

884609
S



**ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS
JURIDICAS**

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO NUMERO DE INCORPORACION 8846-09

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL EN EL CODIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SILVIA ESTRELLA LOPEZ

ASESOR DE LA TESIS: LIC. AD. GARCIA ZAVALA

REVISOR DE LA TESIS: LIC. MERCEDES ARCE DEL RIO



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.

I N D I C E

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPARACION DEL DAÑO

1. AUTODEFENSA Y VENGANZA DE LA VICTIMA
2. COMPOSICION
 - 2.1. VOLUNTARIA
 - 2.2. FORZOSA
3. SEPARACION
4. ROMA
 - 4.1. OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS PRIVADOS
 - 4.1.1. DELITOS DEL ANTIGUO IUS CIVILE
 - 4.1.2. DELITOS PRETORIOS
 - 4.2. OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS CUASIDELITOS
5. MEXICO
 - 5.1. DERECHO PEHISPANICO
 - 5.1.1. DERECHO MAYA
 - 5.1.2. DERECHO AZTECA
 - 5.2. DERECHO COLONIAL
 - 5.3. DERECHO EN MEXICO INDEPENDIENTE
 - 5.2. DERECHO ACTUAL

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES DEL DAÑO MORAL

1. MARCO JURIDICO Y CONCEPTUAL
2. NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION DEL DAÑO
3. CONCEPTO DE DAÑO
 - 3.1. CONCEPTO DE DAÑO MATERIAL

3.2. CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

4. VICTIMOLOGIA

- 4.1. DEFINICION DE VICTIMA
- 4.2. CLASIFICACION DE VICTIMAS
- 4.3. LA VICTIMOLOGIA EN MEXICO

CAPITULO III

EL DAÑO MORAL DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL

1. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

- 1.1. AVERIGUACION PREVIA
- 1.2. PROCESO
 - 1.2.1. INSTRUCCIÓN
 - 1.2.2. SENTENCIA

2. MEDIOS DE PRUEBA

- 2.1. LA PRUEBA PERICIAL
 - 2.1.2. DICTAMEN EN MATERIA DE PSICOLOGIA
 - 2.1.3. DICTAMEN EN MATERIA DE PSIQUIATRIA

3. VALORACION DE LAS PRUEBAS

CAPITULO IV

ADICIONES AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
EN MATERIA DE DAÑO MORAL Y SU INSTRUMENTACION

1. PROPUESTA DE CONCEPTOS

- 1.1. DAÑO MORAL
- 1.2. VICTIMA
- 1.3. OFENDIDA
- 1.4. ADICION AL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

2. CUANTIFICACION DE LA REPARACION DEL DAÑO MORAL

2.1. POSTURAS DOCTRINALES

2.2. PENA

2.2.1. SANCION PECUNIARIA

2.2.2. MULTA

2.3. SENTENCIA

2.3.1. EJECUCION DE SENTENCIA

2.3.2. PROCEDIMIENTO ECONOMICO-COACTIVO

3. MEDIO DE IMPUGNACION

3.1. AMPARO

CONCLUSIONES GENERALES

PROPUESTAS PERSONALES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La reparación del daño es un derecho con que cuentan las víctimas y ofendidos por un delito en el derecho penal mexicano; la reparación del daño comprende el material, el moral y los perjuicios ocasionados por la comisión de un delito.

Nos surge la iniciativa del estudio en particular de la reparación de daño moral en virtud de que al transformar a la realidad el dispositivo legal que la ampara, nos damos cuenta de su inaplicabilidad como consecuencia de la falta de elementos que integran la norma como lo son su definición y la forma de cuantificación; siendo esto lo que consideramos estudiar a efecto de determinar su viabilidad al incluirlo en los dispositivos legales.

Por ello, emplearemos el método histórico mencionando los antecedentes existentes que nos permitan explicar la reparación del daño en el derecho mexicano actual y posteriormente emplearemos el método jurídico deductivo, es decir, partiremos de lo general a lo particular, teniendo

como auxiliar al método sintético para exponer claramente los objetivos y resultados de la investigación.

Es así que la investigación se conformará de cuatro capítulos con los que se pretende aglutinar la información necesaria para cumplir el objetivo de la presente, por lo que en el capítulo primero estudiaremos la evolución que la reparación del daño ha tenido desde el derecho antiguo hasta el derecho mexicano que hoy nos rige, de lo que se desprende que las víctimas a lo largo de la historia han tenido un papel secundario dentro del derecho penal porque si bien es cierto existen en las leyes conducentes disposiciones que las protegen, también lo es que su vigencia es casi nula aunado a que las prerrogativas en favor del delincuente las superan.

Enseguida presentaremos en el segundo capítulo el marco jurídico de la reparación del daño, especialmente del moral, encontrándose sustentado por el inciso B del artículo 20 Constitucional; los artículos 29 al 39 del Código Penal para el Distrito Federal y 9 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, asimismo de los conceptos que alrededor del tema utilizaremos

durante la investigación, fundamentalmente lo que entendemos por daño, por daño material, daño moral, víctima y ofendido a efecto de mostrar un marco de referencia para una comprensión adecuada del tema a estudio.

A lo largo del tercer capítulo enclavaremos a la reparación del daño dentro del procedimiento penal, previa exposición de la controversia existente entre proceso y procedimiento. Se advertirá la intervención del Ministerio Público con sus diferentes atribuciones; los medios de prueba idóneos para la acreditación del daño moral y su resolución en la sentencia emitida por el Organo Jurisdiccional previa valoración de las probanzas desahogadas en el proceso.

Finalmente, es en el capítulo cuarto donde se propondrá la definición de daño moral, de víctima y de ofendido para ser incluidas en los artículos 30 y 30 bis del Código Penal para el Distrito Federal respectivamente. Por otro lado, ante la falta de instrumentación de la reparación del daño moral para hacer posible su cuantificación, sugeriremos la fijación de mínimo y máximo en relación con la multa que para cada delito la ley tenga

prevista y en consecuencia se propone la reforma del artículo 31 del Código Penal multicitado.

Cabe destacar que lo que pretendemos es por un lado, hacer plenamente vigente a la reparación del daño moral en el derecho penal mexicano y por otro compensar los derechos con que la víctima cuenta en relación con los del activo de la conducta delictiva, en virtud de que es ésta la gran olvidada del derecho penal a quien siempre se le toma como agente secundario de la relación procesal lo cual no nos debe ser indiferente toda vez son ellos quienes experimentan el sufrimiento, la impotencia, el dolor, la angustia, la disminución de sus potencialidades, entre otros; como consecuencia de haber vivido el hecho delictuoso en sus personas o en las de aquellas con quienes tenían estrecho lazo.

Debemos analizar las leyes desde todos los vértices, desde todos los puntos que ésta alcanza llámese poder ejecutivo, legislativo y judicial; delincuente, sociedad, y finalmente ubicarnos por un momento en el lugar de los sujetos pasivos de los que nadie quiere tomar su lugar; porque a nadie le gustaría identificarse como víctima u

ofendido, de ahí la importancia de tutelar los derechos que les corresponden.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPARACION DEL DAÑO

Consideramos de suma importancia reseñar los antecedentes históricos del derecho penal en lo que se refiere a delitos y penas para así analizar la evolución histórica de la responsabilidad civil y penal como antecedentes de lo que hoy conocemos como reparación del daño material y moral, considerada pena pública en el derecho mexicano.

"Originariamente, dice Kelsen, sólo había una especie de sanción: la penal, esto es, el castigo -el sentido estricto de la palabra- en relación con la vida, la salud, la libertad, la propiedad. El Derecho antiguo era exclusivamente derecho penal. Más tarde se hizo un

distingo por lo que toca a la sanción; además del castigo apareció una sanción civil específica, la ejecución forzosa o privación coactiva de la propiedad con el propósito de establecer una reparación, es decir, una compensación por los daños causados ilegalmente. Entonces se desarrolló el derecho civil al lado del Penal"¹.

En todas las épocas y en todas las civilizaciones desde la primitiva hasta la más perfeccionada se han manifestado conductas transgresoras del orden establecido, desaprobadas y castigadas por la comunidad. La doctrina jurídica señala cuatro etapas: autodefensa y venganza de la víctima; composición voluntaria; composición forzosa, y separación.

1. AUTODEFENSA Y VENGANZA DE LA VÍCTIMA.

Los primeros grupos humanos conviven unidos por vínculos de sangre, la reacción frente a la conducta transgresora es influenciada por la pasión y no por la razón; la víctima o sus familiares en caso de muerte procuraban la satisfacción que se expresaba en la venganza como la manera que la naturaleza humana reacciona contra el daño, es preciso

¹ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*, 4ª edición, Editorial Harla, México, 1996, p. 228.

advertir que la venganza primitiva no es individual, sino social, de grupo a individuo (cuando el transgresor es miembro de la comunidad), y de grupo a grupo (contra el extranjero infractor y contra su gens o tribu). Sin embargo la reacción retributiva contra el actor del daño, podía ser ejercida por cualquiera que perteneciese a la comunidad y como ya se mencionó era la víctima quien la efectuaba.

"Tissot Bar señala la raíz de la pena en el instinto de conservación del individuo, en la venganza individual, por lo contrario Liszt, Garcon y Mieczylaw Szeren consideran que no es una reacción del individuo, sino una reacción de comunidad, sostiene la tesis de que "la venganza y la pena son dos fenómenos en que cada uno posee su genealogía aparte", señalan que hay dependencias históricas y evolutivas entre la pena y la venganza. La pena hubiera surgido con la misma naturaleza, aunque no hubiese existido la venganza, sin negar que la venganza privada es independiente de tiempo y lugar"².

² Jiménez De Azúa, Luis. *Tratado de derecho penal T. I.*, 1ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1956, p. 237.

La transformación estructural de las comunidades desliga a la víctima del manejo de la pena al transmitirla a un Juez imparcial, la gravedad de la lesión. El Tali6n da al instinto de venganza una medida y un objeto.

Lardizabal consider6 al Tali6n como una pena, en oposici6n San Isidro la describe como "la similitud en la venganza, a fin de que cada uno padezca talmente lo que hizo".³

"La represi6n de delitos, por medio de la venganza privada, confunde la reparaci6n del perjuicio con la pena. La primera qued6 absorbida por la segunda que, por otra parte, sigue siendo una simple pena privada, impuesta por la parte perjudicada, sin intervenci6n de la autoridad p6blica".⁴

³ Ibid., p.238.

⁴ Bejarano S6nchez, Manuel. Op. Cit., p. 229.

2. COMPOSICION

2.1. COMPOSICION VOLUNTARIA

Al renunciar al Tali3n considerada como una venganza proporcional al da1o causado, la v3ctima y los familiares de la misma reflexionaron en que la venganza no satisfac3a las necesidades surgidas del hecho delictivo, por lo que optaron a no vengarse en la persona del agresor a cambio de una suma de dinero, por medio de la cual se otorgaba el perd3n.

Generalmente se daba esta alternativa cuando el da1o causado no era grave, en caso de serlo y renunciar a la venganza privada quedaba deshonrado el ofendido.

Algunos autores consideran a la composici3n voluntaria como el arreglo o convenio econ3mico entre el delincuente y su v3ctima o la familia de 3ste. Por otro lado el derecho germ3nico se1ala que la v3ctima del delito tiene la libertad de aplicar penalidades o de aceptar una cantidad como precio del rescate del derecho de venganza.

La elección se hace por parte del ofendido y nunca por el delincuente, por lo que es la víctima quien determina el monto del resarcimiento.

Esto no podría acontecer en el derecho mexicano actual ya que es el Estado a través de la autoridad jurisdiccional quien decide con base en la valoración del acervo probatorio el monto del citado resarcimiento. La única posibilidad de que esto suceda es en el caso de los delitos de querrela en los que al proceder el perdón del ofendido pueden en un momento dado, pactar una cierta cantidad de dinero a efecto de ver reparado el daño causado; ejemplo de lo anterior son los delitos de abuso de confianza, lesiones no graves o culposas, algunas hipótesis del fraude, entre otros.

2.2. COMPOSICION FORZOSA

El Estado busca consolidarse como fuerza represiva al expropiar de los particulares el uso de la violencia y como consecuencia, la víctima y los familiares de la misma pierden la libertad de elegir entre el arreglo y la

venganza privada, se le impone la aceptación de una retribución pecuniaria.

En esta etapa subsiste la confusión que tiende a la fijación de una pena y la que tiende a la reparación, el estado a través de su órgano judicial es quien determina imperativamente la reparación del daño causado, pero sin perjuicio de que la víctima pudiera renunciar total o parcialmente a la misma.

Aquí se da la absoluta intervención de la autoridad, como órgano que dirime respecto de la aplicación de las sanciones, asimismo se destaca la facultad otorgada a la víctima para renunciar a la reparación del daño en su favor; en el derecho mexicano de igual manera, el ofendido y/o víctima tiene el derecho de renunciar al pago de la reparación del daño pasando ésta en favor del Estado.

3. SEPARACION

La separación de ambas responsabilidades se da según la naturaleza de los valores lesionados, podemos distinguir los valores de la comunidad de los valores privados.

El Estado toma a su cargo la represión de las conductas particularmente contrarias a la armonía social. El derecho penal y la responsabilidad de él, protegen primordialmente los intereses de la sociedad, y secundariamente los intereses privados; el derecho civil y la responsabilidad civil, se preocupan por la protección de derechos privados.

La responsabilidad penal surge por la violación de una norma de orden público, establecida en defensa de la sociedad; el dolo y la culpa en el sujeto activo se consideran para determinar su grado de responsabilidad y en algunos tipos no se exige que se materialice el daño.

En el derecho civil, la responsabilidad como consecuencia de éste surge con la violación de una norma protectora de interés privado, da lugar a una acción privada de carácter potestativa.

A todas luces, se advierte que el derecho penal se caracteriza por ser de orden público, prevee y sanciona conductas consideradas delictivas en las que su incumplimiento afecta a los gobernados entendidos como comunidad o sociedad buscando el bien común, como fin último del derecho.

Por lo anterior, debemos dejar claramente establecida la diferencia del origen entre responsabilidad civil y penal, la primera como consecuencia de acciones privadas y la segunda originada de incumplimiento de normas que protegen el orden público en las que interviene el Estado para dirimirlas; siendo que en las primeras los particulares o aquellos que ejerzan la acción, podrán llegar a buen arreglo sin necesidad de la intervención de la autoridad, en virtud de no afectarse al orden social; en las segundas, el Estado al tener conocimiento por medio de denuncia o querrela de hechos posiblemente delictivos actúa de oficio, con la excepción de que en los delitos de querrela es procedente la extinción de la acción penal por perdón de la persona facultada para otorgarlo, siendo entonces que los particulares pueden dar término al asunto litigioso en virtud de una

conciliación toda vez que en los delitos que se persiguen por querrela predomina el interés privado sobre el público al igual que en la responsabilidad civil y no así en la penal toda vez que predominará el interés público sobre el privado.

4. ANTECEDENTES DE LA REPARACION DEL DAÑO EN EL DERECHO ROMANO.

En la vida social es frecuente que la conducta humana transgresora de los mandatos y prohibiciones de las normas proyecte sus efectos sobre los intereses ajenos, esa repercusión se manifiesta en la producción de daños y perjuicios que alteren la armonía y la paz de la sociedad. El sujeto pasivo de una acción nociva desea y espera que los causantes le indemnizen sus daños.

El estudio del derecho romano es significativo para advertir la forma en que sus instituciones civiles y penales contemplan el resarcimiento del daño como principal objetivo y ha sido rescatado por el derecho contemporáneo.

La teoría de la responsabilidad civil se desarrolla en el derecho romano que consideraba al delito como un acto ilícito previsto en una ley especial, sancionado con una pena y dotado de una acción mediante la cual se imponía a su actor la obligación de reparar el daño. Los clasificaban en públicos y privados, según se tratara respectivamente de actos que ofendían al Estado o a un particular. Los primeros eran castigados con una pena pública -corporal o pecuniaria- los segundos con pena pecuniaria.

La reparación de estos delitos evolucionan desde la venganza privada, Ley del Talión, composición voluntaria, hasta llegar a la fijación de penas establecidas por la ley, es decir se llegó a la conclusión de que los delitos privados afectaban la paz pública y el Estado debía perseguirlos independientemente de la voluntad de las víctimas. De los delitos civiles y de los actos ilícitos no delictivos (cuasi delitos), contemplados por el Pretor³,

³ Magistrado romano inferior al Cónsul, asume la función jurisdiccional en el ordo iudicium privatorum impartía justicia en Roma o en las provincias. Véase Bravo González. *Compendio de derecho romano*, 6ª edición, Editorial Pax, México, 1973, p.157.

nacen acciones penales, cuyas características de orden general son las siguientes:

La *intransmisibilidad*. En un primer tiempo, las acciones no son transmisibles, ni activa ni pasivamente. Posteriormente queda reducida, el delito reviste el carácter de ofensa personal, en cuanto al heredero del delincuente, se otorga una acción en los límites de lo lucrado por efecto del delito que cometió el occiso.

La *noxalidad*. Si el causante del delito privado es un esclavo o un *filius familias*, la acción penal es concedida *noxaliter* contra el *dominus* o el *pater*, éstos pueden librarse de la pena pecuniaria entregando al sujeto activo al ofendido.

Cuando el esclavo cometía un delito por orden de su amo, es el amo quien quedaba obligado; cuando lo cometía el esclavo por iniciativa, se obligaba civilmente por el delito, pero el ofendido no podía perseguir directamente al esclavo, pues este no podía comparecer en justicia, por lo que se le autorizó a perseguir al amo.

La acumulación. La acción penal no es compatible con el ejercicio de cualquier otra acción, que naciendo del mismo delito, se encamine a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño.

De las acciones penales sancionadas por el derecho civil. Las establecidas por el Pretor se extinguen, normalmente, con el transcurso de un año; a partir de que se cometió el delito, o desde el momento en que el ofendido se encuentra en la condición de poder entablarlas. Sin embargo, tiene carácter perpetuo cuando se establecen a imitación del derecho civil deriva de la jurisdicción del Pretor.

La *actio forti manifesti*. La pena pecuniaria es introducida como sustantivo de la pena capital.

La *actio poenalis*. Se encausa a la imposición de una pena, se distingue de la que tiene por objeto el resarcimiento del daño, y de aquella que contempla la pena y el resarcimiento.

La *actio poenae*. Es la acción que se encarga de la persecución de la pena y del resarcimiento dirigida contra aquel que se empeña en negar el derecho del actor. "Justiniano llama *rei persecutorias -reipersequendae causa comparatae-* a todas las acciones *ex maleficio*, que para los clásicos eran penales, se distinguen ahora en dos grupos: penales, que se dirigen sólo a una pena -y aquí únicamente figura la *actio poenae*, acción *tantum poenae persecuendae causa comparata-*, y mixta, es decir, a la vez penales y persecutorias. En este grupo figuran la *actio legis Aquiliae* y otras análogas".⁴

4.1. OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS PRIVADOS

Los romanos definieron a los delitos privados como aquellos que causaban daños a los particulares y los clasificaron en dos grupos:

⁴ Iglesias, Juan. *Derecho romano historia e instituciones*, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, p.418.

DELITOS DEL ANTIGUO IUS CIVILE	DELITOS PRETORIOS
1. FORTUM	1. RAPINA
2. DAMMUM INJURIA	2. INTIMIDACION
3. NIURIA	3. DOLO

4.1.1. DELITOS DEL ANTIGUO IUS CIVILE

A) El Fortum. La vieja y estrecha concepción la señala como el apoderamiento de una cosa contra la voluntad del dueño, con afán de lucro, posteriormente Gayo señaló que "también hurta quien trata la cosa como propia contra la voluntad de su dueño"⁷, aparece aquí una definición mas amplia que contempla el uso no consentido por el propietario. "Justiniano marca los variados casos de furtum, distinguiendo la sustracción de la cosa -furtum possessionis"-⁸.

En el Digesto⁹ se lee: "Furtum est contretactio rei fraudulosa licrifraciendi gratia, vei ipsius rei etiam

⁷ Idem, p.419.

⁸ Margadant Floris, Guillermo. La segunda vida del derecho romano, Editorial Esfinge, México, 1986, p. 35.

⁹ Denominación que recibe la Compilación de textos de jurisconsultos romanos antiguos formada por orden de Justiniano por

usus eius possessionisve (hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa con intención de lucro, ya sea de la cosa misma, ya sea también de su uso o de su posesión)."¹⁰

La contractatio comprende tanto la sustracción y el uso ilícito de la cosa ajena en el momento que se da la indebida apropiación.

El furtum prescribe una lesión injusta de la posesión que el ofendido tiene respecto de una cosa mueble sin importar que no exista la propiedad en consecuencia, no se concretiza el hurto cuando el propietario no es poseedor, se admite que tal delito pueda dañar a quien detenta la cosa en virtud de un contrato que lleva incorporada la responsabilidad por custodia; se reconoce también la acción del propietario no poseedor cuando no le es factible accionar al poseedor. Las acciones de hurto son negadas al ladrón hurtado y al poseedor de mala fe.

una comisión presidida por Triboniano y promulgada en el año 533 d. C., según lo señalado por De Pina, Rafael. *Diccionario de derecho*, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979, p. 228-229.

¹⁰ Tabera. *La definición de furtum en las etimologías*, 1ª edición, Editorial SDHI, México, 1942, p.23.

Las XII Tablas diferenciaban entre el fur manifestus ladrón aprehendido en flagrancia y el fur nec manifestus. Permitían a la víctima del robo dar muerte al fur manifestus, cuando cometía el delito de noche, o de día a mano armada, en este último caso debía pedir auxilio a los vecinos.

Al fur manifestus siendo persona libre, y joven, sufría la pena de azotes y era entregado como esclavo a la víctima de robo, si no era joven, la pena de azotes se daba en medida variable. Si el ladrón tenía la calidad de esclavo, era azotado y arrojado por la roca Torpeya, por la que eran despeñados los reos de alta traición. Posteriormente la pena para el ladrón en flagrancia fue sustituida por el Pretor tanto para el hombre libre como para el esclavo, por el pago del cuádruplo del valor de la cosa, cuya persecución puede lograrse mediante la actio furti manifesti.

La actio furti, es ofensiva, perpetua y transmisible a los herederos de la víctima, pero no a los del ladrón, dado su carácter penal. Si el robado es dominus,

dispone, además, de la rei vindicatio y de la condictio furtiva que es reipersecutoria, y puede intentarse también contra los herederos del ladrón.

El frutum en principio fue un delito privado, sin embargo, surge y se consolidan las penas públicas para reprimir las modalidades más graves.

Comenzamos aquí a notar el carácter represivo del Estado, empieza a hacer suyas las "ofensas" y a actuar como regulador de la armonía social, éste es el antecedente más importante de la pena pública convertida en trascendental para el derecho penal mexicano.

B) *Damnun iniuria datum*, es el daño causado culposamente en una cosa ajena mueble. Esta figura de delito tiene su fuente en la *lex Aquila* con la que se inicia una reglamentación de los casos de daños en las cosas. El ejercicio de la preparatoria y la actividad jurisdiccional amplían el deficiente régimen del *danium* contemplado por dicha ley.

Las XII Tablas contemplaban los danos causados en las cosas ajenas, pero sin que pueda hablarse de un tipo único de delito, castigados a través de las siguientes acciones.

La actio de pauperie, concedida contra el dueño del animal que causa daño a una cosa ajena. El propietario puede elegir entre el resarcimiento del daño o la entrega del animal.

