



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

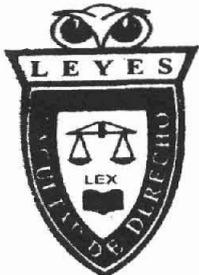
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**"LA REPARACION DEL DAÑO A LA LUZ DEL NUEVO
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL".**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FABIAN GARCIA MIRANDA**

ASESOR: MTRO. JOSE ANTONIO GRANADOS ATILACO



CD. UNIVERSITARIA, D. F.



2005

m 347579



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/137/SP/06/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **GARCÍA MIRANDA FABIÁN**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **MTRO. JOSÉ ANTONIO GRANADOS ATLACO**, la tesis profesional titulada "**LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho

El profesor **MTRO. JOSÉ ANTONIO GRANADOS ATLACO** en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

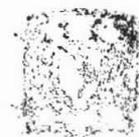
Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **GARCÍA MIRANDA FABIÁN**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÉ EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. a 29 de junio de 2005

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

A Dios por haberme enseñado el camino y acompañarme en el trayecto hasta cruzar la meta.

A mi alma mater Universidad Nacional Autónoma de México y a su Facultad de Derecho por todo cuanto soy.

Especial agradecimiento a quienes me dieron la vida: Eladio García Valdespino y Lilia Miranda Torres, quienes nunca perdieron la fe. Esto es para y por ustedes.

A mi esposa, compañera y amiga Alaine Segovia Oribio, gracias por insistir y por levantarme, por la paciencia de tus desvelos, por el amor y por tu consuelo; sólo tengo mi amor y mi admiración que espero basten en su inmensidad, para pagarte todo lo que vales.

A mi hija Aline Montserrat; siempre estuviste a mi lado, de tus sueños forjé mi voluntad y mi inspiración; gracias por entenderme. Te amo.

A mi hermano Dr. Jaime Eduardo García Miranda, tu ejemplo siempre ha sido la estrella que ilumina mi camino, gracias por confiar en mi.

Gracias a mis hermanas Angélica Magdalena y Ana Lilia, porque algún día logre ser cuando menos, la mitad de lo que piensan que soy.

A la memoria de mis tíos +Víctor Morales y +María Eugenia, así como a la de mi abuelo +Eladio García. Donde quiera que estén, la promesa ha sido cumplida.

Dedico esta tesis a todos y cada uno de los miembros que conforman las invaluable familias García, Miranda y Oribio, cuya mención individual sería tan prolija como el amor y la ayuda que me brindaron en alguna etapa de mi vida. A todos ustedes muchas gracias.

Son muchos los que transforman y pocos los que crean. Maestro José Antonio Granados Atlaco, gracias por crear abogados sin transformar a las personas; gracias por obsequiarme su tiempo, su paciencia pero sobre todo, su fe y su amistad.

Quiero darle las gracias al Licenciado José Díaz de León Cruz, ser humano extraordinario, ejemplo de la superación y de la experiencia sin canas. Hermano: gracias por tu invaluable aportación para la realización de este trabajo, por tu tiempo, tus consejos y por la entrañable amistad que nos une. ¡Dios te bendiga siempre!

Al Magistrado Mario Galindo Arizmendi por haberme brindado su conocimiento, amistad, libros y facilidades para cumplir este sueño. Señor, no lo decepcionaré.

Agradezco a la licenciada Bertha Alicia Suárez Barreto sus enseñanzas de trabajo y de vida, lo mismo que su tolerancia y apoyo incondicional en la elaboración de esta tesis.

Especial agradecimiento a los Licenciados Joel Reyes Martínez, Maurice Vignettes Marín, Javier Domínguez, Laura Olivia Sánchez y Guadalupe Muro Morales por su fe, amistad, instrucción y guía. Jefes muchísimas gracias.

Dedico este trabajo a mis hermanos Christian, Iván, Oscar y Aarón, cuyo estímulo fue decisivo para la conclusión del mismo.

Con la admiración y agradecimiento de siempre, al joven pero prominente jurista Edmundo Manuel Perusquia Cabañas, por acompañarme en este azaroso camino y por su invaluable ayuda.

A mis entrañables hermanos Alejandro Corzo, Luis Rodrigo Garro, Emmanuel Castillo y Juan Irala, gracias por ayudarme a levantar y mantener mi trinchera, llevo su alegría en mi corazón.

Quiero brindar este esfuerzo muy especialmente, a todos y cada unos de mis maestros, compañeros y amigos de la Facultad de Derecho y de las diferentes etapas de mi vida académica. Espero no defraudarlos.

Con especial cariño para mis jefes, compañeros y amigos del Poder Judicial de la Federación, Gracias por todas las experiencias que pasamos juntos.

ÍNDICE

	Página
Introducción	XI
CAPÍTULO I CONCEPTOS GENERALES	
1.1 El daño y su reparación	1
1.2 El delito	29
1.3 La víctima y el ofendido	59
1.4 Derechohabiente, dependiente económico y heredero	76
1.5 Pena y medida de seguridad	86
1.5.1 Sanción pecuniaria	116
1.5.2 Perjuicio	142
1.5.3 Indemnización	145
CAPÍTULO II ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MÉXICO	
2.1 Época precolombina	156
2.2 Época colonial	161
2.3 México independiente	164
2.3.1 Constitución de 1824	167
2.3.2 Constitución de 1857	170
2.3.3 Constitución de 1917	175
2.4 Código Penal Federal de 1871	188
2.5 Código Penal Federal de 1931	198
2.6 Código Penal para el Distrito Federal de 17 de septiembre de 1999	211
2.7 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal	216

CAPÍTULO III

SUJETOS EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1	De los acreedores	236
3.1.1	La víctima y el ofendido	238
3.1.2	Dependientes económicos, derechohabientes y herederos	254
3.2.	De los deudores	259
3.2.1	Tutor, curador y custodio	262
3.2.2	Dueños, empresas y encargados de negociaciones	265
3.2.3	Sociedades o agrupaciones	267
3.2.4	Gobierno del Distrito Federal	277
3.3	Sentenciado	282
3.3.1	La responsabilidad del autor del delito con base en los grados de participación	285
3.4	Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito	296
3.4.1	Naturaleza jurídica	306
3.4.2	Atribuciones y Facultades	311
3.4.3	Procedimiento administrativo para garantizar el pago de la reparación del daño	319

CAPÍTULO IV

DIFERENTES FORMAS PARA EL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

4.1	En dinero	325
4.2	En especie	332
4.3	Trabajo en beneficio de la víctima del delito	334
4.4	Plazo para el pago de la reparación del daño	340
4.4.1	Prescripción	343
4.4.2	Preferencia de la reparación del daño ante cualquier otra sanción pecuniaria y una obligación posterior.	346
4.5	Alcances de la reparación del daño	350
4.5.1	Restablecimiento del <i>statu quo</i>	352

4.5.2	Restitución de la cosa obtenida	353
4.5.3	Reparación del daño moral	358
4.5.4	Resarcimiento de perjuicios	375
4.5.5	Pago de salarios y percepciones	377
4.5.6	Supletoriedad de la Ley Federal del Trabajo	380

CAPÍTULO V
COMENTARIOS EN TORNO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO
CON RELACIÓN AL NUEVO CÓDIGO PENAL

5.1	Análisis	399
5.2	Crítica propositiva	408
		426
	Conclusiones	
	Propuestas	430
	Bibliografía	434

INTRODUCCIÓN

Responsabilizar al sistema actual del aumento exponencial de la criminalidad en nuestra ciudad y afirmar al mismo tiempo, que con un nuevo código penal se resolverá este gravísimo problema, significa ignorancia o mala fe. Pese a ello, cualquier esfuerzo para combatir tanto al delito como a sus agentes, y además, resarcir a quienes en particular resienten sus efectos, resulta verdaderamente loable.

El dieciséis de julio de dos mil dos, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que entraría en vigor a los ciento veinte días naturales posteriores a su publicación, lo que ocurrió el trece de noviembre de ese año. La nueva codificación destaca los principios constitucionales de certeza jurídica y aquellos derivados de convenios internacionales signados por nuestro país sobre dignidad humana; además, con lo perfectible que pueda ser, desarrolla una de las asignaturas de mayor trascendencia en la capital de la República Mexicana, pues trae a la palestra la gran materia olvidada en el campo penal, la reparación del daño a las víctimas del delito.

La trascendencia del tema no es superflua si se considera que hasta hace poco, la situación de la víctima siempre resultó secundaria y pálida frente a la seducción que ejerce el delincuente sobre los trabajos legislativos en el campo de las ciencias penales, pues siempre tuvo y aún tiene muchos más derechos y garantías que su víctima. Ahí están los principios de legalidad y reserva, de defensa en juicio, de inocencia y al menos en la ley, las posibilidades de un *hábitat* carcelario digno, el tratamiento y la readaptación social. Entretanto, la víctima quedaba en la indiferencia, librada a su suerte bajo la pesada losa de sus necesidades y sin contención material o moral.

La aparición de esta nueva legislación refleja ese intento por rescatar del olvido a quien padece el delito, sobre todo porque trata de resarcir de mejor manera –aun cuando no sea la mejor– el daño ocasionado por el delincuente. No debemos olvidar que mientras el agresor eventualmente asumirá la categoría de

delincuente conforme el resultado de un juicio en el que se haya demostrado su plena responsabilidad penal en la comisión de un cierto y determinado delito, la víctima es perenne en su condición, no espera a que la "gracia" de un juez le conceda esa envergadura; es su propio victimario el que se encarga de que lastre su dolor desde el momento mismo que lesiona los bienes jurídicos que le pertenecen; aquél, desde luego, siempre será inocente hasta que la "buena fe" del Ministerio Público logre probar lo contrario; empero, el daño se produjo en lontananza del momento en que éste fue condenado; más lastimoso resulta que aun cuando en la sentencia correspondiente, el agresor haya sido declarado penalmente responsable del delito, gracias a la inactividad del agente del Ministerio Público no se le condene a la reparación del daño producido, o bien, que habiéndolo solicitado, se encadene el arbitrio judicial a que el bien jurídico es intangible o no es susceptible de cuantificación, incluso, porque no existen reglas claras, propias y específicas para hacerlo.

El Nuevo Código Penal Federal para el Distrito Federal no es de manera alguna la panacea que disminuya los índices de criminalidad en la ciudad, mucho menos, para abatir la problemática imperante sobre la reparación del daño a la víctima del delito en la capital mexicana. Sin embargo, tampoco debemos minimizar el esfuerzo que para mejorar la condición de la materia que nos ocupa, realizaron los depositarios del poder legislativo del Distrito Federal.

La presente tesis como su título indica, versa sobre la reparación del daño en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. En ella, se abordarán los conceptos inherentes a la comprensión cognoscitiva del tema, en un posiblemente inocuo pero ilustrativo catálogo taxativo de definiciones acerca del daño y su reparación, delito, víctima, ofendido entre otras figuras jurídicas.

Asimismo, trata de los antecedentes de la reparación del daño en México; aquí se desarrollará una breve retrospectiva acerca de las formas como se retribuía a la víctima del delito a lo largo de las tres etapas más importantes de la historia nacional, precolombina, colonial e independiente; en esta última, se apertura un apartado especial para la reflexión desde el punto de vista constitucional y se

destacan las disposiciones más relevantes sobre el tema, así como de la legislación sustantiva penal vigente en el fuero federal y común para el Distrito Federal hasta antes de la vigencia del nuevo código.

Ubicados en los contextos histórico y conceptual del tema, se analizan propiamente a los sujetos en la reparación del daño, los acreedores y los deudores, la obligación de resarcir el daño por el sentenciado, así como la responsabilidad de los autores del delito en base a su grado de participación.

De gran innovación resulta la creación de un organismo que tendrá bajo su responsabilidad la reparación del daño. El llamado Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, es una institución que conforme al ordenamiento penal, habrá de constituir su capital con el monto de las multas y sanciones económicas que se impongan a los responsables de los ilícitos; contará con los mecanismos administrativos que tendrá que implementar el Gobierno del Distrito Federal para responder solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos y tendrá para sí, el producto del trabajo en beneficio de la víctima; además, desentrañaremos su naturaleza jurídica, atribuciones y facultades, así como el procedimiento administrativo para garantizar el pago de la reparación del daño. Esta institución, resulta de capital importancia pues conforme a la exposición de motivos de la ley, será el organismo responsable de solventar a las víctimas del delito. En efecto, ya no será el inculpado el que de forma directa pague el monto estimado por el juez como daño, sino que habrá de hacerlo en forma indirecta, pues primero tendrá que pagar al fondo la cantidad estipulada y sólo después, éste la entregará a la víctima o en su caso, al ofendido. Cabe aclarar, que aun cuando esta es la forma general, común o habitual de resarcir el daño según indica nuevo código, no es inadvertido el hecho de que existen determinadas excepciones, como sucede por ejemplo, en los delitos patrimoniales a que se refiere el Título Decimoquinto del citado código, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por el artículo 248, o bien, en los delitos ambientales donde se establecen ciertas y determinadas actividades respecto del trabajo a favor de la comunidad, cuyo detalle se desarrollará en los capítulos conducentes.

En el capítulo cuarto se destacan las formas generales que establece el código para efectuar el pago de la reparación del daño, ya sea en dinero, en especie, o bien, con trabajo en beneficio de la víctima. Asimismo, se establecen los plazos para pagarlo, su prescripción y la preferencia que tiene sobre cualquier otra sanción pecuniaria u obligación posterior, así como sus alcances, entre otros tópicos.

Finalmente, el capítulo quinto del presente trabajo dedica su estudio a una parte de los delitos establecidos en el nuevo código penal, pues no debe soslayarse el hecho de que esta codificación señala para cada delito, y en cada caso concreto, la procedencia de la reparación del daño, inclusive en algunos casos señala formas adicionales a las reglas generales ahí establecidas. Todo ello, en el marco de una crítica propositiva efectuada sobre la base de las reservas y la medida necesarias, pues no hay que olvidar que aun restan instrumentos jurídicos en la materia y fuero por adecuar, tales como el código de procedimientos penales, la ley de ejecución de sanciones penales, así como los dispositivos que regulan el funcionamiento de los centros de reclusión y readaptación social en el Distrito Federal.

Congruentes con quienes opinamos que con la reparación del daño se resuelve el conflicto social creado por el delito, se restablece la paz jurídica y sobre todo, se toma en cuenta a la víctima, insistimos que aun cuando no es la mejor de las reformas sobre el tema, la nueva codificación penal constituye un camino mucho más claro rumbo al ideal de un verdadero resarcimiento para el doliente del injusto; ello sin dejar de puntualizar que si la reforma no se ve acompañada de una adecuación normativa global, integral y coherente, en la que se indiquen con toda precisión cuáles serán los métodos, reglas y procedimientos a realizar para la efectiva reposición de la lesión ocasionada, corre el riesgo de volverse derecho positivo no vigente, y por si fuera poco, arrojará a la víctima un sufrimiento más grave que el ocasionado por el propio delito, el calvario de quien tiene que "rogar" a los funcionarios del Gobierno del Distrito Federal encargados de la administración e impartición de justicia, el restablecimiento de la tranquilidad que se

comprometieron garantizarle, pues el verdadero respeto a los derechos fundamentales del hombre no es una obligación de la autoridad para la exclusiva atención de quien comete el delito, sino de todo individuo, con mayor razón, para el que lo padece.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS GENERALES.

1.1 EL DAÑO Y SU REPARACIÓN.

Resulta primordial, aunque sólo sea para fines didácticos, referirnos al significado de la palabra daño, que según el Diccionario de la Lengua Española, "*proviene del latín *damnum* que significa efecto de dañar.*"¹

Sin embargo, la acepción reviste serias dificultades terminológicas que no se satisfacen con su sola construcción gramatical.

En efecto, dañar significa causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia, maltrato, estropearse, deteriorarse o echar a perder una cosa; en el sentido más coloquial de la palabra, daño equivale a lesión, perjuicio, mal, dolor, pérdida, destrucción, alteración o conmoción; de modo que en abstracto, el daño se puede entender como el efecto causado en algo o en alguien que le hace ser o estar peor.

No obstante, el daño a que nos referiremos no es el que se define en tales expresiones porque aluden a cualquier modo o forma que lo provoca, mas debido a que necesariamente me constriño a los bienes que específicamente el derecho penal protege, podrían considerarse algunas acepciones como las que señala Salvador Ochoa, invoca las de: "*...Ordaz.- El daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera. Enneceruslehman.- Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición). Carnelutti.- El daño es toda lesión a un interés. Aguiar.- Destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes.*"²

Otros autores opinan que daño no significa mas que nocimiento o perjuicio, esto es, aminoración o alteración de una situación favorable que además de un fenómeno físico puede integrar también un fenómeno jurídico, pero que la noción

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésimo Segunda Edición, Editorial Espasa Calpe Sociedad Anónima, Madrid, España, 2001, página 726.

² OCHOA OLVERA, Salvador. EL DAÑO MORAL, Editorial Montealbo, México, 1999, página 3.

objetiva del daño penal la podemos encontrar en el lenguaje vulgar y en los derechos antiguos, para los cuales, el daño es siempre una consecuencia perjudicial concreta, una destrucción o menoscabo de un determinado bien patrimonial.

La equívocidad del término "*daños*" en el lenguaje vulgar persiste en el léxico jurídico e incluso, en el jurídico penal. Además, tal y como apunta Serrano Butragueño, dicho término no tiene el mismo significado en el ámbito civil y en el penal, en virtud de que: "*los daños penales han de estar tipificados o ser efecto directo de un delito... los daños civiles comprenden también los efectos indirectos como son el lucro cesante, los daños morales y, en definitiva, toda clase de perjuicios que quedan fuera de lo estrictamente penal, si bien tienen importancia para determinar la responsabilidad civil derivada del delito.*" ³

Consecuentemente, el daño relevante para el Derecho Penal es aquel que se produce a consecuencia de la comisión de un delito, mismo que evidente y necesariamente, ha de recaer sobre un bien jurídicamente protegido por la ley. Por ello es que el Derecho Penal sanciona hechos dolosos o culposos de carácter privado, dada la importancia del bien jurídico lesionado, la trascendencia y relevancia de los hechos, la frecuencia con la que se perpetran, la aparición de nuevas modalidades y formas de actuación, aparte del evidente interés particular.

Apoya la afirmación anterior, la opinión del connotado catedrático Marco Antonio Díaz de León, quien define al daño como: "*el perjuicio, lesión o detrimento que se produce en la persona o bienes de alguien, por la acción u omisión de otra persona. La acción u omisión puede ser dolosa o culposa, aunque el daño puede provenir también de una cosa fortuita. El Derecho Penal fundamenta en el daño la tipificación objetiva de múltiples delitos, así como su punibilidad por el Estado.*" ⁴

³ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. LOS DELITOS DE DAÑOS. Editorial Aranzadi, España, páginas 21 y 22.

⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, páginas 587 y 588.

A. Bien Jurídico.

De acuerdo a los postulados del Estado democrático de derecho, que recogen la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, debemos alinearlos al concepto de bien jurídico que Von Liszt propusiera como: *"aquel determinado socialmente anterior al Derecho, es decir, el concepto de bien jurídico debe estar referido a la realidad social, por lo que no es una creación del legislador."*

La noción de bien jurídico, resulta ineludible en el estudio del daño porque el ataque de éste siempre va dirigido a aquél, amén de que por su contenido valioso, los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos resultan verdaderamente imprescindibles para hacer posible la vida en sociedad.

Por ello, la conducta que vulnera o pone en peligro el bien jurídico es valorada como antijurídica. Esta conducta es propiamente la lesión, misma que desempeña un papel trascendental, toda vez que, como dice Mariano Jiménez Huerta: *"sin lesión o peligro, lesión para un interés de la vida humana, individual o colectivo, jurídicamente tutelado, falta la primera condición requerida para la integración de la esencia propia de lo antijurídico, pues si lo antijurídico es lo que contradice el Derecho y éste ontológicamente tiene que proteger y regular los intereses de la vida humana, la conducta que no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico no puede ser valorada como ilícita."*⁵

De esta forma, podemos afirmar que la lesión o puesta en peligro a determinado bien jurídico, producida por un comportamiento humano es una conducta antijurídica, que puede ser penalmente relevante, si encuadra en la correspondiente descripción típica contemplada en el ordenamiento sustantivo penal; así, la lesión se aprecia en lo que materialmente es el delito, en cuya forma comisiva concretizada, se aprecia el daño que nos interesa por ser precisamente, el que se genera a partir de un comportamiento delictivo.

⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo I, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, páginas 228 y 229.

En consecuencia, el daño concebido como el propio delito ya no puede apartarse de la idea de la pena, como la pena no debe desligarse del vocablo reparación mediante la afectación del patrimonio del delincuente, pues la determinación de que un comportamiento humano sea un delito, exige la valoración de la gravedad de la conducta del delincuente como ataque a las condiciones básicas para la existencia de la sociedad en la que de acuerdo a la materialidad del hecho, puede encontrarse implícito el daño sufrido por el ofendido.

Cabe decir, que el concepto de daño o lesión es eminentemente normativo, pues como dice el propio Jiménez Huerta, citando a Bettiol, naturalísticamente hablando el daño no existe, sino que: *"existen sólo conductas que alteran las condiciones ambientales preexistentes. Estas alteraciones son calificadas de lesivas o dañosas en cuanto perjudican los bienes, intereses o valores sobre los que descansa la convivencia humana."*⁶

Además, carecería de sentido y utilidad reconocer la existencia de un daño producido por un comportamiento delictivo si éste no se pudiera prevenir por medio de una pena que en este caso, incide en el patrimonio del delincuente en la proporción necesaria para su reparación y que su *quantum* se debe fijar con reglas independientes y distintas a las inherentes a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente.

B. Noción del daño en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Como vimos, es factible que el daño se produzca en tanto se actualiza una lesión a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal en forma sustancial o potencial, ya que aun en esa situación se pueden producir o llegar necesariamente a existir, lo que obliga al juzgador a determinar su extensión de acuerdo a las circunstancias de la puesta en peligro del bien jurídico.

No obstante, hay que decir que nuestro ordenamiento penal de la ciudad, carece de una definición concreta sobre lo que desde el punto de vista del

⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op. cit., página 231.

legislador debemos entender por daño, lo cual a nuestro juicio, arroja dividendos no necesariamente favorables.

En efecto, el código sustantivo penal no contiene para el vocablo, una interpretación auténtica de la ley, es decir, adolece de mención taxativa y concreta del término, no obstante, permite la intervención del juez para que éste, en cumplimiento de la función interpretativa que le da su investidura, desentrañe el contenido y alcances materiales del mismo, en estricto respecto a las garantías de legalidad y seguridad jurídicas contenidas en los normativos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente, la debida fundamentación y motivación que debe contener todo acto de autoridad.

Por otra parte, es una realidad que la mayoría de casos o procesos propiamente dichos, adolecen de pronunciamiento jurisdiccional respectivo, en virtud de que se tiene por sentado o entendido el concepto de daño y entonces, el juzgador se concreta a establecer si lo hubo o no, si se acreditó o no en autos, o bien, si se debe condenar al responsable penalmente a su pago y a cuánto asciende su monto en lo particular, pero no se dice en qué consistió ese daño, salvo honrosas excepciones que por su mínima trascendencia no deberían contar como tales y que son aquellas en donde se establece que se causó, por ejemplo, un *"detrimento patrimonial"*, *"un menoscabo"*, *"una pérdida"* o *"un deterioro"*.

Hay ocasiones (la mayoría lo es), en que la víctima no sólo fue despojada de sus pertenencias en un robo sino que además, recibió golpes, fue violada o sufrió abuso sexual, sin embargo, esto que el legislador tomó en consideración para crear tipos penales específicos o elevar la culpabilidad del agente, no es directamente proporcional al daño sufrido, dejando a la víctima el consuelo de que al menos en el artículo 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se indica cuáles son los ámbitos que debe comprender la reparación.

Pese a lo anterior, la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el veintidós de abril de dos mil tres, en auxilio de tal deficiencia, ofrece en su artículo 10, un concepto de lo que debemos entender por daño y así, literalmente señala:

"Artículo 10.- Se entiende por daño las lesiones, físicas o mentales, o la pérdida patrimonial de cualquier naturaleza, como consecuencia de un delito."

La falta de definición del daño, representa un error más del Nuevo Código Penal; por ello, el maestro Sergio García Ramírez, apunta: *"es por lo menos extraño que el Código Penal de 2002 haya renunciado al progreso -que en otros aspectos acepta- y persista en la solución más ineficaz y conservadora, que se abstiene de motivar. En los términos del artículo 37 de ese nuevo ordenamiento - antiguo o anticuado, sin embargo, por la orientación adoptada en este extremo-, la sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica. En el primer caso, la multa, el nuevo código sigue puntualmente la disposición innovadora de la reforma de 1983 acerca de días multa, que se ha fortalecido en el derecho penal mexicano y que debiera ser mejorado para satisfacer más ampliamente las exigencias de la equidad. En el segundo, insiste en el yerro del código de 1931. En el tercero, conserva un mal legado del código de 1931-2000..."*⁷

C. Naturaleza jurídica de la reparación del daño.

El tema de la naturaleza jurídica de la reparación del daño, ha sido materia de amplias discusiones entre los tratadistas a nivel nacional e internacional, sobre todo porque no se han puesto de acuerdo si es una pena de carácter público, a cuya solicitud está obligado el Ministerio Público y a su imposición, el órgano jurisdiccional, o bien, si resulta un derecho meramente personal que le asiste al ofendido o a la víctima por la comisión de algún delito.

Miguel Casino Rubio, nos advierte: *"el instituto de la responsabilidad civil en el Derecho penal no ha recibido hasta ahora un tratamiento demasiado detenido por parte de la doctrina científica. Quizá esta actitud se deba a la naturaleza interdisciplinar del problema, por situada a caballo entre tres disciplinas jurídicas: El Derecho penal, que lo regula; el Derecho civil, que aporta la teoría general de la*

⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "CONSECUENCIAS DEL DELITO: LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 107, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-agosto, 2003, página 465.

*responsabilidad civil, y el Derecho procesal, que determina el procedimiento y el orden jurisdiccional competente para conocer de dicha responsabilidad.”*⁸

En efecto, la institución de la responsabilidad civil regulada en los códigos penales suele ser identificada de muy diversas formas, así Quintano Ripolles la concibe como *“responsabilidad civil cuasi criminal”*, Reyes Monterreal la define como *“responsabilidad civil derivada del acto ilícito penal”*, otros como Gil Estellés la identifican como *“responsabilidad civil derivada del hecho punible”*, en tanto que García Valdecasas la denomina *“responsabilidad civil delictual”* y con el término *“responsabilidad civil derivada de la penal”* algunos autores la utilizan como referencia para criticarla, y también existen las más clásicas o conocidas de *“responsabilidad civil dimanante del delito”* y *“responsabilidad civil ex delicto o derivada de delito”*.

Esta doble regulación de la institución resarcitoria, según el daño proceda de un *“ilícito penal”* o de un *“ilícito civil”*, así como la efectiva regulación por el código punitivo de la primera, plantea en consecuencia el problema de determinar la naturaleza de la institución de la responsabilidad civil ex delicto o derivada del delito. Por ello, el citado autor especifica que: *“este interrogante inicial exige remontar el vuelo teórico en la indagación de cuál sea en concreto la naturaleza de dicha responsabilidad, con entera independencia del argumento formal que deriva de su efectiva inclusión en el articulado del Código Penal, habida cuenta de que no es la ubicación de un precepto la que le imprime naturaleza, sino que ésta deriva de su propia sustancia.”*⁹

En realidad, cantidad de autores se han pronunciado contra el carácter de pena pública que se le ha dado en México a la reparación del daño, ya que para algunos: *“se trata de una sanción civil derivada de la obligación de restituir y resarcir el daño causado.”*¹⁰

⁸ CASINO RUBIO, Miguel. *RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN Y DELITO*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1998, página 193.

⁹ CASINO RUBIO, Miguel. Op. cit., página 197.

¹⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Op. cit., página 2045.

Otros autores, como el maestro Guillermo Colín Sánchez opinan: *"si se afirma que la reparación del daño es 'una pena pública', contrario sensu habría que pensar en 'penas privadas', como si aún el delito fuese considerado como un ente de esa naturaleza...en la legislación mexicana la reparación del daño en ocasiones es pena pública y en otras no lo es, llegando así al absurdo de que algo puede ser y no puede ser al mismo tiempo."*¹¹

Hay quienes piensan que el hecho de que la reparación del daño sea considerada como una pena pública, representa un retraso en la ley: *"ya que es confundir el objeto de una acción civil de carácter privado que obliga al pago, la restitución o la reparación o la indemnización con la acción penal, esencialmente pública o represiva. En México la reparación del daño no debería ser pena pública debido a que su mecánica es injusta, porque la condena se basa en el daño que sea preciso reparar conforme las pruebas obtenidas en el proceso."*¹²

Con mayor reflexión, el doctor Sergio García Ramírez, dice que el delito causa un daño social y, a menudo, un daño particular que afecta los bienes de cierto individuo (víctima y/o ofendido), de lo cual, también se desprende la obligación de resarcimiento en sede jurisdiccional; de modo que esta relación resarcitoria entre el ofendido y el infractor se resuelve en la reparación del daño, pues tal y como aclara el citado autor: *"antes -y ahora mismo en muchos países, acaso la mayoría- se concibió la reparación o resarcimiento como consecuencia civil del delito, aunque también se ha expuesto su probable naturaleza de sustitutivo de la pena de prisión cuando la consecuencia de reparar es, precisamente, la exención de aquélla... El resarcimiento es reclamable en vía penal, habida cuenta de la fuente de la obligación reparadora y de la conveniencia práctica de exigirla por la misma vía en que se tramita la pretensión punitiva, y no desplazarla a otra vía paralela o consecutiva a aquélla. Nada impide, en efecto, que el juez penal conozca de ambas pretensiones y resuelva sobre ellas en una*

¹¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, página 720.

¹² BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Mc Graw-Hill, México, 1999, páginas 262 y 263.

*sola sentencia: en tal sentido milita el interés social, encauzado como interés de la sociedad en la legítima satisfacción del ofendido. Así, la reparación queda como derecho del titular del bien jurídico vulnerado, de una parte, y como deber del reo ante aquel sujeto (o ante el Estado, inmediatamente, y mediatamente ante el ofendido), de la otra. El Estado actúa como facilitador del cumplimiento. Pone a su servicio el aparato de la justicia penal, nada menos.”*¹³

En efecto, el objeto directo de afectación por la comisión de un delito primordialmente es el patrimonio en sentido amplio; de ahí, que innumerables tratadistas le den a la reparación del daño el carácter de acción privada, siendo que la misma depende única y exclusivamente de la acción penal, de su no desistimiento y de que el juez de la causa en la sentencia, determine su procedencia. Siendo el caso que de fallar estos supuestos, sería imposible la procedencia de la reparación del daño, o cuando menos, a decir de Colín Sánchez: *"de no concurrir, especialmente esto último existiría un serio obstáculo, para el ofendido y víctima, en el ejercicio de sus derechos por la vía civil, motivo por el cual habrán de sujetarse, a que en el momento procesal correspondiente, se declare la responsabilidad y se precise lo referente a la reparación del daño."*¹⁴

Quienes defienden la naturaleza privada de la reparación del daño, sostienen que al darle el tratamiento de pena pública, se desdibuja la distinción entre las sanciones de derecho privado y las penas, en cuanto a que éstas, en términos generales, importan la realización forzada del mandato jurídico en la eventualidad de que no se realice voluntariamente.

A lo anterior, agregan que el resarcimiento del daño dimana de la ilicitud del derecho privado, guarda proporción con el interés objetivo, por concederlo la Ley en beneficio de la persona perjudicada, es renunciable por ésta y es transmisible a otros. Lo que no sucede con la pena, que deriva de un delito y es proporcionada a la gravedad de éste; está sujeta a variaciones en su *quantum* según el aspecto subjetivo del hecho punible y, la culpabilidad del delincuente se establece por la

¹³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit., página 466.

¹⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., página 721.

Ley en interés de toda la colectividad, no puede renunciarla el Estado y no es transferible ni transmisible.

Mientras la pena es esencialmente una medida retributiva de carácter preventivo-punitivo, que persigue el castigo del responsable criminal, la responsabilidad civil derivada del delito tiende, en cambio, al resarcimiento o la compensación patrimonial del daño causado. Las manifestaciones de esta distinción básica son múltiples, entre las más relevantes se encuentran:

a) Si el delito implica siempre una lesión de los intereses generales o sociales, en cuanto atenta contra las condiciones mínimas de la vida en sociedad, la responsabilidad civil atiende, por el contrario, al Interés privado del sujeto perjudicado;

b) De la misma forma, si toda sanción penal presupone la previa realización de una conducta penalmente antijurídica, la responsabilidad civil no precisa siempre y en todo caso de una conducta antijurídica; y,

c) Si el fin institucional de la ley penal es ante todo, la de evitar el delito (función de prevención general), la responsabilidad civil se encarga de determinar quién o quiénes deben responder patrimonialmente, y en qué medida, de los daños ya producidos.

A decir de Casino Rubio, la responsabilidad civil se presenta como una verdadera y propia sanción punitiva de aplicación complementaria y, en ciertos casos, sustitutiva de la sanción penal: *"lo que lleva a la exigencia de que la reparación civil del daño deba ser realizada en el ámbito de la acción penal y de oficio, y asegurada asimismo en casos de real o supuesta insolvencia."*¹⁵

Por ello, como el propio autor señala, resultar oportuno contemplar a la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la política criminal como un arma "civil" a utilizar en el tratamiento del delito, pero como advierten autores de la talla de Santiago Mir Puig: *"la utilización político-criminal de la responsabilidad civil, que puede resultar conveniente, no puede obscurecer la*

¹⁵ CASINO RUBIO, Miguel. Op. cit., página 199.

*naturaleza conceptual de esta clase de responsabilidad. Se trata de una responsabilidad de carácter civil.”*¹⁶

Por nuestra parte, pensamos que hacer de la reparación del daño una pena, obedece a fines meramente pragmáticos dada la íntima relación que ambas guardan entre sí y la solidaridad con que obran contra los actos ilícitos, dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad. Su regulación privilegiada, busca asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima del delito, dado el poder disuasivo -en el sentido de la prevención general- de este constreñimiento más enérgico sobre el reo para obtener la inmediata reparación del daño.

En resumen, sin perjuicio de admitir la relevancia jurídico-penal que en ocasiones tiene la responsabilidad civil y por más que pueda convenirse en que ésta cumple una importante función disuasoria o intimidatoria de comportamientos ilícitos, e incluso aceptando que la indemnización supone una sanción o pena, como en este Nuevo Código Penal, mucho más gravosa que las multas penales o las sanciones privadas, resulta obvio que todo ello constituye materia extraña a la función institucional propia de la responsabilidad civil, que conserva intacta su función y naturaleza genuina y exclusivamente privadas, pues como hemos visto, así lo reconoce nuestra mejor doctrina científica en el campo del derecho penal.

Basta con decir, que si bien de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también una acción civil para los efectos a que se contrae el artículo 42 del nuevo ordenamiento punitivo, causados por el hecho punible de que se trate, ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil, que surgen de éste, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el código penal y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre sanción penal y la responsabilidad civil que puede

¹⁶ MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL. Parte General. Tercera Edición corregida y puesta al día, Editorial Tefoto, Barcelona, España, 1990, página 15.

surgir a consecuencia de un delito, cuando este provoca un daño a la víctima que deba ser reparado.

Lo anterior puede comprobarse, desde los propios datos normativos que nos ofrece el Nuevo Código Penal a estudio, con base en los siguientes postulados:

a) Mientras las penas son de carácter personalísimo (artículo 23, N.C.P.D.F.), la responsabilidad civil, también llamada *ex delicto*, puede recaer sobre personas ajenas por completo al delito, como lo evidencia el contenido del artículo 46 del código penal en cita; de manera que, la responsabilidad civil es transmisible, pues no se extingue ni con la muerte del responsable ni se puede prescindir de su imposición (artículos 98 y 75 del mismo ordenamiento, respectivamente).

b) La responsabilidad civil derivada del delito es susceptible de cumplimiento solidario (46, fracción IV, N.C.P.D.F.), algo rigurosamente impensable en el ámbito de la responsabilidad penal.

c) La responsabilidad civil originada por el injusto, puede ser igualmente asegurada (Vr. gr. artículo 41, párrafo segundo, 48, 90, fracción V, N.C.P.D.F.), lo que como bien se comprende, resulta inconcebible en el ámbito de la responsabilidad penal.

d) Dado el fundamento y función sólo resarcitorios de la responsabilidad civil originada con el delito, el derecho a la indemnización es, sustantivamente hablando, un derecho subjetivo privado del perjudicado. Lo que en el plano procesal de la acción significa que ésta participa del carácter dispositivo propio de las acciones reguladas en el Código Civil y puede ser, por tanto, objeto de válida renuncia (artículos 49, último párrafo y 51, N.C.P.D.F.).

e) El ejercicio de la responsabilidad civil derivada de delito está sujeta a los principios de rogación y congruencia, por lo que el juez penal del conocimiento, no podrá fijar una indemnización superior a la efectivamente reclamada ni pronunciarse sobre responsabilidades no pedidas (artículos 43 y 44, párrafo segundo, N.C.P.D.F.).

Más adelante, se expondrá la posición que sobre el particular, adopta el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por lo pronto, debemos recalcar que la importancia de la reparación del daño no debe ser otra que la procuración de la salvaguarda efectiva de los derechos de las víctimas u ofendidos, con independencia de que sea considerada pena pública o consecuencia civil derivada del delito; su relevancia, gira en torno de su eficacia y no tanto de su naturaleza. La conservación de la certeza jurídica de que al sujeto pasivo del delito se le restituya en el goce efectivo de los bienes o derechos que le fueron vulnerados por la agresión de que fue objeto debiera implicar, en cualquier caso, la mayor preocupación de nuestros gobernantes, ya que la responsabilidad derivada del delito aparece en la realidad práctica como el interés primordial o único que lleva a muchos ante la jurisdicción penal. El problema se recrudeció cuando la reparación del daño pasó a segundo plano y su estudio riguroso fue materia de olvido por parte de penalistas, civilistas y procesalistas, fenómeno que poco a poco se ha ido revertiendo.

Sobre lo anterior, el maestro Hernández Pliego, coincide en que la reparación del daño es un objeto accesorio del proceso penal sólo cuando ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, el ofendido o su legítimo representante promovieran la acción reparadora de daños en el proceso contra algún tercero ajeno al inculpado, adoptando así la forma de responsabilidad civil porque, en todo caso: *"si la acción reparadora la ejercita el Ministerio Público al mismo tiempo que la acción penal, contra el inculpado, entonces ocuparía junto con ésta, el objeto principal del proceso."*¹⁷

D. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada del delito.

Una de las notas distintivas entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil también llamada *ex delicto*, apunta Serrano Butragueño, es: *"que la primera no admite la llamada "compensación de culpas" (entendiendo*

¹⁷ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, página 12.

la palabra culpas como contribución de ambas partes al resultado dañoso), mientras que la segunda sí la admite, atemperando las indemnizaciones.”¹⁸

Lo anterior, supone que en un momento dado el sujeto pasivo puede tener a su cargo ciertos gastos producidos por la comisión del delito respecto de la reparación del daño, de manera que si por ejemplo, en un hecho de tránsito intervinieran varias personas, no podría alegarse que exista responsabilidad corresponsiva, puesto que esta figura sólo es aplicable a los ilícitos dolosos, toda vez que en los culposos, como es el caso, lo que puede existir es una concurrencia de culpas, la cual sólo incide en la individualización de la pena al ser valorada como una circunstancia de ejecución del delito, a efecto de calificar el grado de culpa, pero no da lugar a la aplicación de una sanción atenuada ni constituye una excluyente de responsabilidad (artículo 77, N.C.P.D.F.).*

Esta parece ser la tendencia de nuestros tribunales federales, de cuyos criterios algunos se reproducen a continuación para apuntalar lo señalado:

"DAÑO, REPARACIÓN DEL, CUANDO EXISTE CONCURRENCIA DE CULPAS. *Cuando en un delito cometido por imprudencia el resultado típico se integra por el concurso de culpas del quejoso y del ofendido, resulta ilegal que la autoridad responsable condene a aquél a pagarle al sujeto pasivo la totalidad de la suma de dinero en la que los peritos estimaron los daños causados, porque lo justo es que la víctima, al tener también intervención culposa activa en el evento delictivo, soporte parte del daño económico que sufrió. De ahí que el sentenciado deba ser condenado al pago de la reparación del daño en la proporción que le corresponde, en atención tanto a las*

¹⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Op. cit, página 27.

*"Artículo 77 (Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo). La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del Juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. El deber de cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;

III. Si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos."

circunstancias de realización del delito como a las peculiares de los sujetos activos protagonistas, entre las que se encuentran su situación económica y la mayor o menor gravedad de sus respectivas culpas. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo. VII, Marzo de 1998. Página: 781. Tesis: I.2o.P.24 P. Aislada. Materia Penal."

"RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y CONCURRENCIA DE CULPAS. DIFERENCIA. *En delitos culposos, cuando intervienen en su comisión diversas personas, no puede decirse que exista responsabilidad correspectiva, puesto que esta figura sólo es aplicable a los ilícitos dolosos, ya que en los culposos lo que puede existir es concurrencia de culpas, la cual sólo incide en la individualización de la pena al ser valorada como una circunstancia de ejecución del delito, a efecto de calificar el grado de culpa, pero no da lugar a la aplicación de una sanción atenuada ni constituye una excluyente de responsabilidad, toda vez que en materia penal para efecto de fincar la responsabilidad no hay compensación de culpas. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Febrero de 1997. Página: 791. Tesis: I.2o.P.11 P. Aislada. Materia Penal."*

"IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CONCURRENCIA DE CULPAS. COLISIÓN DE VEHÍCULOS. *La concurrencia de sendas imprudencias de los tripulantes de los vehículos colisionados no excluye la responsabilidad penal de ninguno de ellos, toda vez que en esta materia no existe compensación de culpas. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la*

Federación y su Gaceta. Tomo I, Junio de 1995. Página: 323. Tesis: VI.2o.J/9. Jurisprudencia. Materia Penal."

