabilidad Civil. Editorial Temis. Colombia 1981.

FRANCO SODI CARLOS. El Procedimiento Penal Mexicano. Edit. Botas. México 1950.

GARCIA RAMIREZ SERGIO. Derecho Procesal Penal. Cuarta Edición. Edit. Porrúa S.A. México 1983. Págs. 675.

_____. Justicia Penal. Edit. Porrúa S. A. México DF. 1982. Págs. 270

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. El Código Penal Comentado. Edit. Porrúa. México 1996. Págs. 521

MARCHIORI HILDA. Criminología. La víctima del delito. Editorial Porrúa. México 1998 Págs. 212.

OCHOA OLVERA SALVADOR. La demanda por daño moral. Editorial Montealto. Segunda Edición. México 1999. Págs. 362.

OLIVERA TORO JORGE. El Daño Moral. Tercera Edición. Editorial Themis. México DF. 1998 Págs.63

PALOMAR JUAN. Diccionario para Juristas. Editorial Mayo. México 1981. Págs. 1375

RODRIGUEZ MANZANERA LUIS. Victimología. Edit. Porrúa. Quinta Edición. México 1999. Págs. 466

ROJINA VILLEGAS. RAFAEL Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto Vol. II. Quinta Edición. Edit. Porrúa S.A. México 1985. Págs. 736

VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa S.A. Cuarta Edición. México 1983.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

El Código Federal de Procedimientos Penales

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura

La Ley Federal del Trabajo

El Código Civil para el Distrito Federal

HOMICIDIO Y LESIONES, DELITO DE. REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada

Clave de Control Asignada por SCJN: TC151045 PEN

Materia: Penal

Fuente de Publicación : Semanario Judicial de la Federación

Volumen: XII-Septiembre Página: 235

REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada

Clave de Control Asignada por SCJN:

Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: CXVII Página: 515

REPARACION DEL DAÑO MORAL. FIJACION DEL MONTO DE LA

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada

Clave de Control Asignada por SCJN: TC021092 PEN

Materia: Penal

Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: XI-Mayo Página: 390

REPARACION DEL DAÑO MORAL. IMPROCEDENCIA DE LA.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: No Asignada

Clave de Control Asignada por SCJN: TC021128 CIV

Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Epoca -

Materia: Civil

Fuente de Publicación : Semanario Judicial de la Federación

Volumen: XII-Noviembre Página: 421