La actio de pastu pecoris, otorga contra el dueño del animal que pasta en fundo ajeno, que lo obliga a resarcir el daño o entregar el animal.

La actio de arboribus succisis, que se efectúa contra quien hace un corte abusivo de árboles ajenos, quien era condenado a pagar 25 ases por cada árbol cortado.

Encontramos que éstas acciones están encaminadas únicamente a la restitución de la cosa o al pago del valor económico que éstas representan, reparando estrictamente el daño material causado.

La Ley de Alquila señala que el propietario perjudicado dispone de la actio legis Aquilae, por medio de la cual se obtiene que el culpable pague no solo los daños causados, sino otorgue una indemnización pagando el valor máximo que tuvo el año anterior cuando se trata de un esclavo o de un animal cuadrúpedo, o en el mes precedente si se trata de otro animal u objeto. La actio legis Aquilae es una acción rei persecutoria, aunque tenga matiz penal.

En cambio, como lo vemos en el párrafo anterior, se gesta ya, no sólo la reparación por concepto de la cosa dañada sino también una cantidad más en favor de la víctima a modo de indemnización por el daño causado con independencia del daño material.

El antiguo derecho debía producirse un daño directamente por el agente y directamente sobre la cosa, no procedía la Ley de Aquila por una omisión, así lo estableció la jurisprudencia clásica y el Pretor a mantener firme el principio de inaplicabilidad de la Ley de Alquila cuando medie un acto positivo.

En el derecho Justiniano es posible accionar en los casos de omisión; la existencia de dolo que era necesario en las primeras épocas, se amplía hasta los actos meramente culposos. Bajo Justiniano la *actio legis Aquilae* es mixta, por la *rei persecutoria* se obtiene el valor de la cosa, por acción penal una satisfacción o una suma a título de pena.

C) Iniurio, en sentido amplio es término expresivo de lo antijurídico de un acto. En sentido restringido, es una ofensa contra la integridad corporal o moral de una persona, asumiendo entonces la figura de delito¹¹.

Resulta muy interesante analizar la evolución de la configuración del individuo, las características de persona a la luz del derecho, especialmente en materia penal, toda vez que comienza a vislumbrarse la división entre lo corporal y lo moral derivándose que su afectación tiene consecuencias distintas. Con base en lo anterior, el delito no sólo afecta a las personas en su

¹¹ Iglesias, Juan. Ob. Cit. p. 428.

patrimonio, en su integridad física, en su sexualidad, etcétera; sino también en la parte moral que lo conforma.

De ahí que nos parezca acertado lo dicho por Bofante quien señala lo siguiente "el delito es un acto que lesiona física y moralmente a la persona".¹²

En lo que se refiere a los delitos en que se afecta la integridad corporal encontramos que en las XII Tablas se refieren únicamente a particulares casos de violencia corporal: a)- mutilación de un miembro o inutilización de un órgano, que se castiga con la pena del talión a no ser que medie composición voluntaria; b) Fractura de hueso a un hombre libre o a un esclavo, que determina una pena respectiva de 300 ó de 150 ases; c) lesiones menores de toda clase que obliga al pago de 25 ases.

La *actio iniurarum aestimatoria* por el Pretor, permite perseguir toda conducta afectada contra la integridad física. El Pretor es quien hacía la estimación de

¹² Ortiz Urquidi, Raúl. *Derecho civil*. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 55.

injurias graves, y el Juez por respeto a éste, no se atrevía a rebajar la condena.

El Pretor extiende el concepto de injuria a otras situaciones -difamación, violación de domicilio- y ordena Indemnizaciones teniendo en cuenta la gravedad, la calidad de las personas y circunstancias del caso.

A todas luces se ve la actividad discrecional que el Pretor tenía con relación a la imposición de penas según las circunstancias especiales del caso; esta característica es un antecedente de suma importancia para nuestro derecho actual, porque si bien es cierto que la norma debe ser general y abstracta, también lo es que las particularidades del hecho, del activo y del pasivo son determinantes para la aplicación de la pena.

En el periodo de Justiniano toda la materia de injuria sale del campo de los delitos privados para entrar al de los delitos públicos.

Nuevamente el Estado a través de la autoridad aumenta la participación en su actividad reguladora considerando

más delitos como de orden público que en consecuencia serán regulados por éste.

4.1.2. DELITOS PRETORIOS.

"A) La Rapiña. Al principio no constituía una figura propia de delito, sino hurto cualificado: sustracción hecha con violencia. Sancionada por medio de la *actio vi bonorum raptorum*, de carácter infamante introducida por el Pretor Luculo en el año 76 a.C., con multa al cuádruplo".

"B) La intimidación. Se presenta al efectuarse actos de fuerza material o moral y que para tener validez debe afectarse a un hombre firme y que por el temor, dé su consentimiento en el negocio en cuestión; con la *actio quod mestus causa*, éste queda en pie por la cual la víctima podía pedir la restitución de lo que había entregado por medio y el culpable pagaba a la víctima el cuádruplo del daño causado. Justiniano suprime ese dualismo y sólo subsiste la última".

"C) Dolo. Introducido por el Pretor Aquilo Galo, son las maquinaciones o manejos fraudulentos empleados para engañar, a una persona con el fin de provocar su consentimiento en un acto jurídico. En el derecho antiguo, las partes se protegían del dolo a través de la cláusula doli y posteriormente el Pretor concede la actio doli a la parte perjudicada y en el caso de contrato aún no cumplido, la exceptio doli. La acción del dolo es subsidiaria, infamante y por ella sólo se obtiene el valor del objeto".¹⁾

Los delitos pretorios nos muestran un derecho más evolucionado que contiene conceptos relacionados a las particularidades de lo que ahora forma parte del cuerpo del delito, por ejemplo no sólo se castiga el apoderamiento o hurto de un bien en el caso de la rapiña, sino también el uso de la violencia empleada para su consumación. En el caso del dolo vemos que es un elemento subjetivo que caracteriza a cierto tipo de delitos como es la maquinación o engaño para obtener el resultado que se busca.

¹⁾ Bravo González. *Compendio de derecho romano*, 6ª edición, Editorial Pax, México, 1973, p.156.

4.2. OBLIGACION QUE NACEN DE LOS CUASI DELITOS

Se da el nombre de cuasi delitos a aquellos hechos que sin ser verdaderamente delitos, producen efectos que los actos delictivos y la obligación de reparar del daños causado. Es difícil encontrar un criterio de distinción entre los delitos y los cuasi delitos y no hay un denominador entre las cuatro figuras citadas en el Digesto, abarcan casos dolosos y casos de responsabilidad objetiva como a continuación se señala:

1. El Pretor otorga una acción in bonum et aequum concepta, contra el Juez que hace suyo el litigio obrando dolosamente al pronunciar sentencia, se le condena que repare los daños que cause. En la época justiniana la responsabilidad viene extendida a la negligencia, se da también la reparación del daño, pero en ninguna de las dos circunstancias se modifica la sentencia.

2. La acción de posito et suspensio es concedida por el Pretor contra quien con peligro en general, suspenda o coloque algún objeto sobre la vía pública de manera que

con su caída, podría causar daño a cualquier transeúnte, se establece una pena de diez áureos, en tiempo de Justiniano.

3. La acción de *effusum et directum* concedida por el Pretor contra el morador de una vivienda desde la cual se arroje algo a la calle que dañe a un transeúnte y mediante la cual éste pueda reclamar que se le indemnice el doble del valor de los daños.

4. Robos y daños sufridos en naves, hoteles y caballerizas, contra los encargados concede el Pretor una *actio in factum* mediante la cual los perjudicados pueden reclamar de aquéllos el doble del valor de los daños causados.

Las obligaciones nacidas de los *cuasidelitos* nos muestran con mayor abundamiento las consideraciones acerca de la reparación del daño como pena accesoria; aún cuando no hubiera distinción clara entre *dolo* y responsabilidad objetiva ni entre conductas de lesión y de peligro como diferenciamos ahora a los delitos consumados de los tentados respectivamente; encontramos

apoyo en lo que a derechos de las víctimas se refiere, consideradas como portadoras de un derecho lesionado o puesto en peligro según sea el caso, y a su vez, la facultad de reclamar en su favor una cantidad económica por el daño sufrido y si así lo consideran renunciar a él.

5. ANTECEDENTES DE LA REPARACION DEL DAÑO EN MEXICO.

Para entrar al estudio del derecho penal mexicano en la actualidad es necesario conocer los antecedentes que lo conforman, la importancia que tiene la evolución del derecho en cuanto a los delitos que contempla, las penas que se imponen y el procedimiento por el cual se hacen valer a la luz del marco histórico en el que se les da vida.

Por ello, analizaremos inicialmente dentro del derecho prehispánico el maya y el azteca así como el procedimiento que llevaban a cabo para la aplicación de las sanciones; posteriormente el derecho Colonial que lo consideramos de fundamental importancia en virtud del importante legado que en materia de técnica jurídica nos

aporta España a través de los colonizadores, y finalmente, el México Independiente, haciendo mención de las diferentes Constituciones promulgadas hasta llegar a la que hoy nos rige y derivada de ella el Código Penal vigente.

5.1. DERECHO PREHISPANICO.

Dentro del análisis del derecho mexicano en su apartado de derecho prehispánico nos encontramos en el estudio de los delitos más comunes y las penas impuestas a ellos, así como las características de derecho procesal que de esa época, a efecto de hacer un contexto histórico para el tema que nos ocupa.

5.1.1. DERECHO MAYA

Las más serias investigaciones acreditan que el pueblo Maya contaba con una administración de justicia, la que estaba encabezada por el batab.

Juan de Dios Pérez Galas, indica: "La jurisdicción de los batabes comprendía el territorio de su cacicazgo, y

la del Ahua todo el estado, la justicia se administraba en un templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos que tenía por nombre Popliva. Los juicios se ventilaban en una sola instancia, no existiendo ningún recurso ordinario ni extraordinario¹⁴.

En forma directa y oral, sencilla y pronta, el batab recibía e investigaba las quejas y resolvía acerca de ellas de inmediato, verbalmente también y sin apelación, después de hacer investigar expeditamente los delitos o incumplimientos denunciados y procediendo a pronunciar la sentencia.

Las penas eran ejecutadas sin tardanza por los tupiles y servidores destinados a esa función. Cuando la queja era contra súbdito de otro cacicazgo la tardanza ó lenidad del castigo daba lugar a que todo el pueblo vengara el ultraje, corriendo a la guerra contra el pueblo ofensor.

¹⁴ *Derecho y Organizaciones Social de los Mayas*. 1ª Edición, Editorial Gobierno Constitucional del Estado de Campeche, México, 1943, p.82.

Una organización del clan, con un jefe civil y no siempre elegido en virtud de su sangre familiar sino de su valor o de su autoridad moral: tal era el tipo de organización del pueblo maya.

Queremos destacar algunos de los delitos y las penas más comunes en el derecho maya como lo era el daño a la propiedad de tercero que era castigado con la indemnización de su importe, lo cual sería pagado con los bienes del ofensor y en caso de ser insuficientes con los de la mujer y si no con los de la familia, de tal suerte que se aprecia la transferencia de la pena y la responsabilidad colectiva era, como se ve, aceptadas por el pueblo maya. "El adulterio era objeto de la más cruda sanción. Atado de pies y manos a un poste el varón adúltero era puesto a disposición del marido ofendido, quien podía perdonarlo o bien, allí mismo y en el acto quitarle la vida... y por cuanto a la mujer adúltera solo era objeto de infamia y de repudio por parte del marido"¹⁵.

¹⁵ Delgado Moya, Rubén. *Antología Jurídica Mexicana*, 2ª edición, Editorial Atento, México, 1993, p.4.

Pena del Tali3n para el homicida. El batab la hacfa cumplir y si el reo lograba ponerse pr3fugo los familiares del muerto tenfan el derecho de ejecutar la pena sin lfmite de tiempo.

Venganza privada y de sangre; soluci3n com3n en las comunidades sociales primitivas. Pero se habfa transitado ya de la pena de muerte a la privaci3n de la libertad, d3ndose asf un paso significativo hacia una superior evoluci3n. En efecto, si el homicida era un menor pasaba a ser esclavo perpetuo de la familia del occiso, para compensar con su fuerza de trabajo el da1o reparable pecuniariamente.

El robo, cualquiera que fuese su cuantfa acarrea la cafd a esclavitud; denot3ndose la uni3n entre martirio y la infamia.

Es este un momento de suma importancia para la historia del derecho prehisp3nico, en virtud de que comienzan a sustituir las penas sanguinarias y tortuosas para dar paso a las penas privativas de libertad, si bien no configuradas como lo que ahora conocemos como prisi3n, lo

equiparamos con la pena de esclavitud y encontramos que son del mismo género; afectan el transcurrir de la vida del delincuente sin tener que imponer pena de muerte como se acostumbraba en la mayoría de los delitos.

5.1.2. DERECHO AZTECA

Respecto al derecho azteca y sus particularidades en el derecho penal, las más graves y crueles penas correspondían, como fue siempre usual, a los delitos contra la seguridad del imperio: traición al soberano, espionaje, rebelión y hechicería que tendría sobre la comunidad calamidades públicas.

Las penas eran desollamiento en vida, descuartización en vida, confiscación de bienes, demolición de la casa, esclavitud para los hijos y demás parientes hasta el cuarto grado, muerte a golpes de porra en la cabeza o lapidado y muerte abriéndole el pecho al culpable.

Diversidad de penas, siendo más duras las aplicables a los nobles que a los plebeyos, de muerte de aquellos, de esclavitud o infamantes a éstos, seguían a una misma

conducta. Ello se explica, no obstante que al parecer es contradictorio, ya que las leyes eran dictadas por el emperador, vértice de las clases nobles.

En el caso del robo de menor cuantía ameritaba esclavitud y los graves pena de muerte; la reparación pecuniaria comprendía el doble del valor de lo robado, o cierto número de mantas de algodón.

Se aprecia con esto que se empiezan a combinar las penas, es decir, la pena de muerte por un lado y por otro la esclavitud y accesoriamente la sanción pecuniaria comprendida como restitución de la cosa o pago de ella y un tanto más; esto último es para nosotros de vital importancia, toda vez que el pago de la cosa lo traducimos a la reparación del daño material y el tanto más a pagar, como un antecedente del pago a manera de indemnización por el daño sufrido; en consecuencia procedente también el daño moral que se causa a una víctima de delito.

El derecho prehispánico es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable

cohesión política, encontrándose que no era raro que la pena de muerte fuese acompañada de la confiscación como en los casos de la alta traición y peculado, los bienes se aplicaban al monarca. También la esclavitud era acompañada de confiscación, recayendo los bienes en el ofendido, especialmente en el caso de plagio, y en los delitos contra la propiedad; el condenado se hacía esclavo del ofendido.

"No era permitida la venganza privada; ni aún la adúltera sorprendida in fraganti, podía ser muerta, a pesar de que por el adulterio había pena capital; no se permitía intervenir en el derecho del estado para castigar"¹⁶.

Resalta la protección del Estado a favor de las víctimas pero se tenía prohibida la venganza privada correctamente en nuestra opinión, porque había que difundir quién tenía la autoridad y a quién correspondía sancionar los delitos cometidos.

¹⁶ Ibid. p. 65.

El perdón del ofendido era algunas veces motivo de atenuación de la pena, como sucedía en el adulterio y en el asesinato. En algunos estados, el castigo quedaba en manos del ofendido, por cuanto que le estaba concedida la ejecución de la pena.

En estos casos se permitía la intervención del ofendido pero únicamente con autorización de la anuencia de la autoridad, robusteciéndose lo ya mencionado respecto de la venganza privada.

En cuanto a la responsabilidad por culpa, se encuentran algunas particularidades. Quien se "echaba" con una esclava se hacía esclavo del dueño cuando aquella moría en el parto o quedaba lisiada; él sustituía a la esclava perdida; esto sucedía especialmente cuando la esclava era tan joven que moría.

Vemos que es una forma de reparación del daño, es decir, al sustituir a la esclava muerta se resarce el daño por la ausencia de ésta a cambio de "algo igual".

Estos preceptos muestran como se consideraba la negligencia. Conviene saber que las leyes penales

propriadamente dichas, sólo se ocupaban en delitos intencionales; en este sentido estaban dictadas también las leyes contra el homicidio. En consecuencia, parece que el homicidio por culpa era castigado con indemnización y la consiguiente esclavitud, pues únicamente desde este punto de vista se puede comprender lo antes dicho.

En el caso de herir a otro, tenía que reembolsarse los gastos, y hasta entonces se le tenía preso o también le era entregado como esclavo al ofendido; clara reparación del daño material encontramos en este ejemplo al pagar los gastos emanados por la comisión del delito.

"A la calumnia grave, impuso Nezahualcoyotl en la ley 9, la pena de muerte. A la acusación calumniosa y al falso testimonio judicial, impuso la pena del talión, es decir, el mismo castigo que hubiera tenido el hecho falsamente denunciado"¹⁷.

¹⁷ Ibid. p. 69 70.

En lo que respecta al derecho procesal en materia penal encontramos que las partes podían tener sus propios patronos (tepantlatoani) y sus representantes (tlanemiliani); en los procesos criminales también había patronos; sin embargo, era la defensa limitada en los casos de delitos graves; pero no es muy seguro que se hubiera desarrollado una profesión de abogado propiamente dicha, aunque parece probable, según la narración de Sahagún.

La persecución por delitos, principalmente por adulterio, podía seguir aun sin acusación, por solo el rumor público; procedimiento inquisitorial. Sin embargo, esto no era en todas partes. En Michoacán se usaban los indicios corporales, el pariente del occiso traía a los tribunales el dedo separado del cadáver o las mazorcas arrancadas en los delitos de daño en el campo.

El procedimiento consistía en la relación de las partes y la rendición de las pruebas; podían aquéllas ser confrontadas para la explicación mutua; así como haber un careo en que podía intervenir ningún patrono.

Los delitos graves eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, no permitiéndose ningún discurso de defensa.

"Las pruebas que se rendían eran racionales, en general; se buscaban los medios de conocer la verdad y como tales se conocían el testimonio, la confesión, los indicios, los careos y la documental"¹⁹.

La confesión desempeñaba un gran papel, en particular, en caso de adulterio, en que podía forzarse la confesión por medio de tortura, si la sospecha era vehemente. Sin embargo este era el único caso en que se aplicaba la tortura y era muy raro.

También se conocía la prueba de indicios.

Los medios de prueba eran ante todo, documentos y testigos. La prueba documental era particularmente importante en las disputas sobre inmuebles porque se llevaban mapas catastrales exactos, a los cuales se

¹⁹ Mendieta, Fray Jerónimo de. *Historia Eclesiástica Indiana*, 1ª edición, Editorial UNAM, México, 1945, p. 301.

recurría en caso de litigio. "Los testigos eran interrogados por el Juez bajo juramento que prestaban poniendo el dedo sobre la tierra y llevándoselo a los labios queriéndose indicar con esto que se comía de ella"¹⁹. Se hacía también uso frecuente del careo, siendo interrogados los testigos con severidad y detenimiento acerca de los diversos puntos de prueba.

En cuanto a que los jueces tuvieron distintas opiniones, se decidía por su mayoría de votos o se elevaba el asunto a la decisión superior. Que la apelación era conocida y que se podía apelar a los jueces de primera instancia entre los superiores, cuyas decisiones eran inatacables, salta a la vista por lo antes dicho. "No debía durar ningún pleito por más de cuatro meses o sea, ochenta días"²⁰.

"Los fallos eran apelables y dicha impugnación se llevaba a cabo ante el monarca, quien asistido de otros jueces, o de trece nobles muy calificados, sentenciaban

¹⁹ Ibid. p. 301-302.

²⁰ Delgado Moya, Rubén. Op. Cit., p.81.

en definitiva"²¹. El fallo definitivo constituía res judicata y era irrevocable.

5.2. DERECHO COLONIAL.

Al llevarse a cabo la conquista, los ordenamientos legales del derecho español y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades, echaron por tierra los sistemas jurídicos azteca, texcocano y maya.

Diversos cuerpos de leyes tales como la Recopilación de las Leyes de Indias, las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio, la Novísima Recopilación, entre otras, establecieron disposiciones de carácter penal y especialmente procesal.

En realidad, no existía un grupo de normas organizadas institucionalmente para regular la materia criminal ni su procedimiento, y aunque las Siete Partidas, de manera más sistemática, pretendían establecer los preceptos generales para el mismo, "al estructurar el proceso penal

²¹ Mendieta y Nuñez, Lucio. *El Derecho Precolonial*. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1976, p. 20 y 21.

en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico, profano, foral y real²².

Por lo anterior, a medida que la Colonia se desarrollaba, se presentaron diversidad de problemas que las leyes españolas no alcanzaban a regular; se pretendía que las Leyes Indias suplieran tales deficiencias; sin embargo, como los problemas se acentuaban mayormente, por las arbitrariedades de los funcionarios, de los particulares y también de algunos de los predicadores de la doctrina cristiana, en 1778, Felipe II, decretó sanciones rigurosas para frenar los abusos existentes.

Para esos fines, recomendó a obispos, y corregidores se ciñeran estrictamente al cumplimiento de la esfera competencial de su cargo y a respetar, las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres; dejándose de tomar en cuenta, cuando contravinieran al derecho hispano.

²² González Bustamante, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988, p. 17.

Con la finalidad de disminuir aquellas conductas lesivas que atentaban en contra de la estabilidad social y los intereses de la corona española en su nuevo dominio, fue necesario instrumentar una serie de medidas, prácticas e instituciones, de tal forma que para la investigación de los delitos en sus diversas formas y manifestaciones y para aplicar las sanciones pertinentes, se implantaron: El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, la Audiencia, el Tribunal de la Acordada, tribunales especiales para juzgar a vagos, entre otros.

5.3. DERECHO EN EL MEXICO INDEPENDIENTE

A la llegada de la independencia Nacional, continuaron vigentes las leyes españolas, con los sistemas procesales mencionados, mismos que tuvieron vigencia hasta la publicación del derecho Español de 1812 por el cual fueron creados los jueces letrados de partido, con jurisdicción mixta, civil y criminal, circunscrita al partido correspondiente, conservó un solo fuero para los asuntos civiles y criminales, así como, acción popular para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación.

El 22 de Octubre de 1814 se promulgó el llamado decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, y aunque nunca llegó a tener vigencia, fue un documento revelador del pensamiento de toda la época, cuyo contenido eran una serie de principios inspirados en los fundamentos filosóficos y jurídicos de la evolución francesa y de la Constitución Española de 1812.

Los preceptos, dictados en materia de justicia, aunque tuvieron alguna influencia en lo establecido en la Constitución de Cádiz, su redacción y espíritu evidencian el claro propósito de poner fin a una dramática realidad social que agobiaba al pueblo de México.

5.3.1.CONSTITUCION DE 1824

Cuando la situación del país fue idónea para legislar, se aprobó y promulgó la Constitución de 1824; el modelo principal emanó de la Constitución de 1912 ya que en ella se habían solucionado problemas específicamente hispanoamericanos; en cuanto a la forma en que estarían representados los estados y los ciudadanos se optó por el modelo norteamericano.