E. La reparación del daño y los delitos de resultado y de mera actividad.

Resulta igualmente importante analizar el tema de la reparación del daño respecto de los tipos penales en atención a la modalidad de la acción, es decir, de resultado y de mera conducta.

El maestro Carlos Daza, citando a Berdugo Gómez de la Torre, nos dice: *"Según la relación existente acción y objeto de la acción, se puede distinguir entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. Los delitos de resultado requieren que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. Para que estos delitos se produzcan debe darse más relación de causalidad e imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto. Por el contrario, los delitos de mera actividad se caracterizan porque no existe resultado. Es decir, que la mera acción consume el delito."*¹⁹

Sobre esta clasificación, autores como Celestino Porte Petit, advirtieron la vasta polémica que suscitaban los puntos de vista que se emitían a favor o en contra, y aclara que la distinción no ha sido del todo afortunada porque: *"resulta indudable que la existencia de los delitos formales o materiales, depende del concepto que se tenga de resultado, si se acepta un concepto naturalístico; un mutamiento en el mundo exterior, material y tangible, habrá delitos que no tengan resultado. Si se entiende como resultado el mutamiento en el mundo jurídico no habrá delito sin resultado."*²⁰

La reflexión sobre este tópico, obedece que son incontables las ocasiones en que se ha utilizado esta clasificación con el fin de resolver la existencia del daño en ciertos casos; cuántas veces se han visto sentencias sustentadas sobre la base de que debe descartarse la determinación de la existencia del daño al amparo de

¹⁹ DAZA GÓMEZ, Carlos. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Segunda Reimpresión, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2001, páginas 83 y 84.

²⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Décimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, página 309.

expresiones como la de que: si el delito no produjo resultado material, no existe daño que reparar; otras veces, al daño se le considera una consecuencia del injusto penal ajena al propio delito, lo cual ha repercutido nocivamente no sólo en el interés del ofendido sino en el de la sociedad en su conjunto porque se alienta la impunidad, amén de que los miembros de la comunidad no son indolentes ante el daño producido por una conducta valorada como antijurídica.

Ciertas descripciones típicas advierten los vestigios producidos por el efecto de la conducta delictiva y, por tanto, se exigen como requisitos para valorarla, en otros tipos penales no se contemplan pero, en ambos casos, se lesiona el bien jurídico protegido; de ahí que el tipo en el que se describe el resultado no sea el que determine por exclusión la existencia del daño; por ello fue que se sugirió líneas arriba, la íntima vinculación del concepto de daño con el de delito, al que por consiguiente le sobreviene la pena traducida en la reparación de aquél como medio de afectación del patrimonio del delincuente, en la mayoría de los casos.

F. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

El legislador local continuó otorgándole a la reparación del daño una naturaleza jurídica dual, a saber: Pena pública cuando se exige al sujeto activo y responsabilidad civil derivada de delito, cuando se exige a personas distintas a él, con lo cual perdió la oportunidad de entregar una legislación penal diferente, en este aspecto, a la que rigió en la Ciudad de México desde 1931, que cuando menos era clara y específica al señalar en su artículo 34, lo siguiente:

"Artículo 34.- La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública...

...

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

Asimismo, el incidente para resolver la reparación del daño exigible a terceras personas se contemplaba en el capítulo VII del Título Quinto del Código

de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y comprendía de los artículos 532 a 540.

Como se aprecia, no hubo avance alguno en el aspecto que nos atañe porque lejos de ello, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se evidencia más bien un retroceso al menos en la claridad y en el método que tenía su predecesor porque éste, pese a todo, era claro y categórico respecto a la naturaleza dual que tenía la reparación del daño según se exigiera al delincuente o a terceros distintos a él.

En cambio, para desentrañar el contenido de esta institución jurídica en el nuevo ordenamiento penal debemos partir de una base interpretativa-sistemática del mismo con el auxilio del Código de Procedimientos Penales que rige en esta ciudad.

En principio, la legislación penal local nos indica en sus artículos 1º y 2º, lo siguiente:

"Artículo 1 (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurran los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta."

"Artículo 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate..."

En este sentido, el numeral 6 del citado Código Penal, establece:

"Artículo 6 (Principio de la jurisdiccionalidad). Sólo podrán imponerse pena o medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos..."

El Título Tercero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala el catálogo de penas y medidas de seguridad, y de consecuencias jurídicas para las personas morales; en este sentido, la fracción V, del artículo 30, nos dice:

"Artículo 30 (Catalogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

...V Sanciones pecuniarias..."

De igual forma el artículo 37 del código punitivo a estudio, especifica:

"Artículo 37 (Multa, reparación del daño y sanción económica). La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica."

Siguiendo con este análisis, los numerales 43 y 44 del código sustantivo de la materia y fuero, son claros al ordenar:

"Artículo 43 (Fijación de la reparación del daño). La reparación será fijada por los jueces, según el daño o perjuicios que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso."

"Artículo 44 (Preferencia de la reparación del daño). La obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquiera otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales."

En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y probar su monto, y el Juez a resolver lo conducente."

Su incumplimiento será sancionado con cincuenta a quinientos días multa."

Una vez establecidas las bases normativas, podemos señalar fundadamente, que con independencia de las posiciones dogmáticas más dominantes sobre el tema, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño sigue considerándose una pena o sanción pecuniaria, cuando se exige al sujeto activo de delito.

No obstante, es incuestionable que también se encuentra contemplada como sanción privada cuando es exigible a terceros civilmente responsables por la comisión de un delito, baste con apreciar los artículos 46 y 49, último párrafo, del Nuevo Código Penal en relación con los diversos 532, 533 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, ambos del Distrito Federal, para confirmar que: *La reparación del daño sigue teniendo una naturaleza dual en el sistema jurídico*

penal del Distrito Federal, a saber: resulta de carácter principal en el proceso, cuando es exigible directamente por el Ministerio Público al delincuente como pena pecuniaria cuya imposición es impuesta por el Juez, pero también, reviste el carácter accesorio, cuando se opta por la Instancia civil para hacerla efectiva respecto de personas distintas al sujeto activo, ya sea por la vía incidental durante la tramitación del proceso o ante las autoridades civiles, si así conviene a los intereses de quien sufrió un detrimento en su esfera patrimonial a consecuencia del delito.

Pese a todo, coincidimos con el Doctor Marco Antonio Díaz de León, en el sentido de que al darle el carácter de pena pública, la reparación del daño: *"emerge como uno de los logros más valiosos de nuestro sistema penal, el cual de manera equitativa salvaguarda a los ofendidos por el delito en el aspecto de los daños y perjuicios que acarrea casi siempre la comisión de éste. Es aquí donde los jueces deben centrar su atención, para impedir la impunidad y el empobrecimiento de nuestras clases populares."* ²¹

Significativa resulta también la opinión del insigne maestro Sergio García Ramírez, quien en función de la naturaleza jurídica de la reparación del daño y respecto de su tratamiento en el nuevo código sustantivo penal vigente en el Distrito Federal, nos dice: *"Establecido que la reparación no es pena pública, sino consecuencia civil, y que por ello el ofendido puede plantear la acción resarcitoria directamente ante los tribunales -y no permanecer a la expectativa, como testigo de su propio caso-, también parecía conveniente explorar y evitar los problemas que advirtió el legislador de 1931. En otros términos: hubiera sido indeseable acogerse a una sola forma de reclamar el daño, cuando era posible adoptar más de una, sumando ventajas, y avanzar considerablemente en la obtención del fin perseguido."* ²²

Más allá de la polémica suscitada entre los autores que hacen notar que la naturaleza de la reparación del daño es distinta a la de las penas significando, en

²¹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, página 364.

²² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. CONSECUENCIAS DEL DELITO. Op. cit., página 203.

ocasiones, que ello más bien parece un “capricho del legislador” debido a lo irreductible de una esencia en otra, frente a los partidarios de la idea que mira en la reparación del daño una responsabilidad civil derivada del delito, el criterio jurisprudencial que emana de nuestros tribunales federales, en sus textos interpretativos, reiteradamente sostienen que la reparación del daño es una pena pública y que cuando es exigible a terceros se constituye en una obligación civil. Tal es el criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, plasmado en la tesis aislada I.1o.P.72 P, visible en la página 537, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Noviembre de 2001, Novena Época, Materia Penal, de texto y rubro siguientes:

"REPARACIÓN DEL DAÑO TRATÁNDOSE DEL DELITO DE HOMICIDIO. CUANTIFICACIÓN. *El delito de homicidio conlleva, entre otras penas, a la reparación del daño, aun y cuando el juicio de reproche formulado sea a título de culpa; dada la naturaleza de los daños materiales como morales causados por esa acción delictiva, se da nacimiento a dos acciones, una del orden penal y la otra civil; sin embargo, al momento de intervenir las autoridades penales, las acciones civiles en reparación del daño son absorbidas por la legislación penal; existen algunos casos en que la reparación debe ser pagada por el propio delincuente, y otros en los que la obligación de pago pasa a terceras personas, en cuyo supuesto corresponde intentar la acción de pago a la parte ofendida, esta acción debe ser seguida ante los Jueces de lo Civil, según lo dispone el artículo 539 del enjuiciamiento penal del Distrito Federal, o bien, vía incidente dentro del mismo proceso penal conforme a las reglas establecidas en los numerales 532 a 540 del ordenamiento legal en cita, respecto del cual la legislación civil resulta aplicable en forma supletoria sólo por cuanto hace a la tramitación de ese incidente. Es evidente que existe una diferencia entre la reparación del daño exigible al delincuente y la responsabilidad civil proveniente de delito que se exige a un tercero, ya sea vía civil o a través del incidente*

mencionado; no obstante ello, es inconcuso que el monto al que debe ascender la indemnización por concepto de reparación del daño debe ser el mismo en ambos casos. Por todo lo anterior, no existe violación alguna de garantías en el hecho de que el juzgador, para cuantificar el monto al que asciende dicha reparación, se fundamente en disposiciones extrañas a la legislación penal, siempre y cuando a ellas recurra sólo para encontrar el criterio de esa cuantificación, razón por la cual es correcto que al no existir en la causa penal elementos probatorios que le permitan determinar la cuantía de los daños causados, se aplique lo dispuesto por el artículo 1915 del código sustantivo en materia civil, en virtud de que únicamente debe existir un criterio eficaz para establecer adecuadamente el monto de la indemnización, y que es el establecido por voluntad del legislador en el ordenamiento civil, ya que en la legislación penal no existe precepto alguno que establezca las reglas a seguir en este supuesto."

De igual forma, en lo concerniente a la consideración de la reparación del daño como pena pública, se invoca la Tesis de Jurisprudencia número 1a./J. 15/2004, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 157 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, Materia Penal, Novena Época, bajo el texto y rubro literal siguientes:

"AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EL HECHO DE QUE SE HUBIESE CUBIERTO LA SANCIÓN PECUNIARIA IMPUESTA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA, NO SIGNIFICA QUE SE TENGA POR CONSENTIDA LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD A LA QUE TAMBIÉN FUE CONDENADO EL REO, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE AQUÉL. El hecho de que el sentenciado hubiese cubierto la sanción pecuniaria que por concepto de reparación del daño, sanción económica o días multa le hubiese sido impuesta en sentencia definitiva dictada en un proceso penal, no implica que se tenga por

consentida la pena privativa de la libertad a que también fue condenado, en virtud de que ambas sanciones, si bien tienen el carácter de penas públicas, son de naturaleza distinta, en tanto sus efectos y consecuencias producen lesiones diferentes en la esfera jurídica del reo, esto es, en una la afectación generada es de índole patrimonial, mientras que en la otra recae sobre una de las garantías más preciadas por nuestro sistema jurídico mexicano: la libertad personal. En consecuencia, y aunado a que con la interposición del juicio de amparo por disposición expresa de la ley se impide que la sentencia condenatoria cause estado y la sanción pecuniaria sólo puede hacerse efectiva cuando dicha resolución cause ejecutoria, es indudable que en tal supuesto no se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo y, por tanto, no existe impedimento legal alguno para que el sentenciado pueda impugnar en el juicio de amparo directo, únicamente, lo correspondiente a la pena de prisión a que fue condenado. Lo anterior, con independencia de que el cumplimiento de esa sanción privativa de la libertad le haya sido sustituida por cualquier medida o condena, de conformidad con lo dispuesto por la ley penal que resulte aplicable.”

G. Reparación del daño y responsabilidad objetiva.

Introducir una reflexión sobre este tema, aunque sea de forma muy genérica, se justifica porque en el capítulo III del presente trabajo, se desarrollará el estudio de la reparación del daño por responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad civil derivada del delito, a cuyo pago, están obligadas personas distintas del autor del hecho delictivo (artículo 46, N.C.P.D.F.).

Es común toparse con que los libros dedicados a la materia penal, no hablen o hablen poco de esta materia dado que la conducta penalmente relevante es aquella que se ejecuta a título de dolo o culpa, tal y como lo quiere el artículo 3 del Nuevo Código Penal que a la letra dice:

"Artículo 3 (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente."

Ahora bien, es claro que no se puede imputar un delito a determinado individuo si éste no intervino culposa o dolosamente en su realización, esto es, que no se puede ser sujeto de responsabilidad penal porque este tipo de responsabilidad descansa sobre la idea de culpa y ésta siempre tiene por fundamento lo subjetivo, lo interior del que la incumple, de ahí que sobre este aspecto se hable de responsabilidad subjetiva, lo cual, no entraña que una persona que no intervino en la realización de cierto evento delictivo no deba responder por el daño generado, al menos excepcionalmente, en el ámbito penal.

Desde hace más de un siglo, respecto del Código Penal de 1871, Juan Manuel Díaz Barreiro, advertía lo siguiente: *"Todo delito produce responsabilidad criminal; esto es, sujeta al que lo comete a una pena, aunque sólo haya tenido culpa y no intención dañada: artículo 32; pero esta responsabilidad no pasa de la persona y bienes del delincuente, aunque sea miembro de una sociedad o corporación. Los reos tienen responsabilidad criminal en diverso grado, según que sean autores del delito, o cómplices, o encubridores, como puede verse en cada una de esas palabras: artículo 48.- Los casos en que no habiendo responsabilidad criminal la hay civil por sí, o por otras personas, se detallan en los artículos 326 a 349, que pueden verse en el título Responsabilidad Civil."*²³

La responsabilidad penal, nos dice Urosa Ramírez, se ha entendido por la doctrina, como: *"el deber jurídico impuesto a una persona de sufrir una determinada sanción, por haber realizado un delito que se le imputa."*²⁴

Ciertamente, a este tipo de responsabilidad, se le ha relacionado con el concepto de imputabilidad en el sentido dogmático correspondiente y, en la legislación sustantiva, vemos como se le asocia a las formas de autoría y participación, contempladas en el artículo 22, del Nuevo Código Penal para el

²³ DÍAZ BARREIRO, Juan Manuel. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL MEXICANO O SEA DEL CÓDIGO PENAL 1873. Primera Reimpresión a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1987, página 127.

²⁴ UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Editorial Porrúa, México, 2002, página 116.

Distrito Federal; no obstante, estos términos no son sinónimos, pues la responsabilidad que requiere el enjuiciamiento, encierra mayores datos que los que postula el derecho penal sustantivo.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, nos habla de la responsabilidad penal, cuando señala: *"La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios comprobatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito."*

De donde se colige, que la responsabilidad penal de un individuo se traduce en la comisión de una determinada hipótesis prevista en la norma punitiva, ejecutada con culpabilidad, esto es, dolosa o culposamente, sin estar asistido de alguna de las causas que excluyen determinado elemento del delito, detalladas en el artículo 29, del nuevo ordenamiento punitivo de la ciudad. Una vez que se verifica lo anterior, habrá lugar a la imposición de una pena y la consiguiente reparación de los daños y perjuicios generados por la conducta ilícita.

En cambio, la "responsabilidad objetiva", puede provenir o no de un hecho ilícito y, se le denomina "*objetiva*", porque en nada interviene una noción subjetiva de culpa, sino solamente atiende a la determinación objetiva de la ley en cuanto a qué debe indemnizarse.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, define a esta institución como: *"la necesidad jurídica que tiene una persona obligado-deudor de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, y que le causa un detrimento patrimonial, originado por: A.- Una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso; B.- El empleo de un objeto que la ley considera en sí mismo peligroso, o C.- Por la realización de una conducta errónea, de buena fe."*²⁵

²⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Undécima Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, páginas 794 y 795.

En efecto, existen algunos supuestos en los que se excluye toda relevancia del elemento subjetivo (dolo o culpa), dando lugar a la responsabilidad objetiva, que sin lugar a dudas, como señala De Ángel: *"se ha ido implantando en ciertos sectores de la actividad humana caracterizados por su intrínseca peligrosidad."*²⁶

Así, la responsabilidad objetiva que aquí nos importa, depende siempre de un comportamiento productor de daños antijurídicos relevantes para el Derecho Penal, donde sin embargo, por determinadas razones y para efectos del resarcimiento del daño, no es relevante la culpabilidad del agente (por lo que se habla también de responsabilidad sin culpa), viniendo adherido a ello de forma sustancial el riesgo de la actividad, como los propios del ejercicio de la actividad de empresa, o bien, la realización de ciertas actividades peligrosas, que pueden traducirse en un hecho lesivo de un interés jurídicamente protegido por el derecho penal.

Asimismo, se debe tener presente, que tanto en la responsabilidad civil subjetiva como en la objetiva, de acuerdo con el maestro Busto Lago: *"el elemento de la antijuridicidad debe estar siempre presente para que aquélla surja y ello fundamentalmente porque no es concebible que se imponga una obligación de resarcimiento de un daño si ese daño debe ser soportado por quien lo ha sufrido o, en otras palabras, si ese daño tiene justa causa."*²⁷

Sobre este particular, Cavanillas Múgica opina que tratándose la responsabilidad por culpa y la objetiva, de diferentes figuras con distinta naturaleza y distintas funciones, es lógico también pensar que la distinción puede llevarse también al mismo contenido de ambas, supuesto que: *"ni los efectos, ni los hechos impeditivos y constitutivos, tienen por qué ser los mismos y, en el caso de recibir una misma denominación, quizás requieran diferentes interpretaciones. Sólo separando ambos sistemas de responsabilidad, se podrá llegar a su coherente*

²⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Editorial Civitas, Madrid, España, 1995, página 160.

²⁷ BUSTO LAGO, José Manuel. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1998, página 174.

*y matizada configuración en todos sus elementos; hechos constitutivos, impeditivos y efectos.”*²⁸

Por tanto, no podemos soslayar que cualquier delito que produzca daño, lesión o alteración a un bien jurídico determinado, de modo simultaneo y constante, trae aparejadas repercusiones de dos clases: Una de índole social *lato sensu* considerada, que vincula al responsable con la colectividad a que pertenece, aunque sea transitoriamente, haciendo que para ésta nazca la acción penal y para el activo, la obligación de soportar la pena correspondiente; y la otra, es una relación jurídica que se establece entre el responsable y la víctima o sus derechohabientes, vínculo que otorga el derecho a quienes padecieron las consecuencias del delito, a exigir se les restaure la situación preexistente en la medida de lo posible, e impone a una persona distinta del responsable de la conducta típica, la respectiva obligación restitutoria.

Cabe tener presente la advertencia del maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien invita a no confundir la responsabilidad civil objetiva con la subsidiaria*, en virtud que ésta, se presenta: *"a cargo de una persona que debe responder por las conductas de otra, pero sólo a partir del límite en que ésta es impotente para cubrir el todo o parte de las prestaciones que debe."*²⁹

Para concluir este punto del presente capítulo sólo nos resta enfatizar que la reparación del daño fue redactada como pena en la forma que aparece en el nuevo ordenamiento penal, con las mismas contradicciones en que incurrió la comisión redactora del Código Penal de 1931, pues desde entonces, los motivos que orillaron a realizar una incisión en la naturaleza civilista de la reparación del daño, se enfocaron a abatir la inseguridad pública y disuadir a los delincuentes de cometer otros delitos.

²⁸ CAVANILLAS MÚJICA, S. *LA TRANSFORMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA*. Editorial Aranzadi, Sociedad Anónima, Pamplona, España, 1987, página 136.

* Es de aclararse, que sólo ofrezco una acepción de lo que podemos entender por responsabilidad subsidiaria a título meramente ilustrativo, en atención a que su estudio será materia de análisis en el capítulo III de la presente tesis, donde se desarrolla lo relativo a los sujetos deudores de la reparación del daño

²⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit., página 794.

Desde entonces a la fecha, la reparación del daño se ha concebido como pena, aunque también se ha reconocido que se trata de una institución civilista, aun cuando el sujeto pasivo sea el Estado, donde aparentemente hay consolidación de las dos acciones (civil y penal) en un mismo titular, ya que ambas tienen igual flexibilidad que en el caso general, e incluso, en tal hipótesis, es más fácil por los medios coercitivos de que el Estado dispone, que se satisfaga por el responsable su obligación.

No obstante se itera, la Exposición de Motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no esclarece el porqué se continuó con la tradición de considerar a la reparación del daño dentro de la sanción pecuniaria desconociendo su lado civil; pese a ello, creemos que las mismas razones, evidentemente prácticas, que en su oportunidad, sirvieron de base al legislador del Código Penal de 1931, para identificar a la reparación del daño como pena pública, fueron las mismas que motivaron a los depositarios del Poder Legislativo local para encuadrarla como tal, pues incluir la reparación del daño como parte de la sanción pecuniaria y ésta, a su vez, en el catálogo de penas y medidas de seguridad, seguramente fue con miras a dar mayor protección a las víctimas, equilibrando sus garantías con las de quienes delinquen, lo que justificaría, en todo caso, la connotación de reparación del daño como pena y, desde esa premisa, los argumentos de los redactores de los códigos que arraigaron a la reparación del daño en el ámbito penal, resultarían superiores a los que discrepan de la idea de darle al Estado, a través de los órganos de gobierno correspondientes, la intervención directa en la reparación del daño a la víctima del delito.

De cualquier manera, la comisión redactora del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no debió ser tan respetuosa de la autoridad moral que representaba la investidura de quienes intervinieron en la elaboración del Código Penal de 1931 y, pudo haber elaborado un proyecto más ambicioso que tutelara en mejor medida el interés del pasivo, comenzando por darle el carácter de verdadero sujeto procesal con capacidad de actuación propia e independiente del representante social, al menos, en cuanto a la reparación del daño se refiere.

1.2 EL DELITO.

La definición del delito no sólo tiene significación dogmática, sino también histórica y/o sociológica; sin embargo, en este apartado únicamente nos avocaremos al mencionado aspecto dogmático. Bajo el concepto "delito", se señalan todas las características de la acción amenazada con pena o medida de seguridad, cuyo estudio, en conjunto, constituye el objeto de la Teoría del Delito. La tarea del intérprete, consiste en identificar o diferenciar el acto real que va a ser juzgado, y el descrito en la síntesis abstracta contenida en los tipos penales de la ley. En el aspecto negativo, es decir, en la comprobación de ausencia de alguna de las características fijadas al hecho humano por la definición, es donde yace la limitación impuesta por el *jus poenale* al *jus puniendi*.

Efectivamente, el *jus poenale* o Derecho Penal se compone, dice Roxin: "*de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad o corrección.*" ³⁰

En tanto que, el *jus puniendi* se identifica con el derecho o facultad que tiene el Estado de castigar o de penar, que a decir de Jiménez de Asúa: "*ha seguido las vicisitudes de la norma de cultura, y cuando ésta, en los siglos pasados, permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de bárbaros sufrimientos.*" ³¹

Efectivamente, el Derecho Penal aparece como el conjunto de normas jurídicas con las que el Estado prohíbe, mediante la amenaza de la imposición de un castigo, determinadas acciones o comportamientos del hombre (acciones u omisiones) dentro de la sociedad que lo conforma, cuya inobservancia, tiene la consecuencia jurídica de infligir una pena o medida de seguridad al autor de esas acciones u omisiones, llamadas delitos.

³⁰ ROXIN, Claus. DERECHO PENAL. Parte General, Tomo I. Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1997, página 41.

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Biblioteca "Clásicos del Derecho Penal", Volumen 3. Editorial Oxford University Press, México, 1999, página 18.

De esta forma, el Derecho Penal como parte del ordenamiento jurídico del Estado, se caracteriza por la naturaleza de las consecuencias que siguen a la violación de sus prescripciones: pena y/o medida de seguridad.

En consecuencia, sostenemos que el Derecho Penal es una limitante de la potestad de castigar que tiene el Estado -por factores múltiples que no conviene estudiar ahora- porque su tarea es, como dice Alicia Gil Gil: "*la de proteger los bienes jurídicos más importantes frente a las formas de agresión más graves.*"³²

No es tema del presente trabajo, desarrollar un estudio pormenorizado de la Teoría del Delito, ni de sus elementos integradores, tópico este último que por cierto, no cuenta con una doctrina uniforme; sin embargo, es necesario señalar, aunque sea muy sucintamente, los puntos más relevantes de dicha teoría, para luego entender la noción formal que del delito, adoptó el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Ya antes hemos sostenido que el daño que importa al Derecho Penal, es aquél que se genera a través de la comisión de un hecho descrito por la ley como delito. Por esta razón, también trataré de elaborar un concepto de delito para que, a partir de éste, desprendamos el daño que produjo y su consecuente reparación.

La palabra delito, nos dice Fernando Castellanos Tena: "*deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.*"³³

La denominada Escuela Clásica del Derecho Penal, cuyo nombre se atribuye a Enrique Ferri, quien en sentido peyorativo, le dio esa connotación para significar lo viejo o lo caduco, tuvo como su máximo exponente al maestro de Pisa Francisco Carrara, para quien el delito, no es un ente de hecho sino jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho; de ahí que, para Carrara, el delito se identifique como: "*la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto*

³² GIL GIL, Alicia. "*Prevención General Positiva y Función Ético-Social del Derecho Penal*", en LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ANTE EL NUEVO SIGLO, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Diez Ripolles, José Luis y otros (editores). s/e, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, página 10.

³³ CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Parte General. Trigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1995, página 125.

externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso." ³⁴

Posterior a la Escuela Clásica, surgió la llamada Escuela Positivista o Positiva, que pretendía demostrar que el delito era un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos. De entre los fundadores de esta escuela, encontramos a tres de sus máximos expositores, como son César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrique Ferri.

El primero, fue el creador de la escuela criminal y sostenía que: *"el delincuente nato es idéntico al loco moral, con base epiléptica, explicable por atavismo y con un tipo físico y psicológico especial."* ³⁵

De igual forma, Castellanos Tena indica que Rafael Garófalo, definía al delito natural como: *"la violación a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad."* ³⁶

En tanto que, para Enrique Ferri, indica Daza Gómez, el delito legal consiste en que: *"el hombre (sujeto activo) ofende a otro (sujeto pasivo), violando un derecho o un bien (objeto jurídico), que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material), mediante una acción psíquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado."* ³⁷

Por otra parte, resulta incuestionable que desde el punto de vista jurídico, se han elaborado definiciones del delito de carácter sustancial y de tipo formal. En cuanto a las primeras, encontramos los dos sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito; primeramente, el denominado *"unitario o totalizador"*, cuya corriente postula que el delito, no puede dividirse para su estudio por integrar un todo orgánico, es decir, monolítico e insoluble; y en segundo término, el llamado *"atomizador o analítico"*, en el que sus adeptos, sostienen que el estudio del delito debe ser a partir de sus elementos constitutivos, lo que no supone la negación de que el delito integra una unidad.

³⁴ Idem, páginas 58 y 59.

³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA. Op. cit., página 25.

³⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando., Op., cit, página 126.

³⁷ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit, página 57.

En cambio, la noción formal del delito, a decir de varios autores, es la que suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta no es posible hablar de delito.

Expuestas las consideraciones anteriores, manifestamos que nos adherimos a la postura que considera como elementos del delito a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En efecto, para que haya delito, es necesario en primer término, que la voluntad humana se manifieste externamente en una acción o en la omisión de una acción esperada, las cuales, se engloban bajo el concepto de *conducta*, base y centro del delito, sin la cual, éste es inconcebible.

A. Conducta.

Sobre este elemento del delito, el célebre jurista alemán y artífice de la famosa "*Teoría de la Acción Final*", Hans Welzel, nos dice que si bien el delito parte de una acción y que ésta es una conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, es decir, un fin. Así, expone: "*la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad, de tal modo, que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin.*"³⁸

Por su parte, el Doctor Raúl Plascencia Villanueva, opina que la acción se entiende, en sentido amplio, como: "*la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto (acto) o de una omisión. El acto se*

³⁸ WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN, PARTE GENERAL. Undécima Edición/Cuarta Edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Martínez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1987, página 39.

*realiza mediante una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe, mientras que en la omisión, se deja de hacer algo que la propia ley ordena realizar.”*³⁹

Efectivamente, la Teoría del Delito, reconoce que la conducta se divide en acción y omisión, existiendo una subdivisión de esta última en omisión simple y comisión por omisión u omisión impropia.

Así, los delitos, expone Rodolfo Monarque: *"pueden cometerse mediante una acción (movimientos corporales voluntarios), o por omisión en sus dos modalidades (abstención de movimientos corporales voluntarios)."*⁴⁰

De igual manera, señalamos de manera enunciativa, los cuatro elementos de la conducta, a saber:

a) Psíquico o interno.- Consistente en la voluntad del individuo para realizar o abstenerse de realizar ciertos movimientos corporales que produzcan un resultado.

b) Material o externo.- Que se identifica con los movimientos corporales realizados o en la no ejecución de éstos, que producen un resultado.

c) El Resultado.- Entendió como la mutación, ya del mundo jurídico-formal, ya de la realidad material. La alteración jurídico-formal, se actualiza con la sola conducta de la persona, violando la norma penal; en tanto que la modificación material, precisa de una alteración palpable que puede ser física o fisiológica; y

d) La Relación de causalidad o nexo causal.- Que surge cuando se constata que el resultado no hubiera tenido lugar sin el movimiento corporal, es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal, sin que deba dejarse de producir el resultado ocurrido.*

³⁹ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. TEORÍA DEL DELITO. Segunda Reimpresión, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, página 52.

⁴⁰ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Segunda Edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 2002, páginas 19 y 20.

* Por la lógica y fines del presente trabajo, no se hace referencia a las innumerables teorías que sobre el nexo causal se han elaborado; tema que por cierto, ha sido históricamente debatido por los problemas que presenta en la Teoría del Delito; sin embargo, fijamos nuestra posición de adoptar como la más acertada a la *Teoría de la equivalencia de las condiciones* o *conditio sine qua non* creada por Von Buri en 1860, por reconocer a las causas y concausas naturaleza de condiciones que concurren a la producción de un resultado, sin las cuales, éste no se produciría y, además, por ser la que en mejor medida resuelve el problema de la participación; no

Ahora bien, la *omisión* se divide en *simple o propia*, y en *comisión por omisión* u *omisión impropia*.

La *omisión simple o propia*, se traduce en la abstención voluntaria de movimientos corporales que producen un resultado formal, cuyos elementos son: a) Manifestación de la voluntad del individuo de abstenerse a realizar movimientos corporales y, b) Un resultado formal o jurídico.

La *comisión por omisión* u *omisión impropia*, consiste en un no hacer voluntario, traducido en la abstención de un deber específico de actuar (calidad de garante), que produce un resultado material, siendo sus elementos: a) Manifestación de la voluntad del sujeto, consistente en abstenerse de realizar movimientos corporales; b) Calidad de garante, que es el presupuesto necesario para que la no evitación del resultado pueda equipararse a su causación activa (artículo 16, N.C.P.D.F.); c) Nexo de causalidad; y d) Resultado material o cambio en el mundo externo perceptible por los sentidos.

La diferencia esencial entre los delitos de *omisión simple* y *comisión por omisión*, según Monarque Ureña, es que: "*en los primeros no existe un resultado material y, en consecuencia, no existe una alteración en el mundo de los fenómenos; mientras que en los segundos, sí existe un resultado material y, por ende, una alteración en el mundo externo.*"⁴¹

Sobre lo anterior, el maestro Carlos Daza, apunta: "*en los delitos de simple omisión, el deber consiste en hacer lo que la ley ordena; en cambio en los de omisión impropia, el deber radica en impedir un resultado lesivo al prójimo.*"⁴²

Con lo anterior, podemos afirmar que el delito omisivo será imputable a un determinado individuo, siempre que no haya realizado la conducta que de él se esperaba, ya sea que la ley le hubiere ordenado realizar una determinada acción y además, se encuentre en condiciones de efectuarla, o bien, porque estuviera

obstante se enuncian para fines meramente ilustrativos las teorías más dominantes sobre el tema, sin hacer referencia a sus postulados en virtud de que, como se entiende, superan el alcance de la presente tesis: I. *Teoría de la última condición, causa próxima o causa inmediata* de Ortmann; II.- *Teoría de la condición más eficaz*, de Birkmeyer; III.- *Teoría de la adecuación o causa más adecuada* de Von Bar; IV.- *Teoría de la causa típica* de Beling; y V.- *Teoría de la Equilibrio* de Binding

⁴¹ MANRIQUE UREÑA, Rodolfo. Op. cit., página 30.

⁴² DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 309.

obligado por una norma de derecho, por un acto jurídico voluntario o por su actuar precedente, a evitar el resultado material que, en su caso, se hubiera producido.

Finalmente, habrá *ausencia de conducta* cuando la acción u omisión, se realicen sin la intervención de la voluntad del agente, ya sea por *vis absoluta* o fuerza física exterior irresistible proveniente del hombre, o bien, por *vis mayor* o fuerza mayor derivada de la naturaleza, aunque algunos penalistas como Castellanos Tena e Ignacio Villalobos, proponen también como excluyentes del elemento volitivo a los movimientos reflejos, al hipnotismo y al sonambulismo.

Ahora bien, esa conducta delictiva en cuanto al delito, aparece dotada de otro carácter como lo es la *tipicidad*. Efectivamente, la acción u omisión debe ser típica, es decir, conformarse a una descripción plasmada en la ley.

B. Tipicidad.

Cuando analizamos los comportamientos típicos, se estima que la acción se encuentra comprendida en la figura del delito como típica, *"a tal propiedad de adaptación se le denomina tipicidad, lo cual permite lograr la confluencia del mundo formal y el fáctico, y definirla como la adecuación de un comportamiento a la descripción elaborada por el legislador e inmersa en la ley."*⁴³

Esta descripción es *el Tipo*, medio de que el derecho se vale en la parte especial de los códigos penales para individualizar las conductas punibles. En 1906, Ernesto Beling explicó al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos.

Para 1930, nos expone Orellana Wiarco: *"Beling ya no habla de una especie delictiva, sino de una 'imagen rectora' compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos*

⁴³ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Op. cit., página 97.

*(como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa imagen rectora.”*⁴⁴

El tipo, a decir de Muñoz Conde, tiene en derecho penal una triple función: *"a) Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. b) Una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente. -función entendida con el principio nullum crime nulla poena sine lege, y que recoge nuestra Carta Magna en el artículo 14- c) Una función motivadora general, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.”*⁴⁵

Los tipos, de acuerdo con el maestro Plascencia Villanueva, se pueden clasificar en: 1. *Básicos o fundamentales.*- Si en ellos se describe un modelo de comportamiento humano y se aplican sin sujeción a otro; 2. *Especiales.*- Cuando además de tener elementos de los tipos básicos, cuentan con otros que los modifican, por lo que se aplican con independencia del tipo fundamental; 3. *Subordinados o complementados.*- Son los que refiriéndose a un tipo básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos; 4. *Compuestos.*- Aquéllos que describen una pluralidad de conductas pero que cada una de ellas podría conformar un tipo distinto pero referido al mismo bien jurídico; 5. *Autónomos.*- Se identifican con los que representan un modelo de comportamiento al que se adecua, directa o inmediatamente, la conducta del sujeto activo, sin que se deba aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; 6. *En blanco.*- Aquéllos en los que el legislador remite al mismo o a otro ordenamiento, para analizar y precisar una conducta que no está íntegramente descrita en la ley

⁴⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *TEORÍA DEL DELITO*. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. Undécima Edición, Editorial Porrúa, México 2001, página 19.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *TEORÍA GENERAL DEL DELITO*. Reimpresión a la Segunda Edición, Editorial Temis, Sociedad Anónima de Capital Variable, Bogotá, Colombia, 2002, página 32.

que la contempla; 7. *De daño o de puesta en peligro*.- En la medida que requiera la efectiva lesión o destrucción del bien jurídico tutelado, o bien, si sólo toma en consideración la posición de riesgo en la que se coloca al bien jurídico; 8. *Abiertos*.- Reciben este nombre los preceptos penales que carecen de guía objetiva para completar el tipo, es decir, la descripción sólo es comprensible a partir del complemento que realice otro tipo legal; y 9. *Cerrados*.- Son aquellos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por sí mismos.⁴⁶

Por otro lado, se puede decir que los *elementos del tipo objetivo* son: I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, la puesta en peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido, II. La forma de intervención de los sujetos activos y, III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Además, si el tipo lo requiere, también deberán acreditarse: a) Las calidades de los sujetos; b) El resultado y su atribubilidad a la acción o a la omisión; c) El objeto material; d) Los medios utilizados y, e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

De igual forma, se deben constatar los *elementos objetivos*, que provienen del mundo externo perceptible por los sentidos, por lo que son tangibles o materiales, así por ejemplo, "el individuo" en el delito de homicidio o "la cosa mueble" en el de robo, constituyen los llamados bienes jurídicos protegidos en el derecho penal, en tanto que "la vida" o "la propiedad" son las denominadas entelequias u objetividades jurídicas integradoras del llamado bien jurídico. Este elemento es el indicador de hacer o de no hacer y siempre implica un verbo (v.gr. 'apoderarse', 'privar', 'obtener', 'producir', 'proferir', 'poseer', etcétera); los *elementos normativos* que son aquellos que requieren de una valoración de tipo jurídica o cultural por parte del interprete o del juzgador para poder desentrañar su verdadero alcance y significado (v.gr. 'alimentos', 'funcionario', 'concurso', 'cosa', 'ajeno', etc.); y, finalmente, los *elementos subjetivos específicos*, que pertenecen al mundo psíquico del agente por lo que se catalogan de intangibles o

⁴⁶ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Op. cit., páginas 99 a 101.

inmateriales y que, sin embargo, son susceptibles de percepción a través de los sentidos; en otras palabras, son las especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles con que el agente comete el delito (v.gr. 'ánimo de dominio', 'fines lascivos', 'a sabiendas').

Vale destacar que al elaborarse la teoría finalista de la acción, la teoría normativa cobró autonomía porque de acuerdo con aquella corriente de pensamiento, según Monarque Ureña: *"el dolo y la culpa van a parar al tipo, y la culpabilidad se convierte netamente en reprochabilidad (exigibilidad de la conducta ordenada por la ley)."* ⁴⁷

Efectivamente, el dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos subjetivos del tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel de la acción por parte de la teoría final de la acción; en consecuencia, debe desterrarse todo planteamiento que pretenda analizar estos elementos como formas o especies de la culpabilidad.

La inclusión del dolo y de la culpa a nivel de tipo penal, se patentiza en el artículo 3º, del Nuevo Código penal para el Distrito Federal, al señalar que para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente.

a) El Dolo.

Por lo que hace al *elemento subjetivo del tipo dolo*, generalmente se le equipara con la intención; no obstante, hay casos en los que, sin que exista intención o ánimo directo, el dolo de todas maneras se presenta. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 18, párrafo segundo, señala que: *"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización."*

Doctrinalmente, el dolo puede ser directo o de primer grado; indirecto o de consecuencias necesarias y, eventual.

⁴⁷ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. cit., página 78.

En el *dolo directo o de primer grado*, el sujeto persigue, con la realización de su conducta, un resultado típico.

El *dolo indirecto o de consecuencias necesarias*, surge cuando el sujeto activo acepta un resultado típico. En este supuesto, el sujeto con la realización de su conducta, persigue la producción de un resultado específico, el cual trae aparejada, inevitablemente, otras consecuencias que el activo asume como necesarias, ante la necesidad de conseguir su propósito criminal.

Hay *dolo eventual*, cuando un individuo, a pesar de haberse representado como probable la producción de un resultado típico, se muestra indiferente y, con voluntad, realiza la conducta que de acuerdo a su representación habría de producirlo. A diferencia del *dolo indirecto*, en el *eventual*, los resultados paralelos que produce la conducta antijurídica, no son aceptados, sino que el activo se muestra indiferente ante ellos.

Finalmente, el *dolo indeterminado* es considerado un apéndice del eventual y existe, según Cortés Ibarra: "*cuando el sujeto activo, con fines ulteriores, no se propone causar determinado daño, sino sólo producir los que resulten sin concretizarlos en la mente.*" ⁴⁸

b) La Culpa.

De igual forma, el otro *elemento subjetivo del tipo es la culpa*, que implica falta de previsión o de cuidado, impericia y aun temeridad, siempre que esas manifestaciones de la voluntad produzcan un resultado típico no querido por el agente.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 18, párrafo tercero, señala que: "*Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.*"

Desde el punto de vista del Derecho Penal, la *culpa* se clasifica en *inconsciente o sin representación y consciente o con representación*. La primera,

⁴⁸ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, México, 1992, página 301.

tiene lugar cuando el agente de la conducta desconoce que está violentando una norma que exige cuidado y, sin tener representación alguna respecto de la producción de un resultado típico, se conduce imprudentemente causándolo (el sujeto no prevé el resultado, siendo previsible). En tanto que la segunda, se presenta si el sujeto activo, a sabiendas que violenta una norma que exige cuidado, y con la representación de que probablemente producirá un resultado típico, realiza la acción, abrigando la esperanza de que el resultado jamás se va a producir.