En lo que concierne a nuestra materia, en dicha Constitución, quedó establecido que: Quedan prohibidos: la confiscación de bienes; el tormento; la detención sin que haya semiplena prueba, o indicio de que alguien es delincuente, la detención por indicios que se haya decretado no debe exceder de 70 horas; el cateo sin orden expresa y fundada legalmente; el juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales; entablar pleito en lo criminal sobre injurias, sin hacer constar haber intentado legalmente el medio de la conciliación.

Asimismo, se depositó el Poder Judicial de la federación, en la Suprema Corte de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito.

Ahora bien, es importante señalar que en 1833 se promulgaron las leyes de Reforma donde se destaca la abolición de los fueros militares y eclesiásticos; al ser éstas reformas tan radicales surgen inconformidades por parte del episcopado mexicano y del ejército.

5.3.2. CONSTITUCION DE 1857

En la Constitución de 1857, se estableció: "En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicable a él, por el tribunal que, previamente se haya establecido en la ley. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

La prisión solamente procede por los delitos que se sancionan con pena corporal, y ésta nunca podrá prolongarse por falta del pago de honorarios o de cualquier ministración de dinero, tampoco excederá del término de tres días sin que se justifique con un auto de

formal prisión, motivándose legalmente y con los requisitos establecidos por la ley, responsabilizándose a las autoridades que la ordenan o consientan, incluyéndose al alcalde o carceleros.

Esta Constitución, es uno de los documentos más importantes desde el punto de vista político, jurídico y social, en donde se plasmó el pensamiento liberal mexicano, luminoso, lleno de ideas avanzadas y suficientemente basto para facilitar la evolución a una sociedad mejor organizada como consecuencia de garantías de seguridad jurídica que protejan a los gobernados, quienes tendrán plena confianza en que los Tribunales que los procesen y en su caso juzguen, se valdrán de un ordenamiento jurídico como lo es la Constitución para la tutela de sus derechos.

5.3.3. CONSTITUCION DE 1917

La Constitución de 1917 es la que actualmente nos rige, fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el primero de mayo del mismo año. Durante los 84 años

que lleva de vigencia, ha sido revisada para adicionarla o reformarla en muchas ocasiones.

Ejemplo de ello se presenta en el año de 1993 planteándose la reforma del Estado Mexicano. En este contexto el Poder Legislativo ha buscado expresar en el campo del derecho, las bases para encontrar en justicia y libertad mejores fórmulas de convivencia. En el ámbito de justicia penal se buscó el justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad, entre la observancia de la legalidad y respeto a los derechos fundamentales del ser humano. Es por ello que se presentó una iniciativa para reformar la Constitución Federal en sus artículos 16, 20 y 119 cuyas reformas fueron publicadas el día 3 de septiembre de 1993.

Dentro de la reforma de referencia resulta necesario destacar que el sistema penal tiene como base las garantías individuales que consagra la Constitución, respecto a la víctima y específicamente a lo que corresponde como reparación del daño a la letra dice el último párrafo del artículo 20: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho

a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes".

En cuanto a la técnica legislativa se refiere, se incluyen los derechos del ofendido en el artículo 20 Constitucional, que enuncian las garantías del inculpado en el proceso de orden penal, sin embargo es el inicio para considerar a nivel constitucional a la víctima o al ofendido por algún delito como el sujeto que sufre directamente las consecuencias de la conducta antijurídica y que es necesario repararle los daños que se le ocasionaron.

Al respecto la Constitución Política hace referencia a la "víctima o al ofendido por algún delito", tratando de ser más precisa, en algunos ordenamientos secundarios suele emplearse la expresión "ofendido" para hacer referencia tanto al pasivo que resiste en sí mismo la acción lesiva, como aquél a quien alcanza el daño.

Es con motivo de lo anterior, que proponemos la integración en el dispositivo legal de la definición de víctima y ofendido, haciendo énfasis en sus diferencias, mismas que en su momento señalaremos en el cuerpo de la presente investigación.

En tal sentido el artículo 10 de la Ley de amparo que de manera limitativa establece: "El ofendido o las personas que conforme a la Ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sólo podrán promover juicio de amparo contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil".

En el año de 1993 al reformarse el artículo 20 de la Constitución Federal quedó superado lo señalado por el artículo 10 de la Ley de Amparo, toda vez que al contemplar la reparación del daño como garantía individual, la víctima o el ofendido ahora puede ser parte en un juicio de garantías como agraviado o

agraviados -de acuerdo a las circunstancias- a partir del perjuicio que sufra como consecuencia de un acto de autoridad al dictar una sentencia incorrecta.

5.3.4. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ahora estudiaremos lo que respecta a la legislación penal para el Distrito Federal, ley secundaria del artículo 20 de nuestra Carta Magna. El 7 de diciembre de 1871 fue promulgado, siendo su principal autor Antonio Martínez de Castro. Este singular ordenamiento se inspiró en los postulados de la escuela clásica, en su exposición de motivos se lee "el que causa a otro daños y perjuicios, o se le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquellos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil. Hacer que esta obligación se cumpla no sólo es de estricta justicia, sino de convivencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos".²³

²³. Borja Soriano, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 1956, p. 345.

Posteriormente, se crea el Código Penal de 1929, formulado principalmente por José Almaráz y orientado hacia el positivismo, sólo se mantuvo vigente por dos años. Fue muy criticado por haber considerado al delincuente como preocupación central, sin embargo dejó aportaciones fundamentales para el derecho penal en virtud de que se codifica que el daño privado se reclamará de oficio. Era necesario equilibrar la tutela de derechos entre inculpado y pasivo como muestra de justicia y equidad.

Finalmente, el 14 de agosto de 1931 fue promulgado el Código Penal para el Distrito federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de Fuero Federal. La Comisión encargada de formularlo estuvo integrada entre otras personas por Luis Garrido, José Angel Ceniceros, José López Lira, Alfonso Teja Zabre. A diferencia del Código de 1929, el Código vigente resultó según afirma Sergio García Ramírez " ecléctico y pragmático", quiso huir de cuestiones doctrinales, ampliar el arbitrio judicial, favorecer la individualización de las penas, la eficaz reparación del daño y simplificar el procedimiento entre otros aspectos.

A diferencia del Código Penal vigente que considera como pena pública a la reparación del daño trayendo como consecuencia un beneficio a los familiares del ofendido considerados como víctimas, el Código de 1871 consideraba el derecho para exigir la reparación del daño como de carácter civil y la acción correspondía exclusivamente al que recibía el daño, es decir, únicamente al ofendido.

Este Código ha sido modificado en varias ocasiones, pues se considera que no responde a los avances actuales de la ciencia penal; sin embargo las reformas sólo han tocado aspectos parciales.

De vital importancia fue darle a la reparación del daño la naturaleza de pena pública, lo que permite fortalecer los derechos de las víctimas que tan necesitadas estaban de ello, en virtud de la disparidad en la que se encontraba frente a los derechos otorgados para los activos de la conducta ilícita previstos en el artículo 20 Constitucional; así mismo en el Código Penal vigente para el Distrito Federal se encuentran contemplados en los artículos 29, 30, 31, 31 bis, los cuales se atenderán

con mayor abundamiento en el siguiente capítulo de esta investigación.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES DEL DAÑO MORAL

1. MARCO JURIDICO Y CONCEPTUAL

Debemos ubicar el daño derivado de la comisión de un delito en nuestra legislación, así daremos inicio con el análisis del artículo 14 de nuestra Carta Magna en virtud de que nos muestra una de las características más importantes del derecho penal: su exacta aplicación, es decir, la prohibición de imponer penas por simple analogía o por mayoría de razón.

Artículo 14. A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o

derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate.

En los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Analizando lo anterior, encontramos en la legislación civil lo que debemos entender por daño, tanto material como moral y en consecuencia la necesidad de definirlo e incorporarlo a nuestra ley penal con el fin de darle vida y proporcionarle seguridad jurídica al gobernado, por ello daremos paso al estudio del daño en materia penal.

A nivel Constitucional encontramos precisados los derechos con que cuenta el inculpado, la víctima y el ofendido de acuerdo al artículo 20 que nos indica:

En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado: ...

B. De la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Quando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

De lo anterior se aprecia la atinada reforma que el legislador realiza en este precepto constitucional en virtud de que en el actual texto especifica claramente las garantías que específicamente le corresponden al

inculpado, a la víctima o el ofendido, toda vez que en el texto del artículo ahora reformado aparecía en su párrafo inicial "...tendrá el inculpado las siguientes garantías..." Y en su último párrafo hacía mención de las garantías a favor de la víctima o el ofendido no haciendo distinción entre unas y otras por lo que consideramos el acierto que a este respecto se realizó.

Asimismo, la fracción IV ampara el tema que nos ocupa, ésta fracción es el fundamento legal que se encuentra en la cúspide del análisis de los diferentes dispositivos que analizaremos en la presente. Los elementos que se destacan de su lectura son el derecho de reparar el daño; la intervención de oficio que el Ministerio Público tiene para exigirla y la responsabilidad del juzgador de resolver respecto de ella en una sentencia condenatoria.

Ahora bien, el Código Penal para el Distrito Federal regula de manera más abundante y específica lo que se dispone en el ordenamiento Constitucional; es por ello que haremos referencia a cada una de las normas que lo contemplan en la legislación penal en comento.

En primer término el artículo 30 nos dice que 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 psicoterapéuticos y 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.

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

La fracción I se refiere al daño material causado por la comisión del ilícito, la fracción II menciona la

indemnización del daño material y del moral y la fracción III los perjuicios ocasionados.

A todas luces se observa que no se desprende de la norma qué debemos entender por daño moral, lo cual tiene importantes consecuencias en virtud de que como ya se dijo, la ley penal es de estricta aplicación por lo que requiere conceptualizar los elementos esenciales que la conforman para estar en posibilidades de aplicarlas.

Ahora bien, encontramos un contexto claro en lo que se refiere a daño material e incluso en nuestra opinión debería suprimirse su mención en la fracción II, dejando ésta para uso exclusivo del daño moral con el fin de contemplarlas por separado en virtud de que la fracción I resuelve lo que a daño material se refiere y más aun por ser de naturaleza diferente.

En lo tocante a las personas a quienes se les tutelado el derecho al pago de la reparación del daño encontramos lo siguiente:

Artículo 30-Bis. Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

La víctima o el ofendido; y

En caso de fallecimiento de la víctima, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes.

Aquí observamos que la ley menciona a "la víctima o el ofendido", pero no deja claro cuales son las características de cada uno, si pueden coexistir, o se excluyen uno con el otro; o bien, son términos utilizados indistintamente, motivo por el cual entraremos a su estudio con posterioridad en la presente investigación.

Por lo que hace a la obligación Constitucional que mencionábamos respecto de la obligación del juzgador para condenar a la reparación del daño al dictar una sentencia condenatoria, el artículo que anotaremos a continuación nos enseña cuál es la actividad de ésta autoridad en el tema que nos ocupa:

Artículo 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 culposos, el Ejecutivo local 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.

Otra de las disposiciones que encontramos en nuestra Carta Magna es la intervención oficiosa que el representante Social tiene respecto de la reparación del daño, esto es, el Ministerio Público está obligado a solicitar el pago de la reparación del daño material y moral en términos de ley; cumpliendo de ésta forma como la institución que protege los derechos de las víctimas y ofendidos. Es por ello, que el artículo 31 bis de la ley adjetiva penal para el Distrito Federal a la letra dice:

Artículo 31-Bis. En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el Juez a resolver lo conducente.

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa.

Se advierte también la responsabilidad en que incurren los funcionarios en cita en el caso de no cumplir con la obligación que les corresponde, y pensamos que la multa a que se refiere este artículo es con motivo de darle la importancia que requiere a la reparación del daño y que las autoridades implicadas en su exigencia y su aplicación respectivamente cumplan con la función que la ley impone.

Además de la obligación del inculpado al pago de la reparación del daño, encontramos que existen otras personas que por estar vinculados por alguna circunstancia específica con el delincuente se les puede hacer exigible el pago en mención, es por ello que la ley contempla lo siguiente:

Artículo 32. Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

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

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

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

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

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

Del artículo 34 que a continuación se transcribe queremos puntualizar en lo que se refiere a la característica de pena pública que la ley otorga a la reparación del daño; éste es un aspecto que ha provocado gran polémica entre los estudiosos del derecho y en la que abundaremos mas adelante.

Artículo 34. 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. La víctima, el ofendido, sus dependientes económicos 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.

En toda sentencia condenatoria el Juez deberá resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior.

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 transmitirá 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.

Artículo 35. Tercer párrafo que a la letra dice: Si la parte ofendida renunciare a la

reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado.

Es de suma importancia la facultad que el Estado otorga a la víctima y ofendido de renunciar al pago de la reparación del daño toda vez que los pasivos de la conducta podrán no tener ningún interés en recibir una cantidad económica por el daño moral sufrido o bien la restitución de la cosa o pago de la misma proveniente de la comisión del delito; es por ello que la ley contempla esta opción y aplica el monto a favor del Estado, lo cual nos parece muy atinado por ser el Estado quién tuteló el Derecho a favor del pasivo de la conducta.

Artículo 37. La reparación del daño se mandará hacer efectiva en la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia que imponga tal reparación cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y ésta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dicha copia, iniciará el procedimiento económico-coactivo, notificando de

ello a la persona en cuyo favor se haya decretado,
o a su representante legal.

La forma de hacer efectiva la reparación del daño es de suma importancia porque es el momento en que se traduce a la realidad el dispositivo legal; es por ello que hay que diseñar procedimientos administrativos, en los que la ejecución de las penas, sean ágiles y eficaces para ver coronado el esfuerzo de la maquinaria del Estado en la búsqueda del bien común.

En cuanto a la legislación procedimental penal para el Distrito Federal, tenemos lo siguiente:

Artículo 9. Las víctimas o los ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

...

Fracción XI.- A comparecer ante el Ministerio Público para poner a su disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la

responsabilidad del indiciado y el monto del daño y de su reparación.

Artículo 9 bis: Desde el inicio de la averiguación el Ministerio Público tendrá la obligación de:

...

Fracción XIV.- Solicitar la reparación del daño en los términos de este Código.

Finalmente, en lo que se refiere al procedimiento penal, encontramos que las víctimas y ofendidos tiene la facultad de actuar como coadyuvantes del Ministerio Público y así estar en posibilidad de aportarle los elementos de prueba que consideren pertinentes a efecto de acreditar el daño que hayan sufrido, con independencia de la obligación del Representante Social a exigirla de oficio.

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION DEL DAÑO

En la legislación penal mexicana se establece que la reparación del daño "que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público; tal y como lo habíamos mencionado al analizar el artículo 34 del Código Penal para el Distrito Federal.

La naturaleza jurídica que el Código Penal en cita le otorga a la reparación del daño es de "pena pública", señalando que la jurisdicción penal es el medio idóneo para hacerla efectiva.

La pena adquiere el carácter público, cuando la impone la autoridad, el Estado en cuanto representante de la sociedad, quien vela por la vida de la misma, estableciendo limitaciones necesarias para la efectividad de la vida en armonía.

Nuestro Código Penal de 1871, establecía una acción privada para obtener la reparación de los daños ocasionados por el delito, acción que era ejercitada por el ofendido o sus herederos, como si se tratara de una acción civil común y que era renunciable y transigible.

Sin embargo, el mismo Martínez de Castro comprendía que no se trataba de una acción civil común como cualquier otra, ya que expresaba en su exposición de motivos así: "El que causa a otro daños y perjuicios, o se le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquéllos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil. Hacer que esa obligación se cumpla no sólo es de estricta justicia, sino de conveniencia pública pues contribuye a la represión de delitos..."²⁴.

El Código Penal de 1929 introdujo una innovación, en cuanto al procedimiento para pedir la reparación del daño ocasionado por un delito. Se declara que la reparación del daño forma parte de la sanción, estableciendo así la reparación del daño como pena pública, exigible de oficio por el Ministerio Público, el cual se tramitaba en forma de incidente, inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión.

²⁴ Ochoa Olvera Salvador, *La demanda por daño moral*, 2ª edición, Editorial Montealto, México, 1999, p. 15.

Por último, el Código Penal de 1931 al igual que el vigente establece la reparación del daño con el carácter de "pena pública", que deberá ser ejercitada por medio de una acción pública que se exigirá de oficio por el Ministerio Público, tramitándose éste en forma directa dentro del proceso penal.

Al considerarla como una pena la incluye en la sanción pecuniaria de conformidad al artículo 29 del Código Penal vigente nos dice que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.

Su alcance lo encuadra el artículo 30 del Código Penal del cual ya se ha analizado su contenido con anterioridad.

Al ser considerada una pena pública el Representante Social tendrá que exigirla de oficio tal y como lo señala el artículo 34 del mismo ordenamiento; en nuestra opinión es para eliminar cualquier tinte de acción privado porque la intervención de tal institución la hace de exigencia obligatoria dejando de lado la intervención del pasivo aun cuando el estado lo faculte para renunciar al pago de

la reparación del daño que en su favor obtuvo. Finalmente en sentencia condenatoria el Juez resolverá sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa.

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, lo anterior se encuentra contemplado en el último párrafo del artículo 34 del Código Penal para el Distrito Federal.

En ese sentido debemos puntualizar que el análisis del daño material y moral es realizado a la luz de hechos ilícitos penales, los denominamos "delitos", pueden causar daños los cuales deben ser resarcidos por el sujeto activo o las demás personas que señale el Código Penal como responsables, el primero además de padecer la sanción represiva penal queda obligado a la reparación del daño como "pena pública".

El ius puniendi legislativo al describir la realidad social reacciona al señalar, precisamente las diversas clases de acciones u omisiones antisociales con el fin de garantizar penalmente la protección de los bienes jurídicos, atribuyéndole una punibilidad al delincuente que comprende el castigo y la reparación del daño.

El Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, en su artículo 7 señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", la persecución de los mismos de acuerdo con la Constitución incumbe al Ministerio Público, el cual en representación de la sociedad ejercita la acción penal, una vez realizada la práctica de la averiguación y comprobación de los hechos y, en su caso, la consignación del caso ante un Juez Penal, quien absolverá o condenará al presunto responsable.

El ius puniendi judicial para individualizar la punibilidad (punición), requiere la comprobación plena del cuerpo del delito y la responsabilidad del sujeto.

Dentro del capítulo de penas tenemos a la sanción pecuniaria que comprende la multa y la reparación del daño, y se exigirá de oficio por el Ministerio Público y el Juez resolverá lo conducente en la sentencia. El ofendido y 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; lo anterior en su calidad de coadyuvantes del Representante Social.

Cuando en una sentencia se condena imponiendo la pena de reparar el daño, se fija la obligación del delincuente y el derecho del perjudicado.

Al concederse la reparación del daño como parte de una pena pecuniaria, se faculta al Ministerio Público para exigirla de oficio, lo cual, si bien tiene fines de alto contenido social, en la práctica se ha distinguido por la apatía y desinterés en muchas ocasiones de la parte agraviada, el Representante Social hace del conocimiento a la víctima u ofendido del derecho que tiene de coadyuvar con él y la posibilidad de que aporte pruebas que acrediten el daño que se les ha causado, pero

en la práctica es frecuente que el Ministerio Público se encuentre poco apoyo por parte de los pasivos y se enfrente a que tendrá que exigirla de oficio tal vez sin pruebas que lo acrediten, por lo que el Juez en la mayoría de los casos absuelve al acusado de la sanción pecuniaria. Al respecto opina Abitia Arzapalo: "cuando en el proceso penal el Ministerio Público ejercita la pretensión relativa a la reparación del daño, lo hace sin ser representante del ofendido, y sin ser tampoco sustantivo procesal de éste, puesto que aquel es ajeno por completo a la relación de derecho sustancial que se forma entre el delincuente y el ofendido..."²⁵

La reforma por adición efectuada a la Constitución Política permite a la víctima o al ofendido por algún delito a coadyuvar con el Ministerio Público (artículo 20), mediante el cual se hace más extensivo el artículo 34 del Código Penal que además de contemplar un párrafo que pertenecía al artículo 29 del mismo ordenamiento permite al ofendido aportar pruebas para demostrar la procedencia y el monto de dicha reparación.

²⁵ Cit. Abitia Arzapalo por López Cueva, Jorge. *La reparación del daño en el delito*. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1975, p.214.

Como es de explorado derecho, la Ley entre otros aspectos debe de cumplir con los requisitos de ser general conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Federal. El carácter general exige que toda norma y en particular el dispositivo penal motivo de nuestro estudio, debe ser amplia para que ningún gobernado quede fuera de ella al tiempo de ser lo suficientemente clara para no dejar lagunas que provoquen ambigüedad. Partiendo de lo señalado ¿qué sucedería con la persona que es torturada psicológicamente y que sufre una alteración de su psique?, ¿podría exigir que la reparación del daño comprendiera el tratamiento para recuperar su salud mental?. Obviamente que sí, en virtud de que la ley contempla a la tortura psicológica como una clase de violencia misma a la que le corresponderá una pena de acuerdo al delito que se haya cometido y en consecuencia será válida la condena al pago por el daño moral causado, haciéndose patente de esta forma las mencionadas características de la ley.

El delincuente debe resarcir el daño moral causado a la víctima o al ofendido por su conducta antijurídica, el

Código Penal no señala lo que comprende el daño moral. Los Códigos Civil y Penal vigentes fueron promulgados respectivamente en el año de 1928 y 1931, no obstante que el primero entró en vigor en el año de 1932. El Código Penal en su artículo 2 transitorio, señala que queda abrogado el Código Penal de 1929. Así como todas las demás leyes que se opongan a él, por lo que es aceptable tomar en consideración al Código Civil que establece en su artículo 1916 primer párrafo lo siguiente:

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás...".

Para que se de la reparación del daño moral en materia penal se requiere demostrar tres elementos; el primero consiste en la existencia de un delito; segundo, que se demuestre el daño que se ocasionó, y el tercero, estriba en que dicho daño sea consecuencia de la conducta delictiva.

El precio de una afectación en los sentimientos, en el honor, decoro sería absurdo cuantificarlo, lo que se busca es proporcionar a la víctima una indemnización en dinero que sirva de común medida a los valores, por medio del cual el ofendido podría compensar un dolor con un satisfactor.

La reparación del daño moral es posible acreditar su monto mediante medios de prueba, por lo que es facultad propia del Juzgador, a quien corresponde mediante un juicio prudente su condena y tomará en cuenta la capacidad económica del obligado, la naturaleza del daño y las constancias relativas que obren en el proceso. La falta de pruebas del daño material no impide al Juzgador fijar una indemnización por el daño moral a favor de víctima.

Por otro lado y haciendo mención a otro de los aspectos que comprenden a la reparación del daño respecto a la ley es el pago de los perjuicios ocasionados y encontramos que la fracción III del artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal señala que: "la reparación del daño comprende..."El resarcimiento de los

perjuicios ocasionados". Se reputa como perjuicio, lo que antiguamente se llamaba "lucro cesante", es decir, la ganancia o beneficio que racionalmente esperado ha dejado de percibir una persona, como consecuencia del incumplimiento por otra, de una obligación. Sin embargo existen criterios que contradicen lo que al parecer es claro.

La reparación del daño tiene el carácter de pena pública, y por ello, tal reparación consiste meramente en la indemnización del daño material causado en la víctima que, tratándose de lesiones, comprende únicamente los gastos y erogaciones que se originen con motivo de curaciones, sin que deba estimarse que en dicho concepto pueda incluirse las ganancias o utilidades que con motivo del daño haya dejado de percibir la víctima, con independencia de la condena al pago de la reparación del daño moral, el cual en nuestro concepto por ser de naturaleza extrapatrimonial requerirá de acreditarse a través de los medios probatorios idóneos de los que hablaremos en su oportunidad.

En lo tocante al modo de repartir el monto por concepto de sanción pecuniaria nos encontramos en que se dividirá lo que corresponda a la multa, a favor del Estado y lo que pertenece a la reparación del daño a favor del ofendido; lo cual nos parece lógico en virtud de que si bien es cierto la multa y la reparación del daño son penas comprendidas como sanción pecuniaria, su origen y destino son diferentes; el artículo 35 del Código Penal para el Distrito Federal señala que: "El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de reparación".

Si bien el artículo anterior hace referencia únicamente a la parte ofendida es necesario distinguir entre el pasivo del delito y el pasivo del daño, distinguiéndose el segundo por ser toda persona a quien alcanza la afectación o daño originado por la realización de la conducta ilícita. Ambos, el pasivo del delito y el pasivo del daño, son parte ofendida en lato sensu, sólo el primero lo es en estricto sensu.

A manera de ejemplo, en el delito de robo simple, encontramos que el apoderamiento de bienes muebles es una conducta que recaerá sobre el patrimonio de una cierta persona de la que podemos decir que es el pasivo del delito; ahora bien en el delito de lesiones en el que se ha perdido un ojo, el sujeto pasivo del delito será el individuo a quién con motivo del hecho ha perdido el órgano y la función visual del mismo, pero también puede existir un pasivo del daño como lo sería su esposa e hijos toda vez que tal disfunción causará una afectación moral por las potencialidades físicas disminuidas del padre que por consiguiente pueden traer repercusiones psicológicas y a su vez económicas por el empleo o profesión que se desempeñaba.

Cuando no se pueda obtener la reparación del daño ante el Juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en términos de la legislación correspondiente, siempre y cuando la efectúe antes de que se cumplan dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño (artículo 1934 del Código Civil),

debido a que la existencia de un delito no excluye la de un hecho ilícito civil.

Hacemos énfasis nuevamente en que la naturaleza jurídica de la reparación del daño es de pena pública, destacándose la jurisdicción penal como el medio idóneo para hacerla efectiva.

Con motivo de lo antes citado es que el Estado fija así la prohibición de ciertos actos que pudieran provocar el caos social, por lo que es necesario recurrir a ciertos métodos, que no son sino la advertencia de causar dolor, una pena a quien realice procederes delictuosos, apareciendo así la amenaza de un castigo para quien incurra en una prohibición prevista en la Ley.

Sin embargo existen críticas que señalan que la reparación de daño no puede ser considerada bajo ningún aspecto, como pena pública, pues su origen no está en el daño que resiente la sociedad, sino en el daño particular, individual, patrimonial que sufre en su persona la víctima del delito y que obliga al resarcimiento, por lo que la acción reparadora,

corresponde a la jurisdicción civil. Al afirmar que el ofendido por algún delito debe acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento del daño, cual sería la finalidad de acudir primero ante el Ministerio Público y posteriormente con el Juez Penal, -si al concluir el proceso o de manera paralela independientemente de la forma en que se resuelva, si el ofendido tuviera que acudir ante el Juez Civil a probar la existencia de un hecho ilícito se contravendría lo establecido por el artículo 17 Constitucional que señala que la impartición de justicia debe llevarse a cabo por los Tribunales de manera "pronta, completa e imparcial", así mismo señala que quedan prohibidas las costas judiciales, sin embargo si implica un detrimento en su patrimonio y tal vez al finalizar podría ver satisfechas sus pretensiones.

¿Qué sucedería si el ofendido perteneciera a un sector marginado de los numerosos que forman la parte de la sociedad mexicana?, no estaría en la condición económica de iniciar su acción civil, por lo que resulta cuestionable considerar de interés público el hecho delictuoso, pero no así el resarcimiento de la consecuencia de ese hecho delictuoso.

Cuando se considera que la tarea del legislador es valorar prudentemente y adecuadamente las magnitudes penales, y la de valorarse de igual manera el bien jurídico al que la pena se vincula, se busca por encima de toda la protección de diversos bienes jurídicos, por lo que una vez dañados es aceptable considerar la reparación del daño como pena pública, momento en el que el órgano judicial la aplica imponiendo la pena que corresponda, y es a través de esta resolución que el órgano ejecutivo por medio de la autoridad administrativa priva o restringe de bienes al autor del delito para incorporarlos a la esfera jurídica de la víctima o el ofendido en forma de resarcimiento y de esta forma mantener la vida humana en común.

Si bien es cierto la pena busca reivindicar al delincuente, se ha demostrado que es posible hacerlo sin el pleno consentimiento del sujeto, lo que ha puesto en evidencia el fracaso de la prisión en su asignada función repersonalizadora, es decir, ayudar al delincuente a recuperar las características del individuo socialmente adaptado; sin embargo, lo que sí se puede obtener por

medio de la pena es el resarcimiento del daño causado al ofendido.

Por lo que respecta a la característica de la reparación del daño como pena accesoria encontramos que para ello se conforman nuestros ordenamientos penales con normas jurídicas, las cuales cuentan con dos componentes, como lo es el supuesto de hecho y la consecuencia, y de acuerdo a las normas jurídico penales, lo son una conducta y una pena, así tenemos que dentro de todos los dispositivos del ordenamiento sustantivo penal, en ninguno de ellos se menciona en forma particular, que como consecuencia de una conducta se tenga aparte de las demás penas, la de la reparación de daño, ya que esta disposición se encuentra complementando a la primera, como una sanción accesoria.

El origen del daño moral es derivado de una conducta penalmente relevante para el Derecho Penal, el fin de nuestro Derecho Penal, es la conservación de la armonía social, está conformado fundamentalmente por fines preventivos y de regulación social y en el caso de ser

quebrantado buscará compensar los males infligidos a las víctimas; la función primaria del Derecho Penal es confirmar ante los ciudadanos su vigencia como protector de bienes jurídicos como vía para lograr la realización de los fines preventivos y su finalidad secundaria será obtener una reparación a favor de la víctima por el daño que ocasionó el delito.

3. CONCEPTO DE DAÑO

Al estudiar la reparación del daño en materia penal, es necesario analizar la legislación civil, debido a que nos ayuda a definir algunos elementos referidos en el Código Penal carentes de concepto, por lo que debemos conocer lo existente en aquella legislación para que una vez que se analicen, tengamos algunos criterios para definirlos a fin de integrarlos al dispositivo penal.

En algunas ocasiones al iniciar o finalizar el proceso penal existe una idea de desaliento declarándose impropia la vida de la instancia penal para satisfacer los reclamos del ofendido, quien independientemente de

agotar los recursos existentes en materia penal, puede acudir antes de dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño, ante un Juez Civil, para que sea indemnizado; se ha discutido sobre esta posibilidad, algunos juristas señalan que es improcedente porque se trata de una cosa juzgada, sin embargo es incorrecto afirmar lo anterior debido a que el Juez penal resuelve sobre la existencia de un delito y la responsabilidad penal y al no actualizarse ninguno, no entra al estudio de la procedencia de la reparación del daño, mientras que el Juez Civil dicta una sentencia de un hecho ilícito y su relación con el daño causado a señalar una indemnización.

No pasamos por alto el puntualizar que lo idóneo en nuestra opinión, es que al agotar la instancia penal el Juzgador tal como se lo impone la ley, resuelva en lo que a reparación del daño se refiere ya sea condenando al sujeto siempre y cuando existan elementos en la causa que hagan posible su acreditación y cuantificación siendo ésta tarea fundamental del Agente del Ministerio Público; pero al encontrarnos en las excepciones mencionadas en la que el juzgador resuelve la absolución por la conducta

desplegada, es improcedente la condena por el daño causado en virtud de que no ser imputable al sentenciado la conducta ilícita que originó el daño.

En los casos en que el Juez Civil puede resolver al respecto vemos que la responsabilidad civil es la obligación que se genera de un hecho ilícito (artículo 1910 del Código Civil), la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros. Los hechos ilícitos pueden surgir de cualquier hecho humano antijurídico, culpable y que produzca daño. El artículo 1830 del Código Civil señala que es un hecho ilícito todo aquél "contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", es decir, es una conducta culpable y dañosa.

Ahora bien, debemos saber lo que el Código Civil en su artículo 2108 establece respecto al daño: "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo surgido en el patrimonio por falta de un cumplimiento de una obligación".

Esta definición resulta restringida, porque únicamente queda comprendida la disminución pecuniaria,

sin embargo en los artículos subsecuentes se hace referencia al menoscabo sufrido a la persona en el campo espiritual y en la salud que pudiera verse afectada no únicamente por el incumplimiento de una obligación, sino también la inobservancia de cualquier deber jurídico y la utilización de objetos peligrosos.

El artículo 1915 del Código Civil establece que cuando el daño se cause a la persona en su salud, ya sea temporal o permanente, o bien le produzca la muerte, el grado de la reparación se determinará atendiendo lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo y se calculará tomando en consideración el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región.

Cuando el daño es patrimonial, la reparación del daño podrá ser exacta o equivalente, el artículo establece ambas, la primera se da cuando es posible regresar el objeto a la esfera jurídica del ofendido, y en caso de no ser viable, por la destrucción del mismo, se da la reparación por equivalente.

Por lo que hace al perjuicio de acuerdo con lo establecido en el artículo 2109 del Código Civil es "La privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación"; este precepto hace referencia a la privación de bienes que aun no se encuentren en la esfera jurídica del ofendido pero que racionalmente se esperaba que entraran a su poder y que ha dejado de percibir como consecuencia del acto dañoso.

Conociendo lo que debemos entender por daño y perjuicio, pasaremos a la responsabilidad civil cuyos elementos en el derecho mexicano son los siguientes: a) el daño surgido, b) la antijuridicidad, c) el dolo o la culpa y d) la relación de causa-efecto entre el hecho y el daño.

En el Derecho Civil Mexicano para que pueda hacerse exigible la responsabilidad es necesario que exista un daño, considerando la palabra en su amplia concepción como el mal, perjuicio, deterioro causado a una persona por otra u otras a través de una conducta dolosa o culposa; la reparación del daño tiene su origen en la

existencia del daño, de tal forma que existe un hecho ilícito que tiene como consecuencia un daño, es decir el individuo a través de su conducta espera y provoca un resultado.

La culpa o el dolo son considerados debido a que la reparación del daño se representa como una sanción que se aplica a una conducta nociva. "La culpa, según Carrara, es una voluntaria omisión de diligencia, donde se calculan las consecuencias posibles y previsibles del mismo hecho. Por su parte el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo"²⁶.

De Pina señala que la antijuridicidad es la "contradicción al derecho o ilicitud jurídica"²⁷, existirá una conducta ilícita cuando se transgreda una norma expresa, o bien cuando se vulnere la que no se encuentra codificada, pero que tiene validez jurídica, en esta

²⁶ López Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito*. 8ª edición. Editorial Porrúa. México, 2000, p. 218, 232.

²⁷ De Pina, Rafael. *Diccionario de derecho*. 21ª edición. Editorial Porrúa, México, 1995, p.79.

circunstancia estaríamos haciendo referencia a los principios generales de derecho, que si bien no se encuentran expresos dan origen a las normas jurídicas.

Respecto a la relación de la causa y efecto entre el hecho y el daño, la doctrina señala que para que se dé una indemnización por el daño causado debe existir un vínculo de causalidad con el hecho, así lo consideró el legislador al señalar en el artículo 2110 del Código Civil, lo siguiente: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse"; la noción de culpabilidad: el hecho y el daño, sin embargo la causalidad no implica la culpabilidad, pero ésta si supone la causalidad, es decir una persona puede provocar un daño sin ser culpable, pero una persona que sea penalmente responsable de desplegar una conducta ilícita ya sea dolosa o culposa, si podrán atribuírsele los daños causados.

En algunas ocasiones se provoca un daño a través de conjunción de pluralidad de conductas, el problema surge

al momento de señalar un responsable de los daños causados.

En la doctrina penal han sido varios los juristas que han proporcionado tesis con relación a la causalidad con vínculo entre el hecho y el daño, la que más se ajusta al terreno civil es la desarrollada por el alemán Von Kries con su teoría "causalidad adecuada", indica que lo que motiva un daño solo son los hechos que normalmente debe producirlo de tal manera que si por circunstancias excepcionales un determinado hecho produce daño que normalmente no hubiera sido capaz de originar aun cuando conforme a la ley de causalidad, ese hecho si fue causante del daño, jurídicamente no debe reputarse como tal"²⁸.

3.1. DAÑO MATERIAL.

La reparación del daño material comprende según el ya citado artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal: I. La restitución de la cosa obtenida por el

²⁸. Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*, T. V. 1ª edición, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p.149.

delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma. II. La indemnización del daño material... En nuestro concepto, este daño específico se identifica con el daño económico, e incluye los daños y los perjuicios que se produjeron por la modificación de una determinada situación jurídica existente, es decir, los daños y los perjuicios a que se refiere la fracción III del mismo numeral, que se hubieren causado por el delito.

Se aprecia que la finalidad es la restitución de la cosa, pero en virtud de que ésta es susceptible de valorarse pecuniariamente o bien obtener una igual o con características semejantes, es posible su restitución en un cien por ciento, sin encontrarnos complicaciones como lo veremos con el daño moral.

En cuanto a nuestro ordenamiento penal encontramos que si bien es cierto nos dice como se repara el daño material, no precisa qué es; por ello citaremos de nueva cuenta lo sustentado en la legislación civil de la misma entidad.

A fin de establecer en forma más precisa en qué consisten los daños, el artículo 2108 del Código Civil previene que por daños debe entenderse "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, como la privación de la ganancia lícita".

Queda claro que no pretendemos utilizar la disposición civil en la materia criminal, sólo pretendemos enmarcar lo que el derecho conoce como daño, así pues, el matiz que tiene al ser derivado de la comisión de un delito le da una naturaleza completamente distinta, es decir, la de pena.

En materia penal, para cuantificar este tipo de daño, será necesario determinar la situación anterior del delito, así como la posterior al mismo, puesto que la diferencia resultante entre tales situaciones será la que venga a constituir esa cuantificación. Para el objeto indicado, el juzgador deberá apreciar la prueba pericial, de acuerdo con las facultades que la ley le otorga al respecto, atento a lo dispuesto por el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 220 del Código Federal de Procedimientos Penales,

puesto que para ello se requieren conocimientos especiales que solo los servicios periciales pueden resolver y de esta forma aportar al Juzgador elementos para que en su momento puedan ser valorados al emitir su fallo definitivo.

La reparación del daño material no guarda complejidad, en virtud de que precisamente la corporeidad que la caracteriza la hace de fácil reparación, aunado a que la víctima la comprende con mayor claridad y en esa medida también le es más fácil, en su caso, cumplir como coadyuvante del Ministerio Público aportando pruebas que lógicamente son más sencillas de conseguir o de poseer como pueden ser una factura, una nota de remisión, un comprobante de compra, entre otros; aunado a que la mayoría de las actividades comerciales hoy en día lo precisan para su funcionamiento.

3.2. DAÑO MORAL

El daño moral a diferencia del material guarda una complejidad mayor, en virtud de ser incorpóreo, es decir, no es tangible; los aspectos subjetivos, que no son

comprobables a la vista del hombre nos resultan muy difíciles de tratar y aun más de probar.

Para entender lo que conforma al daño moral haremos mención de las definiciones más representativas que existen al respecto; contemplaremos la doctrina, la ley y la jurisprudencia.

De acuerdo a la doctrina, García López nos dice: "Puede definirse al daño moral -atendiendo a la naturaleza de su objeto y a la consideración del daño como efecto o consecuencia perniciosa- como el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del Juez"²⁹.

De este concepto nos gustaría puntualizar dos aspectos de suma importancia; el primero, su objeto, se ciñe al ámbito exclusivamente personal, esto lo

²⁹ Ochoa Olvera, Salvador. Ob. Cit. p. 28.

entendemos como todos aquellos sentimientos o estados humanos que caracterizan al hombre con ser sensible. No queremos ceñirnos únicamente en lo que se refiere al sufrimiento, ni al dolor sino al conjunto de emociones que el ser humano experimenta ante diversas circunstancias pero con la característica de provocar o causar un aminoramiento o menoscabo en los mismos.

El segundo es la finalidad de resarcir de forma satisfactoria, es decir, no se cambia bien por bien, sino se sustituye con una cantidad económica que no tiene como fin el devolver el sentimiento o estado de ánimo que se tenía hasta antes de la comisión del hecho delictuoso, sino la cantidad en numerario que sustituya el daño padecido con algún placer compensatorio, como la doctrina ha dado en llamarle y no así como dinero del dolor³⁰.

Por lo que hace a la definición legal, el artículo 1916 del Código Civil vigente para el Distrito Federal a la letra señala que: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos,

³⁰ Cfr. con Mosset Iturraspe, Jorge. Ob. Cit., p.232.

afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

A este respecto, consideramos que es una acertada definición, pero en nuestra opinión suprimiríamos lo siguiente: "...la consideración que de sí misma tienen los demás..."; lo anterior en virtud de que en nuestro concepto, lo que menos pretende la reparación del daño moral es enriquecer a la víctima cumpliendo caprichos de vanidad o apreciaciones socio-culturales derivadas de aspectos de imágenes relacionadas con la belleza, riqueza, éxito, productividad, etcétera; salvo en los casos en que se acredite que de ellos deriven su medio de subsistencia.

En este sentido cabe mencionar que el artículo 47 del Código Penal para el Distrito Federal contempla como pena la publicación especial de sentencia que consiste en la inserción total o parcial de ella, en uno o dos

periódicos que circulen en la localidad. De lo anterior se desprende que ésta pena se crea para hacer del conocimiento público que una determinada persona ha sido acusada injustamente y en consecuencia absuelta, borrando en alguna medida, el descrédito por haber estado en prisión por un delito no cometido, recobrando la confianza que necesita para integrarse de nueva cuenta a la sociedad. A diferencia de lo señalado en el párrafo que antecede la publicación especial de sentencia se encuentra muy alejada de satisfacer caprichos económicos, en nuestra consideración, es una muestra de justicia que exalta la dignidad de la persona.

Finalmente la jurisprudencia señala que:

DAÑO MORAL. Entendemos por daño moral aquel que sufre la víctima de un delito con resultado no en su patrimonio, de manera directa ni en sus bienes materiales, sino en otros órdenes jurídicos, de naturaleza subjetiva como la reputación, la integridad sexual, la paz y seguridad de las personas, etc.

Amparo penal directo 4538/47. Pérez García Jenaro.-
21 de noviembre de 1947.

Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Epoca. Instancia: Primera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: XCIV. Página: 1364.

Así, podemos señalar que la suma dineraria atribuida al lesionado tiene por finalidad realizar la función de contribuir a la adquisición de sensaciones placenteras o de otros bienes morales, pero no necesariamente con la exigencia de que estos sean aptos para anular o hacer desaparecer las consecuencias dolorosas que el acto ilícito ha ocasionado y que sustentan el daño moral. El vacío del bien perdido podrá no ser llenado nunca, pero no cabe duda de que pueden ingresar otros bienes morales que sin ocupar aquel hueco aumentan cuantitativa y cualitativamente el patrimonio moral.

El daño moral al igual que el daño material deberá ser cierto, una vez reparado no podrá serlo nuevamente y

no es transmisible a terceros, por actos entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida o que el daño material haya afectado a la víctima al grado de causarle la muerte.

"Los hermanos Mazeaud consideran la existencia de dos categorías en el patrimonio moral de las personas:

"1. Los que afectan la "parte social" del patrimonio moral, son los que están vinculados casi siempre con la situación social o económica de una persona y quedan comprendidos el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causen lesiones estéticas".

"2. Los que afectan "la parte privada", son aquellos que permanecen en el campo espiritual y por lo tanto, que no son susceptibles de concretarse en detrimentos pecuniarios y que se encuentran constituidos por los sentimientos mortales o religiosos o el sufrimiento por el fallecimiento de una persona"³¹.

³¹ Gutiérrez Hernández, José Luis. *Responsabilidad Civil*. Tesis Profesional, Facultad de Derecho, México, UNAM, 1952, p. 89.

En la actualidad existen tres corrientes con relación a la reparación del daño moral:

a) La que niega la reparación, su exposición se basa en dos aspectos fundamentales y que consisten en señalar que la indemnización tiene como fin reparar el daño y en contradicción el daño moral no puede repararse con ninguna suma de dinero.

b) La que afirma la reparación del daño con independencia de todo daño moral económico y ven el resarcimiento no en la equivalencia del dinero a la ofensa moral, sino en la posibilidad de compensar el dolor.

c) La que la acepta, pero únicamente para el daño que tiene repercusiones pecuniaria, o para el derivado de la acción penal, o para la parte social del patrimonio moral y no acepta para la efectiva o estrictamente privada del mismo.

A partir de diciembre de 1982, el Código Civil para el Distrito Federal se inclina por la segunda corriente

al establecer que el responsable del daño moral está obligado a repararlo, con independencia de que cause un daño material. El monto de la indemnización es fijado por el Juez tomando en consideración las circunstancias del caso, la intensidad de la lesión y la capacidad económica de las partes.

A continuación expondremos gráficamente los delitos en que de manera más palpable encontramos la posibilidad de que se cause un daño moral.

DELITOS	EXISTENCIA DAÑO MORAL
CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACION	-
CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL.	-
CONTRA LA HUMANIDAD	-
CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA	-
EN MATERIA DE VIAS DE COMUNICACION Y DE CORRESPONDENCIA.	-
CONTRA LA AUTORIDAD	-
CONTRA LA SALUD	-
CONTRA LA MORAL PUBLICA Y LAS BUENAS COSTUMBRES	-
REVELACION DE SECRETOS	-
COMETIDOS POR SERVIDORES PUBLICOS	-
COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	-

POR RESPONSABILIDAD PROFESIONAL	X
FALSEDAD	-
CONTRA LA ECONOMIA PUBLICA	-
CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL	X
CONTRA EL ESTADO CIVIL Y LA BIGAMIA	X
EN MATERIA DE INHUMACIONES Y EXHUMACIONES	X
CONTRA LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS	X
CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS	X
CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL	X
CONTRA EL HONOR	X
PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD Y DE OTRAS GARANTIAS	X
CONTRA DE LAS PERSONAS EN SU PATRIMONIO	X
ENCUBRIMIENTO Y OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA	-
ELECTORALES Y EN MATERIA DE REGISTRO NACIONAL DE CIUDADANOS	-
AMBIENTALES	-
EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR	X

4. VICTIMOLOGIA

Hasta este momento de la investigación se ha mencionado un sinnúmero de ocasiones a las víctimas u ofendidos, por ello, encontramos necesario aportar algunas consideraciones respecto al tema.

4.1.DEFINICION DE VICTIMA

De acuerdo con la legislación penal, la víctima es el sujeto pasivo del delito, es decir, el que sufre directamente en sí mismo la acción lesiva y el sujeto pasivo del daño es todo aquel a quien alcanza o afecta éste. Ambos son parte ofendida, el primero en sentido amplio y el segundo en sentido estricto; la que sufre indirectamente la acción lesiva es la familia del sujeto pasivo. En lo anterior encontramos la conveniencia de proponer que se incluyan en nuestra legislación penal las modificaciones necesarias para que se establezca expresamente quiénes son las víctimas del delito que tiene derecho a la reparación del daño y en qué orden de preferencia se encontrarán, toda vez que debe establecerse una secuencia en la que se limite ese daño, en virtud, de que el daño moral que se sufra podrá tener alcances infinitos, por lo que tendrá que ser

estrictamente delimitado a efecto de que se cumpla con el objetivo de satisfacer este detrimento y a su vez no excederse en lo que respecta a la condena a que se pudiera hacer acreedor el activo del ilícito.