Por último, existirá *ausencia de tipicidad o atipicidad*, cuando la conducta no encaje perfectamente en el tipo penal, o falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate (artículo 29, fracción II, N.C.P.D.F.). No obstante, se aclara que además, habrá *ausencia de tipo* cuando la ley no contemple la descripción de una conducta, por ejemplo, cuando se suprime un determinado delito y, por el contrario, estaremos en presencia de *ausencia de tipicidad* cuando la conducta considerada por la ley como delito, no llene todos los elementos que el tipo exige, verbigracia, cuando en el delito de robo, se acredita que el bien objeto de apoderamiento no es ajeno, sino propio del sujeto activo.

C. Antijuridicidad.

Las acciones u omisiones típicas deben, enseguida, para constituir delito, ser *antijurídicas*, esto es, hallarse en contradicción con el Derecho; en otras palabras, que no exista en el ordenamiento jurídico globalmente considerado, preceptos que autoricen o permitan la conducta de que se trate, las cuales reciben el nombre de causas de justificación. Clarifica el concepto, la opinión de Muñoz Conde, quien afirma: "*la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico.*"⁴⁹

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. *DERECHO PENAL*, Parte General. Quinta Edición revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, página 304.

Carlos Binding, fue quien puso de relieve que antijurídicamente actúa, el que obra conforme a la hipótesis de la ley penal, esto es, cuando el comportamiento del sujeto actualiza el contenido de la norma penal previsor, porque en los tipos penales lo relevante es lo injusto y no lo justo, es decir, que quien comete un delito obra de conformidad con el tipo correspondiente.

Asimismo, la *antijuridicidad* o *antijuricidad*, se puede clasificar en formal y material. Existe la "formal", cuando un comportamiento humano violenta la norma jurídica (cualquier delito), mientras que la antijuridicidad "material", se presenta con la real y efectiva puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado por dicha norma.

El elemento negativo de la *antijuridicidad* son las llamadas *causas de justificación*, cuyas características son: a) Deben ser históricas o reales, de manera tal que si sólo existen en la mente del autor, no hay causa de justificación; b) Deben estar expresa y limitativamente contempladas en la ley, de tal suerte que no pueden existir por encima de las legislaciones penales, ni siquiera en forma supralegal y, además, c) Favorecen *erga omnes*, a diferencia de otras excluyentes que sólo aprovechan al autor.

En nuestro derecho positivo, tradicionalmente tienen esa connotación, las siguientes: a) consentimiento del ofendido b) legítima defensa, c) estado de necesidad, d) ejercicio de un derecho y, e) cumplimiento de un deber.

a) El *Consentimiento del Titular*, es una causa de justificación en la medida que el sujeto activo lleve a cabo la conducta ilícita con la aprobación del titular del bien jurídico o el poseedor legítimo del mismo; al respecto, Carlos Daza, dice: "*es la renuncia por el titular al derecho.*"⁵⁰

b) La *Legítima Defensa*, es la repulsa de una agresión antijurídica, real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor por el atacado o terceras personas.

⁵⁰ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op., cit, página 156.

c) El *Estado de Necesidad*, se presenta cuando existe un choque de bienes o valores jurídicos de distinta jerarquía, en el cual se sacrifica el de menor valor; en otros términos, esta causa de justificación, se actualiza cuando se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

d) El *Ejercicio de un Derecho*, es la facultad que tiene por ley un individuo, de dedicarse o ejercer determinadas actividades que pueden implicar la lesión en los bienes jurídicos de las personas, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para dicho ejercicio.

e) El *Cumplimiento de un Deber*, opina Monarque Ureña: "*entraña el amparo de conductas que se realizan en función de una actividad también autorizada por el Estado; autorización sin la cual, la conducta ejecutada sería delictiva. Por ejemplo, los cateos realizados por el Ministerio Público y la policía, por orden del juez; las condenas decretadas en una sentencia; la ejecución de las órdenes de arresto, etcétera. Cuando el mandato o deber ejecutado sea ilegal, entonces la causa de justificación no se presenta; por ejemplo: el policía que penetra a un domicilio sin orden de cateo, comete el delito de allanamiento de morada; el agente que detiene a un sujeto sin orden de arresto, comete el delito de privación ilegal de la libertad.*" ⁵¹

D. Culpabilidad.

Ahora bien, para que constituyan delito las acciones u omisiones típicas y antijurídicas, deben realizarse con *culpabilidad*, es decir, deben poder reprocharse personalmente a quien las ha efectuado.

Sobre el particular, Juan Bustos Ramírez, opina: "*necesariamente la base de la culpabilidad está configurada por el libre albedrío, ya que aquélla está basada en la afirmación que el ser humano tiene por esencia libertad de elección, que puede*

⁵¹ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. cit., página 56.

*elegir el mal en vez del bien, que se le puede hacer un reproche de culpabilidad, que pudo actuar conforme a Derecho, que tenía todas las capacidades para ello, y que sin embargo prefirió actuar en contra.”*⁵²

Previo el estudio de la *Culpabilidad* debemos destacar que la corriente doctrinaria más dominante, a cuyos postulados nos inclinamos, sostiene que la imputabilidad es un presupuesto de aquélla; esto reviste implicaciones como la de que en nuestro Derecho Penal Mexicano, los inimputables puedan cometer conductas típicas, antijurídicas y, sólo constatados esos tres elementos del delito, se les pueda aplicar una medida de seguridad, lógicamente en la fase postdelictual.

En efecto, la *imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad*, se entiende desde dos perspectivas: *la objetiva*, que se refiere a que el sujeto debe contar con cierta edad para que el derecho lo reconozca como capaz de ser activo del delito y, *la subjetiva*, que implica que dicho sujeto, debe tener una salud mental adecuada.

Desde el punto de vista de la teoría normativa, la *imputabilidad* implica la capacidad del sujeto de motivarse por la norma, comprender su significación (capacidad de entender) y conducirse conforme a la misma (capacidad de querer). Así, la *inimputabilidad* se representa como la carencia o falta de capacidad de un sujeto, de conocer o entender lo ilícito de un hecho, y de la imposibilidad para determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión.

Por otra parte, debemos apuntar que el Nuevo Ordenamiento Penal para esta Ciudad, contempla las *acciones libres en su causa* y la *imputabilidad disminuida* en su artículo 29, fracción VII. Respecto de las primeras, podemos decir que son aquellas que tienen lugar, cuando el activo, voluntariamente se provoca un trastorno mental, bajo el influjo de cualquier sustancia para, en ese estado, llevar a cabo el delito, en cuyo caso, responderá por el resultado típico producido en tal situación. En tanto que la *imputabilidad disminuida*, se produce por situaciones que alteran o afectan la *psique* del individuo, lo que provoca una

⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los Mitos de la Ciencia Penal del Siglo XX", en *LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ANTE EL NUEVO SIGLO*, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Diez Ripolles, José Luis y otros (editores). Tomo I, S/e, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, página 3.

capacidad de cognición y volición disminuidas, sin que tal afectación se dé a grado tal, que excluya su imputabilidad. En este caso, a juicio del juzgador, se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos, dos peritos en la materia (Artículo 65, N.C.P.D.F.).

Una vez analizado lo anterior, podemos decir que el elemento *Culpabilidad*, ha sido explicado a partir de dos teorías, a saber:

- a) La *psicologista*, que postula que la culpabilidad consiste en un nexo psicológico e intelectual del dolo o culpa, entre la conducta del sujeto y el resultado producido o la puesta en peligro de algún bien jurídicamente tutelado; y,
- b) La *normativa* que además, exige que al sujeto en particular, le fuere racional y legalmente exigible, haberse conducido conforme a la disposición de la norma.

El contraelemento de la *culpabilidad* son las denominadas *Causas de Inculpabilidad*.

En principio, la *inimputabilidad*, es el aspecto negativo de la imputabilidad y éste, a su vez, es un presupuesto de la culpabilidad; por lo que, cuando existe una causa que elimina la imputabilidad, desvanece el elemento del delito culpabilidad.

En México*, tradicionalmente, la *inimputabilidad* se ha valorado desde una óptica tripartita: "*la primera, desde un punto de vista meramente objetivo, que tiene que ver con la edad del sujeto ... la segunda tiene que ver con la sanidad mental (trastorno mental), y la última, se refiere a la maduración psicofisiológica (desarrollo mental retardado).*"⁵³

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, fracciones VIII y IX, reconoce como causas de inculpabilidad al *error* ya sea de tipo o de prohibición, el estado de necesidad disculpante y, la inexigibilidad de otra conducta

* El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala que las disposiciones de dicho ordenamiento punitivo, se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años de edad (Artículo 12, , N.C.P.D.F.).

⁵³ MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. cit., página 85.

El *Error* es la noción equivocada, creencia errónea, ignorancia, desconocimiento o el conocimiento falso, que el sujeto tiene con respecto a la norma jurídica (error de derecho) o sobre el hecho tipificado (error de hecho).

Asimismo, se clasifica en *accidental* y *esencial*, aunque no todos los errores, son causa de inculpabilidad, solamente los esenciales invencibles o insuperables; o los superables o vencibles, cuando el delito admita como única forma de realización, la dolosa.

El *error accidental*, no exonera la culpabilidad; sin embargo, eventualmente, puede cambiar la clasificación del delito y se divide para su estudio en: a) *Abberatio ictus, o error en el golpe* que tiene lugar cuando el sujeto activo yerra respecto de la dirección hacia la que había orientado su acción; b) *Aberratio in persona, o error en la persona*, el cual se actualiza cuando la conducta del agente, está encaminada a lesionar a una persona determinada y, sin embargo, por circunstancias desconocidas por aquél, la lesión se produce en otro individuo y, finalmente, c) *Aberratio in delicti, o error de en el delito*, que se presenta cuando el sujeto cree estar cometiendo un delito determinado y, en realidad, ejecuta otro.

Por su parte, *el error esencial*, se clasifica en *error de hecho* y *de derecho, vencible* e *invencible*. Este tipo de error, se considera como causa de inculpabilidad, cuando es invencible o insuperable; sin embargo, como hemos dicho, el superable operará eventualmente como excluyente delictiva.

El *error esencial de hecho insuperable o invencible*, consiste en la ignorancia o en la creencia errónea con relación a un elemento del tipo, que hace que el activo crea de manera insuperable estar obrando lícitamente. Asimismo, el *error esencial de hecho superable o vencible*, se presenta cuando, el sujeto sospecha, pero sin certeza, que su conducta pudiera ser delictiva y, sin cerciorarse, la realiza.

De igual forma, el *error esencial de derecho superable o vencible*, se actualiza cuando, el sujeto no tiene la certeza de que su actuar es ilícito y, sin embargo, no se detiene a verificarlo, y lleva a cabo su acción.

En tanto que, el *error esencial de derecho insuperable o invencible*, se manifiesta cuando el sujeto, por ignorar la prohibición de algún delito, cree

conducirse lícitamente, sin embargo, encuentra sus límites en lo que la doctrina denomina "ceguera jurídica", supuesto que la ignorancia de la ley, no aprovecha o beneficia a quien ejecute la conducta prohibida en ella.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sólo reconoce al error invencible, según que la acción o la omisión se realicen bajo un error, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate, o bien, b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta (Artículo 29, fracción VIII, incisos a) y b), N.C.P.D.F.).

En lo que atañe al *estado de necesidad disculpante*, el Doctor Carlos Daza, afirma que también se le conoce como "*estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía*"; para este insigne catedrático, la diferencia con el estado de necesidad justificante: "*radica en el bien jurídico, cuando es mayor que el interés sacrificado es estado de necesidad justificante; cuando se trata de bienes jurídicos de igual entidad será estado de necesidad disculpante.*"⁵⁴

Por tanto, es dable concluir, que el estado de necesidad justificante elimina la antijuridicidad, en tanto que el estado de necesidad disculpante provoca inculpabilidad.

Asimismo, la *inexigibilidad de otra conducta* supone que el sujeto es inculpable, si al cometer la conducta típica y antijurídica, de acuerdo a la condiciones en que se ejecuta, no le era racional ni legalmente exigible conducirse conforme a los cánones de la ley, por lo que no se le puede formular el juicio de reproche, toda vez que no tiene otra opción, o bien, tal y como señala la fracción IX, del artículo 29, del nuevo ordenamiento punitivo para esta ciudad: "*en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.*"

Es de resaltarse que algunos autores como Marique Ureña y Cortés Ibarra, consideran al *caso fortuito* como una auténtica causa de inculpabilidad,

⁵⁴ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 270.

sustentando su opinión en que existen movimientos corporales voluntarios por parte del agente, sin embargo, por causas inevitables e imprevisibles, se produce un resultado dañoso, actuando sin imprudencia ni negligencia, pues en la imprevisibilidad del evento dañoso, está el criterio para determinar la noción del caso fortuito, concluyendo que el agente contribuye materialmente a la producción del resultado sin participación subjetiva.⁵⁵

Otros ilustres catedráticos como Carlos Daza y Muñoz Conde, agregan a las causas de inculpabilidad, el *miedo insuperable*. El primer autor, opina que el *miedo*, es un estado psíquico que puede lograr la paralización total del sujeto e, *insuperable*, significa superar a la exigencia media de soportar males y peligros. En tanto que el segundo de los mencionados, afirma que el componente subjetivo (miedo) de esta excluyente, hace preferible tratarla en el ámbito de la culpabilidad, y cabe apreciar ésta y no la de estado de necesidad, cuando el sujeto en la situación de pánico, lesiona un bien jurídico, sin darse cuenta de que había otras formas de solución del conflicto.⁵⁶

En cualquier caso, ninguno de estos dos elementos, se contempla como causa de exclusión de elemento alguno del delito, en el artículo 29, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

A guisa de conclusión, sobre este repaso harto superfluo de la Teoría del Delito, sostenemos que los caracteres ineludibles de todo delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, precisando que la *punibilidad*, actualmente no se considera elemento esencial del delito, sino una consecuencia del mismo, partiendo de la base de que el delito es una conducta antisocial y, en consecuencia, se actualiza sin la pena, lo que no significa que la conducta deje de ser social y legalmente reprobada. Además, cada vez que se advierta, en las redacciones de los tipos penales, que el tratamiento del precepto se encamina a eliminar la sanción, con frases como las de: "*quedan exceptuados de sanción*", o

⁵⁵ Cfr. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Op. cit., página 102 y CORTES IBARRA, Miguel Ángel. Op. cit., página 336.

⁵⁶ Cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 271 y MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORÍA DEL DELITO. Op. cit., página 129.

bien, *"no se sancionará"*, etcétera, los especialistas en la materia, nos dicen que deben catalogarse, automáticamente, como excusas absolutorias que eliminan la punibilidad del delito.

Concluido, aunque de manera ciertamente superficial, el estudio dogmático del delito y en alusión directa al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se comparte también, la idea de que toda conducta típica, antijurídica y culpable, genera responsabilidad penal para los autores y partícipes en la ejecución de un determinado hecho calificado por la ley como delito. Por tanto, tal y como afirma Alfonso Reyes Echandía: *"el delito, que ocasiona o puede causar daños al patrimonio económico y moral de quienes sufren sus consecuencias, da lugar también a responsabilidad civil."* ⁵⁷

E. El Delito en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Sobre este tema, cabe resaltar que a diferencia del Código Penal Federal, en cuyo artículo 7º se indica que delito: *"es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*, el nuevo código sustantivo penal del Distrito Federal, no cuenta con una disposición específica que precise qué debemos entender por delito, sino que habremos de echar mano de diversas disposiciones, para aproximarnos a la idea que el legislador local estableció para considerar una conducta como penalmente relevante.

Al respecto, el Magistrado José Guadalupe Carrera Domínguez, nos comenta que el hecho de que la descripción que se hace en el referido artículo 7º del Código Penal Federal, y que perduraba en el código antecesor del vigente en esta ciudad, ya no aparezca en el nuevo ordenamiento penal para el Distrito Federal, resulta acertado pues: *"en aquélla redacción realmente no se definía lo que era delito, sino que más bien tendía a respetar el principio de legalidad; esta omisión la considero acertada ya que definir lo que es el delito representa un conflicto de carácter filosófico, de ahí que la concepción de delito se deje abierta a la*

⁵⁷ REYES ECHANDÍA, Alfonso. DERECHO PENAL. Quinta Reimpresión de la Undécima Edición, Editorial Temis, Sociedad Anónima, Bogotá, Colombia, 1996, página 300.

*interpretación de la ley partiendo obviamente de los principios más importantes del derecho penal.”*⁵⁸

Efectivamente, la primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito, es la de dar un concepto del mismo, que contenga, desde luego, todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena o medida de seguridad. Para ello, se debe partir del derecho penal positivo, pues de lo contrario, advierte Muñoz Conde: *“todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito jurídico, para hacer filosofía, religión o moral.”*⁵⁹

Es claro que desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es consecuencia del principio *“nullum crimen nulla poena sine lege”*, que rige el moderno derecho penal y concretamente el del Distrito Federal y que impide considerar como delito, cualquier conducta que no caiga en los marcos de la ley penal.

Así, el ordenamiento punitivo de la capital del país, encierra en cuando menos ocho artículos, la idea de lo que debe entenderse como delito. Afirmación que se deduce a partir de la lectura de los numerales 1, 2, 4, 5, 15, 16, 18 y 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, los cuales a la letra dicen:

“Artículo 1 (Principio de legalidad) A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurran los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.”

⁵⁸ CARRERA DOMÍNGUEZ, José Guadalupe. *“La Estructura del Delito a la Luz del Nuevo Código Penal y su repercusión en el ámbito jurisdiccional”*, en ANÁLISIS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Terceras Jornadas Sobre Justicia Penal “Fernando Castellanos Tena”. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga Islas De González Mariscal (coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, páginas 36 y 37.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Op. cit., página 1.

"Artículo 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.

La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable."

"Artículo 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal."

"Artículo 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse."

"Artículo 15 (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión."

"Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

I . Es garante del bien jurídico;

II . De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y

III . Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

a). Aceptó efectivamente su custodia;

b). Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

c). Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o

d). Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.”

“Artículo 18 (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.”

“Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) *Que se trate de un bien jurídico disponible;*
- b) *Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y*
- c) *Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.*

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio

de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.”

En efecto, Javier Jiménez Martínez, en cuyas ideas nos apoyaremos para la elaboración del esquema del delito en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, nos dice que el elemento *Conducta*, se encuentra en el artículo 3 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, al decir: *"el delito sólo puede ser realizado por acción u omisión"*. Su correlativo negativo aparece en la fracción I, del numeral 29, del citado ordenamiento, al precisar que el delito se excluye cuando: *"la actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente."*⁶⁰

Por cuanto hace a la *Tipicidad*, su aspecto positivo se haya en el artículo 2, del código punitivo en consulta, al señalar que: *"no podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate"*. Su correspondiente negativo, se encuentra en la fracción II, del artículo 29, del aludido código, al decir que el delito se excluye cuando: *"falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate."*

La *Antijuridicidad*, se encuentra en el artículo 4, del nuevo código sustantivo de la materia y fuero, al establecer: *"Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal"*. En tanto que su aspecto negativo, lo ubicamos en las fracciones III, IV, V y VI del artículo 29, de la citada ley penal, cuando precisa que el delito se excluye ante la existencia de: a) consentimiento; b) legítima defensa; c) estado de necesidad; y d) cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Por lo que hace a la *Culpabilidad*, la vemos insertada en el artículo 5, del código a estudio, cuando señala que: *"No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente."*; sin embargo, previene Javier Jiménez: *"ahí no se establecen sus elementos, por lo que para determinarlos de manera positiva, hay que acudir a las fracciones VII, VIII y IX, del artículo 29, del*

⁶⁰ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Editorial Ángel Editor, México, 2003, páginas 575 a 578.

código penal capitalino, de ahí se desprende que interpretado en sentido contrario, son: a) imputabilidad; b) conocimiento de la antijuridicidad; y c) exigibilidad de otra conducta. Como su lógica consecuencia, el aspecto negativo de la culpabilidad se establece en las fracciones VII, VIII y IX, del artículo inmediatamente citado, al decir que el delito se excluye en los casos de: a) inimputabilidad; b) error de prohibición; y c) exigibilidad de otra conducta.”⁶¹

Sobre lo anterior, el propio Jiménez Martínez, aclara que se llega de nueva cuenta a los errores del pasado: *“porque el error de tipo a que se refiere la fracción VIII tiene su lugar natural en el tipo penal precisamente, porque excluye el delito y no la culpabilidad, por esa razón, a mi entender se encuentra ya establecida en la fracción II, o bien, debe ser ubicado en ella para evitar confusiones.”*⁶²

Con esta base legal, podemos aventurar que delito en esta ciudad, será la conducta penalmente relevante en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por cuya ejecución, a su autor, se le impondrá una determinada consecuencia jurídica (artículos 30, 31 y 32, N.C.P.D.F.); es decir, habrá delito cuando dicha conducta se ejecute por vía de acción, omisión o comisión por omisión (bajo ciertos supuestos, artículo 16, N.C.P.D.F.), de manera dolosa o culposa, siempre que se satisfagan los elementos previstos en la descripción típica y se lesione o ponga en peligro, sin causa justa, el bien jurídico tutelado por la norma que la contempla, salvo que concurra una de las causas de exclusión de alguno de los elementos del delito que señala el artículo 29 del ordenamiento penal a estudio.

Por otra parte, es evidente que con independencia de la concepción que se le dé al delito en el nuevo código punitivo de esta ciudad, es necesario vincularlo con la ley procesal, especialmente con los artículos relativos al concepto de “cuerpo del delito”.

Desde hace algún tiempo, se viene explicando en México que entre los términos “tipo” y “cuerpo del delito”, hay una relación de continente a contenido,

⁶¹JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. cit., página 577.

⁶² Idem., página 578.

pues el primero representa un concepto penal abstracto y el segundo, una noción que mira a la realidad; concluyéndose que comprobar el “cuerpo del delito”, significa verificar plenamente, en determinada situación concreta, la existencia de todos y cada uno de los elementos fácticos que componen el “tipo”.

Efectivamente, como señala el Magistrado Carrera Domínguez, con la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve el legislador federal retomó la figura de “cuerpo de delito”, situación que resultó conservadora y proteccionista, supuesto que: *“lejos de obtener mejores resultados, ha provocado desilusión, indiferencia, inseguridad jurídica y corrupción porque la pretensión del legislador fue retomar un concepto añejo en el que para comprobar el cuerpo del delito, se requerían solamente los elementos materiales de la infracción, es decir, dejar a un lado el elemento subjetivo y la forma de participación, para que esto se viera en la responsabilidad, concepción con una reminiscencia del sistema causalista.”*⁶³

Así, es evidente que el problema no es sólo de denominación de la figura sino de contenidos esencialmente; de ahí que a los procuradores e impartidores de justicia, les resulte prácticamente imposible desvincular el “cuerpo del delito” del “tipo penal”, pues deben acreditar, en el caso concreto e instancia correspondientes, el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito y, además, si en la descripción típica se contempla como esencial un elemento subjetivo o normativo, también será necesaria su acreditación, para la debida comprobación del “cuerpo del delito”, según ordena el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que en lo conducente, a la letra dice:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

⁶³ CARRERA DOMÍNGUEZ, José Guadalupe. Op. cit., página 39.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito..."

Soporta lo anterior, la tesis de Jurisprudencia 13/2003 sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 9, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Materia Penal, de rubro y texto siguientes:

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN ÉL DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO, SIN PERJUICIO DE QUE TAMBIÉN SE EXAMINEN EN LA SENTENCIA QUE AL EFECTO SE DICTE. *El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, establece que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.". Ahora bien, del análisis de tal precepto constitucional se concluye que para que el inculpado tenga certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, la autoridad judicial, al dictar un auto de formal prisión, no debe limitar su actividad al estudio de los aspectos relacionados con el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sino que debe analizar las modalidades o*

circunstancias modificativas o calificativas, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se defina, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, en virtud de que es justamente en dicho proceso donde se brinda al inculpado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes. Lo anterior no es obstáculo para que el Juez de la causa, al dictar su sentencia, efectúe el análisis del grado o calificativas del delito e, incluso, por virtud de ello, la misma pueda diferir del que fue materia en el proceso, al encontrar material probatorio que lo lleve a esa conclusión.”

En efecto, el delito dentro del marco del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se identifica con los elementos esenciales de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En consecuencia, sólo a partir de la constatación de estos elementos, en determinado hecho penalmente relevante, una vez acreditadas en el proceso penal, el cuerpo del delito y la responsabilidad del autor, habrá lugar a la imposición de una pena y/o medida de seguridad, y sólo entonces, se podrá condenar al activo a la reparación del daño.

Ciertamente, el legislador local no siguió corriente doctrinaria alguna para la redacción del nuevo ordenamiento penal vigente en esta ciudad, por lo que varios autores preocupados en el tema, han señalado que en lo que acabó este Nuevo Código Penal, fue en un “tratado de principios”, con miras a la imitación cuando menos, en su parte general, al Código Penal Alemán, pero cuyo intento quedó muy corto y en algunos casos, obsoleto y equívoco, pues, no deja de llamar la atención el que haya insistido en estructurar las causas de exclusión del delito, de modo semejante al pasado, como sucede en la fracción VIII, de su artículo 29, del referido código punitivo, sin dejar de lado la observación que en distintos foros académicos se ha denunciado, en el sentido de que la expresión “causa” o “causas de exclusión del delito” es inapropiada, porque cuando aparece alguna de ellas, no se excluye el delito, sino que no surge, es decir, no ha nacido; en todo caso,

excluye uno de sus elementos y no se llega a completar la pirámide delictual, pero no el delito.

El resultado de la creación acaecida en dos mil dos dando lugar al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es un tratado incompleto con el que, como dice Javier Jiménez, citando a Woesner: *"-solo se consigue cambiar los muebles de lugar, dentro de la misma habitación- y se llegó al mismo punto que antes: a un sistema penal fragmentado y extraviado para el Distrito Federal."* ⁶⁴

1.3 LA VÍCTIMA Y EL OFENDIDO.

Antes de analizar si efectivamente en el nuevo ordenamiento penal para la capital de la República Mexicana, se cumple cabalmente la disposición constitucional consagrada en el artículo 20, apartado B, que desde el veintiuno de septiembre del año dos mil, consagra las garantías individuales que en todo proceso penal, tienen la víctima y el ofendido de un delito, debemos establecer la diferencia entre ambos conceptos.

Una aproximación preliminar, nos conduce a afirmar que la "víctima", es el sujeto sobre el que recae directamente la conducta delictiva, y que el "ofendido" será, en todo caso, aquél que se encuentra íntimamente ligado con la víctima por vínculos de parentesco, amistad, amor o cualquier otro que lo motivan a sufrir las consecuencias de la comisión de un delito ejecutado en la persona o patrimonio de aquélla.

Así, la víctima en un delito de homicidio, es la persona que muere a raíz de la conducta dirigida en su contra por parte del sujeto activo, en tanto que el ofendido, serían los padres, hijos, hermanos, o bien, el cónyuge o el concubino, quienes de una u otra manera, se encontraban ligados por algún vínculo con la víctima.

Por ende, toda víctima de un delito (con excepción de los delitos que aniquilan la vida) será ofendida, pues el injusto que recae en su persona evidentemente le causa una ofensa; empero, no todo ofendido es víctima porque

⁶⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. cit., página 578.

desde el punto de vista normativo, el delito puede recaer directamente en una persona o en los bienes de ésta, contra el Estado o contra personas morales de participación estatal, descentralizadas o privadas, y la persona ofendida puede no ser propietaria de esas cosas, o bien, no ser la directamente perjudicada.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado B, establece las garantías de la víctima y el ofendido. En efecto, actualmente, la reparación del daño se erige como una verdadera garantía individual para el sujeto pasivo del delito, trátase de la víctima o del ofendido; sin embargo, es clara la imposibilidad de que en dicho ordenamiento, se establezca de manera pormenorizada, la reparación del daño que debe hacerse en cada caso particular; lo cual, es propio de la legislación secundaria en la materia, en sus aspectos sustantivo y procesal; no obstante, debemos destacar aunque sea enunciativamente, lo que sobre esta figura contempla la norma fundamental, a saber:

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

A. ...

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 los 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.”

Acerca de las figuras aquí estudiadas, el doctor Sergio García Ramírez manifiesta que: *"la víctima y ofendido son dos conceptos distintos. Por lo que el concepto de víctima que es más criminológico que jurídico, se proyecta sobre otros personajes en torno al hecho punible que resiente las consecuencias de éste y no necesariamente intervienen en el procedimiento.”*⁶⁵

El mismo autor, en otra obra, trata de explicar por qué el derecho mexicano no acaba de fijar el término que prefiere o que debe, pues usa ambas voces como sinónimos, sin que lo sean; en ese tenor afirma: *"El errático manejo de los términos puede obedecer a un propósito omnicompreensivo de los personajes que se pudieran refugiar en la idea de sujeto pasivo del delito.”*⁶⁶

Se dice que en Derecho Penal, la "víctima" es el titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro con el delito, es decir, el sujeto pasivo; junto a ella, algunos tratadistas opinan, se encuentran los "perjudicados", o sea, los sujetos que se ven directamente afectados por el hecho ilícito, pero que no son titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Al respecto, el catedrático Joan Queralt, señala: *"la distinción entre víctima y perjudicado tiene trascendencia político-criminal y procesal. Así es: por un lado,*

⁶⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma Mexicana, México, 2000, página 272.

⁶⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. TEMAS Y PROBLEMAS DE LA JUSTICIA PENAL. Editorial Seminario de Cultura Mexicana, México, 1996, páginas 31 y 32.

*la relación del bien jurídico penalmente protegido con la víctima permite establecer la gravedad del ilícito por parte del legislador; de esta suerte la esencialidad del bien y la consecuente intensidad de la punición de la conducta lesiva del mismo se determinarán a la vista de la relación entre bien y titular del mismo. De otro lado, procesalmente, y con independencia de la acción popular, la existencia de una víctima jurídicamente capaz de actuar impide el ejercicio de la acción penal y/o civil por parte de los perjudicados en sentido estricto.”*⁶⁷

Las opiniones anteriores, nos hacen reflexionar acerca de si debe permanecer siquiera la distinción entre ambos conceptos, los cuales finalmente, se subsumen en el de “sujeto pasivo” del delito, desde una perspectiva *lato sensu*, pues del mismo modo que éste exige para su real comisión y existencia, la efectiva intervención ejecutiva de un sujeto activo, constituye requisito imprescindible que la acción u omisión delictiva realizada, incida sobre o contra un determinado individuo o ente colectivo al que se denomina “*sujeto pasivo del delito*”, que es la verdadera persona, ya sea física o jurídica, o ente estatal autónomo o municipal, colectivo o social, que tiene la titularidad del bien jurídico penalmente protegido, lesionado o puesto en peligro por el hecho delictuoso.

A la posición anterior, nos lleva la disertación de Miguel Polaino en cuanto a que no debe identificarse el concepto “*pasivo*” con las nociones afines de “*víctima del delito*”, “*ofendido del delito*”, “*lesionado por el delito*”, o incluso, “*paciente del delito*”, no tanto por denotar intrínseca inexactitud conceptual, cuanto porque ello implicaría soslayar siquiera fragmentaria o parcialmente, el criterio esencial de distinción o delimitación conceptual: la necesaria diferenciación entre el titular del objeto jurídico y de los sujetos que sin ser portadores del mismo, resultan afectados a nivel de perjuicio o de incidencia sobre los intereses inherentes a él.

Para explicar lo anterior, el autor en consulta nos dice: “*Básicamente, las figuras afines de ‘víctima’, ‘ofendido’, ‘lesionado’ o ‘paciente’ son nociones que*

⁶⁷ QUERALT, Joan. “*Víctimas y Garantías: Algunos Cabos Suelto. A propósito del Proyecto Alternativo de Reparación*”, en POLÍTICA CRIMINAL Y NUEVO DERECHO PENAL. libro Homenaje a Claus Roxin. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y otros (coordinadores). Editorial Bosch Editor, Barcelona, España, 1997, página 157.

*ostentan – o pueden ostentar – un contenido más amplio que el de sujeto pasivo del delito. a) La figura de 'sujeto pasivo' exige necesariamente el reconocimiento de la titularidad en un determinado sujeto del bien jurídico protegido: será sujeto pasivo del delito el titular del bien jurídico. b) Por el contrario, la figuras de 'víctima', 'ofendido', 'lesionado' o 'paciente' se caracterizan porque no tienen necesariamente que ostentar la titularidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y, por ello, necesitado de tutela jurídico-penal.”*⁶⁸

Ilustrativo resulta el ejemplo que utiliza el catedrático en mención al señalar que si “A” mata a “B”, el sujeto pasivo del delito será “B”, quien también es la víctima –directa, principal- del delito. Pero los familiares directos, pareja o amigos íntimos de “B”, son igualmente víctimas del delito y sin embargo, no son titulares del bien jurídico lesionado: la vida humana independiente o integridad física de “B”.

De ahí que la noción de “víctima del delito” –desde el punto de vista penal, criminológico y victimológico- abarque un campo de aplicación más amplio que la más estricta de “sujeto pasivo del delito”, por lo que normalmente en un delito, suele haber un sujeto pasivo individualizado y una pluralidad de víctimas no fácilmente concretable, al menos *a priori*.

En todo caso, es de resaltar, como lo explica Miriam Herrera Moreno que: *“al tenor de la ley penal, la concepción de víctima se desglosa en un doble plano: constituye, de un lado, sujeto pasivo del delito y titular del bien jurídico vulnerado; de otro, la víctima se identifica con el de damnificado o perjudicado, individual o colectivo que, por la perpetración del delito, se hace acreedor a una reparación civil. Por lo tanto, víctima penal será no solo la que recibe las consecuencias negativas de la acción punible, sino, asimismo, aquellas personas que detentan derechos indemnizatorios.”*⁶⁹

⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. DERECHO PENAL, Parte General, Teoría Jurídica del Delito, Tomo II, Volumen I. S/e, Editorial Bosch, España, 2000, páginas 147 a 150.

⁶⁹ HERRERA MORENO, Miriam. LA HORA DE LA VÍCTIMA. Compendio de Victimología. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editorial Edersa, Madrid, España, 1996, páginas 167 y 330.

De lo anterior, obtenemos que el sujeto pasivo del delito experimenta una restricción en relación con la noción de "víctima" en sentido criminológico, porque parte de unas premisas valorativas que son ajenas a la delimitación victimológica del concepto. En efecto, cuando el victimizante actúa en contra del victimizado, su conducta es apreciada como tal, conforme una serie de parámetros de orden sociológico, institucional y estructural, además de personal y familiar, lo que provoca que desde distintas perspectivas, puedan reconocerse varias categorías de víctimas de un mismo comportamiento criminal.

En cambio, en sentido jurídico-penal, nos dice Miguel Polaino: *"las exigencias de tipicidad proclaman para el ofendido en la teoría del delito determinadas connotaciones normativas que hacen que el sujeto pasivo del delito sea un concepto más restringido que el de la víctima en su acepción criminológica o propiamente victimológica. El sujeto pasivo se halla recortado, conforme a la estructura y contenido de la tipicidad, por la titularidad de los bienes y valores que constituyen el objeto de protección de la norma penal."* ⁷⁰

No podemos olvidar que el sujeto activo no actúa en la nebulosa imprecisión etérea de la nada. El actuar del sujeto activo, requiere la presencia del sujeto pasivo, porque contra él se dirige y sobre él recae el delito.

Asimismo, debemos apuntar que no obstante el espíritu del legislador tendiente a salvaguardar los derechos del sujeto pasivo del delito con los del sujeto activo, mediante las garantías consagradas en el apartado B, del artículo 20 Constitucional, así como los derechos contenidos en la ley penal sustantiva y adjetiva, aún priva la desigualdad entre los actores de la escena delictiva. En efecto, mientras que al activo del delito se le considera inocente hasta demostrarse lo contrario, el pasivo tiene esa calidad desde que sufre el delito y si bien es cierto que a partir de ese momento se le reconoce tal carácter, verdad también es que el daño originado con el ilícito, se le resarce, bajo ciertos y múltiples requisitos, una vez comprobada la responsabilidad penal de su agresor, a través de un proceso penal prolongado y de acuerdo con el monto que el Ministerio Público haya podido

⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., página 149.

comprobar. Estas y otras asperezas normativas, que no florecen al momento de la elaboración de la ley, sino hasta que se aplican sus disposiciones para resolver un determinado conflicto, son las generadoras de cantidad de avatares que poco a poco, los órganos jurisdiccionales han tratado de erradicar, en unos casos y enmendar en otros, según se advierte de ciertos criterios de jurisprudencia, como el que de forma aislada, sustentó el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis número I.9o.P.8 P, visible en la página 1337, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Agosto de 2002, Novena Época, Materia Penal, que a la letra dice:

"OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO. TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DEL VEINTIUNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL. *El ordinal 20, apartado B, de la Constitución General de la República, adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de septiembre de dos mil, en vigor desde el veintiuno de marzo siguiente, consagra como garantías de la víctima u ofendido por algún delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual se le reconoció constitucionalmente el carácter de parte dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como parte dentro del procedimiento, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en*

todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público.”

Por otra parte, aun cuando resulte imprecisa la distinción terminológica entre víctima y ofendido, pues se podría hablar con mayor propiedad de sujeto pasivo del delito, la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, en su capítulo II, precisamente denominado “De la víctima y del ofendido del delito”, insiste en ello, y en sus artículos 7º, 8º y 9º, establece literalmente, qué debemos entender por tales acepciones, al señalar lo siguiente:

“Artículo 7.- Se entiende por víctima a la persona que haya sufrido daño, como consecuencia de acciones u omisiones realizadas en su contra, tipificadas como delito y sancionadas por la legislación penal.”

“Artículo 8.- Se entiende por ofendido al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro que asume la condición de sujeto pasivo del delito.”

“Artículo 9.- La calidad de víctima o de ofendido, es independiente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al responsable del delito y de cualquier relación de parentesco que exista con él; por tanto, la víctima o el ofendido gozarán sin distinción alguna, de las mismas garantías, derechos, protección, asistencia, atención y demás que esta ley señale.”

El hecho de que se recurra a esta norma obedece a que el Nuevo Código Penal que nos ocupa, es omiso en señalar qué debemos entender por dichos conceptos, pues se limita a establecer únicamente, en su artículo 45, que tienen derecho a la reparación del daño, tanto la víctima como el ofendido y sólo a falta

de éstos, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

La redacción anterior, resulta desafortunada por la serie de problemas que puede acarrear. En efecto, no es ajeno a la realidad que la víctima y el ofendido puedan encarnar, en determinado supuesto, a dos sujetos distintos, en la inteligencia que conforme lo hasta aquí expuesto, la primera es quien resiente directamente el delito y, el segundo, es el que detenta la titularidad del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro con el ilícito; luego, puede suceder que en un mismo hecho confluyan ambas categorías, de manera que, según la redacción del mencionado artículo 45 del Nuevo Código Penal, ambos tienen derecho, por igual, a la reparación del daño, lo cual en la práctica no sucede, pues en el caso que se cometa un robo en la persona de "X", pero este sujeto sea despojado de bienes que exclusivamente pertenecen a "Y", la reparación del daño, incluso el monto de lo robado y la pena correspondiente, se establecerán conforme a la cantidad a que hayan ascendido los objetos propiedad de "Y", por lo que a éste, que es el sujeto pasivo, será al único que se le restituya el daño y no a la víctima, de modo que se vulnera la disposición aludida, porque aun cuando ésta haya resentido el delito, el impacto determinable o cuantificable se contrae al patrimonio afectado de aquél exclusivamente, dejando a la víctima abandonada a la suerte de que el Ministerio Público logre acreditar un daño, en todo caso moral, comúnmente indeterminable y en el foro, casi nulo.

En este aspecto, era mejor la redacción del artículo 30 Bis, del Código Penal abrogado, en el sentido de que tenían derecho a la reparación del daño, la víctima o el ofendido; ello es así, porque si partimos de la base que el legislador local hizo distinción del sujeto pasivo del delito, esto es, víctima-ofendido, debió en todo caso establecer, como se postulaba en el código anterior, un orden de prelación entre ambos, pues de lo contrario se llega a absurdos como el evidenciado en el párrafo que antecede, pues en primer lugar, conforme al artículo 45 del nuevo código sustantivo penal, ambos personajes, que pueden encarnar, en

determinado hecho delictivo, en personas distintas, tienen derecho a la reparación del daño cualquiera que sea el delito, esto, sin soslayar la falta de pronunciamiento acerca de quién ha de ser el primero al que se le repare el daño, incertidumbre jurídica que irroga un verdadero estado de indefensión a los que padecen el delito.

De tal suerte, que como dice Elías Neuman: *"la víctima termina mimetizada. Si el sistema le permite accionar en justicia, comenzará un peregrinaje judicial en la búsqueda cuasi obsesiva de lo mismo: la pena. Pero eso tampoco soluciona su conflicto ni su orfandad, ni su necesidad resarcitoria, ni la explicación que requiere."*⁷¹

En la práctica no se ha logrado el resarcimiento que pregona el Código Penal en análisis; lejos de brindar el apoyo necesario a la víctima u ofendido por un delito, el trámite para que tenga acceso a las actuaciones que integran la causa penal correspondiente, aún distan de ser expeditas, dejando en ciertos casos en estado de indefensión a tales sujetos, pues se les coarta total o parcialmente, su derecho a reclamar el pago de la reparación del daño, sin denostar el hecho de que la institución del Ministerio Público otorga escaso o nulo asesoramiento necesario a los mismos.

No obstante, resulta alentador que a nivel global, con las modernas teorías funcionalistas, en el ámbito de la política criminal y del sistema penal, la víctima es entendida como objeto de protección jurídica tanto en la búsqueda de su satisfacción moral o económica, como en la forma de concluir con esa satisfacción a una manera de mantener la paz social. Por lo que es estudiada de manera autónoma por la victimología o más propiamente por la victimodogmática.

En efecto, con la aparición de la victimología, se empiezan a formular una serie de consideraciones político-criminales tendentes a disminuir los efectos de *"estatuas de piedra"* con que durante mucho tiempo se tenían catalogadas a las víctimas del delito en los procesos penales, tales como el planteamiento de la mediación y la reparación.

⁷¹ NEUMAN, Elías. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN PENAL. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1997, página 27.