En el VI Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención de Delitos y Tratamiento del Delincuente (Caracas 1980), se trató el problema del abuso del poder económico y político haciendo especial referencia a las víctimas y recomendando a los expertos y agencias de la ONU que continuarán su labor de elaboración de directrices y normas.

La sociedad Mundial de Victimología en el IV Simposium Internacional de Victimología (Tokyo 1982) formó un comité presidido por Irvin Waller (Ottawa, Canadá), para realizar un proyecto de Código para protección de las víctimas, en el que se busca regular las conductas ilícitas que afectan a éstas.

En 1984, en Dubrivink, se realizó una reunión de trabajo sobre los derechos de las víctimas organizada por el Profesor Paul Separovic, Irene Melup, de Naciones

Unidas realizó una encuesta a nivel mundial, sobre las necesidades de las víctimas que sirviera de base para la declaración.

En el V Simposium Internacional de Victimología (Zagreb, 1985) se discutió y perfeccionó el documento que se presentó ese mismo año al VII Congreso de Prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en Milán, Italia.

El Congreso debatió y aprobó una declaración sobre los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas de delitos y relativos a las víctimas del abuso de poder.

En esta forma la víctima, la gran olvidada del derecho penal, de la criminología pasaba a primer plano, y la victimología refrenda su lugar en el universo de las ciencias del poder.

Dentro de esta gran cantidad de gente se encuentra no solamente las víctimas directas, sino también sus familias, los testigos y otra persona que les prestan

ayuda, que están expuestos injustamente a pérdidas, daños y perjuicios.

De ahí la urgencia de adoptar medidas que garanticen el reconocimiento y respeto efectivo de los derechos de las víctimas.

La declaración está dividida en dos grandes rubros: los principios relativos a las víctimas de delitos y los relacionados con las víctimas del abuso de poder, aclarando que deben aplicarse los conceptos (y las normas) sin distinción alguna. Únicamente se ampliará un poco el estudio del primer grupo por ser el tema planteado:

"1. Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimientos emocionales, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abuso de poder".

"2. Podrá considerarse víctima a una persona con arreglo a la declaración independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o independientes inmediatos de la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".

La declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas consagra el derecho de ser asesorada:

Art. 5. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos...

Art. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

Información a las víctimas de su papel y alcance el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delito grave y cuando hayan solicitado esa información;

Prestando asistencia adecuada a las víctimas durante todo el procedimiento judicial...

La declaración de las Naciones Unidas es cuidadosa en tratar este tema, en sus derechos del artículo 8 al 13, contemplando el resarcimiento e indemnización, con la recomendación de que el resarcimiento e indemnización, sea considerado como una sentencia posible (además de otras penas).

Al elevarse el derecho a la reparación al más alto rango normativo esperemos que deje de ser una falsa expectativa de los perjudicados, es para México de gran importancia ésta declaración de principios, porque contribuyó a generar investigaciones victimológicas provocando importantes reformas en el sistema penal.

4.2. CLASIFICACION DE VICTIMAS

Luis Rodríguez Manzanera clasifica a las víctimas de la siguiente forma:

"Víctima totalmente inocente. Es aquella que no tiene ninguna responsabilidad ni intervención en el delito.

Víctima menos culpable como el criminal. Es la víctima por ignorancia, víctima imprudencial).

Víctima tan culpable como el criminal. Es la víctima voluntaria (riña, duelo).

Víctima más culpable que el criminal (víctima provocadora).

Víctima totalmente culpable (víctima agresora, simuladora, imaginaria, etc.)"³².

Lo anterior tiene relevancia jurídica toda vez que consideramos que la participación de la víctima en mayor o menor grado puede tener consecuencias en la aplicación de la pena para el activo ya que disminuiría o aumentaría

³² Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p.513.

su grado de participación de acuerdo al principio de concurrencia de culpas específicamente en los delitos culposos. Así encontramos el ejemplo de un delito con motivo de tránsito terrestre, en este caso es común que la víctima tenga un grado de participación importante debido a la imprudencia provocada por la falta de educación vial que no solo debe exigirse a los conductores sino también a los peatones. Por lo anterior desprendemos que hay en ciertos casos una interacción entre el criminal y la víctima, para efecto del tema de esta investigación respecto del daño moral es de relevante importancia porque redundará en el grado de afectación psíquica que el pasivo de la conducta pueda sufrir.

4.3.VICTIMOLOGIA EN MEXICO

En algunos países se ha acogido la perspectiva de que el Estado pague parcial o supletoriamente de manera inmediata a la víctima en casos de necesidad médica, cuando sufre importantes lesiones corporales, menoscabo de su salud física o mental, como consecuencia de delitos graves. Algunos de los países que han avanzado esta

clase de indemnización son: Nueva Zelandia (1961), Inglaterra (1964), Canadá (1967), Austria (1972), Dinamarca (1973), Italia (1975), Francia (1977), Bélgica (1985), Estados Unidos de Norteamérica , se desarrollaron a partir de 1965 sistemas similares en Nueva York, Hawai (1967), Massachusetts (1917), Maryland (1968), Nevada (1969), New Jersey (1971). En México el 20 de agosto de 1969, se aprobó la Ley sobre Auxilio a las víctimas del delito del Estado de México.

En nuestra opinión, si bien es cierto que el Estado mexicano por su característica paternalista sufrague la atención de las víctimas de delito en retribución a la deficiencia que en materia de seguridad pública existe y causado a su vez por problemas sociales tales como la ausencia o deficiencia en educación, salud, desarrollo económico, etc., y bajo la responsabilidad que tiene sobre estos rubros es de justicia atribuírsele la protección de los pasivos de los citados problemas; también lo es que la conducta delictiva de un sujeto tiene repercusiones concretas que deberá pagar en forma personal como parte de la pena (de carácter accesorio) a

que es acreedor por la comisión de un ilícito, tanto material como moralmente.

En América Latina han surgido varios grupos no gubernamentales que proporcionan diversos servicios a las víctimas, entre los que se encuentran:

Grupos de diálogos para personas agredidas.

Grupos de terapia o apoyo.

Grupos de asesoría jurídica o consultoría.

Grupo de asistencia.

Grupo de investigación.

Así concluimos que los estudios victimológicos en México son de gran importancia porque permiten abundar en las consecuencias que sufre en quien recae una conducta delictiva y así estar a la par de los países en donde existe para las víctimas un equilibrio en cuanto a derechos se refiere.

CAPITULO III

EL DAÑO MORAL DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Para entrar al estudio de los componentes del procedimiento penal es necesario plantear lo que debemos entender por procedimiento penal y su diferencia con el proceso penal; lo anterior ha sido objeto de múltiples discusiones entre los estudiosos del derecho y es indispensable que distingamos las posturas existentes a fin de darle cabida a la reparación del daño y especialmente al daño moral.

Así encontramos que por lo que hace al Procedimiento Penal es considerado como un todo, del cual el proceso penal es tan sólo una parte, postura que es sostenida por los maestros Manuel Rivera Silva, Juan José González Bustamante y Fernando Arilla Bas quienes los consideran de la siguiente forma:

"El procedimiento está constituido por el conjunto de actos, vinculados entre sí por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutadas por los órganos persecutor y jurisdiccional, en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar sobre el autor o participe de un delito la conminación penal establecida por la ley"³³.

"El conjunto de actividades reglamentadas por conceptos previamente establecidos que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos, para en su caso aplicar la sanción correspondiente"³⁴.

³³ Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 2.

³⁴ González Bustamante, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988, p. 5.

"El procedimiento penal es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente"³⁵.

"El procedimiento penal se entiende como la técnica que aconseja el derecho procesal penal para determinar el delito, imputar la responsabilidad, determinar hasta donde una persona es responsable, dosificar la pena y establecer los medios para aplicar la sanción"³⁶.

Como es de advertirse, de las anteriores definiciones surgen elementos coincidentes como son los que el procedimiento penal se conforma por un conjunto de pasos regidos o regulados por las reglas previamente establecidas, las que tienen como finalidad tipificar una conducta desarrollada por el sujeto y la cual se considera como antisocial, encuadrando ésta como un

³⁵ Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*; 23ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 23.

³⁶ González Blanco, Alberto. *El procedimiento Penal Mexicano en la doctrina y en el Derecho Positivo*. 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1975, p. 7.

delito e identificando a su autor para que le sea aplicado un castigo o sanción previamente establecido.

Compartimos las posturas ya señaladas en virtud de que el proceso penal da inicio a partir de dictado el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso y culmina hasta dictada la sentencia; destacándose que no forman parte del proceso penal la Averiguación Previa ni la Preinstrucción; el proceso penal es una parte integrante del universo que forma el procedimiento penal, al que consideramos como el conjunto de pasos ya regulados que se realizan de forma sistemática y encadenada con la finalidad de encuadrar el dispositivo legal a la conducta desplegada por un sujeto al que se le fijará una sanción proporcional al hecho cometido; esto último si y solo si ha pasado por un proceso penal.

1 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Daremos inicio a la descripción del procedimiento penal y sus fases a fin de crear un contexto en el cual podamos enclavar la reparación del daño tanto material como

moral, así pues plantearemos lo que diversos autores consideran como las etapas del procedimiento penal.

El Doctor Sergio García Ramírez refiere: "a partir de la reforma de 1986, el Código Federal de Procedimientos Penales se refiere a los siguientes periodos o fases del procedimiento: averiguación previa, preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia y ejecución, y a los procedimientos relativos a inimputables, menores y farmacodependientes. Aun cuando en la ley del Distrito Federal no existe norma idéntica a ésta, la interpretación de diversos preceptos permite deducir que en este último ordenamiento se presentan las siguientes fases o periodos procesales: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución. Nuestra doctrina suele excluir el periodo ejecutivo al que considera fuera del procedimiento penal."³⁷.

El citado penalista considera que: "la averiguación previa es la primera etapa de procedimiento penal"³⁸ y "la

³⁷ García Ramírez, Sergio y Adato Ibarra, Victoria. *Prontuario del proceso Penal Mexicano*. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 10.

³⁸ Idem. p. 31.

instrucción es la primera etapa del proceso penal"³⁹; lo que el destacado autor plantea, es en nuestra consideración acertado, toda vez que confirma el criterio sostenido respecto a que el procedimiento penal es lo general y el proceso lo particular.

Por otro lado, Carlos Oronoz Santana dice que "son dos fases a saber: A. Periodo de preparación de la acción penal; desde la denuncia o la querrela hasta la consignación y B. Periodo de preparación del proceso; del auto de radicación al auto de término constitucional"⁴⁰.

No compartimos ésta postura toda vez que, por un lado se está incluyendo a la indagatoria y ejercicio de la acción penal, lo cuál es incorrecto en virtud de que un sujeto puede ser indiciado en una averiguación previa, de la cual puede derivarse incluso una consignación sin detenido ante la autoridad jurisdiccional en la que se solicite orden de aprehensión; sin embargo, la autoridad en cita puede resolver negar la orden solicitada por no haber delito que perseguir o bien por no acreditarse el

³⁹ Idem. p.15.

⁴⁰ Oronoz Santana, Carlos M. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Editorial Limusa, México, 1990. p. 60-73.

cuerpo del delito, entre otros, así encontramos que el activo habiendo llegado hasta ése estadio procesal no consideramos que ya ha sido procesado, lo que es contrario a la luz de lo señalado por el autor.

Por otro lado, en nuestra opinión debe considerarse la etapa del juicio como sección independiente toda vez que este autor es omiso en mencionarla y desde luego es el momento de dirimir una controversia.

Concluimos que los periodos del proceso son:

1. Instrucción. Desde que se dicta el auto de formal prisión o sujeción a proceso hasta que se declara cerrada la instrucción.

2. Periodo preparatorio del proceso. Contempla el auto de formal prisión o sujeción a proceso, el ofrecimiento y admisión de pruebas, hasta la fijación y cita para audiencia.

3. Discusión o audiencia (audiencia de vista).

4. Sentencia (desde que se declara visto el proceso hasta la emisión de sentencia).

1.1 AVERIGUACION PREVIA.

La averiguación previa tiene su fundamento en el artículo 21 Constitucional, concretamente en sus párrafos primero y cuarto, donde además de dar pauta a esta etapa procedimental, establece como órgano titular de la misma al Ministerio Público, toda vez que el citado precepto constitucional en su parte conducente establece a la letra que:

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se

permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas...

En lo que se refiere a la averiguación previa se inicia con la noticia del hecho criminal (o aparentemente delictuoso) que se aporta a la autoridad por medio de la denuncia o de la querrela, denominado también como requisito de procedibilidad; corre íntegramente ante la autoridad del Ministerio Público. La denuncia es una transmisión de conocimiento sobre la probable existencia de delito perseguible de oficio. La querrela asocia a esta participación de conocimiento, la expresión de voluntad para que se proceda penalmente, cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de un particular legitimado para formular la querrela.

El Ministerio Público posee amplias facultades para el desempeño de sus tareas de averiguación previa. Las diligencias que ante él se practiquen, ajustadas a la ley procesal, poseen valor probatorio pleno, lo cual ha sido cuestionado por varios tratadistas. En este periodo, la actividad del Ministerio Público puede desembocar en el ejercicio de la acción penal, bajo el acto denominado de

consignación, o en el no ejercicio de la misma, mediante la resolución de "no ejercicio".

Efectivamente cabe hacer énfasis en el llamado "monopolio" de la acción penal, tema de múltiples ataques y que desde esta tribuna consideramos sano porque es el Estado a quien le corresponde velar por los intereses de la sociedad; así no podríamos tener distintas instituciones encargadas de la función persecutoria de delitos.

"La función persecutoria se integra con dos clases de actividades que serán en dos diferentes campos, a saber: la averiguación previa y el ejercicio de la acción penal"⁴¹.

Por lo que se refiere a la averiguación previa, el Ministerio Público se convierte en un auténtico investigador, pues realiza diligencias en busca de las pruebas que le permitan acreditar los hechos posiblemente delictivos que han hecho de su conocimiento a través de

⁴¹ Ibid p. 74.

la denuncia o querrela a efecto de saber si los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona se acreditan y solo si esto sucede estará en posibilidades de ejercitar acción penal.

El ejercicio de la acción penal consiste en que el Ministerio Público deja de ser investigador y se convierte en parte del proceso, y pretende mediante su actuar que el Juez resuelva conforme a Derecho ya sea imponiendo una pena o dejando en libertad a la persona procesada.

El Ministerio Público deberá ser muy cuidadoso en el ejercicio de la acción penal, cuidando la precisión de la acción que ejerce en el sentido técnico de la misma, lo anterior en virtud de que en la práctica penal encontramos una gran cantidad de averiguaciones previas que al ser consignadas y estudiadas por el Juez, a efecto de dictar un auto de plazo constitucional o bien girar una orden de aprehensión o de comparecencia en su caso, traen como consecuencia sobre todo en los casos de consignaciones sin detenido, que caigan bajo los efectos

del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El mencionado artículo 36 del Código de Procedimientos Penales dispone que cuando se dicte auto de libertad por falta de elementos para procesar, de negación de orden de aprehensión o de comparecencia por no encontrarse reunidos los requisitos que para tal efecto la ley impone, el Juez deberá precisar en el auto los requisitos que a su juicio no se encuentran satisfechos y a su vez el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias para integrar la averiguación previa correspondiente y estar en posibilidades de solicitar orden de aprehensión o de comparecencia según sea el caso.

Consecuencia de lo anterior es el rezago en la procuración de justicia, porque si bien es cierto que se ejercita acción penal en breve, también lo es que las investigaciones posteriores, en las que se ordena realizar las diligencias para acreditar el cuerpo del delito, una vez negada la orden de aprehensión o de comparecencia solicitadas, ocasionarán una demora

considerable y en ocasiones indefinida, toda vez que la ley no fija ningún plazo para el ofrecimiento de nuevas probanzas por lo que el transcurso del tiempo solo es en agravio de la víctima y en muchas ocasiones resulta imposible la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado.

1.2 PROCESO

Pasamos ahora a la etapa del procedimiento penal denominada proceso, de la que habíamos mencionado que va desde dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso hasta que se dicta la sentencia.

1.2.1 INSTRUCCIÓN

Una vez que se ejercita acción penal en contra de una persona entramos a la etapa de instrucción, que es la primera del proceso penal, la que se desarrolla ante la autoridad jurisdiccional, en la cual el Ministerio Público deja de ser autoridad como lo fue en la etapa de averiguación previa y hasta el ejercicio de la acción penal y es ahora cuando fungirá como parte en el proceso,

aquí inicia lo que conocemos como instrucción la cual da inició con el auto de radicación que se encuentra contemplado en el artículo 286 bis párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el cual el Juez tiene por recibida una consignación en la cual el Ministerio Público ejercita la acción penal y por la cual le solicita conozca de los hechos que en consideración del primero contienen los elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona en la comisión de un ilícito; así como lo refiere el maestro Sergio García Ramírez "es la primera determinación judicial que se dicta"⁴². Es frecuente que la instrucción se decida en fases: la primera, desde dicha radicación hasta el auto de formal prisión que precisa el delito y la persona por la que se seguirá el proceso; la segunda, desde el auto en mención hasta los actos preparatorios del juicio.

Las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial pueden ser con detenido y sin detenido; en la primera se detiene al inculcado en virtud

⁴² García Ramírez, Sergio y Adato Ibarra, Victoria. Opus Cit. P 16.

de haberse acreditado la flagrancia, cuasiflagrancia, flagrancia equiparada o el caso urgente y que el delito tenga pena privativa de libertad y no alternativa; en el segundo caso se solicita al Juez gire orden de aprehensión o de comparecencia según corresponda al delito cometido.

Una vez radicada la causa, se califica de legal la detención en el caso de consignación con detenido, el Juez tomará la declaración preparatoria del probable responsable dentro de las primeras 48 horas de las 72 horas que tiene para resolver la situación jurídica del indiciado; en la declaración preparatoria se le hará saber al inculcado el contenido del artículo 20 Constitucional que en lo conducente refiere:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo

caución, siempre y cuando no se trate e delitos en que, por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio...

II. No podrá ser obligado a declarar...

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto de declaración preparatoria;

IV. ...

V. ...

VI. ...

VII. ...

VIII. ...

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución...

X. ...

El inculpado tendrá el derecho de acuerdo a lo establecido por el artículo 297 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a solicitar la duplicidad de término constitucional que

tiene como finalidad aportar pruebas que acrediten su inocencia, probanzas que se desahogarán dentro del plazo solicitado.

Habiendo transcurrido los plazos citados respectivamente; la autoridad jurisdiccional entrará al estudio de las constancias que obren en la averiguación previa y los elementos aportados en el caso de haberse duplicado el término constitucional, a efecto de resolver en los siguientes términos: auto de formal prisión, de sujeción a proceso, libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley o libertad absoluta; resolviendo también si se seguirá un procedimiento sumario u ordinario.

En lo que se refiere a los procedimientos sumario y ordinario, encontramos el fundamento del primero en el artículo 305 del Código de Procedimientos Penales cuya para el Distrito Federal y el segundo en el 314 del mismo ordenamiento; las diferencias más significativas entre ellos son el tiempo que duran y en consecuencia los plazos aplicados para cada uno.

Habiéndose dictado auto de formal prisión, se procederá al ofrecimiento de pruebas correspondiente a las partes, siendo estas el Ministerio Público y la defensa del procesado o él mismo; en el caso del procedimiento sumario son tres días y el procedimiento ordinario con quince días hábiles para su ofrecimiento: Las pruebas pretenden acreditar o desacreditar los elementos del cuerpo del delito y la responsabilidad del ahora procesado a efecto de crear un ánimo en el Juzgador y aportar elementos para la condena o absolución del activo según sea el caso, es por ello que el Juez fijará audiencia para el desahogo de las pruebas ofrecidas.

Una vez que se encuentran desahogadas las pruebas ofrecidas por las partes podrá declararse cerrada la instrucción, pasando a la formulación de conclusiones; en el caso del sumario se desahogarán en forma verbal durante la audiencia principal, por lo que hace al ordinario se pone a la vista de las partes que tendrán cinco días hábiles y uno más por cada cien fojas a partir de las doscientas, sin exceder nunca de treinta días, habiéndose formulado las conclusiones por las partes se fijará audiencia de vista que es la oportunidad de las

partes de ratificar o rectificar sus conclusiones y hacer las manifestaciones conducentes en virtud de que será en momento en que la causa pase a la fase de sentencia; en este momento se da por concluida la primera etapa a que hacíamos referencia, denominada instrucción.

1.2.2 SENTENCIA

Estamos ahora a un paso de entrar a la etapa de juicio propiamente dicho. se plantean ciertos actos previos de aquella actividad procesal, que culmina en la resolución definitiva. Se destaca la formulación de conclusiones de las partes. "Piña y Palacios sostiene que las conclusiones son el acto a través del cual las partes analizan los elementos recabados en la instrucción y, con apoyo en ellos, fijan sus respectivas situaciones con respecto al debate que habrá de platearse"⁴¹.

En las conclusiones del Ministerio Público, que son de estricto derecho y por ello deben sujetarse a una forma legal, aquél precisa su acusación. Las de la defensa no

⁴¹ Cit. por García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. p. 17.

están supeditadas a determinada forma legal. A falta de conclusiones acusatorias expresas por parte del Ministerio Público se estimará que las conclusiones son de no acusación; cuando la omisión recae en la defensa, se tienen por formuladas conclusiones de inculpabilidad.

Dentro de las conclusiones que formula el Ministerio Público se solicitará la reparación del daño tanto material como moral, haciendo un estudio de los elementos probatorios que la acreditan, en el caso concreto a que se refiere esta investigación se concatenarán los dictámenes de psicología o psiquiatría según sea el caso para acreditar el daño moral que la víctima ha sufrido como consecuencia de la conducta ilícita que ha recaído en ella, a efecto de hacer notar al Juez de la causa el grado de afectación y en consecuencia esté en posibilidades de cuantificarlo en el momento de dictar su resolución definitiva. En caso de que el Ministerio Público incumpla con la solicitud al Juez de la condena a la reparación del daño, se hará acreedor a la sanción contenida en el artículo 31 bis del Código Penal para el Distrito Federal; asimismo, el Juez está obligado a resolver de oficio respecto de la reparación del daño por

lo que en caso de no hacerlo se aplicaría lo dispuesto en el artículo 34 del mismo ordenamiento.

La etapa de juicio, central dentro del proceso penal, se concreta en la audiencia de vista y en la sentencia, acto culminante del proceso.

Bien dice García Ramírez en la obra citada "que la sentencia es el medio que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión principal controvertida. Junto a ella, y también a título de resoluciones judiciales, figuran los decretos, que son decisiones como "actos judiciales de decisión o manifestaciones de voluntad, por medio de los cuales se ordena la marcha del proceso, se dirimen las cuestiones secundarias e incidentales que en éste se plantean o se le pone término, decidiendo en cuanto a la cuestión principal controvertida"".