Hasta ahora, hemos advertido que un mismo hecho criminal puede traer como consecuencia que varios sujetos sean los afectados. Algunos, pueden además ser objetos de la acción, sujetos pasivos o perjudicados simultáneamente. Esta conjunción de figuras penales se encuentra con mayor afluencia en los delitos contra la persona, como por ejemplo, en el delito de lesiones, en donde la víctima es tanto el objeto material del delito como el sujeto pasivo y el perjudicado a la vez. Lo que no sucede en tratándose de un delito de robo cometido al transeúnte que lleva consigo una cartera de alto valor, propiedad de su hermana, la víctima es el sujeto a quien se ha desapoderado de la cartera y el sujeto pasivo de dicho delito es la hermana, porque es la propietaria del bien jurídico patrimonio, quien a su vez es la perjudicada económica de ese hecho.

Como bien anota Mir Puig, haciendo referencia a Antolisei, sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye esencia del delito y agrega que, según esto: *"el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el perjudicado."*⁷²

Este autor, toma como ejemplo el del sujeto que engañando a un dependiente de una joyería, se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece. El sujeto pasivo no es el dependiente sino el propietario de la joyería y, agregaría al ejemplo empleado por Mir, que la víctima, es el dependiente a quien se despoja de las cosas materiales.

En algunos casos no es tan sencillo hacer esta diferenciación, ya que el concepto de víctima puede llegar hasta grados muy amplios porque tan víctima puede ser una persona individual como un ente colectivo. Asimismo, es nota corriente que en todo delito, aparte del individuo que es afectado directamente, también la sociedad es víctima como en los delitos contra el medio ambiente, que protegen intereses difusos de la colectividad; incluso, en el propio homicidio, puede verse cómo no sólo se afecta el bien jurídico individual vida, sino que se atenta también contra el conglomerado en sí, pues dicho sujeto es parte

⁷² MIR PUIG, Santiago. Op. cit., página 198.

integrante del mismo. Sin embargo, se debe ser restrictivo en la utilización del concepto víctima.

Por ello, nos sumamos a la apreciación de la parcela dogmático-penal en el sentido de exigir que en los tipos se expresen claramente, con el objeto de evitar problemas de interpretación, cuáles y quiénes son las víctimas, más aún, cuando el tipo penal depende del principio *nullum crimen sine lege*.

Robustece la posición anterior, lo sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio visible en la página 59 del Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, Tomo XLIII, Sexta Época, Materia Penal, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

"OFENDIDO Y VÍCTIMA DEL DELITO. *Es conveniente precisar que dentro de la técnica del derecho penal no puede identificarse el concepto de la víctima del delito con el del ofendido, pues aunque bien es cierto que en la mayoría de los casos víctima y ofendido se reúnen en una sola persona, no sucede así en otros, sirviendo de ejemplo el homicidio, delito en el cual la víctima se identifica con el sujeto privado de la vida y el ofendido con sus familiares o aquellas personas que se encuentran en relación de dependencia económica con él. También resulta interesante, para los efectos de la sentencia, el precisar que no debe de ninguna manera confundirse el resultado en el delito con el daño causado con el delito y menos aún con los efectos de éste. En sentido amplio, el resultado se refiere a la realización de un estado de hecho en relación al principio de la causalidad, mientras que, en sentido restringido, se le pone en relación necesaria con la acción humana. Mientras por efecto del delito se entiende toda consecuencia, aun el más indirecto o remoto de la actividad humana, el resultado es sólo aquel efecto que tiene relevancia para el derecho penal o sea el que el derecho toma en consideración y a cuya verificación conecta consecuencias de carácter jurídico (consumación del delito o agravación de la pena). En cuanto al daño, se le identifica como un efecto del*

delito, pero no como un efecto natural sino de naturaleza esencialmente jurídica; así, por ejemplo, Antolisei estima que aunque en realidad el daño está incluido en el concepto del delito y se identifica con él, según nuestro modo de ver, no hay dificultad ninguna, ni lógica ni práctica en ver las relaciones entre el delito y el daño desde el punto de vista causal y, consiguientemente, en considerar el daño como un efecto del delito, con tal de que quede bien claro que no se trata de un efecto natural, sino de un efecto jurídico del delito mismo. La lesión del interés, aun suponiendo siempre la existencia de un suceso natural, es sin duda un hecho jurídico; por tanto, ninguna crítica puede dirigirse a los autores que consideran el daño precisamente como un efecto jurídico del delito y en general del acto ilícito (La acción y el resultado en el delito, página 126, México, 1959). Tomando como base las ideas apuntadas, con relación al concepto de daño como efecto jurídico del delito y su identidad con el de interés, resulta fácil deducir que tal daño constituye un derecho patrimonial que pertenece tanto a la víctima como al ofendido. Aceptando que la reparación del daño exigible a terceros constituye un derecho patrimonial, por cuanto es apreciable en dinero, se debe recordar que patrimonio es, según la opinión clásica, el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero y formando una universalidad. De tal concepto se infiere que todo patrimonio consta de un activo y de un pasivo, el primero representado por los derechos o bienes y el segundo por las obligaciones o deudas; que el patrimonio es inalienable e imprescriptible y sólo se transmite con la muerte de la persona titular, por lo que el acontecimiento de muerte resulta el instante en que la persona deja de tener posibilidad de acrecentar su patrimonio por ser éste insuperable de la persona misma.”

Pese a todo lo que hemos relatado, no podemos dejar de reconocer los esfuerzos harto loables pero insuficientes, enderezados para lograr que a la víctima

o al ofendido por un delito, se les permita un genuino y menos proceloso acceso a la justicia y un, cuando menos, efectivo resarcimiento del daño.

Ahí está la reforma de diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, que insertó ese polémico pero necesario Capítulo I-Bis, denominado "*De las víctimas u ofendidos por algún delito*", en el Título Primero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuyo artículo 9, consagra diversos derechos en favor no sólo de la víctima y del ofendido, sino también del denunciante o querellante, según corresponda, y que a la letra reza:

"Capítulo I-BIS

De las Víctimas u Ofendidos por Algún Delito

Artículo 9º. Los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

I.- A que el Ministerio Público y sus Auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia;

II.- A que los servidores públicos los traten con la atención y respeto debido a su dignidad humana absteniéndose de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio, abuso o ejercicio indebido de la autoridad;

III.- A que ningún servidor público por sí o por interpósita persona les soliciten, acepten o reciban, beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado les otorga por el desempeño de su función;

IV.- A presentar cualquier denuncia o querrela por hechos probablemente constitutivos de delito y a que el Ministerio Público las reciba;

V.- A que se les procure justicia de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias o querellas, practicando todas las diligencias necesarias para poder determinar la averiguación previa;

VI.- A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a

recibir servicio de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígenas(sic), no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna discapacidad que les impida oír o hablar;

VII.- A ratificar en el acto la denuncia o querrela siempre y cuando exhiban identificación oficial u ofrezcan los testigos de identidad idóneos;

VIII.- A contar con todas las facilidades para identificar al probable responsable;

IX.- A recibir en forma gratuita copia simple de su denuncia o querrela ratificada debidamente o copia certificada cuando la solicite, de conformidad con lo previsto por el presente Código y por el Código Financiero del Distrito Federal;

X.- A coadyuvar con el Ministerio Público en la integración de la averiguación y en el desarrollo del proceso;

XI.- A comparecer ante el Ministerio Público para poner a disposición todos los datos conducentes a acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y su reparación y a que el Ministerio Público integre dichos datos a la averiguación;

XII.- A tener acceso al expediente para informarse sobre el estado y avance de la averiguación previa;

XIII.- A que se les preste la atención médica de urgencia cuando la requieran;

XIV.- A que se realicen el reconocimiento o diligencias de identificación o confrontación en el lugar en el que no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable. En los casos de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, o en los que el menor sea víctima, el Juez o el Ministerio Público de oficio deberán acordar que la diligencia de confronta o identificación se efectúe en el lugar donde no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable;

XV.- A que el Ministerio Público solicite debidamente la reparación del daño y a que se les satisfaga cuando ésta proceda;

XVI.- *A recibir auxilio psicológico en los casos necesarios, y en caso de delitos que atenten contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, a recibir este auxilio por una persona de su mismo sexo;*

XVII.- *A ser restituidos en sus derechos cuando éstos estén acreditados;*

XVIII.- *A quejarse ante la Contraloría Interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y a denunciar ante la Fiscalía para Servidores Públicos o ante cualquier agente del Ministerio Público, por violaciones de los derechos que se señalan para su investigación y responsabilización debidas;*

XIX.- *A impugnar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal; y*

XX.- *En caso de que deseen otorgar el perdón, a ser informada claramente del significado y la trascendencia jurídica de ese acto.*

XXI. *A que el Ministerio Público, sus auxiliares y el Juez, mantengan en confidencialidad su domicilio y número telefónico así como el de los testigos de cargo, en caso de delitos graves e igualmente en caso de delitos no graves, cuando así lo solicite.*

El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.”

Sin embargo, es innegable que en nuestras instancias jurisdiccionales, tanto del ámbito local como del federal, se ha predominado el uso indistinto de las palabras víctima u ofendido como si fueran sinónimos del mismo sujeto, lo cual, no necesariamente constituye un obstáculo para reconocer que al margen de posturas dogmáticas y terminológicas, dichas autoridades han centrado la mirada en lo sustantivo que es la efectiva reparación del daño, ya sea a la víctima, al ofendido o a sus deudos, en su caso.

Así parece evidenciarlo el criterio jurisprudencial del Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, registrado con el número de Tesis XXI.4o.5 P, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 1794, Tomo XX, Julio de 2004, Materia Penal, de rubro y texto siguientes:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER

AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DE APELACIÓN QUE CONFIRMA LA ABSOLUCIÓN DEL SENTENCIADO A SU PAGO. *Del criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en la jurisprudencia 1a./J. 103/2001, sustentada al resolver la contradicción de tesis 94/2000-PS, de rubro: "REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE AFECTEN ESE DERECHO, ÚNICAMENTE POR LO QUE A ESE ASPECTO SE REFIERE Y SIEMPRE QUE CONTRA ÉSTAS NO PROCEDA MEDIO ORDINARIO ALGUNO DE DEFENSA.", que aparece publicada en la página 112 del Tomo XIV, diciembre de dos mil uno, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, se estableció que de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el derecho a obtener la reparación del daño fue elevado a rango de garantía individual, que la autoridad jurisdiccional está obligada a respetar y contra las resoluciones dictadas en segundo grado o en los incidentes de reparación o de responsabilidad civil que afecten aquel derecho, el ofendido o la víctima de algún delito que tenga la expectativa legal de dicha reparación están legitimados para promover el juicio de amparo, únicamente por lo que a ese aspecto se refiere y siempre que contra ellas no exista medio ordinario alguno de defensa, por lo que se arriba al conocimiento de que es por medio del amparo directo por el que debe reclamarse la sentencia pronunciada al resolver el recurso de apelación, siempre y cuando sólo se trate de la absolución del sentenciado respecto del pago de la reparación del daño decretado por el Juez de la causa penal."*

1.4 DERECHOHABIENTE, DEPENDIENTE ECONÓMICO Y HEREDERO.

Hemos visto en el apartado precedente, la problemática que encierra la redacción del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto al tratamiento de la víctima y el ofendido del delito. Prosigue ahora adentrarse a la definición de los conceptos de derechohabiente, dependiente económico y heredero, sujetos no menos importantes en la relación procesal penal, pues el artículo 45 del referido ordenamiento punitivo los señala como personas que se subrogan en la reparación del daño, es decir, que a falta de víctima u ofendido, aquéllos tendrán derecho a la reparación del daño.

Así, el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, literalmente establece:

"Artículo 45 (Derecho a la reparación del daño). Tienen derecho a la reparación del daño:

I. La víctima y el ofendido; y

II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables."

En principio, podemos definir de modo coloquial al "derechohabiente" como: *"la persona cuyos derechos derivan de otra."*⁷³

Del mismo modo, opina Rafaél de Pina Vara, para quien dicho sujeto es: *"la persona que tiene un derecho o varios derivados de otra, y que han pasado a su patrimonio en forma legal."*⁷⁴

Por otra parte, "dependiente económico", es aquél sujeto que vive del salario del trabajador, cualquiera que sea el título de su vida en común.

Así, en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se especifica que: *"se da también esta denominación a los beneficiarios de una indemnización o de*

⁷³ DICCIONARIO LAROUSSE USUAL. Editorial Larousse, Paris, 1974, página 216.

⁷⁴ DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Novena Edición aumentada y actualizada, Editorial Porrúa, México, 1980, página 220.

prestaciones debidas a un trabajador que fallece, sea a consecuencia de un riesgo profesional o por cualquier otra causa natural.” ⁷⁵

Sobre este t3pico, cabr3a especificar que no debe confundirse esta expresi3n con la de “dependencia financiera”, que denota la situaci3n normal de cualquier trabajador que produce para el uso y no para el intercambio, por ejemplo, el ama de casa o cualquier miembro del grupo familiar, que contribuye con servicios al ingreso real de la familia, pero que no recibe remuneraci3n en dinero, est3 en una situaci3n de dependencia financiera pero no econ3mica.

No podemos pasar inadvertido el hecho de que el t3rmino “*dependiente econ3mico*”, constituye actualmente una de las materias propias de la legislaci3n del trabajo. En esta rama, su evoluci3n no ha sido menos turbulenta que la del derecho penal positivo.

En efecto, desde los umbrales del siglo pasado, el hecho de incluir al dependiente econ3mico como persona ajena a la familia en la titularidad de los derechos del trabajador, fue objetado duramente por los civilistas, quienes ve3an en el reconocimiento de sujetos distintos a los del grupo familiar, una verdadera afrenta a ese n3cleo social y una grave afectaci3n a la esposa, descendientes y ascendientes que viv3an bajo el amparo y del salario del trabajador. Sin embargo, el legislador mexicano de la ley laboral de 1931, estim3 que era necesario actuar conforme a la realidad social de nuestro pa3s en aqu3l tiempo, enfatizando los casos en que la familia civil no exist3a de hecho, sino lo que se patentizaba era una familia, digamos natural, que merec3a igual respeto que aqu3lla y as3, eran considerados dependientes econ3micos: a) la esposa y los hijos leg3timos o naturales menores de dieciseis a3os; b) los ascendientes, cuando fueran sostenidos por el trabajador y la persona que hubiese vivido con el trabajador durante cinco a3os, cuando menos; d) la persona con la cual hubiese tenido hijos fuera del matrimonio; y, e) cualquiera otra persona que bajo un v3nculo diferente a los anteriores hubiese dependido, para su sustento, de un trabajador.

⁷⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JUR3DICAS. DICCIONARIO JUR3DICO MEXICANO. Decimotercera Edici3n, Editorial Porr3a – Universidad Nacional Aut3noma de M3xico, M3xico, 1999, p3gina 911.

En 1970, el legislador modificó sustancialmente este concepto que postulaba, vale decirlo, el hecho de que si conjuntamente con el principio general de dependencia coexistía el principio de exclusión, la esposa legítima y los descendientes (hijos legítimos o naturales reconocidos, menores de dieciséis años), tenían siempre a su favor la presunción *iuris tantum* de su calidad de beneficiarios preferentes, con exclusión de personas que, sin controvertir cualquier otra dependencia económica, la demostraran mediante prueba inobjetable, ya que las disposiciones legales les otorgaban este derecho y sólo a falta de esposa legítima y descendientes, las demás personas podían exigir el reconocimiento de tal calidad. Para ello, se estimó que no se requerían consideraciones especiales para declarar que en los casos de riesgo de trabajo, el trabajador que sufre el daño, es el titular único del derecho a recibir las prestaciones en especie y las indemnizaciones que concede la ley; por esa razón, se prefirió incluir en varios grupos a los dependientes económicos, de manera que, como señala el maestro José Dávalos Morales, cuando un riesgo de trabajo produce la muerte de un trabajador, las personas que tienen derecho a recibir indemnización son, de conformidad con el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo: *"I. La viuda (o) que dependa económicamente del trabajador y tenga una incapacidad de 50% o más y los hijos menores de 16 años o los mayores de esa edad que tenga una incapacidad similar a la anterior; II. Los ascendientes, si dependían económicamente del trabajador, concurrirán con los anteriores; III. A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con los señalados en los puntos anteriores, la concubina con quien vivió el trabajador durante los cinco años anteriores a su muerte o con la que tuvo hijos; IV. A falta de las personas indicadas en los dos primeros puntos, concurrirán con la concubina quienes hayan dependido económicamente del trabajador; y V. A falta de todos los anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social."*⁷⁶

⁷⁶ DÁVALOS MORALES, José. DERECHO DEL TRABAJO I. Sexta Edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1996, páginas 408 y 409.

Una vez reformada la ley, se eliminó la injusticia que se cometía en el sentido de que, si el trabajador tenía varias parejas, ninguna de ellas tenía derecho a la indemnización aun cuando dependieran económicamente de él; con lo que resulta que actualmente, la indemnización se reparte entre quienes dependen económicamente del trabajador.

En otro orden de ideas y por lo que hace al concepto de "heredero", nos dice Guillermo Cabanellas, que se trata de la persona que: *"por disposición legal, testamentaria o excepcionalmente por contrato, sucede en todo o en parte de una herencia."*⁷⁷

Etimológicamente, la voz "heredero" proviene para unos del latín *haeres* cuyo significado es señor o amo, mientras que para otros deriva del verbo latín *hoeres*, que representa estar junto o pegado a otro, por la proximidad de sangre o de afecto que existe entre el causante y quien le sucede.

Debe precisarse que, como se ha visto, los conceptos aquí estudiados son oriundos de instituciones tanto del derecho laboral como del derecho civil, es decir, que no son propios de la materia penal y sin embargo, el legislador local insistió en conservarlos para efectos prácticos, pues pretendió, como lo hizo en su oportunidad, la comisión redactora del Código Penal de 1931, evitar el casuismo con que dichas figuras aparecieron en sus orígenes, toda vez que como se estudiará a fondo en el capítulo siguiente de este trabajo, en el Código Penal de 1871, se señalaban como sujetos con derecho a la reparación del daño, al cónyuge supérstite, concubinario o concubina, los hijos menores de edad, en fin, a los descendientes y los ascendientes.

El Código Penal de 1871, tal y como afirma Oscar Alzaga, sólo otorgaba el derecho a la reparación del daño por hecho ilícito penal a la víctima, hoy, indica el autor en relación al artículo 30 Bis del Código Penal de 1931: *"se consagra dicho derecho tanto a la víctima o a los demás titulares del derecho a que se refiere el artículo 30 Bis. Es decir, el precepto en mención no concede el derecho a los*

⁷⁷ CABANELLAS, GUILLERMO. *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL*, Vigésima Edición, Editorial Heliastra, Buenos Aires, Argentina, 1981, página 254.

*familiares de la víctima o del ofendido, sino que su fórmula es más amplia, ya que se otorga a los dependientes económicos o a los derechohabientes de aquél.”*⁷⁸

En la redacción actual, al igual que en la de 1931, se insiste en la utilización de términos generales como el de “dependiente económico” o “derechohabiente”, en los que quedan comprendidos de alguna manera, el cónyuge supérstite, el concubinario o la concubina, los descendientes y los ascendientes, pues nada impide que éstos representen a la vez el papel de dependientes económicos, derechohabientes o herederos, conforme a las definiciones antes relatadas.

Sin embargo, la ambigüedad existente en los términos que nos atañen, representa un problema mayormente complejo para el juzgador penal, pues se evade la precisión en el orden con que se debe preferir a los destinatarios del monto de la reparación del daño y con ello, lo releva de seguir un orden, eliminando la posible existencia de unos y otros, para que se determine a la persona con derecho a recibir el *quantum*; bastará entonces, con que se acredite la relación de dependencia económica o de derechohabiente, respecto del sujeto pasivo del delito, para acreditar los derechos correspondientes. Por ello, no quitamos el dedo del renglón respecto a que debe especificarse el orden y prelación con que ha de resarcirse el monto del daño y a quiénes corresponde, a fin de evitar conflictos de diversa índole.

La reforma penal de dos mil dos, no implementa ningún mecanismo jurídico para garantizar la reparación del daño, sino que más bien, perfecciona un precepto relacionado con los derechos del ofendido, por lo que este numeral, junto a otros que regulan la misma materia “*derechos del ofendido*”, debería ubicarse en un capítulo independiente de la sanción pecuniaria, de manera que los ofendidos conocieran con mayor y mejor claridad su injerencia en el proceso penal por cuanto a la reparación del daño se refiere.

En cuanto a las personas que tienen derecho a la reparación del daño, resulta aplicable el criterio jurisprudencial sustentado por el Tercer Tribunal

⁷⁸ ALZAGA, Oscar (compilador). LA DEFENSA DE LOS DERECHOS CIUDADANOS. Publicación auspiciada por el Gobierno del Distrito Federal, México, 2000, página 73.

Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XII, Julio de 1993, página 287, cuyo texto y rubro a la letra dicen:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA. *La reparación del daño es una sanción pecuniaria establecida en el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, y que tiene como finalidad la restitución, y si no fuere posible, el pago del precio de la cosa obtenida por el delito, la indemnización del daño material y moral, así como de los perjuicios causados a la víctima o sujeto pasivo del delito, susceptible de cuantificación, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, por lo que el pago de dicha pena debe ser impuesta en favor del ofendido y en caso de fallecimiento del mismo a los familiares o bien a quienes dependan económicamente de él al momento de su muerte, por lo que el acto reclamado que impone dicha pena únicamente a favor del Estado viola garantías y procede conceder el amparo para el único efecto de que se elimine la misma por una clara inobservancia del artículo 30 bis del Código Penal en comento."*

Así como la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 713 del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXIII, de rubro y texto siguientes:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. *La autoridad represiva obró contra derecho si condenó al reo a pagar por concepto de reparación del daño a los causahabientes del hoy occiso cierta cantidad, a pesar de que el Agente del Ministerio Público no rindió prueba alguna sobre ese particular, y menos los familiares de la víctima, quienes ni siquiera se apersonaron como ofendidos, por lo que en aplicación del artículo 30 del Código Penal, el Tribunal sentenciador no tuvo base alguna para fijar el quantum de esa reparación."*

Lo mismo que el criterio aislado pero ilustrativo, registrado con el número de Tesis XV.3o.4 P, sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto

Circuito, visible en la página 1017 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Noviembre de 2003, Novena Época, Materia Penal, con el rubro y texto siguientes:

"REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL HOMICIDIO POR CULPA. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE EXHIBIR LA COPIA CERTIFICADA DEL ACTA DE NACIMIENTO DE LA VÍCTIMA PARA QUE PROCEDA EL PAGO EN FAVOR DE SUS PADRES. *Para condenar a la reparación del daño en el homicidio por culpa no es requisito indispensable demostrar el parentesco consanguíneo con la copia certificada del acta de nacimiento, pues el fin que persigue la ley penal es castigar a los responsables de algún hecho que es considerado delictuoso y perjudicial para la sociedad; luego, si los comparecientes identifican a la víctima como su hija y lo confirma el dicho de un testigo, así como las credenciales que aquéllos exhiben al declarar y de las que se desprende la presunción humana de la filiación cuestionada, resulta correcta la condena de pagar a los padres de la fallecida la reparación del daño."*

En otro orden de ideas, es preciso reflexionar sobre la intervención de personas físicas o jurídicas dentro del proceso penal, quienes al accionar los mecanismos jurídicos para ejercer su derecho al pago de la reparación del daño ocasionado por un determinado delito, los hace necesariamente sujetos eventuales de la relación procesal. En efecto, la intervención de los entes colectivos de derecho público o privado, pese a lo que dispone el apartado B, del artículo 20 Constitucional, en ocasiones se ve limitada por la falta de reglamentación de los preceptos legales sustantivos. Baste con dar un pequeño repaso a las legislaciones penales de algunas Entidades Federativas de la Nación para comprobar lo anterior.

Efectivamente, al momento de la elaboración de esta tesis, tienen derecho a la reparación del daño: En Tabasco, las personas que tengan derecho al resarcimiento o deber de reparar el daño, el que puede ser exigible por el ofendido o sus derechohabientes; en Jalisco, el ofendido, el cónyuge, así como la asistencia

social; en Michoacán, el cónyuge, los menores de edad y los mayores incapacitados, los que dependen económicamente del ofendido y sus herederos; en Querétaro y Guanajuato, el ofendido, las personas que dependan económicamente de él o quienes tengan derecho a los alimentos conforme a la ley; en Oaxaca, la concubina (que haya vivido cinco años anteriores a la muerte con el pasivo), los parientes colaterales hasta el sexto grado que resulten afectados directa o indirectamente; en Morelos y Tlaxcala, se está a lo previsto en las legislaciones civiles de esos Estados; en San Luis Potosí, el ofendido, el cónyuge supérstite, la concubina y sus hijos menores de edad, a falta de los anteriores, los ascendientes que dependan económicamente de él (pasivo) al momento de su fallecimiento; en Hidalgo y Coahuila, las personas que dependan económicamente de él, descendientes, cónyuge o concubina, ascendientes y herederos; en Baja California Sur, el ofendido y quienes dependen económicamente de él, o los que tengan derecho a alimentos; en Zacatecas, el ofendido, sus derechohabientes o su representante; y, en Aguascalientes, el sujeto pasivo y las personas que acrediten plenamente la relación familiar o la dependencia económica que tengan con él.

La exposición anterior no es de mediana importancia, pues al margen de que el presente trabajo se constriñe al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, llama la atención del sustentante que la problemática en la imprecisión de los terceros que tienen derecho a la reparación del daño, es un problema nacional, pues con frecuencia sucede que en el proceso penal, intervienen terceros que solidarios con las víctimas o sujetos pasivos del ilícito, o bien por una relación contractual de seguro, cubren gastos derivados del hecho ilícito y sin embargo, se les imposibilita para lograr dentro de la vía penal, el pago de la reparación del daño a que está obligado el activo del ilícito, pues se argumenta por parte de los juzgadores y de la autoridad de amparo, que los terceros como los que se viene haciendo referencia, no son parte en el proceso, y se olvidan que existe la figura de la subrogación que se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados, cuando existe interés jurídico en el

cumplimiento de la obligación por haberse hecho el pago, lo que se contempla en los códigos civiles, como es el caso del Distrito Federal y del Estado de Aguascalientes en sus artículos 2058 y 1929, respectivamente, y en algunas otras entidades de la República Mexicana, lo que conlleva a considerar necesariamente que tales personas, son derechohabientes al pago de la reparación del daño; inclusive al respecto existen diversos criterios jurisprudenciales que a la letra dicen:

"REPARACIÓN DEL DAÑO, CUANDO LOS PERJUICIOS HAN SIDO SATISFECHOS POR TERCEROS. *La fuente de la obligación de reparar el daño, no es otra que el perjuicio ocasionado por el delito, que debe resarcir el autor de la infracción. La circunstancia de que terceras personas hayan satisfecho en parte el perjuicio, no veda de ningún modo ni es obstáculo para que en la sentencia dictada contra el reo, se declare la obligación de éste, de responder a la reparación del daño, constituyéndose así la fuente de su obligación y del derecho correlativo de aquellas terceras personas, para repetir contra el reo, pues aquéllas deben entenderse subrogadas en los derechos del ofendido y para esto no basta que se dejen a salvo los derechos, sino que la sentencia debe establecerlos, declararlos y constituirlos en forma inequívoca; de manera que es en ejecución de esta sentencia, donde los terceros habrán de encontrar el medio de resarcirse de los pagos efectuados. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Tomo LXXXV, página 759."*

"REPARACIÓN DEL DAÑO. *La autoridad responsable no incurre en violación legal alguna al ordenar que el pago se haga a la persona que justifique haber efectuado los gastos de curación del ofendido, pues es evidente que dichos gastos se ejecutaron por cuenta de la parte que tiene derecho a recibir la indemnización, por lo que no se hace sino*

reconocer una subrogación que se justificará al ejecutarse la sentencia. Sala Auxiliar de la anterior integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXXIV, Quinta Época, página 1072."

"REPARACIÓN DEL DAÑO PROVENIENTE DEL DELITO, PAGADO POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS. *El pago hecho por la compañía de seguros al ofendido implica el cumplimiento de una obligación establecida entre asegurador y asegurado, que en nada modifica la del delincuente dado que la empresa aseguradora se subroga legalmente en los derechos de su asegurado en tales casos, según lo prescribe el artículo 111 de la Ley del Contrato de Seguro. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LII, Segunda Parte, Sexta Época, página 75"*

"REPARACIÓN DEL DAÑO PROVENIENTE DEL DELITO, PAGADO POR LA COMPAÑÍA DE SEGUROS. *Aunque es cierto que la compañía de seguros pagó al ofendido la cantidad del robo, no es menos cierto que la condena al pago de la reparación del daño debe cumplirse en sus términos para que la misma sea cubierta por el procesado, pues de otra manera se dejaría al descubierto a la compañía aseguradora para hacer uso de su derecho de acreedor u ofendido subrogado a hacer efectivo el monto de dicha reparación. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LII, Segunda Parte, Sexta Época, página 75."*

"REPARACIÓN DEL DAÑO. *No es obstáculo para condenar al pago de la reparación del daño, la circunstancia de que el ofendido esté recibiendo las prestaciones a que tiene derecho, por parte del Instituto*

Mexicano del Seguro Social, pues incluso podría tener también contratado uno o varios seguros con diversas compañías y su pago tampoco liberaría al reo de cubrir la reparación del daño que causó. Pues tal reparación tiene el carácter de pena pública y sería desquiciante del orden jurídico admitir que los efectos producidos por tales seguros pudieran dejar sin vigencia las disposiciones de orden público que establecen la obligación de dicho reo de reparar el daño. Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 217-228, Sexta Parte, Séptima Época, página 548."

Pese a lo que se sostiene en los anteriores criterios, es necesario que en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se establezca de manera precisa el derecho de los terceros diversos al sujeto pasivo, independientemente de quienes dependan económicamente de él o tengan una relación de parentesco, a la reparación del daño, para evitar que las soluciones a los conflictos que de esta problemática surjan, queden a la mera interpretación de quien imparte justicia.

1.5 PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD.

Tradicionalmente, según se ha afirmado con anterioridad, la potestad o facultad de castigar por parte del Estado, lo que se conoce como *ius puniendi*, debe instituirse como último recurso para proteger la ordenación jurídica de la sociedad. También constituye, dice Díaz de León: "*la ejecución del poder político que en sí mismo tiene mayor solidaridad de fuerza expresada como potencia de hecho, vis compulsiva o forma violenta de afectar bienes de la vida de aquél a quien se imponga su aplicación.*" ⁷⁹

Sobre este tema, Alberto Donna, ha sostenido que: "*el Estado, sigue imponiendo sanciones, mientras los teóricos no se ponen de acuerdo, por lo menos*

⁷⁹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Op. cit., páginas 1598 y 1599.

*en coincidencias mínimas, para limitar ese poder del Estado, que siempre tiene la tendencia a avanzar sobre los derechos individuales.”*⁸⁰

En efecto, antes de estudiar la pena, conviene establecer cómo se define al Derecho Penal, qué funciones cumple en una sociedad determinada, y los medios que utiliza para la consecución de los fines que ella misma le asigna, desde luego, con la sencillez y precariedad que el espacio de este trabajo nos permite.

Ahora bien, el Derecho Penal, nos dice Eduardo Demetrio Crespo: *“es un instrumento de control y dirección social, cuya incidencia en la sociedad empieza con la determinación de qué comportamientos deben ser exigidos o evitados, y termina con las consecuencias estigmatizadoras de la sanción penal, y que se desenvuelve dentro del marco constitucional.”*⁸¹

De esta forma, podemos aseverar que el Derecho Penal se entiende modernamente, como un medio necesario para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos, que hace posible la vida en comunidad y que como mecanismo de control, encuentra sus límites en el principio de mínima intervención, en su carácter de *ultima ratio*.

Así, es dable concluir que el Derecho Penal tiene cuando menos, dos fines básicos fundamentales; el primero, es aquél que se constrañe a evitar los comportamientos que entorpecen la consecución del orden social constitucional; en tanto que el segundo, involucra la restricción de la propia violencia estatal, es decir, que se erige como un verdadero límite de la potestad de castigar que tiene el Estado.

Consecuentemente, las funciones del *ius poenale*, se encaminan, por un lado, a la motivación de la norma entre los componentes del conglomerado social y, por el otro, a la tutela del sistema social mediante la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las formas de agresión más graves; en este orden de ideas, los medios de que se vale para la consecución de sus fines son: las

⁸⁰ DONNA, Alberto Edgardo. TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA, Fundamentación de las Sanciones Penales y de la Culpabilidad. Tomo I, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Argentina, 1996, página 2.

⁸¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. PREVENCIÓN GENERAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1999, páginas 51 y 52.

penas, las medidas de seguridad y, en menor medida, la reparación del daño causado por el delito, entre otras consecuencias derivadas de la ejecución de determinado hecho ilícito.

Expuesto lo anterior, y por lo que hace al tema que nos ocupa, la pena puede definirse, siguiendo a Demetrio Crespo, como: *"una privación o restricción de bienes jurídicos prevista por la ley, e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes, al autor de un hecho delictivo."*⁸²

La etimología de la palabra *"pena"*, da razón tanto a los que ven en ella un mal, como a los que la interpretan cual expiación o medida regenerativa.

En este sentido, de acuerdo con la disertación de Cabanellas, tenemos que la pena: *"procede del latín poena, derivado a su vez del griego poine openan, donde significa dolor, trabajo, fatiga y sufrimiento; pero esta genealogía entronca con el sánscrito punya, cuya raíz pu quiere decir purificación."*⁸³

Para Luzón Peña, la pena es: *"la consecuencia jurídica, la sanción tradicional del delito, pero además la sanción penal es, en principio no un mal cualquiera, sino la forma más grave de reacción de que dispone el ordenamiento jurídico; es por tanto, una privación o restricción especialmente dura de los bienes jurídicos más importantes."*⁸⁴

En México, los insignes maestros de nuestra querida Facultad de Derecho, Raúl Carrancá y Trujillo y Fernando Castellanos Tena, han enseñado, el primero, que la pena: *"no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido o una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social."*⁸⁵

En tanto que el segundo de los nombrados, dice que la pena: *"es el castigo legalmente impuesto por el Estado al autor de un delito, a fin de conservar el orden en la vida gregaria."*⁸⁶

⁸² Idem,, página 54.

⁸³ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., página 182.

⁸⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. CURSO DE DERECHO PENAL. Parte General, Tomo I, Editoriales Universitarias, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1996, página 54.

⁸⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, México, 1980 página 686.

⁸⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 327.

Por su parte, Günther Jakobs, critica que se describa a la pena según su carácter superficial, es decir, que se le defina como infligir un mal a causa del mal cometido; antes bien, para este autor, la pena se debe conceptualizar positivamente, en la medida de que es: *"una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada."*⁸⁷

Asimismo, es preciso distinguir entre los términos "pena", "punción" y "punibilidad".

En efecto, para Olga Islas de González Mariscal, la pena es: *"la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano Ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la personalización."*⁸⁸

De igual forma, la "punción", representa la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general, y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad. Mientras que la "punibilidad", es entendida por la investigadora en consulta como: *"la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste."*⁸⁹

A. Características de la pena.

En otra tesitura, es conveniente destacar también, las características que definen a la pena, respecto de las cuales, no existe uniformidad en la doctrina dominante, al menos, en su cantidad; no obstante, conforme a la mayoría de los

⁸⁷ JAKOBS, Günther. DERECHO PENAL. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Segunda Edición corregida, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1997, página 9.

⁸⁸ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. ANÁLISIS LÓGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL. Segunda Edición, Editorial Trillas, México, 1985, página 22.

⁸⁹ Idem, páginas 23 y 24.

autores que hemos podido consultar, las cualidades o caracteres comunes a la pena son las siguientes:

a) *Intimidatoria*, ya que sin esta característica, la pena no sería capaz de prevenir el delito; de ahí que esta consecuencia jurídica, también deba ser *aflictiva, legal y cierta*, pues ha de evitar que los ciudadanos se vean tentados a delinquir por el temor que ella representa, a través de la amenaza real y efectiva, con miras al establecimiento y conservación del orden social; por ello, se afirma que la pena ha de ser *pública*, precisamente para que la colectividad se entere de la realidad del sistema penal.

b) *Correctiva*, significa que cuando a una persona se le imponga una pena por haber cometido un determinado delito, durante el tiempo que ésta dure, se corrijan los males que padece el delincuente y lo aproveche en el mejoramiento de sus hábitos, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para su readaptación social (Artículo 18, párrafo segundo, Constitucional).

c) *Eliminatoria*, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles que deban ser alejados del entorno social; en este caso, encontramos a la pena de muerte, el confinamiento y la prisión perpetua, como los ejemplos más claros de este género de consecuencia jurídicas.

d) *Justa*, esto es, deben ser penas humanas, iguales, suficientes, remisibles o reparables (entiéndase que se den por concluidas cuando se impusieron por error), amén de que no se logra la paz pública sin dar satisfacción al sujeto pasivo del delito, o a sus deudos, en su caso, inclusive a la colectividad misma, puesto que la injusticia acarrea males mayores no sólo para el sujeto al que se le ha impuesto, sino para todos los miembros de la colectividad, al esperar que el Derecho, y en este caso la norma penal, realice determinados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar sociales.

e) *Restrictiva de derechos*, ya que limita de manera definitiva o temporal, el goce de ciertos derechos (V. gr. destitución, inhabilitación o suspensión de la

patria potestad). Lo que se pretende evitar es que el delincuente siga cometiendo el mismo género de delitos en ejercicio indebido de ciertos derechos o funciones que se le han encomendado.

f) *Personal*, para que únicamente se apliquen al responsable del delito, lo cual es acorde con el principio de culpabilidad, pues se impone al autor culpable.

g) *Variada*, con el objeto de aplicar la más apropiada al caso concreto.

h) *Elástica*, para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad.

i) *Cierta*, pues debe estar expresamente señalada en el tipo penal correspondiente. Esto significa que la ley debe determinar y delimitar, por una parte, la acción contraria a la norma y, por otra, la sanción específica que corresponde a la infracción de la misma, tanto en su carácter (corporal, pecuniaria o restrictiva de derechos), como en su medida (mínimo y máximo).

j) *Proporcionada*, ya que la adecuación de la pena estará irremediamente sujeta a la gravedad del delito y a la culpabilidad del agente en su comisión.

k) *Individualizada*, pues como se sabe la proporcionalidad viene corregida por la individualización. En los Estados democráticos como el nuestro, es común que la pena señalada por el legislador de modo abstracto, se vaya adaptando, mediante un proceso de individualización, a las necesidades preventivas suscitadas por el caso en cuestión, atendiendo, en cualquier caso, a principios de generalidad e igualdad. De aquí, se sigue que la pena debe ser impuesta por autoridad competente, mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, lo que se conoce también como principio de jurisdiccionalidad.

l) *Previa*, en cuanto que debe estar señalada en leyes expedidas con anterioridad al hecho que se estima delictuoso, lo que suprime el carácter aleatorio y casuístico, en función de que su *quantum* y su *quale*, han de establecerse en la norma con anticipación a la comisión del delito; y,

m) *Necesaria*, en efecto la pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil; por ello, el requisito *sine qua non* de la justificación de toda pena, será su

imperiosa imposición en el caso concreto, en atención a los fines preventivos, tanto especiales como generales que se propongan con la medida.

B. Clasificación de las penas.

Ciertamente, las penas pueden clasificarse desde el punto de vista doctrinal, a partir de muy diversos aspectos; sin embargo, el que más nos importa por la estrecha relación que guarda con el tema de la presente tesis, es aquel que atiende al bien jurídico que protegen. De esta forma, las penas pueden catalogarse, a grandes rasgos, en:

a) *Capital*. En la medida que se dirijan a la vida del individuo con el objeto de eliminarlo, tal es el caso de la pena de muerte.

b) *Corporales*. Reciben tal calificativo las penas que infligen un sufrimiento en la integridad corporal del sujeto que la padece, como es el caso de los azotes, marcas, mutilaciones y tormentos. Cabe señalar que tales penas se encuentran proscritas por mandato expreso del artículo 22 Constitucional.

c) *Contra la libertad*. Esta clase de penas tienen por objeto limitar la libertad de movimiento o deambulatoria del sujeto activo y no cualquier otra; tal es el caso de la prisión, el confinamiento, la prohibición de ir a lugar determinado, etc.

d) *Pecuniarias*. Se entienden por éstas las que limitan el goce de ciertos derechos de carácter patrimonial, como lo son la multa y la reparación del daño; y,

e) *Suspensivas o privativas de derechos*. Básicamente, se establecen con miras a restringir la capacidad de goce y/o ejercicio de ciertos derechos adquiridos por el agente, a virtud de una relación jurídica concreta. Tal es el caso de la limitación a votar y ser votado, así como la pérdida de la patria potestad, de los derechos de tutela, curatela, etcétera.

Por otra parte, es conveniente tratar aunque sea *grasso modo*, los fundamentos de las sanciones jurídico-penales. Para ello, nos auxiliaremos de las reflexiones que, al respecto ha elaborado el maestro Alberto Donna, para quien dichos fundamentos se resumen en cinco, a saber: a) obligatorio, b) real, c) de conocimiento, d) jurídico y, e) final o teleológico.