Al lado de la sentencia, dice, "es el modo normal de conclusión del proceso, figuran otras hipótesis que acarrearán las mismas consecuencias, a saber: el autor de

" García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. p. 17.

libertad absoluta y sobreseimiento, que en esencia son la misma cosa y producen efectos idénticos a los de una sentencia absolutoria⁴⁵.

La sentencia definitiva se convierte en ejecutoria, esto es, constituye título para la ejecución de la pena, en su caso, cuando no es impugnabile, sea por haber transcurrido los plazos para estar en tiempo de hacerlo, sea por tratarse de resolución de segundo grado o instancia, sea por haberla consentido las partes.

Con todo, conviene advertir que siempre está abierta la posibilidad de la impugnación extraordinaria, es decir, iniciar un juicio de garantías por parte del ofendido y/o víctima a título de quejoso en el cual el acto reclamado versará sobre la reparación del daño ya sea por haberse absuelto de ella o porque el pago de la cantidad a la que se condena no vea satisfecha su pretensión.

Lo antes reseñado es el mapa del procedimiento penal, que nos servirá como referencia para el estudio en lo específico de los medios de prueba idóneos para la

⁴⁵ Idem. p. 17-18.

acreditación del daño moral, objeto de la presente investigación.

2 MEDIOS DE PRUEBA

Habiendo analizado los componentes del proceso penal, regresaremos al estudio de las pruebas en virtud de que es a través de ellas como podrá acreditarse la reparación del daño material y moral; por ello veremos qué son y la idoneidad que tienen para acreditar lo que a esta investigación se refiere.

Los medios de prueba son elementos esenciales que nos permiten el conocimiento; ese conjunto nos llevará a comprobar todas aquellas hipótesis que formulemos; llevado al procedimiento penal consideraremos la probable responsabilidad como la hipótesis que a través de los elementos de prueba que se ofrezcan y se desahoguen nos llevarán a la acreditación plena de la responsabilidad penal de una persona, así pues los elementos de prueba enlazados de manera lógica y natural nos llevarán de la verdad que existe a la verdad que se busca, creando un ánimo en el Juez a efecto de poder dirimir una

controversia al emitir su fallo definitivo formulando un juicio respecto de hechos probados, que estará motivado por el estudio de las pruebas.

La legislación procesal penal para el Distrito Federal reconoce como pruebas las siguientes:

Artículo 135. La ley reconoce como medios de prueba:

La confesión;

Los documentos públicos y los privados;

Los dictámenes de peritos;

La inspección ministerial y la judicial;

Las declaraciones de testigos, y

Las presunciones.

Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

También se admitirán como prueba las declaraciones de los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada de Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hayan simulado conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa.

A este respecto nos gustaría señalar que a pesar de que el citado artículo no contempla a la reconstrucción de hechos, cateos, visitas domiciliarias y a la confrontación; en los artículos subsecuentes se hace referencia a ellos como medios de prueba admitidos por la ley.

Ahora bien, "es éste un esfuerzo vigoroso y dominador, que somete a sí mismo toda actividad procesal, pues la comprobación de la verdad real constituye a un mismo tiempo, no solo un método para la conducción del proceso y su fin inmediato y específico, al que converge el múltiple contenido procesal, sino el medio y camino para conseguir un fin más alto y general, cual es la

aplicación o la no aplicación de la ley penal al caso concreto”“.

“En su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo, “todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva”“.

Tal como lo menciona Florian, este tema comprende cinco indagaciones, a través de las cuales se obtiene de él un desarrollo completo:

“A) El objeto comprende la determinación de las cosas que pueden probarse, es decir, la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal, de

“ Carnelutti. *La prova civile*. Roma, 1915, p. 12. Considera la prueba como un medio para la comprobación de la identidad (o de la diferencia) de la situación planteada por la norma con la situación planteada en la causa; pero en realidad, la prueba es fin o medio según el punto de vista desde donde se la considere.

“ Florian, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo I, 3ª edición. Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 43.

la aptitud procesal de la prueba; esto lo llamaremos objeto de la prueba en abstracto".

"B) Luego es preciso determinar en especial los requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular, lo que nos lleva a considerar el objeto de prueba en concreto".

"C) Se requiere en seguida que se estudie el objeto de prueba en cuanto esa prueba aparezca necesaria para los fines de la investigación procesal, de donde se deriva luego la especificación de las cosas que debe probarse".

"D) Además, en forma sintética es preciso señalar la posición del objeto de prueba dentro del sistema del proceso lo que permitirá determinar la actitud que respecto a él tienen los sujetos procesales y especialmente las partes".

"E) Finalmente, sobresale en estas investigaciones el

principio de la libertad del objeto de la prueba, que no obstante encuentra limitaciones de carácter formal”⁴⁸.

De entre los objetos en abstracto de la prueba encontramos los hechos en general, las cosas materiales, los documentos, las personas y sus cualidades físicas y psíquicas que han de tenerse en cuenta, los principios de experiencia; es por ello que en la presente tomamos especial importancia a que también pueden ser objeto de prueba: “1 la persona como individualidad física y social; 2 la misma persona en cuanto a sus cualidades y condiciones físicas, **morales** y psíquicas y en orden a sus señales exteriores, estados morbosos, aptitudes, etc. Y hablamos de persona sin hacer distinción alguna, sea acusado, parte ofendida o testigo. Tal vez sería más propio hablar aquí, tratándose del hombre, del sujeto pasivo de la prueba”⁴⁹.

Para efecto de probar el daño moral sufrido por la víctima será objeto de prueba la persona, en virtud de que al verse vulnerados sus sentimientos, honor,

⁴⁸ Ibid. p. 96 97.

⁴⁹ Idem. p.110 111

reputación, etc., se requerirá probar tal afectación con dictámenes, entrevistas por parte de policía judicial, la observación que puede tener la autoridad judicial hacia la víctima u ofendido en virtud de que podrá valorarla en el momento oportuno y con documentos de los que se desprendan indicios que en su conjunto nos determine no sólo la lesión sino su grado de afectación; es por ello que consideramos que los dictámenes en materia de psicología y psiquiatría que se ofrezcan tendrán un valor preponderante toda vez que podrá desprenderse su capacidad física y mental con posterioridad al evento delictual.

Desde el punto de vista abstracto el objeto de la prueba encontramos que "no todo lo que desde el punto de vista de la posibilidad abstracta es admisible como objeto de prueba, lo es por sí mismo, en concreto, a propósito de cada uno de los casos de investigación que se presenten. Para que el objeto de prueba sea acogido y llevado al proceso, necesita de un requisito que lo pone frente a una notable limitación sustancial, es decir, que

debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto"⁵⁰.

A este respecto en nuestra consideración el estudio de la persona como objeto de prueba es fundamental para la correcta acreditación y cuantificación de la reparación del daño moral, reúne el requisito de ser concluyente y pertinente porque será de su análisis directo de donde se produzcan los elementos que nos permitan derivar su existencia; la participación y cooperación de la persona objeto de prueba es fundamental porque debemos tener en cuenta que partiendo de la hipótesis de la existencia de un daño moral entendemos que no será fácil para aquella víctima el colaborar con la autoridad exponiendo su estado emocional.

Ciertamente será un obstáculo a vencer, pero es también un deber de la autoridad ministerial en la averiguación previa o bien la autoridad judicial durante el proceso penal, hacer del conocimiento de la víctima el derecho que ampara la ley en su favor a este respecto, y en su caso estará también en posibilidades de renunciar a tal

⁵⁰ Ibid. p. 120-121.

reparación, pero la autoridad habrá cumplido cabalmente con su función.

2.1 LA PRUEBA PERICIAL.

La prueba pericial será el eje de las pruebas con las que acreditaremos el daño moral, debido a que requerimos el estudio técnico de la persona a través de un perito que concluirá técnicamente para crear un puente entre el objeto de prueba y el Juez.

"El dictamen pericial sirve para poner en las manos del Juez el objeto de prueba, para llevarse a este el conocimiento de ese objeto; si se trata de cosas o de personas, puede cumplir esta tarea directamente, observando y describiendo ese objeto en su estructura y en su aspecto técnico, o también indirectamente, poniendo al alcance del Juez los conocimientos técnicos necesarios para observar, conocer y apreciar por sí mismo ese objeto; y si se trata de reglas de la experiencia, suministrándolas directamente al Juez"⁵¹.

⁵¹ Florian, Eugenio. Opus Cit. p. 351-361.

Se desprende que la prueba pericial es el elemento que traduce al Juez las artes o ciencias específicas a un lenguaje común que le de posibilidades de entender algunas circunstancias del evento a dirimir, auxiliándose de elementos técnicos que hacen comprensibles algunas características del hecho.

"El dictamen acerca del objeto de prueba, es decir, la valoración de éste, aunque no sirve sino para llevar en forma más completa y variada el objeto de prueba al conocimiento del Juez, en su más íntimo significado. Y el hecho de que el concepto pericial no vincule u obligue al Juez, hace resaltar aún más esta característica del perito"⁵².

Por lo que hace a la valoración de la prueba pericial debemos saber que en el derecho mexicano nos regimos bajo la libre apreciación ya que hay pruebas tasadas como la documental-, es decir, el Juzgador tiene la facultad de tomar en consideración el dictamen pericial de forma

⁵² Fernández Pérez, *Elementos Básicos del derecho penal*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 11.

contundente o no para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; y en lo que se refiere a ésta investigación, la acreditación del daño material y moral que se sufra.

"En cuanto a su forma, consta de cuatro partes: a) introducción, b) descripción, c) discusión, en cuya parte los peritos analizan los hechos, los someten a la crítica, los interpretan pero exponiendo las razones científicas de sus opiniones, y d) conclusiones, que son las apreciaciones finales que deberán ser breves y explícitas y serán la síntesis de la opinión pericial"⁵³.

Las conclusiones del dictamen son el elemento fundamental que vincula al Juez con el perito, es desde nuestro punto de vista, la traducción del lenguaje técnico de la materia a que se refiera el dictamen al lenguaje común que cualquier persona puede entender; en nuestra consideración es un elemento de gran utilidad en virtud de que las ciencias, artes u oficios tienden a la especialización y es obvio que el común de las personas

⁵³ Ibid. p. 12.

no podrán dominarlas; es por ello que el auxiliarse de la prueba pericial hace eficiente la función del Juzgador al valorarlas.

2.2.1. EL DICTAMEN EN MATERIA DE PSICOLOGIA.

Ahora que hablamos de la prueba pericial, podemos hablar de dictámenes en materias específicas, en lo que se refiere al tema de la investigación, los que nos ilustrarán son el dictamen en materia de psicología y en psiquiatría, por ser su objeto de estudio de manera genérica, la psique humana.

"La psicología es la ciencia que estudia las funciones psíquicas en sus aspectos normales y anormales, individuales y colectivos. La psicología analiza la forma como recibimos las impresiones de mundo externo, el conocimiento que nos formamos de él y cómo éstas impresiones son elaboradas por la mente"⁵⁴.

⁵⁴ . San Martín, Hernán. *Salud y Enfermedad*. 4ª edición. Editorial La Prensa Médica Mexicana, México, 1984, p. 34.

De la definición anotada se desprende la relación que existe entre el pensar y el actuar y esto como impacta en las relación con los demás; esto es muy parecido al objeto del estudio del derecho penal, es decir, las ideas que se convierten en conductas que por su naturaleza son consideradas como delitos.

Por otro lado, se advierte la intervención de las ciencias auxiliares de la psicología cuya vertiente es el estudio del hombre, que al estudiarlo conjuntamente buscan explicar las causas de su comportamiento, mientras que el derecho estudia las consecuencias de su conducta y el impacto que tienen socialmente para poder alcanzar el bien común.

De acuerdo a lo anterior consideramos que el dictamen en materia de psicología es la primera instancia a la que recurriremos, entendiéndose que la víctima sufre trastornos conductuales en virtud de ser sujeto pasivo de una conducta ilícita; estos trastornos variarán en su grado de afectación según la percepción que de cada hecho tenga una persona, derivado de la experiencia personal, de los factores socio-económicos, culturales y todos

aquellos sucesos que a través de los sentidos registramos en nuestra memoria.

A diferencia de la psiquiatría la psicología únicamente estudia trastornos conductuales no patológicos, aquellos que en su diagnósticos y pronósticos no representan enfermedades mentales que en su caso requieran de una medicación que sólo el psiquiatra en su calidad de médico puede suministrar; así para los trastornos de la conducta los tratamientos psicoterapéuticos serán los indicados; por lo que el perito en psicología deberá incluir en su dictamen un pronósticos calculando en tiempo o número de sesiones aproximadas en las que el paciente pueda recuperar la estabilidad emocional que con motivo del hecho ilícito se vio afectada.

La primera intervención que el perito en comento tiene es al momento en que se integra la averiguación previa, es decir, el Ministerio Público ordena la intervención de peritos en la materia a efecto de examinar a la persona y de ésta manera el dictamen forma parte de las diligencias que integran la indagatoria que llegarán ante la autoridad judicial como parte del acervo probatorio que

posteriormente el Ministerio Público que funja como parte en el proceso, invocará en su escrito de conclusiones para solicitar el pago de la reparación del daño moral.

2.1.2 EL DICTAMEN EN MATERIA DE PSIQUIATRIA.

Para entrar al estudio del dictamen en materia de psiquiatría debemos definir a la psiquiatría, así pues Alfonso Quiróz Cuarón la define como "la parte de la medicina que estudia y trata las perturbaciones de la conducta humana; se ocupa de la personalidad toda del enfermo que padece trastornos psicopatológicos que son analizados y explorados por la psiquiatría clínica; pero cuando esta ciencia trabaja para colaborar con la administración de justicia, recibe el nombre de psiquiatría forense; es la misma psiquiatría clínica aunque algo más específica y su objeto es diverso: en ambas interesa el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento, así como cuidar del paciente; pero la psiquiatría forense relaciona al enfermo con las leyes, para que se resuelvan ciertos problemas jurídicos o administrativos, razón por la cual necesita, además, de otros conocimientos: legislación, técnica pericial,

criminología y criminalística. Se trata de una especialidad nacida del tronco vigoroso de la medicina forense”⁴⁵.

La causa del origen de las enfermedades las estudia la etiología que sirve para realizar los diagnósticos y en consecuencia para saber si el haber sido pasivo de una conducta ilícita puede originar una enfermedad mental, toda vez que una de las causas de enfermedad mental son los estados psicológicos, sobre todo los emotivos a los cuales se encuentra expuesto la víctima, por ejemplo la violencia psíquica, la tortura, el ver su vida frente a un peligro de tal magnitud que cause una estado psíquico que lo haga vulnerable a la conducta del activo sin oponer la resistencia que en estado normal desplegarían ante tal agresión, así pues ese trastorno puede derivar en una enfermedad mental y será el dictamen en materia de psiquiatría el que diagnosticará, pronosticará y planteará el tratamiento adecuado.

⁴⁵ Ouiróz Cuarón, Alfonso. *Medicina Forense*. 7ª edición. Editorial Porrúa, México. 1985. p. 740.

En opinión de la sustentante el grado de afectación provocado en la víctima u ofendido de la conducta antijurídica también estará en concordancia a la actividad que realiza, su profesión u oficio; así la hipótesis de un individuo que sufre lesiones que provocan la pérdida de una extremidad inferior, el daño moral que puede causar variará de un pasivo bailarín a un intelectual. Por lo anterior este será un elemento que permite a la autoridad jurisdiccional en la valoración de las pruebas acreditar el grado de afectación que ciertamente estará incluido en los dictámenes rendidos tanto en materia de psicología como de psiquiatría derivado de la entrevista que se realice al pasivo.

3. VALORACION DE LA PRUEBA

El resultado de la prueba debe considerarse como la contribución que de un objeto de prueba o de un medio de prueba puede surgir a favor o en contra de la demostración de una verdad de hecho o jurídica, que pertenece al proceso o que influye en él. Este resultado implica por consiguiente, un ejercicio de valoración.

Se advierten las siguientes consideraciones que respecto a la valoración de la prueba tienen diversos tratadistas de derecho:

"La búsqueda de la verdad histórica motiva el sistema de la libre apreciación de la prueba, en el cual el Juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación: el Juez debe señalar los fundamentos que tuvo para estimar en la forma que lo hizo, debe indicar por qué determinadas pruebas tienen valor plenario y por qué otras no lo poseen"⁶⁶.

"Los sistemas de valoración de la prueba son: 1. El sistema de prueba legal o tasada. 2. El sistema de libre apreciación de la prueba, que es una función reservada en forma exclusiva al órgano jurisdiccional, la doctrina admite tres sistemas que son: la de la prueba legal o tasada; la libre o de conciencia; y la mixta"⁶⁷.

Dice el maestro Cipriano Gómez Lara: "Tradicionalmente se expone que los sistemas de apreciación del valor de

⁶⁶ Riveta Silva, Manuel. Ob Cit. p. 192, 195.

⁶⁷ González Blanco, Alberto. Ob Cit., p. 156.

las pruebas, son fundamentalmente dos: el de apreciación legal o tasada y el de libre apreciación. Sin embargo, un análisis más detenido de los mismos, pretende encontrar no sólo dos sistemas sino cuatro: el ordálico, el legal, el libre y el razonado o el de la sana crítica"⁵⁸.

Por su parte Marco Antonio Díaz de León comenta: "La valoración de la prueba es una actividad intelectual que corresponde efectuar en exclusiva al juzgador. En dicha actividad, el órgano jurisdiccional, con base en sus conocimientos de Derecho, Psicología, Sociología, Lógica, etc.; y también con apoyo de su saber privado y máximas de la experiencia, razona sobre los hechos, las personas, las declaraciones, las cosas y sobre todo aquello que como prueba se hubiera llevado al proceso, para tratar de reconstruir y representarse mentalmente la realidad de lo sucedido y así obtener la convicción que le permita fallar con justicia. Por lo tanto, esta actividad no es parte integrante del procedimiento probatorio, ya que el análisis crítico que hace el órgano jurisdiccional de las

⁵⁸ . *Teoría General del Proceso*. 8ª edición, Editorial Harla, México, 1990. p. 365.

pruebas desahogadas, no lo efectúa en esa fase del proceso, sino que ello es parte de la función decisoria en que el tribunal se enfrenta al cotejo de los hechos alegados e investigados, con la prueba producida, para así aplicar a los sucesos probados el Derecho de fondo y forma que habrá de pronunciar en la sentencia”.

Nosotros encontramos que lo comentado por el penalista Díaz de León contempla más ampliamente lo que de facto constituye la valoración de las pruebas, toda vez que efectivamente, es en el juicio donde la prueba al pasar un proceso intelectual es donde alcanza su objeto sucediendo en el momento de su valoración, así en la sentencia encontramos la valoración o desvaloración que tiene una prueba con relación a su objeto, es decir los hechos, clasificar aquellas que han sido idóneas para acreditar lo que se ha de probar.

En lo que se refiere a la apreciación de la prueba pericial la autoridad jurisdiccional tiene libre apreciación; es decir, el dictamen será un indicio más,

” *Diccionario de Derecho Procesal Penal y términos usuales en el Proceso Penal*; 2 Vol. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 390.

será sólo una herramienta que se utilizará para transportar a la realidad los hechos que han ocurrido en el pasado.

El Juzgador podrá, en lo que se refiere a las especificaciones técnicas y de acuerdo a la posibilidad que tiene de determinar cuales son las pruebas idóneas para acreditar un determinado hecho; por otro lado puede considerar que la prueba pericial sea concluyente y completamente eficaz como medio probatorio en un caso concreto o no.

"Ya indicamos los diferentes puntos de vista que se han propuesto para determinar la naturaleza jurídica del dictamen pericial y así sabemos que se le ha considerado como un medio de prueba, como un auxiliar del Juez, y como ambas cosas al mismo tiempo. Pero cuando no se pretenda poner por sobre todo el formalismo, cuando se contemple el dictamen pericial a la luz de los fines del proceso, se verá claramente que la naturaleza jurídica de la peritación no puede ser decisiva para determinar la apreciación que de ella puede hacer el Juez. Es preciso evitar el espejismo de las generalizaciones puramente

abstractas y teóricas, formuladas con el fin de obtener hipotéticas armonías procesales; por otra parte, aun en materia de lógica no todos los medios de prueba tienen o deben tener igual reglamentación procesal. Es menester averiguar por el contrario, si el libre convencimiento del Juez frente a la peritación es compatible con la función que se señala al dictamen pericial en el proceso, para conseguir los fines prácticos de éste".⁶⁰

La posición del perito frente al Juez se ha visto influida de modo perentorio por la teoría del libre convencimiento, considerada común y aplicable a todos los medios de prueba, por lo cual, en realidad, la doctrina de la libre apreciación del dictamen pericial parece derivarse de perjuicios teóricos antes de verdaderas exigencias prácticas, y se le ha considerado, en gran parte, como corolario inevitable del libre convencimiento.

Predomina en la actualidad la postura de que el Juzgador tiene la libertad de apreciar la prueba pericial con total discrecionalidad, no encontrándose obligado a

⁶⁰ Florian, Eugenio. Ob. Cit. T. II, p. 443-446.

considerar favorable o desfavorablemente el resultado del dictamen con relación a los hechos que dirimirá.

Concluimos que la valoración de la prueba pericial a pesar de la libre apreciación a que nos hemos referido, deberá encontrar sustento con otros medios de prueba o en su caso perfeccionarse con otros elementos probatorios para ser analizados entrelazada y lógicamente para acreditar lo que se pretende.

CAPITULO IV

ADICIONES AL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE DAÑO MORAL Y SU INSTRUMENTACION

1. PROPUESTA DE CONCEPTOS

La propuesta de este trabajo de investigación es la inserción de los conceptos fundamentales que giran en torno al daño moral, con el objetivo de instrumentarlo para lograr su cuantificación; existe en nuestra ley vigente la disposición acerca del derecho de la víctima a reparársele el daño material y moral que como consecuencia del delito sufra; empero, nos encontramos con que no existe una definición acerca del daño moral, es decir, qué debemos entender por daño moral. Por ello, consideramos que precisar los conceptos de daño moral,

víctima y ofendido ayudan a dar un marco conceptual a nuestro tema.

La ley penal por ser de estricta aplicación deberá allegarse la mayor cantidad de elementos que logren su cabal entendimiento; evitando en lo posible ambigüedad. Algunos juristas consideran inconveniente codificar conceptos y definiciones, pero en nuestra opinión, a mayor claridad de la norma será mejor su aplicación; de lo contrario habrá que acudir a la doctrina para aclarar o buscar algún criterio favorable al consultante; en cambio si la ley lo contempla no dejará duda alguna.

Afirmamos que la necesidad de unificación de criterios en el derecho mexicano no solo es un deber, es una necesidad, esto da seguridad jurídica al gobernado, eficiente la actividad judicial y norma una línea de pensamiento homogénea.

Debiendo decirse además, que en otros cuerpos delictuales el legislador ha dado definición para una mayor comprensión, es el caso de los artículos 288, 239,

343 bis, 350 párrafo segundo, 212 y el propio 30 del Código Penal para el Distrito Federal.

1.1. DEFINICION DE DAÑO MORAL

Por lo expuesto a lo largo de la investigación, consideramos necesario definir qué es el daño moral, tarea difícil por tratarse de un aspecto incorporeo de nuestra persona como es la psique, su conceptualización es fundamental para lograr transformarlo al lugar de la realidad, de la objetividad del derecho. El daño moral podemos definirlo de la siguiente manera:

Por daño moral se entiende: el sufrimiento que el delito origine a una persona; ya sea en sus sentimientos; afectos; creencias; decoro; honor; reputación; vida privada; configuración o aspecto físico; así como el padecimiento mental de cualquier clase que requiera asistencia o terapia psicológica o psiquiátrica.