El "*fundamento obligatorio*", lo constituye la ley dictada conforme a la Constitución, esto significa que el Estado debe estar dentro del orden normativo y, en consecuencia, la norma fundamental no es un producto de aquél, sino al contrario, nace de ella. Sobre este aspecto, desde tiempos del filósofo alemán Emmanuel Kant, se afirmaba que la facultad de mandar, radicada originariamente en el pueblo, es concedida por éste en virtud de la Constitución, a la persona jurídica estatal. El principio del Estado de Derecho, exige una adecuada relación entre delito y pena, pues con la pena, dice Donna, citando a Maurach: "*se reprocha al autor una trasgresión al derecho; ello presupone la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad. Una pena sin culpabilidad sería una represalia incompatible con el Estado de derecho para un hecho por el cual el autor no tiene que responder.*" ⁹⁰

El "*fundamento real de las sanciones*", sólo se ubica, según Donna, en determinada clase de objetos, es decir, en los realmente existentes; de ahí, que las sanciones penales aparezcan como relaciones imposibles de negar. En principio, no hay duda de que la ley es la ayuda para encontrar cuál es el fundamento real de las sanciones jurídico penales. Así, es dable establecer, que las acciones homicida o defraudadora, por ejemplo, les corresponde una existencia real porque a ellas les sigue una pena. En otras palabras, sólo la acción penal descrita en la ley penal puede ser eficaz para la aplicación de sanciones; de manera que es factible afirmar que el delito es fundamento real de la pena. Por esta razón, es que el autor en consulta, asevera que para la aplicación de sanciones penales y medidas de seguridad: "*son dos los fundamentos a tener en cuenta: el delito, por una parte, y la peligrosidad por otra. Sin embargo, tanto científica como legalmente, sólo el delito es fundamento real de sanciones penales.*" ⁹¹

Ahora bien, el "*fundamento de conocimiento de las sanciones jurídico-penales*" surge, según el profesor de la Universidad de Belgrano, básicamente de la lógica y no de los objetos reales, o sea, que a partir de determinadas premisas

⁹⁰ DONNA, Edgardo Alberto. Op. cit., página 6

⁹¹ Idem, página 22.

se llega racionalmente a una conclusión. Este fundamento requiere estar junto al delito o fundamento real, por el cual, la sanción que se aplica es consecuencia del hecho del autor, de su culpabilidad, o bien, de su peligrosidad, en el supuesto de medidas de seguridad y surge, precisamente, en el juicio penal cuyo proceso debe respetar los derechos fundamentales de la persona; esto significa que, para la imposición de una determinada sanción, el Estado no debe utilizar medios de prueba que hayan sido obtenidos ilegalmente, o más aún, violando los derechos básicos del imputado.

Por último, en cuanto a los fundamentos "*jurídico*" y "*final o teleológico de las sanciones*", podemos decir que el primero, obedece a la idea de la legitimidad del Estado para aplicar la pena, en el cual, está en juego la relación de éste con el individuo y sus derechos básicos con aquél. En tanto que, el *fundamento teleológico*, tiene que ver con los fines de la pena, en la inteligencia que de aceptar que sólo se ha de imponer al sujeto activo como retribución por un delito, el fin que el legislador le ponga a la pena, ya no aparece como una injerencia arbitraria en la vida del individuo por su peligrosidad personal, social e ideológica; luego, no es incompatible que al tipificar un hecho en la ley e imponerle una sanción, se tenga presente, además de la idea retributiva, fines de prevención tanto especial como general.

Una vez que se han analizado los fundamentos de la pena, procede ahora dirigir la mirada a los *fines* de la misma; para ello, conviene aclarar, desde ahora, que los fines de la pena técnicamente, no deben confundirse con las *funciones* de esta.

En efecto, la finalidad de la pena da respuesta a la pregunta de para qué sirve la pena, condicionando el fundamento y legitimación de ella y también, el tipo y la medida en que se va a imponer a determinado sujeto por la comisión de un delito; en tanto que las funciones de la pena, atañen al análisis empírico-social descriptivo acerca de los efectos de la pena en la sociedad, junto al efecto necesario para la supervivencia del sistema jurídico adoptado por la comunidad;

así, los fines de la pena se orientan al *deber ser*, en tanto que sus funciones se dirigen al *ser*.

De cualquier forma, apunta Demetrio Crespo: *"no hay que interpretar esa diferenciación en forma radical, sino más bien con una finalidad metodológica y heurística. En la realidad, fines y funciones pueden también coincidir, e incluso, cabe decir, que sería bueno que así fuera, con objeto de aumentar la coherencia y racionalidad del sistema penal."* ⁹²

Finalmente, en cuanto al fundamento y fin de la pena, el maestro Ignacio Berdugo, manifiesta que mediante la formulación de las teorías relativas se busca lograr fines que estén fuera de la propia pena, concretamente: *"evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. Se pretende imponer la pena para que se abstengan de delinquir, bien los miembros de una determinada comunidad, -prevención general- bien a quien cometió el hecho delictivo -prevención especial-. En ambos casos, la pena está orientada hacia el futuro, pretende prevenir determinadas conductas y, de este modo, mantener la convivencia social, que a diferencia del carácter absoluto de la justicia, es algo históricamente determinado y, por tanto, relativo."* ⁹³

C. Fines de la pena.

Ahora bien, existen tres corrientes de pensamiento que se han dado a la tarea de explicar los fines de la pena; tendencias, que desde luego, por la propia limitación de esta tesis, no es dable explicarlas con el detalle que se requiere. Por ello, sólo señalaremos cuáles son esas teorías y las notas distintivas de cada una, a saber:

a) *Teorías Absolutas*. Son aquéllas que basándose en una concepción de justicia material, conciben a la pena como retribución por el mal causado y rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia norma, por considerar que éstos lesionan la dignidad del ser humano. La idea de libre arbitrio o libertad de voluntad

⁹² DEMETRIO CRESPO. Eduardo. Op. cit., página 57.

⁹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. LECCIONES DE DERECHO PENAL, Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999, página 25.

humana, es clave en esta concepción sobre el fin de la pena. Tradicionalmente, se ha señalado a Kant (retribución moral) y a Hegel (retribución jurídica), como los principales representantes de las teorías absolutas de la pena, aunque también se identifica como defensor de esta postura, a Tomas de Aquino (retribución divina). Para estas concepciones, señala Castellanos Tena: *"la pena es justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o retribución por el hecho ejecutado."*⁹⁴

b) *Teorías Relativas*. De acuerdo con Grotius, se atribuye a Séneca, el haber tomado de Protágoras, una frase que sirve actualmente para calificar lo que hoy entendemos básicamente por teorías relativas: *"Ninguna persona razonable castiga porque se pecó, sino para que no se peque (Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur)."*⁹⁵

A diferencia de las absolutas, las teorías relativas persiguen fines fuera de la propia norma, consistentes en evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, bien por los miembros de una comunidad –a lo que se llama *Prevención General*– bien por aquél individuo que ya ha delinquido –*Prevención Especial*–. El pensamiento preventista, encuentra su origen en la filosofía griega y se retoma en el periodo histórico conocido como la Ilustración, de la mano de autores como Beccaria, Bentham y Feuerbach, en su vertiente preventivo-general.

En cuanto a la *prevención especial*, se dirige al individuo que ya ha delinquido con el objeto de que no vuelva a hacerlo en el futuro. Este fin, encuentra su fundamentación teórica más importante en la obra de Von Liszt y su escuela, para quien la pena puede y debe ser desvinculada de la ética, sin necesidad de que ésta sea negada o repelida. De este modo, para Von Liszt, apunta Carlos Daza: *"la función de la pena y del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente con la finalidad de evitar ulteriores delitos."*⁹⁶

⁹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 318.

⁹⁵ Citado por DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Op. cit., página 62.

⁹⁶ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., páginas 407 y 408.

Por su parte, la *teoría de prevención general*, no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena, debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. Se trata, dice Roxin: *"de una teoría que tiende a la prevención de delitos ... como consecuencia de lo cual la pena debe actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad."* ⁹⁷

La prevención general, encuentra en Von Feuerbach su principal expositor, pues fue quien la desarrolló en forma más eficaz. Para este autor, considerado por muchos el fundador de la moderna ciencia del derecho penal alemán, la pena tiene como objetivo la conminación del castigo; de esta forma, enseña Daza Gómez: *"la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley."* ⁹⁸

c) *Teorías Mixtas, unificadoras o de la unión*. Estas teorías reconocen que la retribución es la esencia de la pena, pero sostienen que ha de perseguir simultáneamente los fines preventivos, amén de que buscan la conciliación de la justicia absoluta con una finalidad.

Así, tratan de conciliar las exigencias de proporcionalidad de la pena, en función de la gravedad del delito, y la medida de lo ilícito culpable con las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. La teorías unitarias, aspiran a ser conciliadoras de las absolutas y de las relativas, no simplemente mediante el procedimiento de sumar sus ideas básicas contradictorias sino, como dice Jescheck: *"mediante una reflexión práctica de que la pena, en la realidad de su aplicación, puede desarrollar la totalidad de sus funciones."* ⁹⁹

La teoría mixta acoge, en su seno, destaca Roxin: *"los enfoques preventivo-especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel*

⁹⁷ ROXIN, Claus. Op. cit., página 89.

⁹⁸ DAZA GÓMEZ, Carlos, Op. cit., página 409.

⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *TRATADO DE DERECHO PENAL*, Parte General. Cuarta Edición, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, España, 1993, página 66.

punto de vista el que pasa a primer plano. Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización, se coloca en primer lugar. A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivo especiales, mientras que no se puede dar una pena preventivo especial sin intención preventivo general alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución.”¹⁰⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fines interpretativos, ha sintetizado las dos teorías de la prevención general y especial, al resolver la Contradicción de Tesis 16/2000, sustentada por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito, que dio origen a la Jurisprudencia 1a./J. 76/2001, consultable en la página 79 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Novena Época, que a la letra dice:

"CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. *Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias*

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Op. cit., página 98

peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no.”

Ahora bien, al margen de lo que propone la doctrina en torno a las penas y de la enumeración de ellas, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su Título Tercero, denominado "Consecuencias Jurídicas del Delito", artículo 30, reconoce como penas a las siguientes:

- a) Prisión;
- b) Tratamiento en libertad de imputables;
- c) Semilibertad;
- d) Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;
- e) Sanciones pecuniarias;
- f) Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- g) Suspensión o privación de derechos; y
- h) Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

Previo al análisis de las penas que recoge el nuevo ordenamiento punitivo de esta ciudad, resulta oportuno aclarar, que sólo se realizará un breve esbozo de estas consecuencias derivadas del delito, siguiendo las directrices que señala el propio cuerpo de leyes en cita; ello es así, porque dada la especificidad de nuestro tema, este espacio dista mucho de ser el más idóneo para desarrollar pormenorizadamente, las opiniones doctrinarias que sobre cada una de ellas se han elaborado; asimismo, por lo que hace a la sanción pecuniaria, ésta será objeto de análisis en el punto siguiente del presente capítulo.

a) Prisión.- En términos legales, consiste en la privación de la libertad personal. Su duración, de acuerdo con el artículo 33 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados. Además, cualquiera que sea el tiempo por el que se imponga, se computará o descontará, el tiempo de la detención provisional o del arraigo; en tanto que si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas exceda de cincuenta años.

b) Tratamiento en libertad de imputables.- Esta pena podrá imponerse de manera autónoma o sustitutiva de la prisión, sin que su duración pueda exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. Básicamente, consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de

cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora. Además, podrá imponerse conjuntamente con las medidas de seguridad tendientes a la deshabitualización del sentenciado, cuando así se requiera, pero en todo caso, pena y medida deberán garantizar la dignidad y la libertad de conciencia del sentenciado.

c) Semilibertad.- Se contempla en el artículo 35 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, e implica alternación de períodos de libertad, y privación de la libertad. En efecto, según las circunstancias del caso, se impondrá y cumplirá del siguiente modo: I.- Externación durante la semana de trabajo, con reclusión de fin de semana; II.- Salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta; III.- Salida diurna con reclusión nocturna; o IV.- Salida nocturna con reclusión diurna. Al igual que la anterior, la semilibertad podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la prisión, pero en este último caso, la duración no podrá exceder de la que corresponda a la pena de prisión sustituida. Esta pena se cumplirá, en todo caso, bajo el cuidado de la autoridad competente.

d) Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad.- El trabajo en beneficio de la víctima del delito consiste en la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente. En tanto que el trabajo en favor de la comunidad, consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la ley respectiva regule. En cuanto al primero, podemos decir que es una incorporación al catálogo de penas, sin precedente en la historia de los códigos penales que han regido en esta ciudad desde 1871, cuyo estudio se abordará de modo más amplio en el punto 4.3 del capítulo IV de la presente tesis; entre tanto, es oportuno señalar que, a diferencia del trabajo a favor de la comunidad, aquél debe ser remunerado, y sólo se prestará en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas.

Sin embargo, tienen en común que ambos se llevarán a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. La extensión de la jornada será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado. Asimismo, el juzgador podrá imponerlos en la sentencia como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa, según el caso. Cada día de prisión o cada día multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad y, finalmente, se cumplirán bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

e) Sanción pecuniaria.- Con tal denominación se engloba a la multa, la reparación del daño y la sanción económica. En consecuencia, tal y como advertimos al inicio de esta exposición, no abordaremos aquí este tema, dado que será tratado con mayor profundidad en el punto siguiente del presente capítulo.

f) Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.- El artículo 53 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, nos dice que esta consecuencia jurídica, consiste en la aplicación a favor del Gobierno del Distrito Federal, de los instrumentos, objetos o productos del delito. La regla general que se plantea al respecto, es en el sentido de que sólo se decomisarán los instrumentos, objeto o productos del delito, si son de uso lícito, siempre y cuando el sujeto haya sido condenado por delito doloso; la excepción, es que si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando éste haya tenido conocimiento de su utilización para la comisión del delito y no lo denunció o no hizo cuanto estaba de su parte para impedirlo.

g) Suspensión o privación de derechos.- De acuerdo con el artículo 56 del Código Penal vigente en esta ciudad, la *suspensión* consiste en la pérdida temporal de derechos, en tanto que la *privación* implica la pérdida definitiva de esos derechos. En esta tesitura, el numeral 57 del citado ordenamiento punitivo, nos dice que la suspensión y la privación de derechos son de dos clases: I. *La que se*

impone por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena de prisión; y
II. *La que se impone como pena autónoma.* En el primer caso, la suspensión o privación comenzarán y concluirán con la pena de que sean consecuencia; de esta forma, la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos, en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en su caso, los derechos de tutela, curatela, para ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y concluirá cuando se extinga la pena de prisión.

En el segundo caso, si la suspensión o la privación se imponen con pena privativa de la libertad, comenzarán al cumplirse ésta y su duración será la señalada en la sentencia. Si la suspensión o la privación no van acompañadas de prisión, empezarán a contar desde que cause ejecutoria la sentencia.

h) Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.- Estas consecuencias jurídicas derivadas del delito se aplican de manera exclusiva a los servidores públicos y entrañan la suspensión del empleo cargo o comisión que desempeñen, la destitución y en su defecto, la inhabilitación. Esta última, sólo resulta factible de aplicar en el caso de haber pasado por las anteriores. Por regla general, los tipos penales que involucran una calidad en el sujeto activo (servidor público), son los que las contemplan. El propio artículo 56 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, las define de la siguiente manera: *La destitución* consiste en la privación definitiva del empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público. En tanto que la *inhabilitación*, implica la incapacidad temporal para obtener y ejercer cargos, comisiones o empleos públicos. Esta última, se sujeta las mismas reglas de la suspensión y de la privación, apuntadas en el párrafo precedente, respecto de su duración y computo, mientras que la destitución, se hará efectiva a partir del día en que cause ejecutoria la sentencia.

Para agotar el tema de la pena, sólo nos resta tratar lo relativo a su individualización. El Código Penal vigente en esta ciudad, señala en todos los tipos

penales, penas con dos términos, uno mínimo y otro máximo, dentro de los cuales puede moverse el arbitrio del sentenciador. Recuérdese también, que entre la culpabilidad y la pena, debe existir una relación directamente proporcional, así como una determinación y delimitación del comportamiento punible sobre la base de presupuestos constitucionales; así parece ordenarlo dicho cuerpo punitivo, cuando en su artículo 5, literalmente establece:

"Artículo 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse."

En efecto, el legislador local establece para cada delito un marco penal genérico, también denominado *pena abstracta*, limitado por un máximo y un mínimo, y proporciona en la Parte General del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, una serie de reglas destinadas a concretarlo en un margen de pena más reducido llamado *marco penal concreto*, dentro del cual, finalmente, el juzgador que conozca de la causa, elegirá la pena que debe imponerse al sentenciado.

Dichas reglas se establecen en los artículos 71 y 72 de la ley penal en estudio, los cuales a la letra dicen:

"Artículo 71 (Fijación de la disminución o aumento de la pena). En los casos en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable será para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos

mínimo y máximo de la pena prevista por aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres meses.

Cuando se prevea la disminución o el aumento de una pena con referencia a otra, se fijará con relación a los términos mínimo y máximo de la punibilidad que sirva de referencia.

En estos casos, el juzgador individualizará la pena tomando como base el nuevo marco de referencia que resulte del aumento o disminución.

En ningún caso se podrán rebasar los extremos previstos en este Código.

Lo previsto en el párrafo anterior no es aplicable para la reparación del daño ni la sanción económica.”

“Artículo 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

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

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

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

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

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

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.”

Estos artículos nos dejan entrever que los jueces y tribunales no tienen las manos absolutamente libres para realizar la punición dentro del marco genérico, sino que deben ceñir su criterio al imponer tal o cual sanción, a las directrices que imponen tales preceptos.

No obstante, dichas reglas no son las únicas que deben considerar los juzgadores al individualizar las penas que se han de imponer a determinado sujeto por la comisión de un delito, supuesto que, por ejemplo, en el caso de los ilícitos cometidos por un servidor público, tendrán que considerar, además de las apuntadas con anterioridad, si es trabajador de base o de confianza, su antigüedad en el empleo, cargo o comisión, nivel jerárquico, antecedentes de servicio, percepciones, situación socioeconómica, grado de instrucción, las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito, así como el monto del beneficio obtenido o del daño causado (artículo 257 , N.C.P.D.F.).

Respecto a la individualización o determinación de la pena, conforme a los artículos 71 y 72 del Código penal vigente en esta ciudad, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en la tesis 1a. XCIX/2004, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: XX, Julio de 2004, página 197, Materias Constitucional y Penal, lo siguiente:

"INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. LOS ARTÍCULOS 71 Y 72 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE

ESTABLECEN EL MARCO JURÍDICO QUE DEBE ATENDER EL JUZGADOR PARA DETERMINAR EL GRADO DE CULPABILIDAD, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. *Los citados preceptos que establecen un marco jurídico que el juzgador debe atender para determinar el grado de culpabilidad del sujeto activo, y con ello fincar el reproche respectivo, no violan las garantías de legalidad y seguridad jurídica contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues solamente establecen un límite a la actividad jurisdiccional en la labor de individualizar la pena. Ello es así, porque dicho marco no fija denominaciones o categorías predeterminadas respecto de la graduación de la culpabilidad, sino que se limita a proporcionar reglas normativas para regular el criterio del juzgador, evitando así que éste imponga alguna pena por analogía o por mayoría de razón, puesto que en cada caso tendrá que motivar por qué establece un determinado grado de culpabilidad como base de la individualización de la pena."*

D. Medidas de seguridad.

Ahora bien, en cuanto a las *medidas de seguridad*, puede decirse que son providencias que con carácter preventivo para la sociedad, y de corrección para el sujeto, se adoptan con los individuos que se encuentran en estado peligroso desde el punto de vista de la defensa social.

En nuestro país, se sigue el sistema dualista de doble vía como señala Roxin, ya que junto a la pena, se aplican medidas de distinta naturaleza a las que se les ha denominado de seguridad, mismas que tienen como finalidad la prevención del delito.

Efectivamente, de acuerdo con lo que hemos apuntado con anterioridad, la pena es retribución por un injusto cometido; en cambio, nos dice Hans Welzel: "*las medidas de seguridad son una protección de la comunidad frente a futuros hechos penales de personas peligrosas... La protección de la comunidad se obtiene*

impidiendo una actividad delictual futura de personas peligrosas (medida de seguridad en sentido estricto), o readaptando al autor para una vida ordenada (medidas de corrección)." ¹⁰¹

De igual forma, mientras la pena constituye una respuesta frente a la culpabilidad del autor, la medida de seguridad lo es frente a su peligrosidad, entendida ésta como probabilidad de comisión de futuros delitos. Por ello, en ese apuntado esquema teórico del dualismo, indica Muñoz Conde: *"mientras las penas presentan un contenido retributivo y una orientación preventivo-general, las medidas de seguridad son esencialmente instrumentos para la prevención especial."* ¹⁰²

Respecto de su naturaleza, Guillermo Cabanellas nos dice: *"No tienen carácter penal, sino preventivo; aun cuando algunas, cual el internamiento, recuerden por exceso a la privación de la libertad; internamiento que puede llegar a ser indefinido al igual que una reclusión perpetua. Sin embargo, la actitud de la escuela que las propugna, aun coincidiendo en algunos aspectos con las prácticas penitenciarias, difiere esencialmente por cuanto no pretende infligir al sujeto un mal, sino evitar que él cause el mal a otro o a los valores e instituciones de la sociedad."* ¹⁰³

a) Características de las medidas de seguridad.

Las principales características que hemos encontrado, atribuye la doctrina dominante a las medidas de seguridad, son esencialmente las siguientes:

a) Legalidad.- En un sentido amplio no solo equivale a la referencia hecha en la ley, sino además comprende la plena y clara descripción de autoridades y tribunales que hagan efectiva su aplicación y ejecución.

b) Públicas.- Porque el Estado solamente puede describirlas y señalarlas en la ley y después ejecutarlas a través del órgano competente.

¹⁰¹ WELZEL, Hans. Op. cit., página 310.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Op. cit., página 593.

¹⁰³ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., página 369.

c) Jurisdiccionales.- Pues no hay duda de que en el caso de que se trate de una medida de seguridad posdelictual, deberá ser la autoridad jurisdiccional quien las imponga.

d) Personalísimas.- Porque no pueden ir más allá en su aplicación de la persona del inculpado.

e) Son tratamientos.- No son un castigo, sino una manera de ayudar a evitar conductas delictuosas a futuro.

f) Indeterminadas.- Dado que son tratamientos, no pueden fijarse por un tiempo determinado.

g) Son coactivas.- Ya que la conformidad del destinatario no es presupuesto de su imposición.

h) Su efecto es una privación o restricción de derechos.- Con lo cual resulta inevitable admitir que se traducen en padecimiento para quienes las soportan; y,

i) Tienen un fin exclusivamente preventivo o tutelar.

Por otra parte, no podemos dejar de señalar que una apreciación objetiva, evidencia la tremenda dificultad que existe para diferenciar a las medidas de seguridad de las penas, pues desde que Carl Stools propuso la previsión de medidas de seguridad en el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, éstas se configuran como algo totalmente distinto de las penas en su fundamento y orientación; sin embargo, esa diferenciación hoy en día, sólo se conserva de manera absoluta en cuanto al fundamento.

Ello es así, porque de acuerdo con Muñoz Conde: *"El esquema 'culpabilidad-pena-retribución', por un lado, y 'peligrosidad-medida de seguridad-prevención especial', por otro, no aparece ya de forma tan nítida como cuando el dualismo pretendió llegar a un compromiso entre las orientaciones retribucionistas y la previsionistas."*¹⁰⁴

En la actualidad, los penalistas que se han dado la tarea de revisar tanto las penas como las medidas de seguridad, advierten más bien una cierta aproximación de unas con otras, con lo cual, si bien es cierto no llegan a confundirlas

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Op. cit., página 595.

totalmente, si son coincidentes en que ambas, redundan en el respeto a los derechos individuales.

Efectivamente, cierto sector de la doctrina, sostiene que entre dichas medidas y las penas, existen notables diferencias, mientras que para otros juristas, especialmente los llamados positivistas, las identifican, sosteniendo que tales diferencias son puramente ilusorias.

Los primeros, establecen, en síntesis, que la pena se aplica al delincuente como consecuencia de un delito, que tiende a imponerle una aflicción o sufrimiento, que se determina atendiendo a su culpabilidad y a la importancia del bien jurídico lesionado, que constituye una reacción pública contra la lesión efectiva de un bien jurídico o contra la puesta en peligro del mismo; en cambio, afirman tales autores, la medida de seguridad se impone tomando en cuenta la peligrosidad del delincuente, que no aspira a causar un sufrimiento al culpable, que su determinación tiene como única base el fin de seguridad que la inspira y que su carácter es puramente defensivo.

En oposición a lo anterior, quienes postulan la identidad completa de las medidas de seguridad con las penas, son coincidentes en manifestar fundamentalmente, que tanto unas como otras, presuponen un hecho criminoso, ambas toman el hecho como el índice revelador de la personalidad criminal, ambas se proponen la defensa social y reafirman la autoridad del Estado; de igual manera, señalan que se aplican por los mismos órganos con idénticos procedimientos y garantías fundamentales, tienen una duración relativamente determinada, así como el hecho de que pueden aplicarse unas por otras.

A nuestro parecer, creemos que por el sentido que hoy por hoy inspira las penas y las medidas de seguridad, no es dable aceptar la compenetración de ambas, pese a que la mayoría de las legislaciones que como la que nos ocupa, reconocen ese sistema dualista, admitan que algunas medidas tienen un verdadero sentido penal, como ciertos internamientos que presentan escasas diferencias con las penas privativas de libertad, resulta insoslayable que entre ellas, existen hondas diferencias, tales como las que apunta el maestro Díaz de León: "*Por su*

diversa esencia, por los distintos fines a que tienden, por las diferentes clases de delincuentes a que se aplican.” ¹⁰⁵

Igual pensamiento sostiene Carlos Daza, para quien la diferencia esencial entre pena y medida de seguridad, es: *“que la pena se fundamenta en el acto cometido y su base es la culpabilidad; en la medida de seguridad el sustento lo es la peligrosidad, la probabilidad de que en un futuro se cometa un delito, precisamente ese es el fundamento de la medida de seguridad, impedir que esa persona cometa el delito (función preventiva).”* ¹⁰⁶

En este sentido, Castellanos Tena, apunta: *“La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo y, en cierta forma, la retribución, las medidas de seguridad, sin carácter afflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos.”* ¹⁰⁷

No obstante, cabría preguntarse aquí, si solamente los penados sienten la pena como un mal, o también, si quienes son sometidos a medidas de seguridad, no las consideran como una aflicción o sufrimiento.

En suma, los criterios clásicos de diferenciación entre ambos medios de que dispone el Estado para sancionar conductas delictivas, son que la pena tienen contenido expiatorio, en tanto produce sufrimiento al condenado, está fundamentada y consiguientemente, condenada a la demostración de la culpabilidad del autor y tiene un plazo de duración proporcional a la gravedad del delito. La medida de seguridad en cambio, es entendida como una privación de derechos que persigue una finalidad tutelar que no supone sufrimiento, es consecuencia de la manifestación de un estado peligroso, por tanto, y consiguientemente, no puede tener término preciso de expiación, su duración indeterminada es consecuencia de que sólo debe cesar cuando haya desaparecido la situación de peligro que motivó su imposición.

Sin embargo, parece que el único criterio posible de diferenciación quedaría reducido a los diferentes presupuestos que, en ambos casos, condicionan la

¹⁰⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Op. cit., página 1385.

¹⁰⁶ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 413.

¹⁰⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 324.

intervención del Estado: "a) la pena estaría supeditada a la culpabilidad, y b) la medida sería la consecuencia de la peligrosidad del autor. Sin embargo, tampoco este punto de vista debe considerarse al margen de crítica, pues existen fuertes impugnaciones a la idea de culpabilidad en el ámbito de la pena, como también serios cuestionamientos a un concepto impreciso e inseguro como el de peligrosidad."¹⁰⁸

Por cuanto hace a la distinción entre peligrosidad y culpabilidad, resulta aplicable el criterio sostenido por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, consultable en la tesis aislada número I.6o.P.36 P, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Mayo de 2002, Novena Época, página 1205, de rubro y texto siguientes:

"CULPABILIDAD Y PELIGROSIDAD. SU DIFERENCIA. Por culpabilidad se entiende el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley; en tanto que la peligrosidad es una circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad, esto es, la perversidad constante y activa que se debe esperar de parte del mismo autor del delito, entendida también como la saña y maldad manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales. Es por ello que se reformó el artículo 52 del Código Penal y que a partir del primero de febrero de 1994 establece: "El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente ...", con lo cual se logra la finalidad de la individualización de la pena a imponer."

¹⁰⁸ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Op. cit., página 2098.

Al margen de las disertaciones doctrinarias expuestas con anterioridad, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, establece en su artículo 2º, que no podrá imponerse medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Asimismo, ordena en su numeral 5º, que se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla, amén de que para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse. En tanto, que el artículo 6º, del citada ley punitiva, deja en claro que sólo podrá imponerse una medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos.

Finalmente, las medidas de seguridad que reconoce el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se relatan en el dispositivo 31 del ordenamiento penal en cita, y son:

a) Supervisión de la autoridad.- Esta medida de seguridad, de acuerdo con el artículo 60, del citado ordenamiento, consiste en la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado dependiente de la autoridad competente, con la finalidad exclusiva de coadyuvar, tanto a la readaptación social de aquél, como a la protección de la comunidad. El juez deberá disponer esta supervisión cuando en la sentencia imponga una sanción que restrinja la libertad o derechos, sustituya la privación de libertad por otra sanción o conceda la suspensión condicional de la ejecución de la propia sentencia y en los demás casos en los que la ley disponga. Su duración no deberá exceder de la correspondiente a la pena o medida de seguridad impuesta.

b) Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él.- De conformidad con el artículo 61, del Código penal vigente en esta ciudad, en atención a las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido, el juez

impondrá estas medidas, conciliando la exigencia de tranquilidad pública y la seguridad del ofendido; en cualquier caso, tales providencias no podrán ser mayores al término de la pena impuesta.

c) Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos.- Por lo que hace al tratamiento de inimputables, el artículo 62 del ordenamiento punitivo a estudio, señala que en caso de que la inimputabilidad sea permanente, a la que se refiere la fracción VII del artículo 29 de dicho Código, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en Internamiento o en libertad, previo el procedimiento penal respectivo. En el primer caso, el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación, sin rebasar el previsto en el artículo 33 de este Código. Empero, si se trata de trastorno mental transitorio, se aplicará la medida a que se refiere el párrafo anterior si lo requiere, en caso contrario, se le pondrá en absoluta libertad.

Para la imposición de esta medida, se requerirá que la conducta del sujeto no se encuentre justificada. Asimismo, tratándose de personas con desarrollo intelectual retardado o trastorno mental, la medida de seguridad tendrá carácter terapéutico en lugar adecuado para su aplicación; además, existe prohibición expresa de que se aplique esta medida de seguridad en Instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales, o sus anexos.

Por otro lado, el artículo 63 del Nuevo Código Penal para esta ciudad, establece la posibilidad de que el juez o en su caso la autoridad competente, entreguen al inimputable a sus familiares o a las personas que conforme a la ley tengan la obligación de hacerse cargo de él, siempre y cuando reparen el daño, se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen a satisfacción del juez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Sin embargo, esta medida podrá revocarse cuando se dejen de cumplir las obligaciones contraídas. Asimismo, el numeral 64 de dicha ley penal, faculta a la autoridad competente para resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, considerando las necesidades del tratamiento, que se

acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

En el caso del tratamiento de imputables disminuidos, se debe considerar por mandato expreso del artículo 65, del ordenamiento punitivo en análisis, si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental. Con base en ello, el juzgador podrá imponer, a su juicio, desde una cuarta parte de la pena mínima, hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.

Asimismo, el artículo 66 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es contundente en señalar que la duración de tratamiento para el inimputable, en ningún caso excederá del máximo de la pena privativa de libertad que se aplicaría por ese mismo delito a sujetos imputables y, que una vez concluido el tiempo del tratamiento, la autoridad competente entregará al inimputable a sus familiares para que se hagan cargo de él, y si no los tiene, lo pondrá a disposición de las autoridades de salud o institución asistencial, para que éstas procedan conforme a las leyes aplicables; y

d) Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.- Esta medida de seguridad sólo se aplicará, según dispone el numeral 67 del Código Penal vigente en la capital de la República Mexicana, cuando el sujeto activo haya sido sentenciado por un delito cuya comisión obedezca a la inclinación o abuso de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda; dicho tratamiento, no podrá exceder del término de la pena impuesta por el delito cometido, no obstante, si se trata de penas no privativas o restrictivas de libertad, el tratamiento no excederá de seis meses.

La exposición anterior, nos lleva a la conclusión de que el Código Penal capitalino vigente, en sus respectivos artículos, adoptó el principio de legalidad, dándole a la peligrosidad un papel secundario, dentro de su sistemática.

Ello así, porque como lo demuestra el contenido de tales dispositivos, ni la forma de ser de la persona, ni sus ideas, en tanto y en cuanto no se concreten en actos lesivos a las normas, pueden llevar a la imposición de sanciones y menos aún de medidas de seguridad de tipo penal, pues una vez determinado el hecho típico, la antijuridicidad de la acción y la responsabilidad penal, el juez deberá imponer una medida de seguridad, en los casos en que el autor sea peligroso para sí o para terceros y, en este supuesto, la persona podrá entonces, ser reclusa en un establecimiento adecuado, hasta que desaparezcan las condiciones que la tornaron peligrosa.

Por ello, coincidimos con Alberto Donna,¹⁰⁹ en el sentido de que la peligrosidad, deviene en un fundamento secundario de la medida de seguridad, ya que es necesario demostrar, antes que nada, la realización de un delito; de modo que, la peligrosidad va ligada infaliblemente con el hecho ilícito, supuesto que por más peligrosa que aparezca una persona, nada se podrá hacer con ella, al menos en el ámbito penal, si no comete una acción que esté tipificada en el Código Penal a estudio; por tanto, tal y como afirma el tratadista consultado: *"El delito es la puerta por donde entra la peligrosidad, como fundamento conjunto para las medidas."*¹⁰⁹

1.5.1 SANCIÓN PECUNIARIA.

Una cuestión que destaca siempre que se aborda el tema que nos ocupa, tiene que ver con la propia denominación, esto es, si debemos hablar de *"penas pecuniarias"*, o si es más adecuado el empleo del término *"sanciones pecuniarias"*.

Antes de la entrada en vigor del Nuevo Código Penal, ya era común encontrar que para referirse a tal o cual consecuencia del delito, se utilizaban de manera indistinta los términos sanción y pena, cual si fueran sinónimos.

¹⁰⁹ DONNA, Edgardo Alberto. Op. cit., página 21.

La sanción, en la Escuela Positiva, como medio de defensa social, tenía asignados fines de prevención especial y general; por ello es que, siendo consecuencias necesarias de un acto, garantizaban, desde entonces, los bienes jurídicos.

En realidad el concepto de sanción y el de pena, son técnicamente distintos, pero esa diferencia, por lo que respecta a nuestro derecho penal mexicano, y sobre todo para la designación de determinadas consecuencias del delito, no ha tenido mayor raigambre y se estila emplear un término u otro para referirse a la reparación del daño, la multa y la denominada sanción económica.

Para ilustrar la diferencia técnica que observamos entre ambas instituciones jurídicas, baste con saber lo siguiente:

La palabra sanción deriva del latín *sanctio-onis*, que hace referencia a un estatuto o ley.

Asimismo, desde el punto de vista político, sanción significa el acto solemne por el cual el jefe de Estado confirma y ordena que una ley obligue. En México, donde existe división de poderes, dentro del proceso legislativo, encontramos una etapa denominada sanción, que consiste en la aprobación de un proyecto de Ley por el Ejecutivo.

Sin embargo, por sanción también se ha entendido la pena impuesta al infractor de la ley. Así, los clásicos castellanos la entendieron como el acto en virtud del cual se da firmeza y aprobación a una ley, estableciendo castigos para sus infractores y premios para sus más fieles cumplidores.

Parece ser que originalmente sanción, significó el acto de establecer una ley, un tratado, confiriéndole carácter obligatorio, de ahí la expresión "*sancires foedus*", que se traduce como sellar una alianza. No obstante, también ha connotado la consecuencia normativa entendida como la recompensa o castigo para aquél que ha cumplido o violado la ley, ya sea moral, jurídica o religiosa, o bien, como la resultante del cumplimiento del deber postulado por la norma, consistente en la pena o castigo, protección o premio para quien han observado o violado la ley.

Ahora bien, las sanciones jurídicas se han clasificado atendiendo a las distintas ramas del Derecho, por lo que tenemos sanciones penales, administrativas, laborales, civiles, etcétera, pero indistintamente, según Mario Allarta, citado por García Maynez, la sanción se debe entender como: *"la consecuencia que deriva de la inobservancia de la norma, la reacción que el ordenamiento jurídico predetermina frente al comportamiento de los particulares que contraría lo establecido en la misma norma. Esta última, denominase más precisamente norma primaria, a diferencia de la que contiene la sanción, llamada secundaria o sancionadora... Las sancionadoras no implican ningún fenómeno de coacción; dan lugar simplemente al nacimiento de una obligación de responsabilidad cuyo acatamiento, es esperado por el orden jurídico. Si de coacción quiere hablarse, relativamente a dichas normas, habrá que emplear la expresión más específica de coacción indirecta. En rigor, la sanción posee, ante todo, una eficacia preventiva en cuanto que frecuentemente, engendra el motivo que lleva al sujeto a conducirse de acuerdo con la norma primaria."*¹¹⁰

Con lo antes expuesto, parecería entonces que nuestros legisladores han entendido a la pena como una especie de sanción jurídica que necesariamente da lugar a una obligación de responsabilidad cuyo acatamiento es esperado por el orden jurídico y posee una eficacia preventiva.

Efectivamente, en nuestro país, el uso indistinto de ambos conceptos para referirse a determinadas consecuencias del delito, tiene su origen en la Comisión Redactora del Código Penal de 1931, quien simplemente consideró a la pena precisamente como consecuencia del delito, sin ver en ello, un problema doctrinal sino una defensa y prevención social.

Ello es así, porque la pena era concebida como *"un mal necesario"*, expresión que revela un claro fondo moral, que se justifica en un sinnúmero de razones que nos dan cuenta de su finalidad: intimidación, ejemplaridad, expiación en aras del

¹¹⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Décimo Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1979, página 286.

bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, conservar el orden y la paz sociales, etcétera.

De hecho, la Comisión Redactora arriba mencionada, se pronunció sobre el uso indistinto de sanción o pena en el código punitivo, y no dudaron en señalar que era una cuestión semántica dado que la pena, castigo, sanción o medida de defensa social, son palabras equivalentes que han tenido similares connotaciones.

Inclusive, el propio Luis Garrido, uno de los autores del Código de 1931, consideró que: *"definir en el Código como se hizo en el de 29, la pena o sanción, marcándoles fines precisos es sólo actitud literaria que como orientación doctrinaria poco les sirve a los jueces... ese fue el criterio que normó la conducta de los autores ... y por lo mismo no se define el de la pena y medidas de seguridad, sino que se usa como equivalente de pena."*¹¹¹

En consecuencia, el utilizar ambos términos no encubre alguna discrepancia entre la reparación del daño y la idea de la pena, que contravenga arbitrariamente el aforismo que contempla el artículo 14 Constitucional *"nullum crime nulla poena sine lege"*, en el sentido de que al no ser denominada invariablemente como una pena, se deba que nos refiramos a esa institución jurídica como una sanción, en virtud de que la reparación del daño es una medida prefijada como consecuencia del delito.

Más por técnica jurídico-penal en el código punitivo, es conveniente utilizar el concepto pena en relación a la reparación del daño, la multa, e incluso a la llamada sanción económica, poniendo fin a lucubraciones similares a las esbozadas por los miembros de la Comisión del Código Penal de 1931 o contrarias, sobre la indistinta denominación como sanción o pena.

Ciertamente, para los integrantes de esa comisión, la pena tuvo una idea que sólo podían entender en relación a los conceptos de "delito", "delincuente" y "delincuencia", empero, la reparación del daño, la sanción económica y la multa, como penas, no pueden entenderse sino en esa misma relación, y si bien, los

¹¹¹ CENICEROS, José Ángel, y otros. LA LEY PENAL MEXICANA. Editorial Botas, México, 1934, página 95.

legisladores no conceptualizaron a la pena, circunscribieron a las que eligieron como tales, a los lineamientos constitucionales.

En efecto, el párrafo inicial del artículo 22, del código político mexicano, señala literalmente: *"Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales."*

Por tanto, la pena puede ser cualquier medio que permita mantener el orden social, con la prohibición de que no sean inusitadas ni trascendentales; es decir, *contrario sensu*, deben estar previstas en la ley penal y sus efectos no han de recaer en persona distinta a la del condenado; consecuentemente, como la reparación del daño, la multa y la sanción económica, cumplen con estas exigencias, pueden, sin contravenir el orden constitucional, constituirse en penas.

Acerca de este particular, encontramos la opinión de Mezger, quien nos dice: *"la pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal, de ahí que a éstas no se pertenezcan, por ejemplo las indemnizaciones tratadas en el código civil, pero sí las medidas de seguridad y corrección de los artículos 42a y sigts. (sic) Dentro de la pena en sentido amplio, la misma está determinada y señalada, esencialmente por la especial relación interna entre la consecuencia jurídica o el hecho punible cometido, contrariamente a lo que ocurre en las mencionadas medidas de seguridad y correccional de los artículos 42a y sigts. (sic)"* ¹¹²

Bajo este planteamiento y conforme a la exposición de motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, observamos que se debe suprimir del artículo 30, fracción V, y del propio Capítulo VI, del Título Tercero, del citado ordenamiento, el término de sanción, debiendo decir: "penas pecuniarias" y no sanciones pecuniarias, pues como hemos visto, si bien resulta una cuestión que podemos calificar hasta de intrascendente, lo cierto es que el empleo de esa

¹¹² MEZGER, Edmund. DERECHO PENAL. Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, página 353

terminología, resulta más conveniente, pues el concepto "pena", es técnicamente más específico y acorde con nuestra materia.

Por otra parte, la ubicación de las penas pecuniarias en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, las encontramos en el Título Tercero, donde se plasman "*Las Consecuencias Jurídicas del Delito*", catalogadas en tres grupos distintos.