Este concepto acopla la sensibilidad humana en todos sus aspectos de origen físico y espiritual que pueden causar un sufrimiento, entendido éste por nosotros, como

un aminorado espíritu, de tal magnitud que provoca un estado emocional disvalioso.

Los estados anteriores pueden tener una gama de consecuencias inimaginable, por ejemplo puede haber disfunción en su relación con lo demás ya sea en su ambiente familiar, de trabajo o simplemente el disgusto interior que vive y daña su autoestima.

Es necesario que citeamos de nueva cuenta lo que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1916 define como daño moral: es la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos , o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás; y por otro lado la obligación del responsable a repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia del daño material causado.

La diferencia que existe entre el concepto que proponemos utilizar en materia penal y el empleado en materia civil lo encontramos principalmente, en el origen del daño; en aquel es derivado de un delito y en éste de

relaciones contractuales y extracontractuales; aunado a que en materia penal su finalidad es de satisfacción y en materia civil de resarcimiento.

Además de que, en materia penal nos regimos por la exacta aplicación de la ley, es decir, no existe analogía ni mayoría de razón como lo establece el artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero; así pues, nos encontramos imposibilitados para remitirnos al concepto de daño moral que propone la legislación Civil, podemos emplearla como una fuente legal carente de aplicabilidad para nosotros por lo que nunca se podrá, en base a ella, imponer una pena.

2.2. DEFINICION DE OFENDIDO

El ofendido por el delito está considerado por la doctrina como un sujeto procesal accesorio dentro del proceso penal; no se le considera como parte pero si tiene intervención en el procedimiento penal en virtud de que tiene el derecho de coadyuvar con el Ministerio Público aportándole las pruebas que tenga a su alcance, es decir, tiene participación a través del Ministerio

Público quien es el representante de las víctimas y ofendidos.

En lo que se refiere al Código Penal para el Distrito Federal contempla en el artículo 30 bis lo siguiente:

Artículo 30 bis. Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

La víctima o el ofendido; y

En caso de fallecimiento de la víctima, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes.

De acuerdo a lo anterior vemos que considera a la víctima como la persona que sufre de manera primaria el resultado de la conducta ilícita y en consecuencia al ofendido como persona que recibe el daño de manera secundaria.

Sin embargo, en artículos posteriores no existe una distinción como la mencionada, es decir, utiliza los términos en forma indistinta, por lo que sostenemos nuevamente la importancia de la claridad de la norma y

contrariamente a lo dispuesto en el artículo citado, afirmamos que el ofendido es el que recibe la conducta directamente y la víctima indirectamente.

Por lo anterior, definiremos al ofendido de la siguiente forma:

Se considerará ofendido, sólo a la persona física o moral, que en forma directa resienta el daño que el delito cause.

Al referirnos a la forma directa de resentir el daño es porque recae la conducta delictiva en sus personas, lesionándose el bien jurídicamente tutelado por la ley como afectación primaria, convirtiéndose en pasivos de la conducta.

La calidad de ofendido les permitirá coadyuvar con el Ministerio Público en el ofrecimiento de los elementos de prueba que a su alcance estén para acreditar la reparación del daño material y moral conforme al artículo 34 del Código Penal para el Distrito Federal.

2.3. DEFINICION DE VICTIMA

Partiendo de lo expuesto en el apartado anterior, se considerará víctima, sólo a la persona física o moral, que en forma indirecta resienta el daño que el delito cause.

Se consideran como víctimas, en orden de prelación: 1) quienes dependían económicamente del ofendido. Junto con quienes tengan derecho a alimentos conforme a la ley, concurriendo con derechos iguales. 2) los herederos. 3) quienes dependían económicamente del inculpado cuando cometió el delito.

La víctima, como ente que recibe el daño "por rebote" tendrá también, el derecho de reclamar el daño moral que sufra, derivado de su relación con el ofendido. Existe en la doctrina un término que en nuestro concepto tiene mucha utilidad, si no para incluirlo en la ley, si para dar una mayor explicación al tema y es el de "conviviente", entendido como la relación que cualquier persona sin tener necesariamente parentesco consanguíneo o por afinidad del ofendido tenga una convivencia con

aquél tan próxima que se le pueda causar un daño moral igual o más intenso que a la víctima legitimada.

En el futuro tendrá que hacerse una revisión a tal concepto para estudiar su viabilidad en el derecho mexicano y las posibilidades de su aplicación.

Al igual que el ofendido, la víctima tiene el derecho que consagra el artículo 34 del Código Penal para el Distrito Federal para coadyuvar con el Ministerio Público aportando las pruebas a su alcance para acreditar el daño material moral con el fin de que le sea reparado.

1.4. ADICIONES AL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

Así las cosas, proponemos que el texto del Código Penal para el Distrito Federal deberá quedar como sigue:

Artículo 30. La reparación del daño comprende:

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

La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

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

Se entenderá por daño moral el sufrimiento que el delito origine a una persona; ya sea en sus sentimientos; afectos; creencias; decoro; honor; reputación; vida privada; configuración o aspecto físico; así como el padecimiento mental de cualquier clase que requiera asistencia o terapia psicológica o psiquiátrica.

Artículo 30-Bis. Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

La víctima o el ofendido; y

En caso de fallecimiento del ofendido, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes.

Para los efectos de este artículo:

Se considerará ofendido, solo a la persona física o moral, privada o pública, que en forma directa resienta el daño que el delito cause, por cualesquiera de los conceptos a que se refiere este capítulo.

Se consideran víctimas, en orden de prelación:

1) quienes dependían económicamente del ofendido. Junto con quienes tengan derecho a alimentos conforme a la ley, concurriendo con derechos iguales. 2) los herederos. 3) quienes dependían económicamente del inculpado cuando cometió el delito.

2. CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL

Pretendemos analizar en primer término los conceptos que nos invitan a denominar el significado de la transformación a numerario de un sufrimiento padecido. La finalidad que tiene el monto a pagar a favor del pasivo.

El papel triple del dinero para Ihering es: "compensatorio en los casos generales de mora o de culpa, al cubrir el daño emergente y el lucro cesante; o bien de satisfacción, al actuar en calidad de sustituto para el daño moral, y finalmente, en carácter de pena, siempre que las leyes o las partes establecieren una pena de este género"⁶¹.

Así es como se discute si la suma de dinero que se entrega por el activo al pasivo del daño moral apunta a un resarcimiento; si es propio hablar de "compensación"; o bien, si sólo cabe aludir a una "satisfacción".

⁶¹ Mosset Iturraspe, Jorge. Ob. Cit., p. 206.

La noción de "resarcimiento" implica, que el dinero desempeñe la función de lograr un exacto equivalente del daño sufrido. Y es innegable que el dinero no puede cumplir verdadera y cabalmente esas funciones frente al daño moral. Para nosotros, en consecuencia, la noción de resarcimiento quedaría entonces limitada al ámbito del daño patrimonial.

El vocablo "compensación", en su acepción estricta alude a una "igualación en sentido opuesto", a igualar en sentido opuesto el efecto de una cosa con el de otra. Y es evidente que el daño moral no puede igualarse con una suma de dinero. De donde tampoco cabría esa expresión; aunque ella es usada en sentido lato.

Nosotros consideramos que el numerario que recibe el ofendido y/o víctima tiene una función de satisfacción que repare el sufrimiento; no se pretende de ninguna manera incrementar el patrimonio del pasivo y empobrecer al activo de manera tal que se provoque un estado injusto; ni menos aún dar cabida al egocentrismo, ni a las vanalidades que el mundo actual nos enseña como medios para obtener felicidad.

Lo pretendido es que a través de placeres compensatorios, como lo veremos más adelante, quede satisfecho el daño aminorándolo.

No dejamos de lado la importancia del contexto social, cultural y económico que tenemos los mexicanos, puede parecer inmoral para algunos, carente de fundamento para otros; por ello, los ofendidos y/o víctimas podrán, en su caso, renunciar al monto en su favor y éste pasará al Estado. Empero, también, encontraremos a quienes estén en su favor, quienes vean positivamente esta instrumentación, y en nuestra opinión se verá hasta que sea una práctica común en nuestro derecho penal.

La idea y el afán no es otro que destacar que no hay compensación, ni resarcimiento sino satisfacción reparadora.

El mismo pensamiento se exterioriza diciendo que el daño moral no se borra, ni desaparece, por la obra del dinero; que la finalidad es otra, muy diferente: permitir algunas satisfacciones que, en cierta medida,

restablezcan o desagravien al ofendido. Al tener esas satisfacciones se verá distraído del daño que se le causó supliéndolo con lo que se obtenga a manera de satisfactor, es como aplicar un bálsamo a una herida, es evidente que sigue existiendo la lesión pero también es seguro que son mucho más soportable los dolores que provoca.

La reparación del daño moral es una solución propia del derecho. No es solución natural ni exacta, pero tiene la pretensión, propia de la ley, de aproximarse a lo justo y equitativo.

2.1. CONSIDERACIONES EN RELACION A LA CUANTIFICACION

En lo tocante a la cuantificación de daño moral el criterio central que debe presidir la investigación a este respecto; es el que se funda en la ratio del daño moral y que alude a la intensidad del "sufrimiento" padecido; nos enfrentamos a un sinnúmero de consideraciones direccionadas en todos los sentido, destacándose las siguientes:

Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial: La proporcionalidad entre el daño patrimonial y el daño moral no tiene por qué vincularse en lo que hace a la consideración de su cuantía, pues no es complementario ni accesorio. Tiene condición autónoma y vigencia propia que asiente en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones destruidas.

Otra de las razones por la cual no debe vincularse al daño moral y al material es por la pretensión de "comparar" lo material y lo moral; de apreciar uno con relación al otro, con desconocimiento de sus respectivas autonomías, se ha declarado: "No es razonable el criterio según el cual el monto de la reparación del daño moral debe guardar una relación proporcional con los daños materiales, ya que en algunos casos resultaría exorbitante, y en cambio pueden darse casos en que el daño moral sea el principal o el único originado"⁶².

⁶² Idem. p. 219.

La proporcionalidad entre el daño patrimonial y el daño moral: el daño moral no tiene por qué tener vinculación con el daño material, en lo que hace a la consideración de su cuantía, pues no es complementario ni accesorio. Tiene condición autónoma y vigencia propia que asiente en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones destruidas.

b) Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta.

Este criterio, se acomoda a la naturaleza de nuestra figura: por tratarse de la aplicación de una pena, se explica por qué la cuantía ha de medirse prestando atención al grado de culpabilidad, de reprochabilidad del obrar de la gente, y a la intensidad del daño moral causado. Su importancia radica en que ante un sufrimiento padecido notoriamente mayor al común, el Juez podría aumentar en un tanto proporcional a favor de la víctima, el monto a cubrirse por concepto de reparación de daño moral.

Si bien es cierto que no todos los individuos tenemos la misma forma de sentir, y de padecer una conducta dañosa en nuestra persona, y más aún cuando se trata de la parte subjetiva que nos conforma, también lo es que necesitamos regirnos bajo puntos medios, por mínimos y máximos. Empero, habrá situaciones donde encontramos daños morales evidentemente superiores a los que se nos presentan comúnmente, es por ello, que nos parece justo dar al Juzgador la posibilidad de que en estos casos, pueda aumentar -con un límite establecido- el monto a condenar.

Parte, como lo destaca la doctrina, de la consideración de que dentro de las circunstancias del caso, necesarias en su apreciación para un juicio equitativo, seguramente se encuentra la culpa del reo.

En nuestra opinión la gravedad de la falta -que, por ejemplo, en materia de lesiones no significa la gravedad de la lesión causada sino del hecho productor, por ser un hecho querido o sólo producto del descuido o del abandono- debe siempre, tenerse en cuenta. Integra las circunstancias del caso, que la equidad exige considerar.

c) Determinación con base en un criterio subjetivo.

El reconocimiento del daño moral y de su reparación tiene que ver con la conciencia social media de un pueblo. Es verdad, asimismo, que el daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio -en una comunidad y en un tiempo-, son productoras o causantes de sufrimiento. Y todo ello con un criterio objetivo.

Empero, la aplicación de los estándares de la "intensidad del justo dolor en el hombre medio", no deben conducir, en nuestro parecer, a dejar de lado la indagación acerca de "la repercusión subjetiva" respecto, como ya se dijo, de casos excepcionales que a criterio del Juez se haya producido un daño moral mucho mayor al común.

"Santos Briz, partidario de atender a esta cuestión, expresa que para determinar la cuantía de la indemnización por daño puramente moral, han de tenerse en cuenta las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el hecho dañoso en concreto; así como la

situación económica del dañador para no ser tratado con injusta dureza, así si su situación patrimonial es mala, esto no debe conducir a la desaparición de su obligación, tendrá más o menos importancia según el motivo u ocasión del hecho dañoso en especial según el grado de culpa”⁴¹.

Determinación atendiendo a los placeres compensatorios.

Se trata no de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de tarifar en metálico los sufrimientos morales, sino de procurar al ofendido y/o víctima otros goces que sustituyen el perdido.

Y la suma de dinero entregado como reparación debe ser suficiente para lograr esos goces, que no apuntan, por lo común a darse placeres superfluos o de lujo, sino a cubrir necesidades primarias o sentidas como urgentes.

Por otro lado, existen opiniones que sustentan que el daño moral no se puede establecer a partir de un dictamen pericial debido a que se trata de una cuestión subjetiva,

⁴¹ Idem. p. 222-223.

se determina tomando en consideración la capacidad económica del acusado y las condiciones materiales de la víctima; no estamos de acuerdo en lo antes citado, porque si bien es cierto no se pretende que los dictámenes sean la base para la cuantificación del daño moral no podemos excluirlos del cúmulo de probanzas que ayudarán a su acreditación; como ya lo hemos mencionado, la prueba pericial en el derecho mexicano es una herramienta que ayudará al Juzgador, ilustrándolo y recreando hechos que las diferentes especialidades esclarecen ante sus ojos así pues, existe la libre apreciación de los mismos que deberán tener elementos de prueba que robustezcan su contenido es decir el cúmulo de indicios que hagan posible la existencia de la presunción y en consecuencia la acreditación en el caso concreto de la reparación del daño moral.

2.2. PENA

Es necesario, ahora, entrar al estudio de la pena; para ubicar en ese contexto a la reparación del daño moral; considerada como pena pública en el derecho mexicano.

"La pena es el mal que el Juez penal inflinge al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor. Dos caracteres esenciales forman, pues, el concepto de pena: 1. Es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente; y 2. Es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto y del autor. En el primer carácter reside el efecto preventivo-especial de la pena; en el segundo, el efecto preventivo-general"⁴⁴.

En atención a lo anterior la pena se caracteriza por hacer pasar al delincuente por un sistema represivo como consecuencia de la conducta que despliega el delincuente y la consecuencia provocada por ésta; así pues, deberá sufrir en su persona la actividad del Estado a favor de la represión del delito aunada a la pretensión de la pena para lograr aquella persona que la sufre, no vuelva a cometerla.

⁴⁴ Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. T. III, 4ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1999, p. 197.

Claus Roxin respecto del problema de la necesidad de la pena manifiesta que: "la imposición de una pena sólo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insostenible la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales"⁶⁵.

La corriente apoyada por este autor pretende eliminar la mayor cantidad de penas posibles y más aun aquellas que no tengan un impacto trascendental en el cumplimiento de su objetivo, es decir, solo se acepta la imposición de penas a aquellas conductas de gran magnitud.

Ahora bien, las penas se clasifican en principales y accesorias; a las primeras corresponde la pena privativa de libertad y la multa y a las segundas la reparación del daño.

Si bien es cierto que la reparación del daño tanto material como moral es autónoma, también lo es que para

⁶⁵ Roxin, Claus. *Iniciación al derecho Penal de hoy* 1ª edición, Editorial Reus, Sevilla, 1961, p.32.

el caso de la imposición de la pena la consideramos accesoria, toda vez que derivada de la existencia de la principal, es decir, a un sujeto se le condena a pena privativa de libertad por 4 años por la comisión del delito de ABUSO SEXUAL; se podrá condenar a su vez al pago de la reparación del daño material y moral en su caso, si y solo si resulta condenado de manera primaria por la comisión del delito.

En el supuesto anterior la reparación del daño cobra vida siempre y cuando al sujeto se le haya encontrado culpable de la comisión de un delito, si no, quedaría sin materia la condena de la reparación del daño en virtud de no poder reprocharle su actuar a una persona determinada.

En el derecho mexicano la reparación del daño está considerada como pena pública de acuerdo al artículo 34 del Código penal para el Distrito Federal, misma que se exigirá de oficio por el Ministerio Público.

Vemos claramente la intención del legislador de la protección de los derechos de la víctima al elevar la reparación del daño a pena pública, y considerando el

Ministerio Público representante de los derechos de la sociedad como ente legitimado para su persecución; insistimos entonces, en la importancia de su instrumentación, toda vez que ninguna autoridad puede pasar por alto la importancia del detrimento causado a la víctima por el delincuente.

2.2.1. SANCION PECUNIARIA

La sanción pecuniaria es una pena prevista por la ley que transforma en dinero; tiene la finalidad al igual que cualquier pena de hacer sentir en el activo un detrimento en este caso, en su patrimonio como consecuencia de su conducta desplegada; cumpliendo también con el efecto represivo y preventivo característico.

Así vemos que el artículo 29 del Código penal para el Distrito federal la contempla como: "La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica".

Proponemos que el monto del daño moral esté previsto como una sanción pecuniaria comprendido con relación a la

multa y no así al monto del daño material por el que se pudiera condenar, esto aunado a que no todos los delitos causan un detrimento patrimonial en el pasivo, es decir, están carentes de resultado material lo que no es obvio para la inexistencia de un daño moral causado; asimismo es necesario alejar lo más posible a la reparación del daño moral del material, a través de la aceptación que ha ido teniendo en el derecho comparado como se ha referido en capítulos anteriores, encontramos la gran controversia que existe en relación con ello.

2.2.2. MULTA

Entraremos al estudio de la multa, como punto para concluir lo que se refiere a la cuantificación del daño moral, como se ha propuesto a través de imponer "piso" y "techo" facilitando la tarea del Juzgador y regulándola para hacer posible su aplicación, en primer término analizaremos el marco conceptual.

"La multa es una sanción pecuniaria. El término designa tanto la obligación de pagar una determinada cantidad como la conducta o prestación obligatoria, el

pago o la cantidad cuyo pago o entrega es obligatorio. Su naturaleza jurídica puede ser la de sanción administrativa, pena o medida de seguridad".⁶⁶

Dentro de las penas permitidas en México encontramos la sanción pecuniaria; comprende la multa que se entiende como: "el pago de una suma de dinero al Estado que se fijará por días de multa, los cuales, no podrán exceder de quinientos, salvo en los casos que la ley señale y mismo que no será mayor al ingreso diario de la persona sancionada"⁶⁷.

Como antecedente encontramos en el derecho alemán a la multa privada como medio indemnizatorio a favor de la víctima de acuerdo a los siguientes principios: "La imposición de la multa privada está subordinada a la instancia del ofendido; la imposición de la multa privada excluye la posibilidad de interponer toda otra acción indemnizadora, los condenados a multa privada son responsables solidariamente; no debe ser impuesta la

⁶⁶ *Diccionario Jurídico*. 3ª edición, Madrid, Espasa, 1991, p. 657.

⁶⁷ Del Castillo del Valle, Alberto. *Garantías individuales y aparato en materia penal*. 3ª edición, Editorial Duero, México, 1992, p. 90.

multa privada por una suma mayor que la que se reclamó; la acción que compete al ofendido no puede ser entablada ni continuada por sus herederos".⁶⁶

Por lo que se refiere a nuestro derecho, el artículo 29 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal a la letra dice:

"La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fija por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos".

"Para los efectos de este Código, el límite interior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario

⁶⁶ Von Liszt, Franz. Op. Cit. p. 278.

mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación".

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

"Cada jornada de trabajo saldrá un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos".

"Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo".

"En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado a favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que

el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión".

"Tratándose de los delitos contemplados en el título décimo de este Código, cuando como consecuencia del acto u omisión se obtenga un lucro o se cause daños y perjuicios se aplicará la sanción económica que consistirá en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados".

"Para los efectos de este Código se entiende por salario mínimo el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal".

Ante esto, nosotros proponemos que el monto de la reparación del daño moral como finalidad satisfactoria, y en su naturaleza de pena pública y accesoria tenga como parámetro la sanción pecuniaria en forma de multa, es decir, necesariamente deberá transformarse el sufrimiento padecido en numerario. La multa nos ofrece rangos factibles de aplicación para cuantificar el daño moral.

La reparación del daño material ha sido vinculada con el moral, llamándole a esta última el "dinero del dolor", por ello, algunas legislaciones ponen piso a la condena que por el daño moral se haga; evidentemente desde nuestra tribuna consideramos al daño moral autónomo, es el motivo por el cual queremos dar especial énfasis en sus diferencias y desvincularlo al daño material como se ha expuesto a lo largo de ésta investigación.

Ambas derivan del mismo hecho delictivo y sus consecuencias son diametralmente opuestas.

La reparación del daño material busca la restitución y la reparación del daño moral una satisfacción por el sufrimiento padecido, los daños materiales tienen la posibilidad de repararse al cien por ciento en objetos materiales de la misma especie o bien su equivalente en numerario.

La forma en que el Juez aplica las sanciones previstas por la ley conforme a lo establecido por el artículo 51 del Código penal para el Distrito Federal que a la letra dice: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, a sanción privativa de libertas cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial..."

Asimismo aplicará las penas de cuerdo al artículo 52 del mismo ordenamiento, refiriendo que:

"El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados por cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta":

"I La magnitud del daño causado al bien jurídico o el peligro a que hubiere sido expuesto;

II La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III Las circunstancias de tiempo, modo y ocasión del hecho realizado;

IV La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".

Se advierte de la lectura de los anteriores dispositivos legales, que el Juez debe tomar en consideración aspectos de índole subjetivo como lo son

las costumbres, para poder fijar una pena, así pues, consideramos que en ese orden de ideas podrá también tomarlos en cuenta para fijar el monto a condenar por el daño moral sufrido.

Se desprende de lo manifestado en relación con el mínimo y máximo para la imposición del monto a reparar que el Juzgador tendrá un margen de discrecionalidad, que mejor que esta discrecionalidad esté regulada por el contenido del dispositivo citado, así se observa la prudencia judicial en toda su expresión.

Hemos recordado una y otra vez que el reconocimiento del daño moral y de su reparación tiene que ver con la conciencia social media de un pueblo. Es verdad, que el daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio -en una comunidad y en un tiempo-, son productoras o causantes de sufrimiento. Y todo ello con un criterio objetivo.

Empero, la aplicación de los estándares de la "intensidad del justo dolor en el hombre medio", no deben conducir, en nuestro parecer, a dejar de lado la

indagación acerca de "la repercusión subjetiva en cada persona; vale decir, el criterio subjetivo de evaluación, pero sólo en función del artículo 52 del multicitado ordenamiento y en consecuencia para la aplicación de la hipótesis en que la autoridad judicial considere un daño moral mayor.