El primero de ellos, se encuentra conformado por las "*penas*" que se pueden imponer por los delitos y que según el artículo 30 del citado ordenamiento punitivo, son:

- I. Prisión;*
- II. Tratamiento en libertad de imputables;*
- III. Semilibertad;*
- IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;*
- V. Sanciones pecuniarias;*
- VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;*
- VII. Suspensión o privación de derechos; y*
- VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.*

El segundo grupo de consecuencias del delito, está compuesto por las "*medidas de seguridad*", que se relatan en el dispositivo 31 del Código Penal vigente en esta ciudad, cuyo estudio se ha agotado en el apartado precedente, y aquí sólo enunciamos de la siguiente manera:

- I. Supervisión de la autoridad;*
- II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;*
- III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y*
- IV. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.*

Finalmente, el tercer grupo es el de las consecuencias accesorias del delito aplicables a las personas morales, mismas que en términos del artículo 27 de ese Nuevo Código Penal, se encuentran catalogadas en su artículo 32, y son las siguientes:

I. Suspensión;

II. Disolución;

III. Prohibición de realizar determinadas operaciones;

IV. Remoción; e,

V. Intervención.

Ahora bien, tal y como nos hemos comprometido anticipadamente, en este apartado abordaremos lo concerniente a la "*sanción pecuniaria*", la cual, dice el artículo 37 del nuevo código sustantivo penal, comprende: a) la sanción económica, b) la multa y, c) la reparación del daño.

Conviene precisar que estas figuras jurídicas, se estudiarán conforme a lo que indica el Código Penal en consulta, porque este espacio resulta insuficiente para satisfacer puntualmente la dedicación que requieren dichos tópicos y la problemática que la doctrina encuentra en cada uno de ellos; no obstante, se esbozarán algunas ideas que estimamos sobresalientes en cada caso.

A. Sanción Económica.

Esta pena, es de aplicación exclusiva para los servidores públicos del Distrito Federal; ello se deduce a partir de la simple lectura del artículo 52 del Código Penal vigente en esta ciudad, que la contempla, cuyo texto, literalmente dice:

"Artículo 52 (Sanción económica). En los delitos cometidos por servidores públicos a que se refieren los Títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Libro Segundo de este Código, la sanción económica consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados."

Ahora bien, servidor público para efectos del código punitivo local, es toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal (artículo 256 , N.C.P.D.F.).

Por regla general, en el contenido de los artículos que engloban los títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Código Penal a estudio, no se contemplan tipos

penales en cuya perpetración intervengan particulares, los cuales se encuadran en el título Décimo Noveno denominado: "*DELITOS CONTRA EL SERVICIO PÚBLICO COMETIDOS POR PARTICULARES.*"

No obstante, de manera excepcional, el delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 264, de ese ordenamiento represivo, puede experimentar una interpretación ligera en el sentido de que la sanción económica que nos ocupa, podría imponerse a una persona que no es servidor público.

En efecto, el numeral en mención establece que: "*se impondrán las mismas penas del artículo anterior (uno a seis años y de cien a mil días multa) al que acepte un empleo, cargo o comisión públicos, remunerados, cuyo servicio no va a prestar, o acepte algún contrato de prestación de servicios profesionales, mercantiles o de cualquier otra naturaleza, remunerados, cuyas obligaciones no va a cumplir, dentro de los plazos establecidos en la normatividad laboral aplicable o en los señalados en el contrato correspondiente.*"

Luego, una apreciación más detenida exhorta a pensar que, en este supuesto, debe entenderse que la persona que eventualmente aceptara el empleo, cargo o comisión públicos, no es servidor público y, por ende, no cabría condenarla al pago de la sanción económica, porque el principio de aplicación de la disposición contenida en el artículo 52 del Código Penal vigente en la capital, exige como requisito una calidad o cualidad en el sujeto activo, es decir, que se trate de servidor público, de modo que si el agente no lo es, no se le puede condenar al pago de la sanción económica.

Ahora bien, por lo que hace al resto de los delitos previstos en los títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es necesario establecer, en cada caso particular, en cuál de ellos procede la sanción aludida, pues se hace indispensable acreditar, por una parte, el lucro obtenido y, por otra, la existencia del daño, o bien, de los perjuicios generados con la conducta delictiva; de donde se sigue, que si el delito es de resultado formal, o en su caso, si no se demuestra que el servidor público obtuvo determinado lucro en la

realización del injusto, tampoco habrá lugar a condenarlo al pago del importe de la sanción económica.

Otra inquietud que surge al analizar esta consecuencia del delito, es precisamente su *quantum*, el cual, dice el precepto que la regula, puede ser de "*hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados*". Esta redacción, no ofrece sino confusión y de ahí, una serie de cuestionamientos no tan superficiales.

En efecto, destaca el hecho de que, conforme el contenido de la disposición que se examina, todo parece indicar que debe condenarse al servidor público que cometa alguna de las conductas previstas en los títulos Décimo Octavo y Vigésimo del referido código, al pago de "tres tantos" del lucro obtenido y, además, "tres tantos" de los daños y perjuicios causados. Esto quizá, no produzca mayor problema, si pensamos que la realización de ciertas conductas pueden suministrar ambos supuestos; la cuestión aquí sería más bien, establecer a quién debe entregarse las cantidades que resulten de la determinación del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados; sin embargo, es claro que será el Fondo de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, quien se beneficie del importe a que hacienda la sanción económica.

Lo anterior es así, porque de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo, del artículo 41 del ordenamiento penal capitalino, el importe de la multa y la sanción económica impuestas se destinarán preferentemente a la reparación del daño ocasionado por el delito, pero si éstos se han cubiertos o garantizados, su importe se entregará al Fondo para la Atención y Apoyo a Víctimas del Delito; amén de que los artículos 23, fracción I, de Ley de Atención y Apoyo a la Víctima del Delito para el Distrito Federal y 36, fracción I de su Reglamento, revelan que dicho fondo, se integrará o constituirá, entre otros recursos, con el importe de las sanciones económicas a que se refiere el Código Penal vigente en el Distrito Federal.

Por otro lado, cabe advertir que las sanciones económicas pueden resultar en algunos supuestos, realmente onerosas.

Efectivamente, en el caso del delito de ejercicio ilegal del servicio público, por citar un ejemplo (artículo 259, fracción IV, N.C.P.D.F.), observamos que en la hipótesis de que si determinado servidor público, teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicia daño a los objetos que se encuentren bajo su cuidado, estará obligado a reparar el daño producido a la víctima que padezca el detrimento en su patrimonio.

Sin embargo, por mandato expreso del artículo 46, fracción IV, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el Gobierno del Distrito Federal, está obligado a resarcir esos daños producidos por el delito, pues responde solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones, con independencia de que se salvaguarde su derecho, para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable.

En consecuencia, si en el ejemplo propuesto, se condenara al servidor público a la reparación del daño derivado de su conducta delictiva, el hecho de que se le condene, además, a pagar "*hasta tres tantos*" del lucro obtenido o de los daños o perjuicios causados, como lo quiere la sanción económica, nos parece una consecuencia, en principio, desmedida; sin embargo, desde la óptica del legislador, siguiendo la exposición de motivos de la reforma al Código Penal para el Distrito Federal abrogado, de diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, cuando se implementó la sanción económica como parte de la pena pecuniaria, junto a la multa y la reparación del daño, se propuso incrementar las sanciones con el objeto de castigar con mayor rigor a quienes desde el servicio público traicionaran la confianza de la sociedad.

Aunado a lo anterior, existe una especial individualización de esta sanción, en la inteligencia de que este artículo 52, aduce que se aplicarán "*hasta tres tantos*", lo cual es indicativo de una potestad discrecional, en la cual, el juez podrá condenar al servidor público, en su caso, a uno, dos y hasta tres veces, el lucro obtenido, o el daño o perjuicio causado con el delito, lo cual deberá sujetarse

ineludiblemente a las reglas genéricas para la imposición de penas contenidas en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 70, 71 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y a las especiales señaladas para este tipo de delitos, plasmadas en los diversos 256 y 257, del citado ordenamiento punitivo.

B. Multa.

En nuestros días, la multa ha tomado el lugar de privilegio que otrora tenía la confiscación como pena pecuniaria por excelencia.

De acuerdo con la normatividad penal vigente en esta ciudad, la multa, consiste en el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal, fijada en lo que se conoce como "*días multa*", que equivalen a la percepción neta diaria del inculpado en el momento de cometer el delito (artículo 38, N.C.P.D.F.).

Acerca del "*día multa*", se discutió por mucho tiempo si debía considerarse como tal, el equivalente a la percepción neta diaria del sentenciado, o si debería corresponder a un día de salario mínimo vigente en esta ciudad.

El conflicto surgió en ocasión del delito de robo, contemplado y penalizado en el artículo 370 del entonces vigente Código Penal de 1931, pues en su redacción contenía la expresión "*veces el salario*", como factor para determinar la cuantía imponible a título de sanción pecuniaria por la comisión de dicho ilícito; sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia por contradicción 1a./J. 11/2003, visible en la página 196, del tomo XVII, Marzo de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Materia Penal, estableció que el "*día multa*" se identificaba con la percepción neta diaria del sentenciado y no con el salario mínimo general vigente a la fecha de ejecución del delito.

Ello, en atención a que de acuerdo con el desarrollo histórico legislativo que había tenido el sistema de cuantificación de penas pecuniarias, se implementó el de "*días multa*", justamente con el propósito de hacer realidad el principio de igualdad en la imposición de las penas, conforme al cual, a mayores ingresos mayores penas, o bien, a menores ingresos menores penas. Por tanto, concluye la

tesis, para la correcta interpretación de esa expresión, se hacía necesario vincular el contenido del propio artículo 370 con el diverso 29, del Código Penal abrogado, como también con lo dispuesto en la fracción II, del artículo Tercero Transitorio del decreto por el cual, éste fue reformado, al estatuirse el sistema de días multa antes referido, mismo que impone convertir las penas pecuniarias fijadas en "*veces el salario*" a su equivalente en "*días multa*", concepto que a su vez remite a la percepción neta diaria del sentenciado.

Esta interpretación, pretendió hacer realidad los propósitos de igualdad y equidad perseguidos por el derecho punitivo, en la medida que se evitaba penalizar igual a sentenciados con ingresos diferentes, y ser congruente con el principio de legalidad, supuesto que este sistema se basa en la aplicación estricta del derecho positivo vigente antes mencionado, razones todas éstas que descartan por completo que con este criterio, se impongan penas por analogía o mayoría de razón.

Actualmente, la cuestión parece tomar nuevos bríos pues la regla establecida en el artículo 247, del ordenamiento local en cita, señala que: "*Para establecer la cuantía que corresponda a los delitos previstos en este Título (Delitos contra el patrimonio), así como para la determinación de la multa, se tomará en consideración el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al momento de la ejecución del delito*".

Sin embargo, a mi modo de ver, no se trata más que de una situación de excepción a la regla general contemplada en el numeral 38, párrafo segundo, del Código Penal que actualmente rige en esta ciudad, al señalar que el día multa equivale a la percepción neta diaria del inculpado en el momento de cometer el delito, misma que no puede ser inferior al equivalente del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal.

Esto es, para el caso de los delitos de Robo, Abuso de Confianza, Fraude, etcétera, la multa se fijará de acuerdo con el salario mínimo vigente en la capital de la República Mexicana, en tanto que en los delitos restantes, se atenderá a la percepción neta diaria del sentenciado al momento de cometerse el injusto.

Ahora bien, debe aclararse que si bien para la imposición de la multa, según se ha visto, se deben tomar en cuenta todos los ingresos del sentenciado, aún cuando ello resulte mayor al equivalente al salario mínimo diario vigente en esta ciudad, verdad también es que, dicha percepción, debe ser la que manifieste el activo al momento de rendir su declaración preparatoria, siempre que no existan elementos en autos que desvirtúen esa inicial manifestación.

Lo anterior, es acorde con el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 8/96, consultable en la página 131, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, Mayo de 1996, Materia Penal, que si bien habla del artículo 29, del abrogado Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, resulta igualmente aplicable al Nuevo Código Penal de la ciudad:

"MULTA, EL CRITERIO PARA IMPONERLA ES LA PERCEPCION NETA DIARIA DEL SENTENCIADO, SU DICHO TIENE VALOR DE PRUEBA PLENA, SI NADA LO DESVIRTUA. *Conforme a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la multa debe imponerse tomando en cuenta la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumarse el delito, es decir, integrada con todos los ingresos que el inculpado manifiesta percibir al rendir su declaración preparatoria, la que para esos efectos tiene valor de prueba plena si ningún elemento de convicción desvirtúa tal afirmación, por lo que resulta ilegal que por no existir en autos otra prueba que corrobore su declaración en ese aspecto, no deba tomarse en cuenta el salario que dijo percibir el acusado, aunque éste sea superior al salario mínimo vigente en la fecha de comisión del delito, ya que aceptar que dicho enjuiciado tenía obligación de aportar pruebas tendientes a la comprobación de que se habla, sería restar valor probatorio a la declaración del propio*

sentenciado, pues no existe precepto legal que exija la aportación de tales elementos de convicción. De lo anterior se desprende que, para imponer la sanción pecuniaria, debe hacerse con base en el salario que dijo percibir y no en el salario mínimo vigente, pues aunque ello beneficie al quejoso, resulta en desacato a lo establecido en el precepto legal mencionado, que creó el legislador para imponer la pena con justicia y equidad.”

Así como la diversa tesis jurisprudencial I.1o.P. J/10, sostenida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la página 27, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo 86-2, Febrero de 1995, Materia Penal, de rubro y texto siguientes:

"MULTA. ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. El establecimiento de la sanción pecuniaria, en días multa, que equivale a la percepción neta del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos hacen que esta forma de punir, además de tener mayor dinamismo en el movimiento de las multas, sea más equitativo en cuanto pagará más el que más gane, al atender como se debe, a los ingresos efectivos del infractor, teniendo como límite mínimo del día multa el equivalente al salario mínimo vigente del lugar donde se consumó el delito.”

Por otra parte, se establece en el código punitivo de marras, que los mínimos y máximos atenderán a cada delito en particular, los que no podrán ser menores a un día ni exceder de cinco mil, salvo los casos señalados en este Código.*

La parte final del artículo 38, del ordenamiento en consulta, señala que el límite inferior del día multa, será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito. Asimismo, estipula que para fijar el día multa se tomará en cuenta: a) El momento de la consumación, si el

* La salvedad a que se refiere el cuerpo de leyes que nos ocupa, se encuentra en el artículo 188, donde se establece que a quien por sí o a través de terceros dirija cualquier tipo de asociación delictuosa, con el fin de que se realicen conductas relacionadas con la pornografía infantil, se le impondrán prisión de ocho a dieciséis años y de mil a diez mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la destrucción de materiales gráficos.

delito es instantáneo; b) El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente; o, c) El momento de consumación de la última conducta, si el delito es continuado.

En la multa, también rige el principio de culpabilidad, contenido en el artículo 5º del nuevo catálogo punitivo de la capital mexicana, por lo que la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste; de manera que el Juez, al dictar una sentencia condenatoria, individualizará la multa dentro de los límites mínimos y máximos señalados para cada delito, siguiendo las directrices contenidas en los artículos 70, 71 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Esta sanción pecuniaria, puede ser sustituida cuando en el proceso se demuestre fehacientemente, que el sentenciado no puede pagarla, o bien, que solamente puede cubrir parte de ella. En estos casos, la autoridad judicial está facultada para sustituir la multa impuesta total o parcialmente, por: a) trabajo en beneficio de la víctima o, b) trabajo a favor de la comunidad; en tanto que cada jornada de trabajo saldrá dos días multa. Asimismo cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por trabajo en favor de la comunidad, la autoridad judicial podrá decretar la libertad bajo vigilancia, cuya duración no excederá del número de días multa sustituido, sin que este plazo sea mayor al de la prescripción (artículo 39, N.C.P.D.F.).

Sobre este particular, resulta ilustrativo el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis de Jurisprudencia por contradicción 1a./J. 47/2004, visible en la página 280, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, Agosto de 2004, Materia Penal, cuyo rubro y texto, son del tenor literal siguiente:

"SUSTITUCIÓN DE MULTA POR JORNADAS DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA VÍCTIMA O EN FAVOR DE LA COMUNIDAD. LOS ARTÍCULOS 36 Y 39 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL NO SON CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ, SINO QUE INTEGRAN UN SISTEMA COMPLEMENTARIO. El

sistema de sustitución de penas por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, establecido por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, contempla una regla general contenida en el último párrafo del artículo 36, consistente en que un día de prisión o de multa se sustituirá por una jornada de trabajo, así como una regla especial para el caso en que el sentenciado no pueda pagar la multa o sólo parte de ella, prevista por el primer párrafo del artículo 39, consistente en que en ese caso una jornada de trabajo saldará dos días multa. En esa virtud, no existe contradicción entre los referidos preceptos, pues ambos integran un sistema complementario con una regla general relativa a la sustitución de la prisión o de la multa, y una especial que sólo versa respecto a la sustitución de la multa. Por tanto, en atención al principio de especialidad establecido por el artículo 13 del código citado, y al de la aplicación de la norma más favorable que contempla el artículo 10, cuando se trata de la sustitución de multa por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, debe aplicarse la regla especial contenida en el indicado artículo 39, consistente en que cada jornada de trabajo saldará dos días multa”.

Finalmente, en cuanto a la exigibilidad de la multa, el artículo 40 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala *grosso modo*, que esta sanción se hará efectiva mediante el procedimiento económico coactivo, mismo que se iniciará por la autoridad ejecutora, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la sentencia. Asimismo, atendiendo a las características del caso, el juez podrá fijar plazos razonables para el pago de la multa en exhibiciones parciales; sin embargo, en caso de que dicho sentenciado omita, sin causa justificada, cubrir el importe de la multa en el plazo estipulado al efecto, la autoridad competente la exigirá mediante el procedimiento aludido.

El importe de la multa puede cubrirse en cualquier momento, pero, en todo caso, deberá descontarse la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestadas

en beneficio de la víctima del delito, en favor de la comunidad o el tiempo de prisión que se hubiere cumplido.

C. Reparación del Daño.

Es lógico que el estudio de este tópico y su regulación dentro del instrumento penal que rige a la capital mexicana, representa el fundamento de la presente tesis.

Por ello, considero hablar de la reparación del daño como pena pecuniaria tal y como lo considera la propia ley, y dejar de lado las consideraciones respecto de su tratamiento en el código punitivo capitalino, en el entendido de que esto, como dije anteriormente, es la sustancia de la presente tesis.

Hemos dicho que la reparación del daño, de acuerdo con los artículos 30, fracción V, y 37, del ordenamiento penal de la ciudad, constituye una pena pecuniaria, en tal virtud, veremos aquí si como tal, cumple con los fines preventivos generales y especiales.

Ciertamente los días catorce, dieciocho y treinta de noviembre del año dos mil, los partidos políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, presentaron ante el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sendas iniciativas de Código Penal para la entidad.

De tales iniciativas, sólo la del Partido Revolucionario Institucional, propuso trasladar al lugar que les corresponde la reparación de daños y perjuicios y las que se aplican a las personas jurídicas colectivas como consecuencias accesorias del delito. Así, la fracción parlamentaria de dicho partido político dijo que se debía incorporar al código punitivo que nos ocupa, la "*responsabilidad civil derivada del delito*"; pues bajo esta denominación, se prevé la reparación de daños y perjuicios, amén que se reconoce la verdadera naturaleza (civil) de la reparación de daños y perjuicios.

Este cambio, con respecto de la orientación que tenía el código abrogado, obedecería de acuerdo con la propuesta de mérito, a que la reparación de daños y

perjuicios considerada como pena pública, no había sido eficaz para lograr el pago a que tienen derecho las víctimas del delito.

No obstante, las iniciativas presentadas por los partidos Acción Nacional y de la Revolución Democrática, insistieron en seguir considerando a la reparación del daño como pena.

En realidad, de acuerdo con el proceso legislativo para la expedición del Nuevo Código Penal a estudio, fue la propuesta de la fracción parlamentaria del segundo de los partidos nombrados, la que tuvo mayor raigambre en la redacción de ese instrumento penal y, en consecuencia, la única que formuló una disertación que a la postre, sería el argumento toral para dar el cariz de pena pecuniaria a la reparación del daño.

Así, literalmente se dijo: *"¿Cuál es la razón de esta definición de reparación del daño, doctrinariamente concebida como responsabilidad civil proveniente del delito?... En suma, creemos que la naturaleza civil del resarcimiento de daños y perjuicios, derivados del delito, debe mantenerse en lo que hace a terceras personas, no así en lo que respecta al ofendido o víctima del delito, pues obligar a la víctima, después de sufrir las consecuencias del ilícito, a seguir un engorroso procedimiento civil ante el juez penal y, a promover por cuerda separada un incidente de reparación, acabaría por afectar a la población con menos recursos, recargaría la labor del juez y dilataría, innecesariamente, la satisfacción restitutoria. La reparación del daño debe seguir siendo "pena pública", por una parte para despertar la mayor atención posible hacia la víctima del delito y, por la otra, para responsabilizar a una instancia estatal, como lo es el Ministerio Público, de la búsqueda y consecución, en lo posible, de la acción reparadora. Sin que lo anterior sea óbice para que, facilitada la coadyuvancia, pueda la víctima colaborar cercanamente con el representante social en la obtención del resarcimiento de los daños. Así, señala la Iniciativa que: "Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el Juez Penal, en virtud del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria podrá recurrir ante la vía civil en los términos de la*

legislación correspondiente. Cuando la reparación del daño deba exigirse a un tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales”.

Debe aclararse, empero, que tales ideas no fueron las que se incluyeron en la redacción del Nuevo Código Penal, es decir, esta distinción entre que la reparación del daño sería considerada pena cuando se impusiera al delincuente y responsabilidad civil del resarcimiento de daños y perjuicios derivados del delito, en lo que hace a terceras personas, en ningún momento se plasmaron en dicho ordenamiento punitivo, sólo mediante reforma al artículo 532 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (once de noviembre de dos mil dos), se tuvo que precisar que: *“La reparación del daño que se exija a terceros, de acuerdo con el artículo 46 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal deberá promoverse ante el juez o Tribunal que conoce la acción penal, en cualquier estado del proceso, y se tramitará y resolverá conforme a los artículos siguientes.”*

Complementando la disposición anterior, el diverso 533, del citado ordenamiento, en el sentido de que: *“la responsabilidad civil por reparación del daño, no podrá declararse sino a instancia de la parte ofendida contra las personas que determina el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.”*

En esos términos, pese a la abundante doctrina jurídico-penal, nacional y extranjera que existe sobre el tema, nuestro código de la materia y fuero, sigue considerando a la reparación del daño como pena y, consecuentemente, ha menester vincularlo con los principios constitucionales que rigen a ésta y establecer si efectivamente cumple con los fines de prevención especial y general que le son inherentes, bajo los siguientes postulados:

a) Se ha dicho que la pena entraña una afectación en la esfera jurídica del delincuente; igualmente, la reparación del daño, constituye un detrimento en su patrimonio.

b) La pena debe ser proporcional y su medida se encuentra en la identificación con el grado de culpabilidad que haya observado el sujeto activo en la comisión de determinado delito; la reparación del daño, si bien no tiene que ver

con la culpabilidad del agente, sí entraña una proporcionalidad pero basada en la cuantificación, de índole generalmente económica, del daño a resarcir, es decir, el daño se repara en función de la afectación efectiva que haya sufrido el objeto material del delito.

c) La pena es personal, de manera que sólo se puede imponer al agente del delito; la reparación del daño, también es personal pero solo en la medida que se exija y recaiga, en exclusiva, sobre el patrimonio del delincuente, pues en caso de que se exija a terceros, tiene el carácter de responsabilidad civil derivada del delito y se tramitará vía incidente (*ver infra*).

d) La pena es legal en la medida que sólo puede ser impuesta mediante sentencia dictada por el juzgador, siguiendo las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; de igual forma, sólo se puede condenar a la reparación del daño, en la sentencia que resuelva la controversia planteada ante el juez correspondiente; y,

e) La pena aspira, fundamentalmente, a ser correccional de la voluntad antijurídica del delincuente como medio que contribuye a la reafirmación del derecho violado; la reparación del daño también busca ser correctivo de conductas delictivas, en la medida que el sujeto activo no disfrute del producto del delito.

a) *Prevención General*. La necesidad de legislar sobre la reparación del daño en materia penal, con el fin del prevenir la comisión de delitos por parte de los gobernados, es previa a la aparición del derecho codificado en México.

Ya en el Código de Martínez de Castro, primer código punitivo que rigió en el Distrito Federal (1871), la Comisión Redactora valoró la función que había tenido la "responsabilidad civil" que contemplaba la "Ley de Enero 5 de 1857"; así, la comisión antepuso a los rígidos principios doctrinarios "civilistas", el efecto disuasivo que ejercía la responsabilidad civil sobre el grupo social.

Desde entonces, se consideró importante que los delincuentes no vieran en el mal ocasionado un futuro promisorio, sino que deberían de saber que ya existía una vía a través de la cual, los perjudicados, estimulados por el interés en la reparación, denunciarían los delitos y contribuirían a su persecución, abatiendo así

la impunidad de la que habían gozado, lo que contribuiría a la represión de los delitos.

En esas condiciones, la función de la reparación del daño implementada por el Estado, era un medio de defensa social, a partir del cual, se buscaba dar una protección eficaz contra el delito. Por ello fue que se consideró de ineludible importancia confundir en la acción pública que persigue al delincuente (acción penal), la privada, reparadora del daño causado y la defensiva de estado peligroso, pues el Estado sería quien coaccionará a la reparación.

Incluso en la misma exposición de motivos del Código Penal de 1929, cuyo estudio se verá a detalle en el capítulo siguiente, se expuso lo siguiente: *"ya sea porque faltan medios al ofendido para constituirse en parte civil, ya porque los perjuicios detienen y espantan a los que se deciden a entablar la acción o ya porque después de mucho tiempo o de grandes molestias, la víctima apremiada por las circunstancias y por el ofensor, acepta como una gracia de éste la mínima parte que le ofrece como transacción. Y así, vemos a diario que mientras el ladrón y el falseario, que han podido ocultar el fruto de su delito, gozan cómodamente de él al cumplir su condena; la víctima se lamenta de las consecuencias del perjuicio que recibió, sin que el delincuente ni el Estado se preocupen por remediar su situación... el particular no puede ser árbitro de la existencia social, no debe dejarse a su voluntad y a sus medios el hacer efectiva la acción reparadora del daño causado por un delito; sino que debe considerarse como una función social, por las mismas razones y con el mismo título con que lo es la imposición de la sanción..."*.

De esta forma, observamos que con independencia de los errores de carácter técnico que presentó la instalación de la reparación del daño como pena pública, cuyo origen se encontraba en la orientación positivista que no comulgaba con nuestra Constitución Política de corte eminentemente liberal, no fue soslayada por las distintas comisiones encargadas de redactar los códigos penales subsecuentes.

José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, integrantes de la comisión redactora del Código Penal de 1931, señalaron que: *"se dio a la responsabilidad civil proveniente*

de delito el carácter de pena pública, para proteger dentro de lo posible a las víctimas del delito." ¹¹³

Este motivo, en condiciones sociales distintas, es retomado por los legisladores distritenses en las reformas de diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, e incluso, por los del Nuevo Código Penal vigente en esta ciudad, para incluir la reparación del daño como pena pública en el catálogo de las mismas, añadiendo a los fines pretéritos, el de lograr un mejor equilibrio entre las garantías de quienes delinquen y los derechos de la víctimas.

Como puede constatarse, históricamente la reparación del daño, se ha fundado en una imperiosa exigencia social de evitar la comisión de delitos futuros, de ahí que por sus efectos preventivos sobre los integrantes del grupo social, se haya abierto una brecha en el campo penal, que hasta este momento justifican su elevación al rango de pena.

b) Prevención Especial. En definitiva, la reparación del daño tiene un carácter disuasivo en el delincuente, no obstante que los daños ocasionados por los agentes del delito sean de diversa especie, como diversos son los móviles que los animan a cometerlos.

En lo individual, la reparación del daño impide al sujeto activo el disfrute de lo obtenido por el delito, pues frustra la satisfacción inícu que se complace con la desgracia producida, conminándolo a valorar pecuniariamente la magnitud de su acto relevante para el Derecho Penal.

Esta valoración del daño producido, es la que produce un efecto directo en su persona, ya que implica un estado de consciencia que posiblemente le evitará que cometa nuevos delitos al no verse estimulado por el provecho que pudiera obtener de las consecuencias de su delictivo proceder y, evita que se reconozca asimismo, ajeno a ese hecho.

Apoya lo afirmado la opinión de Claus Roxin, para quien la reparación del daño, tiene un efecto resocializador toda vez que: *"obliga al delincuente a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los*

¹¹³ CENICEROS, José Ángel, y otros. Op. cit. página 120.

intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él a menudo como una pena, como necesaria y justa y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica, pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad, consideran eliminada –a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito.” ¹¹⁴

Motivos como los expuestos, nos llevan a reconocer en la reparación del daño, una función preventiva especial en aras de preservar el orden de la sociedad, con la certeza de que la reparación del daño por parte del delincuente proveniente del delito, tiene la cualidad de reflejar por sí misma, la asimilación de la experiencia y el interés del sujeto de convivir en el grupo social; pues, no se le puede tener por corregido o neutralizado en sus tendencias delictivas, cuando no existe el mínimo interés del agente de desagraviar el daño que produjo.

Hasta ahora podemos sostener que la afectación del patrimonio del delincuente a través de la reparación del daño, históricamente ha cumplido con los fines de prevención general y especial de la pena y, por consiguiente, resulta ser un medio adecuado para prevenir el delito, por lo que es conveniente perfeccionarla como pena, lo que es propio hacer, a partir de su definición, en la cual se le dote del carácter disuasivo sustentado en la efectividad de esta pena, para evitar de manera inmediata, que el delincuente obtenga un provecho del daño que produjo con su actuar delictivo.

Por otra parte, es ineludible dejar asentado que la mayoría de los penalistas convienen en que la reparación no opera correctamente como función preventivo general negativa, ya que al parecer no intimida; por el contrario, puede generar efectos disfuncionales a la vista de que no todos pueden ser disuadidos con el efecto de la reparación.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. DERECHO PENAL. Op. cit., página 109.

Por ejemplo, los delincuentes de cuello blanco o los que cometen delitos de escasa gravedad, no dejarían de cometer otros delitos en vista de que han sido disuadidos por indemnizar y reponer las cosas en el estado original previo al acto de comisión del delito. Es más, cabría que se dieran efectos negativos en la medida en que se desatendiera el aspecto disuasorio de hechos futuros, en aras de una solución supuestamente mejor del conflicto desatado por el delito cometido. Esto en otras palabras, si se sacrificase a la víctima potencial por la actual.

Pese a ello, estamos con quienes consideran que la reparación tiene la función preventivo general positiva o integradora y la especial, como criterio de resocialización a través de la responsabilidad por el hecho, supuesto que la reparación puede expresar, ciertamente, en determinados casos, el reconocimiento y consiguiente estabilización de la norma vulnerada, suficientes para producir el efecto de confianza de la colectividad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Es por esto que Roxin y otros penalistas, ven en la reparación una tercera vía de sanción distinta de las penas y las medidas de seguridad, consistente en una prevención general positiva o de integración, siendo una forma de aquella, en vista al efecto de satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito; amén que la restauración de la paz jurídica que le corresponde a la reparación, es una tarea que ni la pena y la medida de seguridad pueden cumplir de igual forma.

Esto es así, porque con el castigo del delincuente la perturbación social que ha ocasionado no desaparece, en modo alguno, mientras que persista el perjuicio de la víctima, esto es, sólo cuando ésta haya sido respetada en sus derechos dentro de lo posible, dirán ella misma y la comunidad, que el conflicto social ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse como eliminado.

Los criterios de prevención general con el instituto de la reparación tienen por finalidad no sólo satisfacer a la víctima actual sino también a la potencial, en vista que ello es funcional para el sistema social en que se desarrolla la actual

sociedad moderna o postindustrial, que precisa de mayor seguridad y confianza en los instrumentos de control social, en el caso, el derecho penal.

Otro de los efectos que genera la reparación son de índole preventivo general, en vista de que se dirige a la satisfacción de la víctima concreta, si es que realmente existe una reparación como satisfacción luego de haber sido objeto de un delito; en todo caso, se dirige a paliar los efectos negativos del mismo, mediante la resocialización del delincuente, sensibilizándolo con los actos de reparación.

Finalmente, es importante tratar la situación que plantea el principio de culpabilidad en relación con la aplicación de la pena de reparación del daño al delincuente.

Si partimos del hecho que el juzgador debe tomar en cuenta las circunstancias exteriores del delito, es insalvable la apreciación que recaiga sobre la dimensión de los daños ocasionados. En esa actividad, ha de valorar el daño tanto en la materialidad en la que se plasma la conducta delictiva, es decir, en la forma en que el autor del delito lo comete, como en la materialidad susceptible de evaluación pecunaria.

Sin embargo, aun cuando la pena de reparación del daño, no se fija valorando la materialidad en la que se plasma la conducta delictiva, de este aspecto depende establecer la fuente de los daños susceptibles de reparación en relación a la conducta del delincuente.

En efecto, el daño debe manifestarse en el mundo fáctico para que el juzgador se encuentre en posibilidades de estimar su magnitud, lo que sólo es factible hacer mediante la apreciación del hecho delictivo, supuesto que resulta incuestionable que el impartidor de justicia, no puede representarse en la mente un daño indeterminado carente de proporciones, como lo son la vida, integridad corporal, patrimonio, libertad, honor, lealtad, etc., sino que necesariamente tiene que atender al mundo de los hechos y captar por medio de sus sentidos, las circunstancias exteriores de ejecución, ya que esta actividad le va a llevar a confirmar la existencia de los daños, a diferenciar de entre ellos, los que son

susceptibles de haberse producido con el delito y, determinar si el activo los produjo al desplegar su conducta delictiva.

Esta apreciación del juzgador vincula plenamente al delincuente con el daño que produjo, no obstante que en la resolución judicial sólo aparezca vinculado con el daño en la dimensión que se acreditó, esto es, únicamente respecto a lo que se encuentra probado, tanto en su existencia como en el monto de reparación.

Con base en las cuestiones planteadas, es indudable que la magnitud del daño causado por el delito al bien jurídico protegido por la norma, debe ser materia de evaluación por parte del juzgador, al momento de individualizar la pena de reparación correspondiente, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente. Es por ello, que para la adecuada aplicación de esta pena en particular, el Juez debe tomar conocimiento directo de la víctima y de las circunstancias del hecho, requiriendo en su caso, de dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y demás elementos conducentes (artículo 72, N.C.P.D.F.).

Tales circunstancias constituyen el medio a través del cual el juez aprecia la existencia del daño y su dimensión, y lo colocan en posibilidades de fijar el *quantum* de reparación.

En este orden de ideas, la pena de reparación del daño es una consecuencia del hecho delictivo producido por el delincuente, cuyo *quantum* de afectación, debe ser acorde al principio de culpabilidad como límite de la pena, representado bajo un valoración de corte eminentemente pecuniario.

De esta forma, la reparación del daño cumple con las exigencias legales para considerarla como pena pecuniaria, por encima de los criterios que discrepan de esta afirmación, ya que los argumentos que motivaron a insertarla en el ámbito penal, con esa característica, siguen vigentes y parecen perdurar en el tiempo.

Al respecto, traigo a colación la opinión del jurista español Miguel Polaino, quien sostiene que si bien la reparación es una institución de origen privado: "*puede ser aplicada al Derecho Penal cuando los fines preventivos de la pena se muestran, en supuestos concretos, difícilmente alcanzables: esto es, cuando la*

imposición de la pena o de la medida de seguridad resulta contraproducente en relación a los fines preventivos que el sistema penal persigue."¹¹⁵

1.5.2 PERJUICIO.

Se dice que el detrimento patrimonial se traduce en un daño, el cual hemos agotado en el apartado respectivo de este capítulo, o bien, en un perjuicio.

Fue en Roma donde surgieron los primeros conceptos al respecto y desde entonces, se distinguía al daño y al perjuicio, identificando al primero como "*damnum emergens*", es decir, el daño emergente, y al segundo como "*lucrum cesans*", o sea, el lucro que cesa o la ganancia que se deja de percibir; de esta forma, nos dice Galindo Garfias: "*el daño o menoscabo patrimonial, en estricto sentido, es objeto de reparación propiamente dicha y, el segundo, el perjuicio, que aludía a la falta de ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor, es materia de indemnización.*"¹¹⁶

Así, el Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, define al perjuicio como: "*un mal que indirectamente se causa, impidiendo un bien.*"¹¹⁷

El Código Civil para el Distrito Federal, señala en su artículo 2109 que: "*se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.*"

Ernesto Gutiérrez y González critica la redacción de este artículo específico porque sólo se ocupa del hecho que es ilícito por violar una obligación previa contractual sin considerar el hecho ilícito proveniente de violentar un deber consignado en la ley ni la idea de responsabilidad por daño sin culpa, por lo que nos ofrece como concepto de perjuicio: "*la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido, de no haber generado otra persona la conducta lícita o ilícita que la ley considera para responsabilizar a ésta.*"¹¹⁸

¹¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL MODERNO DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, México, 2001, página 166.

¹¹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio en DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Op. cit, página 1679.

¹¹⁷ DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Tomo I, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, página 528.

¹¹⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit, páginas 565 y 566.

Por su parte, Díaz de León, asegura que: *"el perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido si dicho resultado delictivo no se hubiera producido."* ¹¹⁹

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala en su artículo 42, fracción IV, que la reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate, el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

La relevancia práctica del tema incide en que mientras el daño emergente se refiere a algo que se hallaba, del modo que sea, en el patrimonio del perjudicado, y como tal realidad tiene un precio en el mercado, el perjuicio no se había hallado nunca en el patrimonio del perjudicado ya que al referirse a un interés futuro, supone la pérdida de bienes que probablemente se hubieran obtenido; de manera que la determinación de la ganancia no obtenida ha enfrentado graves dificultades, pues como nos dice Eduardo Font Serra: *"mientras el daño emergente puede delimitarse formulando juicios de certeza, en torno al lucro cesante, sólo caben juicios de probabilidad. El problema fundamental se halla en que, por una parte, los tribunales no pueden proteger intereses inseguros pero, por otra, no cabe exigir seguridad en torno a lo que por naturaleza no puede tenerla."* ¹²⁰

Este problema no obstante, ha sido resuelto por nuestra nueva legislación sustantiva penal acudiendo a un criterio restrictivo, de modo que el lucro cesante, o ganancia probable, no puede presumirse pues quien intente percibirlo, tendrá la carga de probarlo y los jueces deberán rechazar toda solicitud que se realice sobre la base de meras hipótesis, cálculos o suposiciones.

Así parecen demostrarlo los artículos 43 y 44, párrafo segundo, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pues la cuantificación según el daño o perjuicio que sea preciso reparar, deberá estar sujeta a la pruebas obtenidas durante el proceso, a cuya aportación está obligado el Ministerio Público y deberá fijarse en todo caso por el Juez, quien resolverá lo que en derecho proceda.

¹¹⁹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Op. cit., página 366

¹²⁰ FONT SERRA, Eduardo. LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL. SU TRATAMIENTO PROCESAL. Editorial Gráficas Muriel, Sociedad Anónima, España, 1991, página 53.

Ilustra la posición anterior, el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia por contracción 1a./J. 51/2002, visible en la página 160, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Noviembre de 2002, Materia Penal, cuyo rubro y texto, son del tenor siguiente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. COMPRENDE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS DE MANERA DIRECTA POR LA COMISIÓN DEL DELITO. *En los artículos 33, fracción II, del Código Penal para el Estado de Baja California, y 27, fracción II, del Código Penal del Estado de Campeche, se regula la figura de la reparación del daño, referida también a los perjuicios sufridos por la víctima; por lo que, conforme a estos dispositivos, al resolver sobre dicha reparación, de ser procedente, el Juez deberá sentenciar al sujeto activo a la indemnización de los perjuicios causados de manera directa a la víctima por la comisión del delito; pues de considerarse que dicha indemnización debe ser reclamada en la vía civil, se limitaría la interpretación de los mencionados preceptos legales en perjuicio de la víctima, dejándose de lado la amplia protección que el legislador pretendió darle en el proceso penal; consecuentemente, si en el delito de lesiones las infligidas al sujeto pasivo fueron de tal magnitud que impidieron el desarrollo de su actividad laboral cotidiana, dejando de percibir la remuneración correspondiente, este perjuicio resulta ser un efecto directo de la comisión del ilícito, a cuya reparación debe sentenciarse al procesado, independientemente de que en la legislación ordinaria civil de esos Estados se regulen las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, toda vez que tal regulación se dirige a una relación jurídica caracterizada por exigencias entre particulares, que podrán demandarse por la víctima cuando no desee formular querrela, pero tampoco se encuentre dispuesta a absorber los daños y perjuicios derivados de la conducta ilícita; o bien, en contra de*

terceros que tengan el carácter de subsidiarios responsables del sujeto activo; pero que de ningún modo puede ser excluyente de la obligación que en materia penal el legislador impone al Juez y al Ministerio Público. Corrobora lo anterior, el texto vigente del artículo 20, apartado A, fracción I, y apartado B, fracción IV, de la Constitución Federal, en el que se ha elevado a rango de garantía individual el derecho que tiene la víctima a que le sea reparado el daño causado por la comisión del delito, obligando al Ministerio Público a actuar en el proceso para obtener el cumplimiento de esa garantía; y lograr así que en todo proceso penal la víctima tenga derecho a una reparación pecuniaria, tanto por los daños, como por los perjuicios ocasionados por la comisión del delito; debiéndose considerar, además, que fue el propio Constituyente el que reguló, con estrecha vinculación, los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculcado una caución suficiente que garantice la reparación de daños y perjuicios, lo cual confirma que, actualmente, en todo procedimiento penal se debe tutelar como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, con lo cual se logra reconocer una importancia del mismo rango a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculcado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito.”

1.5.3 INDEMNIZACIÓN.

El vocablo indemnizar proviene de las voces latinas "in", que significa sin y "danmnum", que se traduce como daño, por lo que etimológicamente representa dejar sin daño.

Uno de los objetivos primordiales de las sanciones jurídicas y, en este caso del Derecho Penal, consiste en asegurar al sujeto que ha sido víctima del delito,

una indemnización por los daños y perjuicios causados. Esto supone, naturalmente, un cálculo económico de los mismos.

Es por ello que al definir la indemnización, algunos autores como Guillermo Cabanellas, señalan que es: *"Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista del culpable; y del que se ha recibido, enfocado desde la víctima. En general, reparación de un mal."*¹²¹

De igual criterio es Rafael de Pina Vara, pues al definir a esta figura jurídica, señala que se trata de una: *"Cantidad de dinero o cosa que se entrega a alguien en concepto de daños o perjuicios que se le han ocasionado en su persona o en sus bienes (o en su persona y bienes a la vez)."*¹²²

Sin embargo, para el insigne profesor Ernesto Gutiérrez y González, la indemnización es: *"la necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba, un derecho ajeno que sufre un detrimento, antes de la realización de un hecho culpable..., que le es imputable a este, y de no ser ello posible, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio si lo hubo."*¹²³

Esta última definición, parece ser la que de modo general, adopta el Nuevo Código Penal vigente en la ciudad de México, pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42, la reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

a) El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

b) La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

c) La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que,

¹²¹ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., página 381.

¹²² DE PINA VARA, Rafael. Op. cit., páginas 295 y 296.

¹²³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op cit., página 577.

como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

d) El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y,

e) El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Ahora bien, con independencia de que estas modalidades de la reparación del daño sean estudiadas con mayor detalle en el Capítulo IV de la presente tesis, conviene dejar asentada la idea general que las engloba a todas, y que se traduce en dejar sin daño.

En efecto, lo primero que debe hacerse cuando una conducta delictiva provoca un detrimento en la esfera jurídica de la víctima que la padece, es la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de que aquélla se produjera. He aquí la teleología de la reparación del daño, pues en todo caso, se debe buscar, como lo dice el propio Código Penal, el restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito, de manera que sólo cuando ello resulte imposible, la indemnización correspondiente, se traducirá en un pago, generalmente de contenido económico, por el daño y/o perjuicio causados.

En el ordenamiento punitivo que rigió en la capital mexicana, antes de la aparición del Nuevo Código Penal de dos mil, la idea de reparación giraba en torno a tres figuras fundamentales, a saber: a) la restitución, b) la indemnización y, c) el resarcimiento (Artículo 30, del Código Penal para el Distrito Federal abrogado).

La primera tenía lugar cuando se trataba de objetos materiales, tangibles y fungibles, de manera que la reparación del daño, consistía fundamentalmente, en la devolución del bien que hubiere sido sustraído de la esfera patrimonial de la víctima y si esto no fuere posible, se sucedía el pago del precio del mismo, o bien, la entrega de otro de la misma especie y calidad. La segunda, suponía la indemnización retributiva, de manera que su pretensión giraba en torno a resarcir los daños materiales y morales causados, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, hubieren sido

necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y la tercera, encontró en el resarcimiento, la manera de cubrir los perjuicios ocasionados, es decir, el lucro que cesa o la ganancia lícita que se deja de percibir y que debía haber obtenido el acreedor, lo cual es propiamente la materia de indemnización.

Actualmente, según se observa líneas arriba, existe en el contexto del artículo 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, un espectro más amplio y detallado de la reparación del daño, pues en primer lugar, parte de la idea de que el daño se ha de cubrir de acuerdo con la naturaleza del delito de que se trate, lo que de suyo constituye un avance significativo, en cuanto al acotamiento de los delitos que merecen reparación.

Asimismo, en el caso de la restitución de la cosa obtenida por el delito, ahora no sólo basta con devolverla sino que además, se deben incluir sus frutos y accesorios y, si la entrega no fuese posible, el pago de su valor pero actualizado; máxime que si se trata de bienes fungibles, el juez tiene la facultad de condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial; lo anterior, sin mencionar algunas implicaciones estimo favorables, que existen en materia de restitución en beneficio del sujeto activo.*

De esta forma, podemos afirmar que la reparación del daño tiende a colocar primordialmente a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Por ende, la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada, sea reestablecida mediante la restitución, si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien, o por medio de la reparación de la cosa, si ha sido destruida o ha desaparecido.

* Véase el contenido del artículo 248 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en donde se señala que no se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión. En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados.

Apoya nuestra afirmación, el criterio sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis de jurisprudencia I.3o.P. J/9, visible en la página 675, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Abril de 1998, Novena Época, Materia Penal, cuyo rubro y texto, son del tenor literal siguiente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. DIFERENCIA ENTRE PAGO Y RESTITUCIÓN DEL OBJETO, EN LA. *Es incorrecto condenar al quejoso al "pago" de la reparación del daño, consistente en la restitución de la cosa, y tenerla por satisfecha al haberse recuperado el objeto relacionado con el delito, pues no debe perderse de vista que la reparación del daño es considerada por la ley como una pena pública que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, consiste en la restitución de la cosa y de no ser posible, el pago del precio de la misma y la indemnización del daño material y moral causado.*

En tales condiciones, debemos insistir, sólo cuando la reparación o la restitución no son posibles o cuando se trata de una lesión corporal o moral (el daño moral no es reparable propiamente), la obligación se cubre por medio del pago de una indemnización en numerario, con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. En otras palabras, tal y como señala Galindo Gárfias: *"ya no se trata entonces de restituir o de reparar, sino de resarcir a través de una indemnización en numerario con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima."*¹²⁴

A propósito del daño moral, cuyo estudio circunspecto se formalizará en otro capítulo de la presente tesis, podemos adelantar que se traduce en una indemnización en dinero que fija el juez, con base en dictámenes periciales idóneos y tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del delincuente y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

¹²⁴ En DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Op. cit., página 1679.

Ciertamente, como afirma Díaz de León, debe precisarse que el daño moral no equivale, de ninguna manera, a que se ponga precio en dinero, o que se valúen en moneda como tales, el interés, sentimientos, afectos, creencias, honor o reputación lesionados por el delito, menudo favor se le haría al juzgador, si éste fuera el criterio para valorar el daño moral, sino que, como apunta este ilustre catedrático: *"la cantidad de dinero que se entregue por este concepto a la víctima es sólo para resarcir el dolor, el descrédito, el deshonor o la desilusión ocasionados a ésta, según la naturaleza del hecho, por el delito."* ¹²⁵

Al respecto, resulta ilustrativa la tesis de jurisprudencia por contradicción 1a./J. 88/2001, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 113, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Diciembre de 2001, Novena Época, Materia Penal, de rubro y texto siguientes:

"REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño será fijada por los Jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, también lo es que tratándose del delito de homicidio, al resultar claro que tal reparación no puede consistir en la devolución de la cosa obtenida con motivo del delito o en el pago de su precio, ni tampoco en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su comisión, toda vez que, por una parte, es imposible restituir la vida de una persona y, por otra, ésta tampoco puede ser valuada económicamente por no encontrarse en el comercio, lo que, a su vez, trae como consecuencia que no sea viable que los beneficiarios o derechohabientes puedan exigir el lucro cesante por una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial derivada de la

¹²⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Op. cit., páginas 564 y 565.

muerte de la víctima, la aludida reparación debe circunscribirse al pago de una indemnización por los daños materiales o morales causados a que se refiere la fracción II del artículo 30 del propio código, siendo que es de reconocido derecho que los primeros sí pueden ser objeto de prueba, al revestir un contenido económico patrimonial y, por tanto, objetivo, mientras que los segundos, al no compartir esa misma naturaleza, deben sujetarse a reglas especiales de valoración. Ahora bien, si en este aspecto, el artículo 30, último párrafo, del mencionado código punitivo establece, de manera especial, que tratándose de delitos que afecten la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevén una indemnización equivalente a dos meses de salario mínimo por gastos funerarios (daño material) y una cantidad adicional, equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo, con la cual se pretende compensar el daño moral, es inconcuso que de manera imperativa obliga al juzgador en este tipo de delitos, a condenar a la reparación del daño, simplemente con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio, por lo que, en principio, no es necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral, pues en este supuesto encontraría plena aplicación el principio general contenido en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 30, último párrafo, sólo establece una base mínima a la cual deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización.”

Para concluir la exposición de este tema, resulta ineludible mencionar una forma especial de reparación del daño que tiene que ver con el tópico de la

indemnización, la cual se plasma en el Título Vigésimo Quinto, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, denominado "*Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental.*"

Para abordar el tema, es indispensable centrar la mirada en un concepto fundamental, esto es, los denominados bienes jurídicos difusos, supraindividuales, colectivos, generales o comunitarios, pues sin el auxilio de estas nociones, difícilmente podríamos comprender la instalación de los delitos contemplados en el Nuevo Código Penal en materia ambiental y la consecuente reparación del daño.

El rasgo fundamental de los llamados intereses o bienes difusos, es la interferencia permanente entre el aspecto individual y colectivo de los mismos que, inmediatamente, produce una cotitularidad compartida de ellos, de tal manera que vienen a complementar las anteriores situaciones tradicionales, en cuanto a circunstancias jurídicas subjetivas se refiere.

Lo anterior se explica, porque el sistema penal ha despojado a la verdadera víctima de su calidad de tal para investir de esa calidad a la comunidad, es decir, ha sustituido a la víctima real y concreta por una víctima simbólica y abstracta: La comunidad.

De esta forma, explica la Doctora María de la Luz Lima Malvido: "*Así como en algunos sistemas se extendía la responsabilidad del individuo al grupo, con el sistema penal moderno se extiende la victimización del individuo a la comunidad institucionalizada. Pero esta sustitución –como bien lo indica la Dra. Messuti- no significa que se acentúe la preocupación por las víctimas colectivas, minorías, grupos vulnerables, etc. Es la sustitución del sujeto real por un ente abstracto, la comunidad.*" ¹²⁶

De lo antes expuesto, podemos decir que se conforma una complementación ineludible, supuesto que un interés, un deseo o una necesidad de salvaguardar un específico derecho subjetivo (el de la víctima) se vuelve

¹²⁶ LIMA MALVIDO, María de la Luz. MODELO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS EN MÉXICO. Editorial Porrúa, México, 2004, página 3.

“difuso” en relación con la colectividad y compartido por sujetos diversos del titular del específico bien lesionado.

Así, de forma más específica y en relación con los delitos ambientales, el Doctor Márquez Piñeiro, enseña: *“La actividad lesiva, derivada de las modernas formas productivas y comercializadoras, da lugar a una proyección masiva a la dañosidad originando una verdadera lesión concreta de este bien supraindividual, colectivo, general o comunitario (o, en su caso, de disfrute colectivo) que pudiera ejemplificarse en el medio ambiente. De esta forma, aparece la noción de daño supraindividual, consistente en la lesión a unos intereses difusos o colectivos jurídicamente relevantes.”*¹²⁷

Con esta base teórica, es posible aproximarnos a la indemnización en el caso de los delitos en materia ambiental, los cuales recogen, sin que profundicemos en ello, los principales bienes que se tratan de proteger, mismos que constituyen la base sustancial del concepto *“bioseguridad”*, que podemos mencionar, entre otros, las áreas naturales protegidas, el ecosistema del suelo de conservación, los suelos minerales o cualquier depósito del subsuelo, y las especies o subespecies silvestres de la flora o de la fauna, terrestre o acuática.

Ahora bien, el Capítulo III del Título Vigésimo Quinto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, establece disposiciones comunes a los delitos previstos en el citado título.

En dicho capítulo encontramos el artículo 348, que faculta al Juez para que de oficio o a petición de parte, reduzca las penas correspondientes para los estos delitos hasta en tres cuartas partes, cuando el sujeto activo haya reestablecido las condiciones de los elementos naturales afectados al estado en que se encontraban antes de realizar la conducta, y cuando ello no sea posible, ejecutando las acciones u obras que compensen los daños ambientales que se hubiesen generado. Sin embargo, la propia disposición en consulta, señala que para acreditar el supuesto

¹²⁷ MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael *“Delitos de Peligro Abstracto”*, en ANÁLISIS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Terceras Jornadas Sobre Justicia Penal. “Fernando Castellanos Tena”. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga Islas De González Mariscal (coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, página 107.

de procedencia de la mencionada atenuante, deberá constar en el expediente respectivo, dictamen técnico favorable emitido por la autoridad ambiental competente en el Distrito Federal.

Asimismo, por mandato expreso del artículo 349, del referido ordenamiento punitivo de la capital mexicana, la reparación del daño incluirá, además:

a) La realización de las acciones necesarias para restaurar las condiciones de los elementos naturales afectados al estado en que se encontraban antes de realizarse el delito, cuando ello no sea posible, la ejecución de acciones u obras que permitan compensar los daños ambientales que se hubiesen generado, y si ninguna de ellas fuera posible, el pago de una indemnización que se integrará a los recursos del fondo ambiental público previsto en la Ley Ambiental del Distrito Federal.

No obstante, para determinar el monto de la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el Juez está obligado a considerar los daños ambientales ocasionados, el valor de los bienes afectados y el derecho de toda persona a tener un ambiente sano, debiendo apoyarse, sin excepción, en un dictamen técnico emitido por la autoridad ambiental competente para fijar dicho monto, el cual, en ninguno caso, deberá ser inferior al valor de los bienes afectados o de los beneficios obtenidos por la conducta; y,

b) La suspensión, modificación o demolición de las construcciones, obras o actividades, que hubieren dado lugar al delito respectivo.

Por otra parte, tratándose de éstos delitos, el trabajo a favor de la comunidad, consistirá en actividades relacionadas con la protección al ambiente o la restauración de los recursos naturales (Artículo 349 Bis, N.C.P.D.F.).

Asimismo, la nueva ley penal vigente en la Ciudad de México, establece en su artículo 349 Ter, que si en la ejecución de alguno de estos delitos concurre otro diverso, en lo referente a la reparación del daño, tendrá preferencia la correspondiente al daño ambiental, con excepción de la reparación de los daños a la salud, integridad de las personas o a la vida.

Finalmente, se instaura una sanción especial para el caso de que en la perpetración de este tipo de ilícitos, intervenga un servidor público en ejercicio, con motivo de sus funciones o aprovechándose de esa calidad, pues el artículo 350 del referido instrumento represivo, decreta que la pena de prisión se aumentará en una mitad y se le inhabilitará para ocupar cargo, empleo o comisión, en los términos del artículo 258 de ese Código.*

* Artículo 258. Además de las penas previstas en los Títulos Decimoctavo y Vigésimo, se impondrán:

- I. Destitución del empleo, cargo o comisión en el servicio público;
- II. Inhabilitación de tres a diez años para obtener y desempeñar un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público; y
- III. Decomiso de los productos del delito.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MÉXICO.

Para llevar a cabo el estudio de los antecedentes del Derecho Penal en México, subdividiremos su análisis, de manera sucinta, en las siguientes épocas: a) Precolombina, b) Colonial y, c) Independiente.

2.1 ÉPOCA PRECOLOMBINA.

Antes de la llegada de los españoles, existieron infinidad de reinos y señoríos, entre los más importantes, podemos mencionar a los mayas, tarascos, texcocanos y aztecas, cuyas organizaciones alcanzaron un impresionante grado de civilización, al punto que algunos historiadores y narradores, han manifestado asombro ante sus sistemas de impartición de justicia.

Baste como ejemplo de lo anterior, el simple concepto de "*justicia*", que en el idioma azteca significaba "*tlamelahuacachinaliztli*", palabra que derivaba de "*tlamelahua*", traducida como "*pasar de largo ir derecho, vía recta a alguna parte, declarar algo*", de donde también "*tlaclaualiztli*" representaba "*el acto de enderezar lo torcido, desfacen entuertos*", como se diría en castellano antiguo.

Patentiza lo anterior, el símil con Roma, de donde deriva nuestra tradición de Derecho, donde nos dice Fernando Flores García, los magistrados tenían que decidir ajustándose a preceptos promulgados por competente autoridad; cuando por el contacto con otros pueblos, fue necesario crear un Magistrado que juzgara de las disputas en que se interesaban extranjeros, no sujetos a las leyes de la ciudad, "*el pretor*" formulaba un edicto o colección de reglas o preceptos a los que había de ajustarse. La justicia era así, expresa el maestro en mención: "*la aplicación de una ley preexistente, que ligaba tanto a las partes como al Magistrado. La idea de justicia expresada por la palabra azteca es otra; no indicaba la obligación del Juez de someterse a una ley o mandato; sólo la de buscar la línea*

recta, es decir, usar su propio criterio. Cada caso tenía su ley. Claro está que el criterio del Juez estaba influido por las costumbres y el ambiente social.” ¹²⁸

Ahora bien, las leyes penales en el pueblo Maya se caracterizaban, al igual que otros reinos y señoríos, por su severidad. Los “batabs” o “caciques”, tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud. La primera, apunta Castellanos Tena: *“se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.”* ¹²⁹

Los mayas, como se sabe, tenían principios normativos de carácter consuetudinario que regulaban con gran detalle, materias que actualmente se consideran en la temática del Derecho Civil, como son las relaciones de parentesco (derecho de la familia); las sucesiones hereditarias; los pactos sobre bienes y contratos, lo mismo que el establecimiento de reglas y costumbres sobre privilegios de embajadores y pueblos vecinos; sobre declaraciones de guerra y sobre tratamiento de los prisioneros, aspectos que en la actualidad, podrían encasillarse dentro del Derecho Público.

Finalmente, en lo que atañe a la regulación de los delitos y las correspondientes sanciones aplicables a los infractores, Flores García comenta: *“el pueblo maya se amoldaba al rasgo característico de los pueblos de su nivel cultural que denota una severidad estricta, que se traducía en caso de faltas, en el resarcimiento del daño ocasionado y, tratándose de delito graves, podía llegar a la esclavitud y a la muerte.”* ¹³⁰

Por lo que hace a los tarascos, de quienes no se sabe tanto como de las demás civilizaciones aquí esbozadas, podemos decir que también se caracterizaban por su crueldad en las penas. Al forzador de mujeres, por ejemplo, se le rompía la cara de la boca a las orejas, empalándosele después hasta hacerlo morir; el

¹²⁸ FLORES GARCÍA, Fernando. *“Elevada Concepción e Impartición de Justicia de Nuestros Antiguos Indígenas”* en ENSAYOS JURÍDICOS, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición, Editorial Laguna, Sociedad Anónima de Capital Variable, México, 1998, páginas 851 y 852.

¹²⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 40.

¹³⁰ FLORES GARCÍA, Fernando, Op. cit., página 855.

adulterio se castigaba con pena de muerte y confiscación de bienes, en tanto que el hechicero, era arrastrado vivo o se le lapidaba; contrasta con lo anterior, el detalle de que al ladrón que delinquía por primera vez, se le perdonaba, pero si reincidía, se le obligaba a precipitarse por una cuesta, dejando que su cuerpo saciara el hambre de las aves carroñeras. Aquí, la función jurisdiccional la ejercía el "Calzontzi" o soberano y en otras ocasiones, ejercía la justicia el sumo sacerdote.

En cuanto a los texcocanos, en cuyo "reino" según la mayoría de los historiadores y cronistas, el Derecho alcanzó su mayor auge de entre todos los pueblos autóctonos de ese tiempo, cuidaron más de organizar que de ensanchar sus dominios. Así, se dice que dos grandes personajes de su vida pública destacados como filósofos legisladores Netzahualcóyotl y Netzahualpilli, compilaron las antiguas costumbres, añadieron nuevas disposiciones y formaron, por denominarlo de alguna manera, los códigos civil y criminal, sin soslayar su capacidad de organización en la administración de justicia en cuanto a las atribuciones, número e importancias de jueces y tribunales, a tal grado que los "reyes" de México, sometían a su jurisdicción, en no pocas ocasiones, los asuntos de mayor trascendencia para la vida pública, dada su inteligencia y la equidad que reflejaban sus resoluciones.

Tan encomiable fue su tarea legislativa, como la concerniente a la aplicación estrictísima de la ley, pues en la función de juzgamiento, se advertía un gran celo respecto la ejecución de los sentenciados por el juzgador, sin mediar consideraciones especiales en razón de la persona, motivadas por su rango social, sexo, etcétera. Se sabe, como ejemplo de lo anterior, que el adulterio era castigado con pena de muerte, tanto que Netzahualpilli mandó matar a su propia hija por la comisión de dicho delito, ello a pesar de haber sido perdonada por el marido de ésta, en virtud de que, según el historiador Zorita citado por Flores García, se decía que: *"no se había de quebrantar la ley con nadie, y que daría mal ejemplo a los otros señores y quedaría muy deshonrado, y lo tendrían por injusto*

*si con sus vasallos se ejecutase la ley y no con sus hijos, y que convenía que un hecho tan malo no quedase sin castigo.”*¹³¹

Resulta interesante observar en los pueblos antiguos de México, una preocupación constante por el mantenimiento del orden social, las buenas costumbres y el respeto tanto a las instituciones legales como a la educación.

Tal es el caso del pueblo Azteca, gran imperio hasta la llegada de los españoles que dominó militarmente a la mayor parte de los pueblos de la altiplanicie mexicana.

El sistema jurídico de estos antiguos mexicanos, presentaba ciertas variantes respecto del pueblo maya, que era esencialmente tradicionalista, mientras que algunas leyes aztecas, se transcribían o se recogían en pinturas o jeroglíficos, pues tal y como apunta el profesor emérito Fernando Flores García: *"las más importantes reglas que normaban los actos de la vida civil y pública, estaban escritas en jeroglíficos... Estos no tenían más fuerza que la de la costumbre, servían para conservar la tradición jurídica; pero eran exclusivamente para el conocimiento de los Jueces y no para hacer del dominio público las disposiciones legislativas."*¹³²

En lo que a nuestro tema se refiere, encontramos el apunte del maestro Guillermo Colín Sánchez, quien nos dice que a pesar de que el procedimiento era de oficio y bastaba un simple rumor público, acerca de la comisión de un delito, para que iniciara la persecución: *"los ofendidos podrían presentar directamente su querrela o acusación, presentaban sus pruebas y en su oportunidad formulaban alegatos."*¹³³

En este sentido, la autorizada opinión de Toribio Esquivel Obregón, nos pone de relieve que en realidad: *"no hay noticia de que en el derecho azteca tuviera lugar como en la antigüedad y en la Edad Media en Europa, la composición o convenio entre ofensor y ofendido y la familia de éste, mediante la cual desapareciera la acción penal... Solamente Durán, entre los historiadores*

¹³¹ Idem, página 894.

¹³² FLORES GARCÍA, Fernando. Op. cit., 859

¹³³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., página 28.

*primitivos, nos dice que el perdón del ofendido en el caso de adulterio y el de la familia del muerto en el de homicidio, atenuaban la pena cambiándola de muerte en esclavitud.”*¹³⁴

Gran avance se identifica en las instituciones de Derecho Penal en los aztecas, ya que distinguían claramente entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, excluyentes de la responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto, la amnistía, entre otras figuras.

Según el investigador Carlos H. Alba, citado por el maestro Fernando Castellanos Tena, los delitos en el pueblo Azteca, pueden clasificarse de la siguiente forma: *"delitos contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio."*¹³⁵

De la responsabilidad por delito de culpa, se conoce el caso del que cohabitaba con la esclava de otro, lo cual en sí, no era punible, pero si la esclava moría en el parto, aquél se convertía en esclavo del dueño. En los demás casos, sólo se referían las penas al delito intencional, entre las que predominaba la de muerte, pero también, derribar la casa del culpable, cortar los labios o las orejas, la esclavitud, el destierro, cortar o quemar el cabello y la destitución de un empleo.

Algunas veces, nos ilustra Esquivel Obregón: *"la pena era trascendental, como en el caso de traición, en que, además de la muerte del traidor, los miembros de su familia hasta el cuarto grado eran reducidos a esclavitud. También si alguno se atribuía funciones que eran propias de altos dignatarios, como el cihucoatl, todos sus parientes, hasta el cuarto grado, eran desterrados."*¹³⁶

¹³⁴ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1984, página 184.

¹³⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 43.

¹³⁶ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Op. cit., página 185.

2.2 ÉPOCA COLONIAL.

La conquista española, como hecho meramente militar, tuvo indudables y necesarias implicaciones políticas, jurídicas, sociales y económicas, sin las cuales, no hubiese tenido la trascendencia histórica de marcar una etapa en la vida de nuestro país, a tal grado, que hizo desaparecer los diferentes "estados" autóctonos o indígenas al someterlos al imperio de la Corona.

En la medida que los pueblos aborígenes fueron sojuzgados, apunta Ignacio Burgoa: *"dejaron de ser estados para convertirse en el elemento humano de dicha organización que los unció al Estado español y sus respectivos territorios; bajo un sólo imperio y dominio, se conjuntaron para formar geográficamente la Nueva España."*¹³⁷

A decir de varios historiadores, durante el siglo XVI, en la Nueva España, se conservaron muchas de las instituciones existentes, ya fuera por la conveniencia derivada de la colonización, o bien, por haberlas encontrado eficaces e insustituibles.

Puede decirse también, que durante la Colonia, existió una doble legislación, supuesto que se aplicaba, tal y como nos indican Fernando FloresGómez y Gustavo Carvajal Moreno: *"una para los españoles y causas en que los españoles estuviesen coludidos, o bien, en que los indígenas atacaran la vida o la persona de la población hispánica, y otra, para juzgar cuestiones de indios con exclusividad o causas en que éstos sufrieran, asimismo, menoscabo en sus intereses o en su persona."*¹³⁸

Sin embargo, es del dominio público, que las autoridades del Virreinato, denostaron la normatividad aplicable a los indígenas y, en la mayoría de las controversias, sólo empleaban las leyes españolas para su solución. Estas leyes, según Soto Pérez, eran de tres clases, a saber: *"a) Las que regían ya a la nación*

¹³⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, página 51.

¹³⁸ FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y Gustavo Carvajal Moreno. NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1979, página 16.

española; b) las que fueron creadas para las colonias de España en América (Leyes de Indias); y, c) Las que se elaboraron especialmente para la Nueva España." ¹³⁹

De esta forma, en poca u nula consideración, se tuvo la normatividad que regía a los pueblos nativos, a pesar de que el Rey Carlos V, dispuso se respetaran y conservaran las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral imperantes en España.

Efectivamente, en la Época Colonial, se puso en vigor la legislación de Castilla, conocida con el nombre de "Leyes de Toro", mismas que tuvieron vigencia por disposición de las "Leyes de Indias", cuya recopilación, tuvo lugar hacia el año 1596.

No obstante lo anterior, advierte Castellanos Tena: "*en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, Las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, La Nueva y Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes y la de Gremios.*" ¹⁴⁰

Así, en este período histórico, estuvo vigente, por una parte, la legislación dictada exclusivamente para las colonias de América, a la cual se le denominó, en su conjunto, "Derecho Indiano", dentro del cual, ocupaban una posición predominante las "Leyes de Indias", verdadera síntesis de derecho hispánico y de las costumbres jurídicas aborígenes; y, por otra parte, también cobraron vigencia las "Leyes de Castilla", que se aplicaban con carácter supletorio, pues la Recopilación de 1680, dispuso que en todo lo que no estuviese ordenado en particular para las Indias, se aplicarían tales disposiciones.

Esta Recopilación, destaca en ese mundo jurídico difuso, por ser una de las que mayor trascendencia tuvo en el ámbito del Derecho Penal. Se componía de Nueve Libros, en los que se encontraba turbiamente diseminada la materia penal; no obstante, en el Libro VIII, encontramos importantes antecedentes respecto de los delitos y las penas, donde además se establece, de acuerdo con Carrancá y

¹³⁹ SOTO PÉREZ, Ricardo. NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Vigésima Primera Edición, Editorial Esfinge, Sociedad Anónima de Capital Variable, Naucalpan, México, 1993, página 14.

¹⁴⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 44.

Trujillo: *"pena de trabajos personales para los indios, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la República y siempre que el delito fuere grave, pues si leve la pena sería adecuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 18 años podían ser empleados en los transportes donde se careciera de caminos o bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos."* ¹⁴¹

En este periodo de nuestra historia, encontramos pocos antecedentes que hagan referencia específica a la reparación del daño como tal; sin embargo, se pueden señalar casos de responsabilidad subsidiaria, pues si un esclavo cometía un delito bajo la orden, anuencia o aprobación del amo, éste era quien respondía penalmente, incluso, con sus bienes; no obstante, en el supuesto que el esclavo cometiera un delito sin la aprobación de su señor, éste no tenía responsabilidad y, según Esquivel Obregón: *"podía escoger entre entregar el esclavo al ofendido o conservarlo en su poder y pagar el daño. En general, el principio de la intrascendencia de las penas es reconocido."* ¹⁴²

Asimismo, es de resaltarse que el malestar imperante en la época, fincado en la impunidad y la falta de garantías para la vida y la propiedad, provocaba alarma general en la colectividad; por ello, en la fundación de los tribunales con procedimientos "especiales" y "novedosos", se cifraba toda una nueva esperanza de bienestar y paz social, con lo que se aspiraba mitigar cualquier conducta lesiva de la estabilidad e intereses de la Corona Española en su nuevo dominio.

Entre los tribunales que se implantaron para la investigación del delito y la aplicación de sanciones, se encuentran, de acuerdo con Colín Sánchez: *"El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, la Audiencia, El Tribunal de la Acordada, tribunales especiales para juzgar a los vagos y muchos otros más."* ¹⁴³

¹⁴¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., páginas 117 y 118.

¹⁴² ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Op. cit., página 748.

¹⁴³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., página 39.

De esta forma, podemos concluir que la legislación de la Nueva España, tendía a conservar las diferencias entre clases, de donde se colige que el Derecho Penal, en esa época, se caracterizaba tanto por lo prolijo y confuso de las disposiciones en la materia, como por la crueldad con que se aplicaba tanto a negros como a mulatos y a las castas, si bien las penas eran suavizadas tratándose de los indígenas.

No obstante, muchos de los antecedentes de nuestras instituciones, incluso, nuestro Derecho en sus orígenes como República Federal, arranca de este periodo, y a él se recurre con cierta frecuencia, para la exposición de éste y otros temas, incluso, de mayor trascendencia.

2.3 MÉXICO INDEPENDIENTE.

Un repaso en los anales de nuestra historia, nos recuerda las reuniones que en el año de 1810, sostuvieron en la ciudad de Querétaro, los insignes Miguel Hidalgo y Costilla, Ignacio Allende e Ignacio Aldama, con la intención de adoptar un plan de integrar una junta compuesta por representantes de los diversos cuerpos, bajo la dirección de la clase media por medio de los "Cabildos".

Al ser descubiertos, nos informa Cruz Barney: *"Hidalgo decide, en la noche del 15 de septiembre, llamar en su auxilio al pueblo de Dolores, de donde era párroco... De Dolores, Hidalgo y el ejército insurgente se dirigieron a Atotonilco y de allí a Celaya y a Guanajuato, lugar en donde tomaron la alhóndiga."* ¹⁴⁴

De esta forma, nace el movimiento de independencia, que aguardará su consumación hasta el 27 de septiembre de 1821, con la entrada a la capital del país del ejército de las tres garantías al mando de Agustín de Iturbide.

Sin embargo, debe patentizarse que en sus primeros años de vida independiente, la nación mexicana siguió rigiéndose por las leyes implantadas por la Corona española, hasta que fueron gradualmente sustituidas por las leyes y códigos nacionales.

¹⁴⁴ CRUZ BARNEY, Oscar. HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO. Editorial Oxford University Press, México, 1999, página 505.

Lo anterior, resulta fácilmente explicable porque, según Soto Pérez: *"es muy posible la transformación súbita de un status político determinado en otro diferente (de monarquía en república, o de dictadura en democracia, por ejemplo); en cambio, no puede renovarse, en unos cuantos días, todo un sistema jurídico."*¹⁴⁵

Así, la Constitución monárquica de 1812 y los diferentes decretos que con apoyo de ella se expidieron por las Cortes españolas para la Nueva España, implicaron el derecho público de ésta, desde el punto de vista del gobierno virreinal, en tanto que la insurgencia, procuró organizar jurídica y políticamente a la nación, con las bases constitucionales que ella misma elaboró.

Bajo este orden de cosas, a medida que se fue extendiendo el movimiento iniciado por Don Miguel Hidalgo, de acuerdo con Ignacio Burgoa: *"adquirió impulsos legislativos que no obstante su desarticulación, es decir, aunque no se haya traducido en un documento unitario y sistemático, tuvieron como resultado la expedición de diferentes decretos o bandos que denotaron una manifestación clara de las tendencias ideológicas de los insurgentes."*¹⁴⁶

A la postre, como se sabe, el Congreso de Chilpancingo y la llamada Constitución de Apatzingán, mejor conocida como "Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana", fueron la respuesta de los insurgentes a la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812, que con plenitud de principios liberales, pretendió detener el ansia libertadora de las colonias americanas.

En materia de procedimientos penales, con el Decreto Español de 1812, se crearon los "jueces letrados de partido", con jurisdicción mixta, civil y criminal, circunscrita al "partido" correspondiente. Este periodo, nos ilustra Colín Sánchez: *"conservó un solo fuero para los asuntos civiles y criminales, así como acción popular para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación."*¹⁴⁷

Asimismo, podemos advertir que la libertad personal, fue objeto de algunas garantías como las de que todo delincuente podía ser arrestado cuando hubiera sido sorprendido *in fraganti* delito y todos podían arrestarle y conducirlo a la

¹⁴⁵ SOTO PÉREZ, Ricardo. Op. cit., página 15.

¹⁴⁶ BURGOA ORIGUELA, Ignacio. Op. cit., página 75.

¹⁴⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., página 53.

presencia del juez; además, dentro de las veinticuatro horas siguientes, se le manifestaba al tratado como reo, la causa de su prisión y nombre de su acusador, amén de que al tomarle declaración, debían leerse los documentos y declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos, previniéndole de cuantas noticias pidiera para conocer quiénes lo acusaban, sin hacer uso de tormentos ni apremios, sobre todo, que ninguna pena que se le impusiera, había de ser trascendental por término alguno, a la familia del que la sufriese, sino que tendría todo su efecto precisamente, sobre el que la mereció.

Una vez consumada la independencia, era lógico que el Estado nacido con ella, se interesara por legislar primeramente sobre su ser y funciones. De aquí que todo el empeño legislativo mirase primordialmente, al derecho constitucional y al administrativo. No obstante, dice Carrancá y Trujillo: *"el imperativo de orden impuso una inmediata reglamentación: la relativa a la portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, represión de la vagancia y la mendicidad, y organización policial... Escasa legislación, a la verdad, para atacar los ingentes problemas que en materia penal existían, los que sólo podían hallar cause legal en los textos heredados de la Colonia y cuya vigencia real se imponía, no obstante la independencia política."*¹⁴⁸

La grave crisis producida en todos los ámbitos por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar en la medida de lo posible, la nueva y difícil situación. En realidad, imperaba una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de conformar genuinamente, un orden jurídico total.

Finalmente, podemos concluir que en medio del caos imperante en la época, tal y como apunta Castellanos Tena, citando a Ricardo Abarca, hubo: *"atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y*

¹⁴⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., páginas 121 y 122.

no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado."¹⁴⁹

2.3.1 CONSTITUCIÓN DE 1824.

Al consumarse la independencia, nuestro país carecía de una verdadera tradición constitucional, ya que casi durante todos los trescientos años que duró la dominación española, solo conoció el sistema impuesto por la Corona Española, imperante en las colonias bajo su dominio, donde el poder emanaba de la voluntad del rey, y más propiamente la del Virrey.

En opinión de Soto Pérez: *"la situación creada por la independencia hizo imposible la subsistencia de dicho sistema, que en la Nueva España centralizaba todo el poder en la persona del virrey, representante del monarca español."*¹⁵⁰

Por su parte, aunque España contaba desde 1812, con una constitución de corte liberal, como algunos especialistas han catalogado a la Constitución de Cádiz, ésta tuvo una validez transitoria tanto en aquél país como en los territorios que dominaba por dos razones, la guerra interior sostenida en España para desalojar a los franceses, por un lado y, por otro, los levantamientos insurgentes surgidos en sus colonias; no obstante, la importancia de dicha constitución radica en haber sido ésta el antecedente y fuente de inspiración de nuestras primeras constituciones.

El 22 de octubre de 1814, fue aprobada la Constitución llamada "*Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana*", en Apatzingán, Michoacán. Este documento jurídico-político mexicano, tuvo como antecedentes inmediatos los llamados "*Elementos Constitucionales*" de López Rayón y, sobre todo, los "*Sentimientos de la Nación*" del ilustre José María Morelos y Pavón.

Del capítulo V, denominado: "*DE LA IGUALDAD, SEGURIDAD, PROPIEDAD Y LIBERTAD DE LOS CIUDADANOS*", se destacan algunas garantías, tales como la consagradas en el artículo 27, donde se establece que la seguridad de los

¹⁴⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 45.

¹⁵⁰ SOTO PÉREZ, Ricardo. Op. cit., página 17.

ciudadanos consiste en la garantía social, esta no puede existir sin que fije la ley límites de los poderes y a responsabilidad de los funcionarios. Asimismo, el artículo 28, calificaba de "tiránicos y arbitrarios", los actos ejercidos contra un ciudadano, sin las formalidades de ley; finalmente, destacan los artículos 30 y 40, donde se establecía, en ese orden, que todo individuo se reputa inocente mientras no se declare lo contrario, así como que ninguno debe ser juzgado ni sentenciado sino después de haber sido oído legalmente.

A pesar de haber carecido de efectividad, su importancia radica en haber sido el primer intento serio de parte de los insurgentes para dar una base constitucional al movimiento de independencia.

Para 1820, se intentó reestablecer, en lo que aún se concebía como la Nueva España, la Constitución española de Cádiz, la que por su corte liberal, resultaba inaceptable para los peninsulares y para el clero, porque lesionaba sus privilegios. Así, el 27 de septiembre de 1821, debilitada la ya menguada resistencia española, penetró triunfante en lo que hoy es la capital mexicana, el Ejército Trigarante, denominado así por sustentar los tres principios proclamados en el Plan de Iguala (unión, religión e independencia), significando tal hecho la consumación de la independencia nacional.

Todavía, hubo que padecer las intenciones de Iturbide en el sentido de convertirse en emperador de México. De esta forma, la Junta Provisional Gubernativa que se había constituido para preparar la organización jurídico-política del nuevo Estado, expide el 6 de octubre de 1821, la llamada "*Acta de Independencia del Imperio Mexicano*", donde se previó la estructuración de nuestro país, con arreglo a lo dispuesto en el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba.

Es así como, en la gestación del constitucionalismo mexicano, primordialmente en esta fase inicial, el Congreso Constituyente instalado con los avatares consabidos, tuvo necesidad de estructurar todo un sistema, para llegar al fondo de la problemática nacional de su momento histórico, considerando no sólo la toma de conciencia de sus tradiciones, el respeto ideológico de quienes por

tantos años habían combatido para la obtención de un México libre, soberano e independiente, sino además, dictar todas las disposiciones de forma como debía llevarse a efecto los trascendentales actos legislativos, y es por ello que el 28 de septiembre de 1824, o sea, seis días anteriores a su promulgación, se expide un decreto para establecer la forma como debía ser publicada y juramentada la Constitución.

De esta forma, el 3 de octubre de 1824 concluyeron los debates del Congreso Constituyente y se aprobó la Norma Suprema, que cobraría vigencia en nuestro país, elaborada genuinamente por y para los mexicanos, la cual, según Luis de la Hidalga: *"no tan sólo era, como muy acertadamente se le denominó, Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sino, además, un plan nacional para forjar a un Estado y dotarlo de las instituciones más avanzadas de la doctrina de su momento histórico, sin modificación alguna hasta su abrogación en diciembre de 1835, y vuelta a su vigencia al término de la guerra contra Estados Unidos, en 1847, aunada al Acta de Reformas correspondiente."*¹⁵¹

Con relación a las garantías, solo se establecen ciertas restricciones al presidente en el artículo 112, así como en la Sección Séptima del Título V, relativo a los Estado y territorios, denominado *"Reglas generales a que se sujetara en todos los Estados y territorios de la federación la administración de justicia"*.

De este mismo título, las disposiciones que en materia penal podemos destacar, sobresalen las siguientes:

"Artículo 146. La pena de infamia no pasará del delincuente que la hubiere merecido según las leyes."

"Artículo 149. Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso."

"Artículo 150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semi-plena prueba o indicio de que es delincuente."

¹⁵¹ DE LA HIDALGA, Luis. *HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO*. Editorial Porrúa, México, 2002, página 97.

"Artículo 151. Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas."

"Artículo 152. Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casa, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, si no es en lo casos expresamente dispuestos por la ley, y en la forma en que ésta determine."

"Artículo 153. A ningún habitante de la República se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales."

"Artículo 155. No se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal, sobre injurias, sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación."

Como se advierte, esta Constitución fue, fundamentalmente, un ensayo estructural para dar a México su primera organización jurídico-política fundamental, supuesto que las condiciones de nuestro país en la época de su expedición, no eran las más favorables para que los principios y las reglas básicas contenidas en ella, tuviesen una aplicación adecuada, lo que de alguna manera explica porqué, a pesar que se adviertan artículos cuyo contexto entrañen verdaderos principios de Derecho Penal, no se encuentren disposiciones relativas a la reparación del daño o a la responsabilidad civil derivada del delito.

2.3.2 CONSTITUCIÓN DE 1857.

La falsa creencia que hasta nuestros días sigue dominando la mente de nuestros gobernantes, en cuanto que las leyes, aun las fundamentales, representan la panacea a los problemas sociales por el simple hecho de haberse promulgado, fue la misma que llevó a los detentadores del poder en los primeros años de la vigencia de la Constitución de 1824, a convocar un nuevo Congreso Constituyente.

En efecto, la situación política del país no ofrecía la más mínima tranquilidad; los conservadores inconformes, encabezados por Lucas Alamán, no transigían en su empeño de impugnar el federalismo adoptado en la Carta Magna

de 1824 y aún existían grupos minoritarios que, con visos de melancolía, insistían en la instalación de un imperio.

En medio del caos reinante, donde la anarquía se había vuelto la forma de gobierno y los levantamientos, rebeliones y cuartelazos, el pan nuestro de cada día, surge el tristemente célebre Antonio López de Santa Anna, quien con su Plan de Perote, se reveló contra el Congreso.