"Santos Briz, partidario de atender a esta cuestión, expresa que para determinar la cuantía de la indemnización por daño puramente moral, han de tenerse en cuenta las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el hecho dañoso en concreto; así como la situación económica del dañador para no ser tratado con injusta dureza, así si su situación patrimonial es mala, esto no debe conducir a la desaparición de su obligación, tendrá más o menos importancia según el motivo u ocasión del hecho dañoso en especial según el grado de culpa (participación)"⁶⁹.

Es de destacarse que el Juzgador por equidad y parcialidad también tomará en consideración todos los

⁶⁹ Mosset Iturraspe, Jorge. Ob. Cit. p. 222.

aspectos que contempla el artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal, aunado a que la multa se fija con relación a la percepción económica del activo, conforme al artículo 29 del ordenamiento antes citado.

Por lo antes expuesto proponemos que el texto del Código Penal para el Distrito Federal quede como sigue:

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

El monto mínimo de la indemnización por daño moral será de cinco tantos del mínimo legal de multa aplicable por el delito que se trate.

El monto máximo de indemnización por daño moral será de dos tantos del máximo legal que corresponda a la multa aplicable al delito. A menos que en atención a la situación económica del obligado, junto con un grado máximo de lesión moral o cercano a éste; u otras circunstancias del caso, racionalmente motivadas; el juzgador estime adecuado imponer una indemnización mayor. En cuyo

caso, podrá incrementar el monto que fije hasta un tercio más.

Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos culposos, el Ejecutivo local 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.

2.3 SENTENCIA

Estudiaremos de nueva cuenta la sentencia en virtud de que haberse realizado las consideraciones generales respecto al daño moral, lo insertaremos en la resolución que pondrá fin con la propuesta hecha, viéndola plasmada en una sentencia de carácter judicial y su consiguiente materialización a través del procedimiento económico-coactivo.

La sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional; por medio del cual se refleja un acto de la autoridad que señala la consecuencia para el caso concreto sometido a su conocimiento, el juez quien a

través de la facultad *judicium* (facultad de dictar sentencia), conoce los hechos y determina el alcance de una condición jurídica con una consecuencia jurídica, declarando así la vigencia de la norma legal.

La doctrina jurídica tradicional señala a la sentencia como el proceso intelectual que a través de un silogismo constituido por una premisa mayor la norma jurídica abstracta, una premisa menor (el hecho real), da como resultado una conclusión (la parte dispositiva de la sentencia).

La doctrina contemporánea critica la concepción silogística tradicional, sosteniendo que además del proceso intelectual existe un proceso de carácter volitivo que se efectúa en varios momentos, cuando el Juez elige la premisa mayor al realizar un juicio crítico entre la cuestión del hecho y de las normas de derecho, al valorar las pruebas que se le presentan durante el proceso y al aplicar el sentido de justicia que posee, por lo que la sentencia termina con actos de autoridad y no únicamente con un juicio lógico. El jurista Alcalá Zamora y Castillo señala que la sentencia es la

"Declaración de voluntad del Juzgador acerca del problema de fondo controvertido y objeto del objeto del proceso"⁷⁰.

Habiendo reseñado en forma general qué es una sentencia, el estudio de la reparación del daño tanto material como moral forma parte de su cuerpo, en apartado especial donde el Juzgador plasmará críticamente los elementos de prueba existentes en la causa para acreditarlo, resolviendo la absolución o condena de tal rubro y especificando el monto en numerario que tendrá que pagar el sentenciado en caso de ser condenado, siendo éste el momento cumbre que tiene el Juzgador para en base a los elementos de prueba condene al pago de la reparación del daño moral conforme a lo expuesto en la presente investigación.

2.3.1. EJECUCION DE SENTENCIA

La ejecución de la sentencia nos llevará a dar vida a la reparación del daño moral, el cabal cumplimiento del espíritu de la norma, viéndose coronados los esfuerzos

⁷⁰ Alcalá Zamora, Niceto. *Derecho procesal penal*, 1ª edición, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945, p. 237.

para obtener a favor de la víctima una cantidad en numerario como satisfacción al sufrimiento padecido.

Habiéndose dictado una sentencia en la que se condena al pago de la reparación del daño moral se procede a su ejecución a través del procedimiento administrativo denominado económico-coactivo que será la vía para hacer efectivo el pago a que se ha condenado al sentenciado, que a continuación analizaremos.

2.3.2. PROCEDIMIENTO ECONOMICO-COACTIVO

En septiembre de 1993 se reformó por adición el artículo 20 Constitucional para consagrar como derecho de la víctima o el ofendido por algún delito a la reparación del daño proveniente de una conducta y para garantizarla; en noviembre del mismo año se propuso reformar los artículos 32, 34, 35 y 37 del Código Penal, reformas que fueron publicadas el 10 de enero de 1994, en las que se establece que la reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecha por el sentenciado tiene carácter de pena pública, y para su cumplimiento corresponde exigirla al Ministerio Público y ejecutarla a

la autoridad administrativa a través del procedimiento económico-coactivo.

Cuando se esté en la posibilidad de que el objeto obtenido por el delito sea posible regresarlo al ofendido, el Juez podrá y tendrá a su alcance los medios de apremio para hacer cumplir su determinación sin que con ello contravenga lo dispuesto en los artículos 29, 34 y 37 del Código Penal Federal en los que se regula la aplicación del procedimiento económico-coactivo que aparece en el Código Fiscal de la Federación como procedimiento administrativo de ejecución.

Una vez que la sentencia en la que se condena a la reparación del daño cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y ésta dentro de los tres días siguientes a la recepción iniciará el procedimiento económico-coactivo, notificando de ella a la persona en cuyo favor se haya decretado o a su representante legal, este procedimiento va dirigido únicamente a hacer efectiva la reparación del daño, la autoridad fiscal no podrá conocer de cuestiones relativas

al proceso penal, no se podrá discutir nuevamente en la relación a la cuantía de la indemnización, porque el sentenciado estuvo en aptitud de ejercer en su oportunidad, defensa para rebatir o desvirtuar su procedencia; el condenado por el Juez Penal únicamente podrá atacar el procedimiento por vicios propios y no por cuestiones ya ventiladas en la justicia penal.

Cuando se haya obtenido la libertad caucional a través de una fianza se podrá llevar a cabo el procedimiento económico-coactivo, contra la afianzadora, debido a que la fianza otorgada en el proceso penal no constituye un contrato entre particulares, sino un compromiso de garantía contraído entre la autoridad judicial, por lo que está sujeta a la aplicación del medio administrativo conducente a obtener el pago de su obligación, el cual se encuentra comprendido en los artículos 95, 95 bis y 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianza.

El procedimiento en cita, no siempre es de sencilla tramitación; la víctima pasará por numeroso papeleos y sobre todo una lucha frente al tiempo, que si tomamos en consideración la situación económica de nuestro país, los

índices inflacionarios y la constante devaluación de nuestra moneda, nos enfrentamos a una realidad poco alentadora. Aquella cantidad lograda a favor del pasivo puede no constituir el mismo valor; es decir, su naturaleza de satisfacción del sufrimiento padecido en su traducción a numerario se puede convertir en una cantidad hasta risible, y que no cumplirá con la función con que se creó.

La solución ante ello es crear mecanismos de simplificación administrativa lo suficientemente eficaces para su rápida y sencilla tramitación.

3. MEDIO DE IMPUGNACION

De conformidad con el artículo 23 Constitucional, son tres las instancias en un juicio penal a saber: la tramitación ante el juez de lo penal es la primera instancia, en tanto el recurso de apelación ante la Sala correspondiente será la segunda instancia y el juicio de amparo la tercera. Constituyendo este último un juicio independiente toda vez que es una controversia jurídica diversa a la que se ventila ante los Organos Judiciales

ordinarios al dirimirse la Constitucionalidad de un acto de autoridad.

Al dictar la sentencia el a quo, las partes en el proceso penal tendrán derecho a interponer el recurso de apelación, inconformándose por la resolución dictada; en esos términos será la Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que corresponda la que resolverá tal controversia, confirmando, revocando o modificando la resolución impugnada.

En lo que se refiere al daño moral, será el Ministerio Público de la adscripción quien hará valer los derechos de la víctima buscando su reparación; en caso de no lograrlo, se habrá cumplido con el principio de definitividad que el juicio de amparo requiere para su tramitación.

Al no encontrarse satisfechos los derechos del ofendido y/o víctima en la segunda instancias, el Ministerio Público no podrá interponer juicio de garantías por la ausencia de agravio personal y directo, pero el ofendido

y/o víctima podrá acudir a tal juicio Constitucional como quejoso.

Por esta razón entraremos al estudio del juicio de amparo como instancia que servirá para hacer valer la reparación del daño moral a quien fue causada.

3.1 AMPARO

El amparo tiene su fundamento en los artículos 103 y 107 de nuestra Carta Magna, ha sido considerado como el medio eficaz para proteger al hombre en el goce y disfrute de los derechos y declaraciones que consagre la Constitución.

El medio jurídico consagrado por la Constitución en virtud del cual se protegen los derechos de los gobernados frente al Estado y sus autoridades, obligando a éstos a respetar, tales derechos son las garantías individuales.

"El titular de las garantías individuales en materia penal es el individuo o persona física tan solo, pues

es el único sujeto de derecho al que se puede afectar en uno de los bienes jurídicos tutelados por estas garantías, o sea, en su vida, en su libertad locomotora y/o en su integridad física y moral. Las demás clases de gobernados no tienen, ni por error, la titularidad de estas garantías (en materia penal), por no ser susceptibles de gozar de los derechos protegido por las mismas".⁷¹

Recordemos que uno de los requisitos de procedibilidad del amparo es el agravio personal y directo causado al quejoso, en ese orden de ideas nos enfrentamos a que el Ministerio Público, representante social, concluye una vez que cause ejecutoria la sentencia, es decir, cuando se cumple el principio de definitividad que el juicio de amparo pide para su procedencia; así que no podrá el Ministerio Público hacer suyo el agravio, será el ofendido y/o víctima los que tendrán derecho a solicitar el amparo y protección de la justicia de la unión constituyéndose como quejosos, acreditando el agravio personal y directo que les ha causado no obtener la condena al sentenciado de la reparación del daño moral en

⁷¹ Del Castillo del Valle, Alberto. Ob Cit., p. 22.

consecuencia ver satisfecho a través del pago, el sufrimiento padecido.

Dictada la sentencia la víctima del delito o el ofendido podrá acudir al juicio de amparo únicamente cuando se vea afectado en cuanto a lo señalado en el capítulo de reparación del daño y no así en cuanto a la responsabilidad penal del sentenciado; el artículo 10 de la Ley de Amparo limita tal derecho a los actos que emanen del incidente de responsabilidad civil o de reparación del daño, y a los surgidos del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectados a la indicada reparación o a la responsabilidad civil, por otro lado el artículo 50, fracción III, inciso b), de la Ley de Amparo reconoce el carácter de parte a la víctima o a las personas que conforme a la ley tengan el derecho a la reparación del daño.

El juicio de amparo como recurso extraordinario deberá ser promovido en tiempo y forma ante la autoridad federal encargada de vigilar el respeto a los derechos del

governado frente al Estado, lo anterior de conformidad con el artículo 21 de la Ley de amparo; debido a que el acto que se va a reclamar se trata de una sentencia definitiva que ha sido considerada por el quejoso carente de legalidad, cuenta con 15 días para interponerlo, siendo competente el Tribunal Colegiado de Circuito ante quien se demuestra la inconstitucionalidad de la misma.

Para acreditar la existencia de tal daño, en el proceso se aportan pruebas dirigidas a demostrar la procedencia de la reparación del daño, pruebas que cumplen con los requisitos establecidos por la ley para obtener valor probatorio y que en ningún momento fueron contravenidas con otras, en ambas causas se finalizó con una sentencia que soslayó el derecho del ofendido a la reparación del daño. Por lo que al solicitarse el amparo de la justicia federal, señalando la violación de los artículos constitucionales 14, 16, 20 último párrafo, así como los numerarios 29 y 30 fracción II y III, 30 bis, 31, 32, 34 y 39 del Código Penal para el Distrito Federal, artículos que en su conjunto establecen que todo acto de autoridad debe estar apoyado en el principio de legalidad y para privar a alguien de sus derechos será mediante juicio

seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y que en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, la cual comprende entre otras cosas la indemnización del daño material y moral así como la indemnización de los perjuicios causados.

Es destacable lo señalado por Alberto del Castillo del Valle en relación al bien jurídico protegido por el artículo 22 Constitucional, al prohibir la imposición de ciertas penas (mutilación, azotes, marcas y el tormento de cualquier especie es la integridad física y moral del individuo, evitándose así que éstas sean degradadas, agredidas o afectadas y que la aplicación de estas penas tengan una consumación y efectos psicológicos (y físicos muchas veces) irreparables. Por lo anterior "se ha preocupado el legislador por proteger y salvaguardar la integridad física y moral de los individuos, por lo cual

ha expedido la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura".⁷²

Se evidencia la iniciativa por legislar a favor de los derechos del hombre, para su protección en su integridad física y moral; por lo tanto, es justo, en nuestra opinión, que tales derechos se amplíen a la víctima y ofendido, puestos que presentan padecimientos morales al ser pasivos de conductas castigadas por el derecho; así por ejemplo, aquel que sufre una lesión prevista en el artículo 290 (Hipótesis de cicatriz perpetuamente notable en cara) y de acuerdo al espíritu del legislador que aquellas penas infamantes y prohibidas por la ley como serían las marcas pueden causar en el sentenciado un daño psicológico, es obvio que también debe protegerse a la víctima por las mismas razones.

El derecho es creado por el hombre para el hombre, así que la protección de la persona en su integridad moral debe salvaguardarse de manera prioritaria por el derecho en general y muy especialmente en lo que se refiere a

⁷² Ibid. p. 92-93.

daño moral causado a los ofendidos y/o víctimas de un delito.

.

CONCLUSIONES GENERALES

- A) Los antecedentes del daño los encontramos en el derecho antiguo que era exclusivamente penal en virtud de la aplicación de sanciones, derivando de ellas la sanción civil. Desde la venganza privada, pública, la Ley del Talión, el derecho romano hasta el México independiente con sus distintas Constituciones, observamos la existencia del daño proveniente del delito y en agravio de las víctimas y ofendidos; contemplada en la actualidad en el artículo 20 inciso B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- B) La naturaleza jurídica de la reparación del daño está elevada a pena pública, de acuerdo al artículo 34 del Código Penal para el Distrito Federal, la cual deberá ser ejercitada por medio de una acción pública que se exigirá de oficio por el Ministerio Público tramitándose en forma directa dentro del proceso penal y nos señala que la jurisdicción penal es el medio idóneo para

hacerla efectiva, adquiriendo el carácter público al imponerla la autoridad judicial en virtud de formar parte de la sanción.

C) El Código Penal para el Distrito Federal contempla la reparación del daño material, moral y los perjuicios ocasionados por el delito. La reparación del daño material se caracteriza por ser tangible, de sencilla cuantificación por lo que se puede restituir la cosa o bien su equivalente en dinero; no así el daño moral en virtud de ser incorporeo, lo que dificulta tanto acreditarlo como cuantificarlo. Por lo que hace al daño moral y a los perjuicios ocasionados no encontramos en el Código Penal para el Distrito Federal definición que nos ayude a saber qué debemos entender por ellos.

D) La reparación del daño se hace valer durante el proceso penal en el que se aportan pruebas por parte del Ministerio Público o bien de la víctima u ofendido a efecto de acreditarlo; su decisión se efectúa en la resolución final que le corresponde al Organismo Jurisdiccional, como lo es la Sentencia, esto es con lo

que concluye la litis ante él planteada, dando fin a la instancia.

E) El artículo 14 Constitucional señala que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata, es decir, la exacta aplicación de la ley penal; por lo anterior es que encontramos indispensable que se incluya en el Código Penal para el Distrito Federal la definición de daño moral.

F) En el mismo orden de ideas, observamos que no existe instrumentación para su cuantificación, por lo que se sugiere un tope de mínimo y máximo con relación a la multa que para cada delito esté prevista en el Código en comento, previo desahogo durante el proceso penal de los elementos de prueba que acrediten su existencia; mismos que serán valorados por el Juzgador al momento de emitir la sentencia.

El daño moral, su existencia y su cuantificación deberán evolucionar a la luz del derecho penal reflejado

por las necesidades sociales; si bien no se tiene por agotado el tema en esta investigación, se concluye que existe la afectación moral hacia la víctima u ofendido causándoseles un daño que proviene del delito, en consecuencia se busca que la legislación penal para el Distrito Federal contemple en qué consiste aquél daño y la forma de cuantificarlo para que al momento en que se haga efectivo durante el proceso penal, el Ministerio Público o su coadyuvante puedan ofrecer las pruebas conducentes a acreditarlo, asimismo el Juzgador contará con los parámetros señalados en la ley a efecto de cuantificarlo estando en posibilidades de hacerlo exigible una vez dictada la sentencia.

PROPUESTAS PERSONALES

PRIMERA. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Penal para el Distrito Federal contemplan la reparación del daño moral proveniente del delito, en favor de las víctimas y ofendidos; pero se advierte su improcedencia toda vez por un lado no sabemos qué entender por daño moral y por otro no se encuentra instrumentado para hacer posible su cuantificación. Por lo que deben reformarse los artículos 30 y 31 del Código Penal en comento para que la reparación del daño moral tenga plena vigencia.

SEGUNDA. En el mismo orden de ideas observamos el empleo indistinto de los términos: víctima y ofendido; por lo que proponemos adicionar estos conceptos al artículo 30 bis de la legislación penal en comento.

TERCERA. Proponemos que el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal se le integre la definición de daño moral para quedar como sigue:

Artículo 30. La reparación del daño comprende:

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

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y 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.

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

Se entenderá por daño moral el sufrimiento que el delito origine a una persona; ya sea en sus sentimientos; afectos; creencias; decoro; honor; reputación; vida privada; configuración o aspecto físico; así como el padecimiento mental de

cualquier clase que requiera asistencia o terapia psicológica o psiquiátrica.

CUARTA. Adición al artículo 30 bis las siguientes definiciones de víctima y ofendido:

Artículo 30-Bis. Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

La víctima o el ofendido; y

En caso de fallecimiento del ofendido, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes.

Para los efectos de este artículo:

Se considerará ofendido, solo a la persona física o moral, privada o pública, que en forma directa resienta el daño que el delito cause, por cualesquiera de los conceptos a que se refiere este capítulo.

Se consideran víctimas, en orden de prelación:

1) quienes dependían económicamente del ofendido. Junto con quienes tengan derecho a alimentos

conforme a la ley, concurriendo con derechos iguales. 2) los herederos. 3) quienes dependían económicamente del inculpado cuando cometió el delito.

QUINTA. Que la cuantificación del daño moral se contemple de la siguiente forma:

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

El monto mínimo de la indemnización por daño moral será de cinco tantos del mínimo legal de multa aplicable por el delito que se trate.

El monto máximo de indemnización por daño moral será de dos tantos del máximo legal que corresponda a la multa aplicable al delito. A menos que en atención a la situación económica del obligado, junto con un grado máximo de lesión moral o cercano a este; u otras circunstancias del caso, racionalmente motivadas; el juzgador estime adecuado imponer una indemnización mayor. En cuyo caso, podrá incrementar el monto que fije hasta un tercio más.

Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos culposos, el Ejecutivo local 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.

BIBLIOGRAFIA

1. Alcalá Zamora Y Castillo. *Derecho procesal penal*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1945.
2. Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
3. Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*, 4ª edición, Editorial Harla, México, 1984.
4. Borja Soriano, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 1956.
5. Bravo González. *Compendio de derecho romano*, 6ª edición, Editorial Pax, México, 1996.
6. Del Castillo del Valle, Alberto. *Garantías individuales y amparo en materia penal*. 3ª edición, Editorial Duero, México, 1992.
7. Delgado Moya, Rubén. *Antología Jurídica Mexicana*, 2ª edición, Editorial Atento, México, 1993.
8. De Pina, Rafael. *Diccionario de derecho*, 21ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979.
9. Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y términos usuales en el Proceso Penal*, 2 Vol. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

10. *Diccionario Jurídico*. 3ª edición, Editorial Espasa, Madrid, 1991.

11. Florian, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo I, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

12. Florian, Eugenio. *De las Pruebas Penales*. Tomo II, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1990.

13. Fernández Pérez, *Elementos Básicos del derecho penal*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

14. García Ramírez, Sergio y Adato Ibarra, Victoria. *Prontuario del proceso Penal Mexicano*. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

15. Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 8ª edición, Editorial Harla, México, 1990.

16. González Blanco, *El procedimiento penal*, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

17. González Bustamante, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*. 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

18. Gutiérrez Hernández, José Luis. *Responsabilidad Civil*, Tesis Profesional, Facultad de Derecho, México, UNAM, 1952.

19. Iglesias, Juan. *Derecho Romano Historia e Instituciones*. 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, p.418.

20. Jiménez De Azúa, Luis. *Tratado de derecho penal T. I.* 1ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1956.
21. López Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito.* 8ª edición. Editorial Porrúa, México, 2000.
22. López Cueva, Jorge. *La reparación del daño en el delito.* 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1975.
23. Margadant Floris, Guillermo. *La segunda vida del Derecho Romano,* 1ª edición Editorial Esfinge, México, 1974.
24. Mendieta, Fray Jerónimo de. *Historia Eclesiástica Indiana,* 1ª edición, Editorial UNAM, México, 1945.
25. Mendieta y Nuñez, Lucio. *El Derecho Precolonial.* 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1976.
26. Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños.* 1ª edición, Editorial Rubinzal Culzone, Argentina, 1999.
27. Pérez Galas, Juan de Dios. *Derecho y Organización Social de los Mayas.* 1ª edición, Editorial Gobierno Constitucional del Estado de Campeche, México, 1943.
28. Ochoa Olvera, Salvador. *La demanda por daño moral.* 2ª edición, Editorial Montealto, México, 1999.
29. Ordoñez Santana, Carlos M. *Manual de Derecho Procesal Penal,* 3ª edición, Editorial Limusa, México, 1990.

30. Ortiz Urquidi, Raúl. *Derecho civil*. 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1977.
31. Quiróz Cuarón, Alfonso. *Medicina Forense*. 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985.
32. Rivera Silva, Manuel. *El procedimiento penal*; 23ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
33. Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
34. San Martín, Hernán. *Salud y Enfermedad*. 4ª edición, Editorial La prensa Mexicana, México, 1984.
35. Tabera. *La definición de furtum en las etimologías*. 1ª edición, Editorial SDHI, México, 1942.
36. Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. T. III, 4ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1999.

LEGISLACION CONSULTADA

1. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Diario Oficial de la Federación, México, 14 de agosto de 1931.
2. Decreto por el que se reforma y adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Diario Oficial de la Federación, México, 13 de enero de 1984.

3. Decreto por el que se reforma y adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Diario Oficial de la Federación, México, 10 de enero de 1994.

4. Decreto por el que se reforma y adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal 17 de septiembre de 1999.

5. Constitución Política e los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 5 de febrero de 1917.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme vida y darle vida a los seres que amo. A mis padres, ejemplo de rectitud, honradez y amor. A mis hermanos y familia. Para los amigos con su inagotable comprensión y compañía en todos los momentos. A quienes con sus conocimientos me enseñaron el camino de esta fascinante profesión. A Alejandro por su amor. Especialmente dedicado a María Fernanda Estrella González.

En memoria de aquellas personas que han dejado éste mundo a consecuencia del delito.