Conviene recordar, que previo a la vigencia de la Constitución de 1857, existieron otros dos ordenamientos fundamentales que rigieron la vida jurídico-política del país.

El primero de ellos, se mandó publicar el 30 de diciembre de 1824 y se le conoció como la "*Constitución de las Siete Leyes*", que dio fin al sistema federal de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo el centralismo y transformando nuestra República en un Estado unitario; no obstante en opinión de Soto Pérez, fue un ordenamiento que tuvo de notable: "*El haber incluido en la Ley Primera, artículo 2, los 'Derechos del Mexicano', antecedente remoto de nuestras actuales garantías individuales.*" ¹⁵²

El segundo de tales ordenamientos, apareció el 14 de junio de 1843 y se le conoció como "*Bases Orgánicas de la República Mexicana*", de las que podemos decir, ratificaron el centralismo como solución a la inestabilidad política, social y económica del país, todo lo cual, sería aprovechado por el vecino país del norte para materializar la pérdida muy considerable del territorio nacional, cuya historia es de todos conocida.

El Plan de Ayutla, publicado en 1847 por el Coronel Florencio Villarreal, desconoce al gobierno de Santa Anna y otorga las bases para el nacimiento de la Constitución que aquí nos ocupa, poniendo a salvo la nave de la República, con la democracia representativa y una sólida y verdadera división de poderes, con lo cual, se hacía posible la elaboración de un verdadero proyecto y programa nacionales.

¹⁵² Soto Pérez Ricardo. Op. cit., página 18.

La convocatoria para el Congreso Constituyente fue expedida por Juan Álvarez, el 16 de octubre de 1855. El Congreso se reuniría en Dolores Hidalgo (el 14 de febrero de 1856), dispondría de un año para su cometido y no podría ocuparse sino de la Constitución y sus leyes orgánicas, así como de la revisión de los actos de la administración de Santa Anna y de la interina emanada de la revolución.

Modificada posteriormente la convocatoria por decreto de Comonfort en el punto relativo a la sede del Congreso, éste se reunió en la Ciudad de México, el 17 de febrero de 1856 y, al día siguiente, llevó a cabo la apertura solemne de sus sesiones.

Entre los diversos problemas que agitaron y dividieron profundamente a la asamblea durante la discusión del proyecto, sobresale como característico de la época y por decisivo, el referente a si debía expedirse una nueva Constitución o restablecerse la de 1824.

Finalmente, el 5 de febrero de 1857 fue jurada la Constitución, primero por el Congreso integrado en esos momentos por más de 90 representantes y después por el presidente Comonfort. El 17 del mismo mes, la asamblea constituyente clausuró sus sesiones y el 11 de marzo de ese año, se promulgó la Constitución.

En esa misma anualidad, los nuevos poderes federales quedaron instalados, el 8 de octubre el legislativo y el 1º de diciembre, el ejecutivo que recayó en Ignacio Comonfort, así como el poder judicial, estableciéndose que el presidente de la Suprema Corte, llevaba aparejado el de vicepresidente de la República, cargo que ocupó Benito Juárez García.

Al igual que la Constitución de 1824, en esta Norma Fundamental, no se plasman disposiciones relativas a la reparación del daño a la víctima o al ofendido, mucho menos se consagraron garantías individuales que protegieran sus derechos más elementales; no obstante ello, se destacan los artículos más importantes en materia de Derecho Penal, contemplados en el Título I, Sección I, denominado "*De los derechos del hombre*", considerado por la doctrina especializada en el tema, el

antecedente inmediato de las Garantías Individuales que proclama la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente.

*"Artículo 1º.- El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución."**

"Artículo 4º.- Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, ó por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.

La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sustituirá al juramento religioso de sus efectos y penas."

"Artículo 5º.- Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial..."

"Artículo 13.- En la República mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta concesión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción."

"Artículo 14.- No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicables a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley".

"Artículo 15.- Nunca se celebrarán tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en

* Por reforma de 25 de septiembre de 1873, se reformó totalmente el texto original del artículo en comento, para quedar como sigue: "Artículo 1º.- El Estado y la Iglesia son independientes entre sí. El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna."

el país donde cometieron el delito la condición de esclavos; ni convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos que esta Constitución otorga al hombre y al ciudadano.”

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, domicilio, papeles y 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.”

“Artículo 17.- Nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.”

“Artículo 18.- Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión ó detención por falta de pago de honorarios, ó de cualquier otra administración de dinero.”

“Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables a la autoridad que la ordena ó consienta y a los agentes, ministerios, alcaides ó carceleros que la ejecutan. Todo maltrato en la aprehensión ó en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.”

“Artículo 20.- En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II. Que se le tome declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí ó por persona de su confianza, ó por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien le defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, ó los que le convengan.

"Artículo 21.- La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política ó administrativa sólo podrá imponerse, como corrección, hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.

"Artículo 22.- Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas ó trascendentales."

"Artículo 23.- Queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos. En cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

"Artículo 24.- Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva ó se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia."

2.3.3 CONSTITUCIÓN DE 1917.

El propio Comonfort había arraigado la convicción de que no se podía gobernar con la nueva Carta (Constitución de 1857), inclusive, de acuerdo con el maestro Tena Ramírez, en el manifiesto de Nueva York, el entonces presidente de

México, al referirse a la mencionada Constitución dijo que: "*Su observancia era imposible, su impopularidad era un hecho palpable.*" ¹⁵³

En efecto, al crear el gobierno congresional, la Constitución dejaba desarmado al ejecutivo frente al congreso, amén de que las reformas en materia religiosa, eran contrarias al sentir general. De este modo, la Constitución de 1857, que apenas entraba en vigor, era batida casi unánimemente.

No obstante, la tarea del Constituyente de 1857 fue establecer el orden a que se aspiraba desde la obtención de la Independencia en 1821; de ahí que dicho código político no tuviera mayores vicisitudes durante sus sesenta años de vigencia, hasta la expedición de la Constitución de 1917, que en esencia no fue una Carta Fundamental, sino la propia del '57 con adiciones y reformas, porque, como refiere Luis de la Hidalga: "*en su dogmática y contenido, no existía disposición para contemplar y convocar a la elaboración de una nueva Constitución, y así lo comprendió y respetó el presidente Venustiano Carranza al enviar el Proyecto al Constituyente de Querétaro y éste con el mismo respeto jurídico, al expedir la norma salida del Congreso Constituyente Social, al término de sus funciones.*" ¹⁵⁴

En efecto, en 1913 un grupo carrancista, firmó el Plan de Guadalupe con el fin de sostener el orden constitucional de la República; de hecho, los movimientos de Venustiano Carranza fueron encaminados a acatar la Constitución de 1857.

Sin embargo, el propio Carranza fue quien convocó a elecciones para un Congreso Constituyente, por lo que el 21 de noviembre de 1916, se iniciaron en Querétaro, las juntas preparatorias del Congreso, mismo que se ocuparía, en exclusiva, del proyecto de Constitución reformada.

El 31 de enero de 1917, se firmó la nueva Constitución; su promulgación se llevó a cabo el 5 de febrero siguiente y entró en vigor, hasta el 1º de mayo de ese mismo año.

¹⁵³ TENA RAMÍREZ, Felipe. *LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1992*. Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, página 605.

¹⁵⁴ DE LA HIDALGA, Luis. Op. cit., página 195.

Este código político, ha sido el marco donde se ha podido hablar de la reparación del daño a la víctima o al ofendido, si bien, su instalación como garantía individual propiamente dicha, tuvo lugar mucho tiempo después del inicio de su vigencia.

En su mensaje acerca del artículo 20 del Proyecto Constitucional de 1917, dijo Carranza: *"Conocidas son de ustedes señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecen al deseo de librarse de la estancia en calabozos inmundos, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida."*

Sin embargo, años después en 1983 y en 1993, subsistía en las reformas al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales federales, así como en las modificaciones al artículo 20 Constitucional, la alarma por la permanencia de la tortura, de manera que tales condiciones, provocan que en 1993, se comience a dar tratamiento constitucional a la otra parte del drama penal: la víctima u ofendido.

En la materia que nos atañe, se habla que han sido tres las reformas más importantes en el ámbito constitucional por cuanto a la reparación del daño se refiere, pues el artículo 20 Constitucional, se mantuvo prácticamente intocado desde 1917 hasta 1993, año en el que se empieza a gestar la obligación resarcitoria derivada del delito, como garantía individual.

En efecto, el 3 de septiembre de 1993, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una reforma a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución General de la República, que de acuerdo a la iniciativa presentada por la Cámara de Diputados, buscaba expresar en el ámbito del derecho, las bases para dotar de permanencia y seguridad a la dinámica de cambio que vive la sociedad mexicana, para encontrar en justicia y libertad mejores fórmulas de convivencia. Por ello, resultaba necesario, en beneficio de la propia sociedad, adecuar las normas

constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos humanos, garantías individuales, administración rápida y expedita de la justicia, tanto en las etapas de investigación como durante el procedimiento judicial.

Así, después de una larga disertación respecto de los derechos del inculcado en el proceso penal, por cuanto a la reparación del daño a la víctima, literalmente se dijo:

"La presente iniciativa destaca en un párrafo las garantías de las víctimas u ofendidos por el delito, relativas a contar con asesoría jurídica, a obtener la reparación del daño, a poder coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir atención médica de urgencia cuando lo requiera y las demás que señalen las leyes."

Por tanto, se reformó el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar, en lo que aquí concierne, como sigue:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías.

I. Inmediatamente que lo solicite el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice suficientemente el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al acusado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser accesibles para el inculcado y en circunstancias especiales, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.

II. No podrá ser obligado a declarar en su contra. Queda prohibido y será sancionado por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o por no contar con la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III...

IV. Cuando así lo solicite, será careado con quienes depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa;

V a VII...

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa. La prisión preventiva no deberá exceder de dichos plazos, salvo que la peligrosidad del inculcado así lo justifique;

IX. Tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí o por abogado de su confianza, o por ambos, según su voluntad, desde el inicio del proceso, en los lugares donde no hubiere abogado titulado, podrá ser defendido por persona de su confianza, si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. Tendrá derecho a que su defensor se halle presente en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de comparecer cuantas veces se requiera y,

X...

Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estarán sujetas a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a: Asesoría jurídica; reparación del daño; a coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir atención médica de urgencia cuando lo requieran y, las demás que señalen las leyes."

Posteriormente, el 19 de marzo de 1996, el entonces presidente de México, Ernesto Zedillo Ponce de León, presentó ante el Senado de la República, una iniciativa de reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de continuar la labor trascendental surgida en el año de

1993, en el ámbito del derecho penal, desde una perspectiva integral y, con ello, contribuir a su modernización al establecer garantías procesales mínimas para el ofendido en el proceso y dotar de mejores instrumentos a la autoridad investigadora en el combate del delito.

Se buscó erradicar entonces, el sentimiento de frustración y resentimiento, así como la sensación de impunidad y pérdida de confianza en las instituciones encargadas de la procuración de justicia, por parte del ofendido, al observar cómo el delincuente habitual o el reincidente, que denotaban un enorme riesgo social, obtenían su libertad inmediata, sólo por el hecho de que el delito que cometió no era clasificado como grave.

La iniciativa parte del reconocimiento de la existencia de delitos graves que ofenden seriamente valores fundamentales de la sociedad y que, por lo tanto, debe estarse a la negativa de libertad bajo caución que establece el artículo 20 constitucional. Además, se propuso que para aquellos delitos no considerados por la ley como graves, el juez, bajo su responsabilidad y a solicitud del Ministerio Público, pudiera negar el otorgamiento de la libertad provisional cuando el inculpado haya sido condenado por algún delito; enfrente algún otro procedimiento penal en su contra, o bien, cuando el Ministerio Público razone al juzgador las circunstancias personales del inculpado que ameriten la negativa.

Con ello, se evitaría que queden libres los delincuentes que representen un peligro para la convivencia social, aun cuando los delitos cometidos no son calificados como graves por la ley, al considerarse, por ejemplo, la reincidencia o habitualidad en la conducta delictiva, la naturaleza y características del delito imputado y sus modalidades, naturaleza y extensión del daño causado o cualquier otro elemento que justifique la negativa de la libertad provisional susceptible de ser valorado por el juez.

Finalmente, al igual que en el sistema actual, la reforma propuesta facultó entonces al Ministerio Público, a otorgar la libertad provisional bajo caución, en la etapa procesal de la averiguación previa, pero el representante social podrá negar

dicha libertad, al valorar las razones que el propio juzgador debe tomar en consideración para ello en la etapa del proceso penal.

De esta forma se reformó el artículo 20, fracción I y penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

"Artículo 20...

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado, y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio o de los casos a que se refiere el cuarto párrafo de esta fracción.

El monto y la forma de caución que se fijen deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. El Ministerio Público podrá aportar datos que a su juicio deban ser valorados para fijar el monto y la forma de la caución.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo.

En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado por algún delito; cuando enfrente algún otro procedimiento penal en su contra; o bien, cuando el Ministerio Público razone al juez otras circunstancias personales del inculpado que ameriten la negativa;

II. a X...

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna."

Por último, la tercera gran reforma en materia de reparación del daño y atención a las víctimas de delito, tuvo lugar el 21 de septiembre de 2000.

Esta reforma, obedeció a dos iniciativas de diferentes fechas (28 de octubre de 1997 y 27 de abril de 1998), presentadas por la Cámara de Diputados, concretamente del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, para reformar y adicionar el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fundado en que el Estado mexicano, atento al desarrollo de la cultura de los derechos humanos y al interés que diversos sectores de la sociedad han mostrado en la consolidación y la ampliación de las garantías individuales en materia penal, ha venido perfeccionando los mecanismos por los cuales los particulares encuentren en la norma jurídica, tutela y protección respecto a los actos de las autoridades encargadas de la impartición de justicia.

De esa manera, se incorporarían a la Constitución General de la República, importantes tesis de la victimología moderna, se tomarían en consideración las recomendaciones que en esa materia, habían hecho diversos organismos gubernamentales y no gubernamentales conformados para la defensa de los derechos humanos; se atenderían los criterios externados en los foros que para la procuración y administración de justicia se han venido realizando y se cumplirían los compromisos internacionales que nuestro país ha signado como miembro de la Organización de las Naciones Unidas.

En efecto, la reforma que el Constituyente Permanente aprobó en 1993, vino a modernizar los sistemas de procuración y administración de justicia y marcó una nueva etapa en la defensa de los derechos humanos, supuesto que por esa reforma la víctima del delito adquirió una serie de prerrogativas que lo identificaron como sujeto de derecho con mayor presencia en el procedimiento penal; sin embargo, los alcances de los ordenamientos, de las instituciones y servicios tendientes a procurarle una protección integral, como consecuencia de la reforma citada, no habían sido posibles.

Por ello, se pensó en profundizar la reforma constitucional de 1993, ampliando el dispositivo que tutela a la víctima del delito, modificando la redacción del artículo 20 constitucional, incorporando un catálogo completo de garantías referidas, específicamente a los afectados por las autoridades delictivas.

Así, los diputados del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, literalmente señalaron:

"Con absoluto respeto a la vigencia de los principios históricos y doctrinales que justifican la naturaleza y actuación del Ministerio Público, la realidad irrefutable de la situación que guarda en el proceso el ofendido, mueve a consideración de la ley y la consecución de los fines de la justicia penal, que la víctima debe intervenir dentro del proceso como parte con una serie de prerrogativas que precisen u amplíen las que actualmente tiene, para lo cual proponemos que el artículo 20 constitucional se forme con dos apartados: el apartado A relativo al inculpado con la redacción actual, a excepción del párrafo quinto de la fracción X, adicionado con una fracción XI que especifique: cuando el inculpado tenga derecho a la libertad provisional bajo caución, en términos de la fracción I, ésta deberá ser suficiente para garantizar el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados al ofendido y un apartado B relativo a la víctima del delito que contenga, además de los derechos y garantías que actualmente comprende el último párrafo de la fracción X del citado artículo, los siguientes: que la víctima del delito sea parte del procedimiento penal, proporcionando al Ministerio Público o al juez directamente, todos los datos o medios de prueba con que cuente para acreditar los elementos del tipo penal o establecer la responsabilidad del inculpado, según sea el caso, así como la procedencia y monto de la reparación del daño; considerar el derecho de la víctima del delito de estar presente en todas las diligencias y actos procesales en los cuales el inculpado tenga ese derecho; que el juez que conozca del procedimiento penal de oficio inicie el incidente de responsabilidad civil proveniente del delito, para hacer efectiva la reparación del daño en la ejecución de la sentencia y establecer un derecho de la víctima de solicitar, aun cuando no lo haya pedido el inculpado, la diligencia de careo."

Las reformas y adiciones propuestas, se justificaron en el hecho de que considerar a la víctima del delito como sujeto procesal, no atentaba contra el principio rector que concibe al Estado como monopolizador de la actividad punitiva en el delito y titular único de la acción persecutoria o acusatoria, sino que tratan,

en una posición de equilibrio, que la víctima adquiriera un peso mayor en la prosecución de todo el procedimiento penal.

Por su parte, la iniciativa presentada el 27 de abril de 1998, a cargo de los diputados del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, postulaba que como consecuencia de los abusos policíacos, la corrupción e incapacidad de los órganos de procuración de justicia, el legislador reconoció y garantizó los derechos del inculpado, convirtiendo al artículo 20 constitucional en la base reguladora del juicio penal y, al mismo tiempo, la víctima del hecho delictivo quedó relegada a un segundo término.

Asimismo, adujeron de manera literal, lo siguiente:

"No debemos olvidar lo que a partir del derecho penal se pueda instrumentar, pensemos en nuevas respuestas para las víctimas, rescatando la relación funcional que debe tener el derecho penal, no sólo reprimiendo al delincuente, sino obligando a que en forma preferente responda frente a la víctima, ya sea devolviendo el objeto, poniendo los medios materiales con los que se resarza el daño, o cooperando con lo que esté a su alcance, para hacer que la víctima quede con el menor trauma posible. Se debe buscar que los criminólogos y penalistas sean promotores de una nueva relación que dé una protección integral a las víctimas del delito. Asimismo, debemos involucrar en esta tarea a otros actores sociales para que complementen y mejoren el auxilio y apoyo a víctimas pues hoy por hoy es muy deficiente. Las necesidades de la víctima son de diversa naturaleza: médica, psicológica, educativa, jurídica, económica, social, afectiva, entre otras, por lo que los diferentes programas deben tomar en cuenta una atención integral a las víctimas de los delitos."

Finalmente, luego de varias discusiones en el seno de las dos Cámaras que componen el Congreso de la Unión, el veintiuno de septiembre de dos mil, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se reformó y adicionó el artículo 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar con la redacción que actualmente tiene y que es del tenor literal siguiente:

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

A. Del inculpado:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

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 su declaración preparatoria.

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

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.

Cuando 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 los 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."

2.4 CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1871.

En materia de codificación penal sustantiva y adjetiva en nuestro país, la Constitución de Cádiz, es sin lugar a dudas, la responsable de que se consagraran las primeras garantías en materia de administración de justicia en lo criminal, pues estableció en favor del sujeto a proceso la obligación de formar los juicios con brevedad y sin vicios, se prohibió el tormento, los apremios, la confiscación de bienes, las penas trascendentales y los calabozos subterráneos.

No obstante lo anterior, debe afirmarse que el primer Código Penal Español, de 9 de julio de 1822, fue la base para los códigos posteriores en dicha materia, aun que en México no se logró tener un código penal completo sino hasta 1871.*

En 1866 se formó una comisión, que estaba integrada por los juristas José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano, Antonio Martínez de Castro y Manuel M. de Zamacona, para la elaboración de un nuevo Código pero no fue sino hasta el 7 de diciembre de 1871, que fue aprobado el proyecto por el poder legislativo.

La elaboración de este Código tuvo su inspiración en el Código Español de 1870, bajo los postulados de la Escuela Clásica del Derecho Penal, en el que uno de los fines más importantes de las penas, era la enmienda del penado, es decir, la corrección moral de los delincuentes.

Se pensaba entonces, que las penas afflictivas proporcionaban moralidad y resarcían el daño causado por el delito; así que se establecieron términos mínimo, medio y máximo para adecuar la retribución al daño ocasionado (Artículos 66 a 69 del Código Penal de 1871).

Este ordenamiento punitivo se promulgó el 7 de diciembre de 1871 bajo el nombre de *"Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California*

* Pese a tal afirmación, no podemos pasar por alto los primeros intentos de codificación en la materia a nivel estatal; tal es el caso del Estado de Oaxaca, donde el 7 de febrero de 1828, se expidió la llamada "Ley Penal", así también, el "Bosquejo o Plan General de Código Penal para el Estado de México" de 1831, sin dejar de mencionar, que en el Estado de Veracruz, el 28 de abril de 1835, entró en vigor el proyecto de Código Penal de 1832, constituyendo así el primer Código Penal mexicano.

sobre delitos del Fuero Común, y para toda la República sobre Delitos contra la Federación”, el cual, en virtud de su artículo transitorio, empezó a regir el 1º de abril de 1872.

También se le conoce como "*Código Martínez de Castro*", porque este personaje, fue uno de los más destacados integrantes de la comisión redactora. Se componía de mil ciento cincuenta y dos artículos, divididos en cuatro libros y éstos, a su vez, en títulos; al final llevaba añadida una ley transitoria sobre procedimiento penal en veintiocho artículos.

La Comisión incorporó al Código Penal de 1871, la "*responsabilidad civil*" proveniente de la culpa delictual, paralela a los postulados de la Escuela Clásica del Derecho Penal, que daban sustento a la responsabilidad penal, no sin antes evaluar si dicha responsabilidad, debía insertarse en el código penal o en el civil, dado que los principios franceses, que entonces dominaban la materia, postulaban que era inadecuado ubicar la responsabilidad civil en el ordenamiento punitivo.

Sin embargo, dicha comisión advirtió que la inestabilidad política del país, produjo la anarquía jurídica, donde se ponía de relieve la impunidad de que habían gozado algunos criminales, debido a que al no tener bienes conocidos, no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído, porque faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, era natural que se retrajeran de formular acusación alguna y hasta una simple queja, con tal de no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hicieran perder su tiempo inútilmente. Por ello, de común acuerdo con la Comisión del Código Civil, aprovechando su conocimiento de la doctrina francesa, se optó porque en el Código Penal, estuvieran unidas las reglas sobre responsabilidad criminal con las bases de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquella, porque de esa manera, sabrían con más facilidad los delincuentes, todo aquello a que se expondrían por sus delitos.

Pese a tan loables esfuerzos, la Comisión Redactora no pudo valorar con certeza la efectividad de la "*responsabilidad civil oficiosa*" y, sin más motivo que establecer un orden jurídico en lo penal, sumó a la forma en que se arraigó esta institución en México, la idea de que el "*mal no reparado es un verdadero triunfo*

para el que lo causó”, encontrando en ello, los motivos que fundamentaron la inclusión de la Responsabilidad civil en materia criminal, en el Código de Martínez de Castro.

Ciertamente, de acuerdo con la teoría francesa, la responsabilidad civil en la que se incurría por un hecho persona, comprendía: a) Aquélla voluntad del autor de ocasionar el daño y, b) La imprudencia o negligencia en que haya incurrido el autor para que se produjera; lo que llamaron respectivamente “la culpa delictual” y “la culpa cuasidelictual”. En tanto que la responsabilidad civil a la que se obligaba a una persona por hechos ajenos, es decir, de las personas por las que debe responder, lo hacía a título de “culpa” por mala: a) Educación; b) Vigilancia o, c) Elección.

Bajo esa perspectiva y, pese a que la doctrina francesa había distinguido entre responsabilidad civil, la Comisión sin más, denominó a la responsabilidad civil: *“responsabilidad civil en materia criminal”* y la contempló en el segundo libro del Código Penal, haciéndola consistir, según la exposición de motivos, en: *“El que causa a otro daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquéllos y a restituir ésta.”*

El artículo 301 del Código Martínez de Castro, tuvo a la responsabilidad civil en materia criminal, como una obligación de hacer, y sólo podía declararse a instancia de parte legítima, y comprendía:

- a) La restitución de la cosa usurpada (Artículo 302, Código Penal 1871).
- b) La reparación, consistente en pagar los daños actuales y provenientes del hecho (Artículo 305, Código Penal 1871); y,
- c) El pago de las costas judiciales, que se limitaba a las absolutamente necesarias, que el ofendido hacía para averiguar el hecho u omisión (Artículo 307, Código Penal 1871).

No obstante, debe señalarse que la *“reparación”*, se entendía como una de las formas de cumplimiento de la responsabilidad civil, aun cuando este fuera el objeto *per se* de la obligación, que coincidía con la restitución e indemnización, por ser consecuencia de un daño o deterioro.

En relación a este tema el maestro Luis Rodríguez Manzanera, comenta: "En el Código penal de 1871, se ordenaba hacer un descuento del 25% al producto del trabajo de los reos para el pago de la responsabilidad civil (Art. 85). La responsabilidad era puramente civil, generando una acción privada, y era renunciable y susceptible de someterse a convenios y transacciones (Arts. 301 y 308)." ¹⁵⁵

La reparación del daño, se distinguió entonces, por el tipo de daño que se resarcía, ya que siempre debía ser susceptible de valuación y existir, en los siguientes términos:

a) Que se hubiera violado un derecho formal, existente y no simplemente posible.

b) Que el daño fuera actual y proviniera directa e inmediatamente del hecho u omisión de que se tratase; y,

c) Que hubiera certidumbre de que el daño se causara necesariamente, como una consecuencia próxima e inevitable (Artículo 304, Código Penal 1871).

Asimismo, el artículo 313 del ordenamiento penal a estudio, establecía la posibilidad de que la llamada "*responsabilidad civil en materia criminal*", se sujetara a la transacción de las partes, de manera que los jueces debían procurar el convenio entre ellas para determinar el *quantum* resarcible (Artículo 313, Código Penal 1871). Sin embargo, cuando los contendientes no alcanzaban solución en el tema, el valor de la cosa no sería el de su afectación, sino el común que tendrá al tiempo que debería tener sin ese deterioro, al tiempo de devolverse a su dueño, independientemente de que fuera mayor o menor que el que tenía antes (Artículo 313, Código Penal 1871).

Por cuanto hace a la responsabilidad civil exigible a terceros, había un trato especial respecto del valor de la cosa, según señala el artículo 314, que *grosso modo* alude a que cuando se exigía a los dueños de diligencias, coches, carros literas, u otros carruajes de cualquier especie, los dueños o encargados de recuas,

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. VÍCTIMOLOGÍA, Estudio de la Víctima. Editorial Porrúa, México, 2002, página 342

las compañías de caminos de fierro; los administradores y asentistas de correos y de postas; los dueños de canoas, botes, barcas y buques de cualquier especie, armadores de ellos y capitanes; los dueños y los encargados de ventas, mesones, posadas o de cualquier otra cosa destinada, en todo o en parte, a recibir constantemente huéspedes por paga; y los dueños y encargados de cafés, fondas, baños y pensiones de caballos, por los hechos u omisiones de sus dependientes o criados, si a éstos se les entregó la cosa formalmente y si en ese momento, que la entregó fijó su valor, ese sería el que había que resarcir en caso de pérdida y se tendría como precio legítimo.

En la mayoría de casos, la responsabilidad civil era tasada, por ejemplo, en el homicidio, comprendía: a) El pago de los gastos indispensables para dar sepultura al cadáver; el de las expensas y gastos que fueron necesarios en la curación del difunto; b) Los daños que el homicidio causó en los bienes de aquél; y, c) Los alimentos de la viuda, de los ascendientes y descendientes a quienes éste se los ministraba, y de los descendientes póstumos, durante todo el tiempo que el finado debiera de vivir, mismo que se computaba en base al estado de salud del occiso, de acuerdo a una tabla de posibilidades de vida. No obstante, los alimentos se fijaban tomando en cuenta las posibilidades económicas del responsable y de quienes debían recibirlas.

Otro ejemplo, es el del delito de Golpes o heridas, donde se obliga a pagar como responsabilidad civil derivada de dicho delito, no sólo las curaciones sino además: a) La cantidad de dinero que dejaba de lucrar el afectado mientras no pudiera dedicarse al trabajo del que subsistía, monto que se obtenía de multiplicar lo que ganaba el herido diariamente por el número de días que estaba impedido (Artículo 324, Código Penal 1871); b) Si el impedimento era perpetuo, se pagaba una cantidad compensatoria desde que sanaba y se pudiera dedicar a otro trabajo; y, c) Cuando los golpes o heridas causaban la pérdida de algún miembro no indispensable para el trabajo, o quedaba lisiado o deforme, además de los daños y perjuicios a que tenía derecho, el juez podía imponer una indemnización extraordinaria, atendiendo a la posición social, sexo y parte del cuerpo afectada,

sin que esto implicara la posibilidad de que se tratara de un daño moral, supuesto que no estaba contemplado en la ley como resarcible.

Por otro lado, la exposición de motivos del Código Penal de 1871, enseña también, que para poder exigir la reparación civil al que ha causado un daño, no era necesario que éste hubiera sido previamente condenado en el juicio criminal, sino que bastaba con que el dañador obrara sin derecho, al margen de que hubiese cometido un delito.

Asimismo, la responsabilidad civil en materia criminal, se debía substanciar ante el juez penal, pero de manera excepcional, también podía acudir al órgano jurisdiccional en el ámbito civil, cuando: a) Existiera sentencia irrevocable en el juicio penal, sin haber intentado en esa instancia, la acción civil, o bien, que el incidente civil no estuviera en estado de sentencia; b) Por muerte del inculcado antes de que se ejercitara acción penal o durante el juicio criminal; c) Por prescripción de la acción penal; y d) En todos los demás casos, estuviera o no intentado el juicio criminal.

En suma, la reparación del daño en el Código Penal de 1871, fue una sanción que se aplicó, con el objeto de lograr la corrección moral del delincuente, a la par que la víctima o el ofendido, por medio de la acción privada, pudieran hacer valer su derecho a la restitución, reparación o indemnización de la responsabilidad civil proveniente de delito.

A. Código Penal de 1929.

En 1903, se inició la revisión del Código de Martínez de Castro, formándose una comisión que elaboró un anteproyecto; de esta forma, en el año de 1925, se llevó a cabo la redacción de un nuevo Código Penal, siendo en ese entonces Presidente de la República Emilio Portes Gil.

Al ingresar a la comisión el licenciado José Almaráz, se dio un giro sustancial a los trabajos hasta entonces realizados, supuesto que se adujo entonces, que los avances científicos en la materia penal habían superado los postulados de la Escuela Clásica del Derecho Penal, logrando cambiar su orientación; todo lo cual

dio como resultado que el Código Penal de 1929, se fundara en los fundamentos de la Escuela Positiva del Derecho Penal.

Este Código Penal, tuvo vigencia del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931; en él, se estableció cierta flexibilidad para la aplicación de las sanciones, señalando mínimos y máximos para cada delito, pero lo más importante fue, desde la óptica particular del sustentante, que se substituyó el término "*pena*", por el concepto de "*sanción*".

Este cambio, tuvo como guía el pensamiento de Rafaél Garófalo, quien había desarrollado el concepto de "*coerción a la reparación*" a partir del análisis de la institución de la "*responsabilidad civil*", concluyendo, que ésta estaba hecha para proteger al criminal contra la sociedad, porque su propia regulación, se encargaba de hacer difícil su aplicación y más bien, ilustraba al malhechor los medios para librarse de aquélla o para retardar su ejecución. Por ello, sostuvo que el Estado era quien debía encargarse de hacer efectiva la reparación del daño y, con ello, ensanchar la gama de medios de que disponía para lograr la desaparición del peligro que revela el delincuente.

Con esta base ideológica, Almaráz se dio a la tarea de resolver la problemática que entrañaba la existencia de la responsabilidad civil y la penal, por lo que con argumentos similares a los esgrimidos por Garófalo, recalcó la responsabilidad del Estado de evitar los hechos delictuosos y, de esa manera, justificó la necesidad de hacer efectiva la reparación del daño; por lo que al exponer los motivos que tuvo para introducir tan importante cambio en el Código Penal, dijo lo siguiente:

"... El código que se reforma, presupone que el delito origina dos clases de acciones diferentes; la penal y la civil. Cuando la lesión de un derecho es de aquellas contra las que cada quien puede precaverse por medio de la prudencia ordinaria, la habilidad y la vigilancia común en los negocios y en los intereses privados, la defensa debe ser individual. En estos casos la intervención de la justicia se limita a exigir la ejecución de lo pactado o hacer que repare el perjuicio el que faltó al cumplimiento del pacto o lo violó. El asunto es puramente civil,

porque con la intervención de la justicia civil se satisfacen la regla de lo justo y el interés de conservación y de bienestar sociales. Pero cuando las lesiones de derecho, son de aquellas porque los medios de defensa y de previsión individual no bastan para evitarlas, la sociedad está obligada a garantizar la integridad de los derechos lesionados, ya que en esto consiste precisamente el objeto de la asociación. En estos casos, como cada quien siente que sus fuerzas individuales son impotentes, la justicia social debe intervenir para reparar el daño individual e imponer un castigo en nombre de la sociedad... el particular no puede ser árbitro de la existencia social, no debe dejarse ni a su voluntad ni a sus medios el hacer efectiva la acción reparadora del daño causado por un delito, sino que debe considerarse como una función social, por las mismas razones y con el mismo título con que lo es la imposición de una sanción.” ¹⁵⁶

A este respecto, el maestro Rodríguez Manzanera, comenta: *"El Código de 1929 cambia el sistema, al indicar que la reparación del daño siempre formará parte integrante de las sanciones (Art. 74), repitiéndose el concepto en el artículo 291 y agregando que el responsable tiene que hacer: 1.- La restitución; 2.- La restauración y, 3.- La indemnización.”* ¹⁵⁷

Es así, que bajo los postulados del positivismo, la responsabilidad civil del Código de Martínez de Castro, con un sentido renovado, asumió una nueva connotación: "*sanción*", fundada en la sana y verdadera defensa social, por lo que con el título de "*reparación del daño*", se complementó el arsenal de medios de reacción social frente al delito.

Por ello, en el Código Penal de 1929, la reparación del daño, se caracterizó por lo siguiente:

- a) Formaba parte integrante de toda sanción (artículo 291)
- b) Mayor extensión en cuanto a su aplicación, pues en ella se incluía la restauración de la cosa o del derecho lesionado y la indemnización por perjuicios no sólo materiales, sino también no materiales (artículos 291 a 301, 303 y 304).

¹⁵⁶ Exposición de Motivos del Código Penal de 1929.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. cit., página 342.

c) En caso de muerte, la reparación del daño comprendía el pago de los gastos funerales y de curación, así como la obligación de ministrar alimentos sin excepción, a todos los que hubieren estado percibiéndolos o hubieren podido exigirlos legalmente de la víctima (artículo 302, 332 y 333).

d) Pago hecho de manera subsidiaria, a cargo del Estado a través del Fondo de Indemnizaciones del Consejo de Defensa y Prevención Social, quien podía repetir contra el delincuente o recibir el producto de su trabajo (artículos 307, fracción III y 311)

e) La acción de reparación se seguía de oficio por el Ministerio Público y debía decidirse por el Juez penal, en la sentencia que resolviera el asunto (artículos 319 y 320).

f) Era independiente de la voluntad del perjudicado y aunque éste no la quisiera, se hacía efectiva contra el delincuente como parte de la función social de la pena (artículo 321).

g) No podía concederse indulto, condena condicional, libertad preparatoria ni ningún otra gracia, si no se hubiera cubierto la reparación del daño (artículo 242, fracción IV y 234, fracción I).

h) Ayuda del Estado al ofendido para que gratuitamente ejercitara su acción.

i) Su pago se garantizaba de manera preferente (artículos 345, 347 y 348).

De acuerdo a lo anterior, la reparación del daño resultaba novedosa para la época, pues se amplió el daño resarcible del material al moral, así como sus alcances de formar parte de toda sanción.

La sanción de reparación del daño, en términos del artículo 325 del Código Penal de 1929, comprendía: a) La restitución, que consistía en la devolución al ofendido de la cosa y de sus frutos (artículo 292); b) La restauración, consistente en establecer la cosa al estado en que se encontraba antes de cometerse el delito o restablecer al titular en el ejercicio del derecho lesionado (artículos 295 y 298); y c) La indemnización, que se traducía en el pago de la cosa y frutos no restituidos, los daños materiales no reparados, así como los perjuicios derivados directa y

necesariamente del delito; de hecho, la indemnización procedía cuando la restitución o la restauración no fueran posibles (artículo 295).

Los perjuicios se clasificaban en materiales y no materiales. Los primeros, se identificaban con aquellos que fueran susceptibles de valoración económica e incluían el lucro cesante, los gastos de curaciones, funerarios y judiciales, así como la pensión alimenticia (artículo 322); en tanto que los segundos, eran los que se causaban en la salud, honra reputación y patrimonio moral del ofendido o de sus deudos (artículo 301, fracción II).

De igual forma, el monto de la reparación era proporcional con el tipo de daño, pero los perjuicios no materiales se calculaban y se establecía su forma de pago mediante convenio celebrado entre las partes, lo que pugnaba con el carácter oficioso de la reparación del daño (artículo 327).

Finalmente, debe destacarse que este código preveía la reparación del daño en las dos vías: la penal y la civil. La vía penal se podía promover en la sentencia del proceso penal, como consecuencia de éste y la vía civil se promovía ante el mismo Juez Penal o bien ante los Tribunales Civiles.

Por lo demás, podemos decir que pese al enaltecimiento que sus redactores hicieron en la exposición de motivos de este ordenamiento punitivo, en cuanto al tratamiento de la reparación del daño como sanción, los trabajos de la Comisión encargada de su redacción carecieron de profundidad para alcanzar el carácter positivista necesario para imprimirle mayor coercitividad, supuesto que su efectividad dependía de su exigibilidad, la cual terminó por asemejarse en el plano fáctico, a la de la responsabilidad civil que pretendía superar.

No obstante, para el académico Fernando Castellanos Tena, se pueden señalar algunos aciertos entre los cuales destacan: *"la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito."*¹⁵⁸

¹⁵⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 47.

2.5 CÓDIGO PENAL DE 1931.

Defectos como los asentados al final del apartado precedente y algunos inconvenientes de carácter práctico, hicieron difícil la aplicación del Código Penal de Almaraz, que por cierto, sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

En efecto, para el 2 de junio de 1930, por disposición del Ejecutivo Federal, se ordenó la integración de una nueva Comisión que se encargara de revisar los problemas técnicos de que adolecía el Código Penal de 1929. En dicha comisión, participaron destacados juristas como Alfonso Tejeda Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Ceniceros, José Luis López Lira y Carlos Ángeles, entre otros*.

El Código Penal que ahora nos ocupa, fue promulgado por el entonces Presidente de la República Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931, mismo entró en vigor hasta el 17 de septiembre de ese mismo año, y se publicó en el Diario Oficial de la Federación con el nombre de *"Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal."*

En la Exposición de Motivos, elaborada por el licenciado Teja Zabre, puede advertirse la base ideológica de los redactores del Código Penal de 1931: *"Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La formula: no hay delitos sin delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es resultado de fuerzas antisociales; la pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva*

* Tal es el caso de Chico Goeme, quien manifestó que antes de empezar con la revisión del código de 1929, era imprescindible precisar los conceptos de delito, delincuente y pena.

*tiene valor científico como crítica y como método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la Ley Penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) la disminución del casuismo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad); d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1.- Organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2.- Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3.- Completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional etc.); 4.- Medidas sociales y económicas de prevención.”*¹⁵⁹

La reparación del daño de la manera en que habría de quedar asentada en el nuevo Código Penal, captaba la esencia del Derecho Social dominante en nuestro sistema jurídico, luego de la promulgación de la Constitución Mexicana de 1917, pues la apartó del sentido privado que otrora tenía. Sobre este aspecto, el maestro Díaz de León, enseña: *“La reparación del daño vista como pena pública, nace propiamente a partir de la Constitución de 1917, imbuida esta por ideas del Derecho Social que por primera vez se implantaba en el nivel de norma básica. Antes... el Código Penal de 1872, expedido por Benito Juárez el 7 de diciembre de 1871, se regía por principios liberales de la época. En este Código Penal claramente se señala cuáles eran las penas públicas a imponer por un delito, dentro de las que no aparece la reparación del daño.”*¹⁶⁰

¹⁵⁹ Citado por Castellanos Tena. Op. cit., página 48.

¹⁶⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Tomo I., Op. cit., página 363.

Acerca de lo anterior, el jurista Raúl Carrancá y Trujillo, opinó: "*El propósito que persiguió el legislador al elevar a parte de la pena pública la reparación del daño en la generalidad de los casos, fue que el Ministerio Público pudiera exigirla en beneficio del ofendido.*" ¹⁶¹

Efectivamente, en lo relativo a la reparación, la Comisión se inclinó por señalar que indubitadamente, el daño originado por el delito generaba una responsabilidad civil pero admitió también, que la acción privada brindaba menos que protección al ofendido del delito, al grado de calificarla de "platónica"; así que se decidió dar cabida en el Código Penal de 1931, a la figura de origen civilista, con el notable propósito de proteger a las víctimas del delito tanto como el Estado protege al delincuente.

Sin embargo, a sus loables intenciones, se anteponía el hecho de que llevar la responsabilidad civil al ámbito penal, suponía tornarla en pena, lo que de suyo imposibilitaría, constitucionalmente, exigir el resarcimiento del daño a terceros sin previo juicio; no obstante, sorteó ese obstáculo, instalando un sistema que nominó "mixto", donde la reparación del daño podía ser exigible exclusivamente mediante acción pública o, exclusivamente mediante la privada; en cualquier caso, el interés por tutelar el derecho de las víctimas fue imperativo para darle el giro de la pena a la reparación del daño, lo cual, no solamente hizo perder al *ius puniendi* el carácter privado que en ese aspecto tenía, sino que además, produjo beneficios a la mayoría de los pacientes del delito, quienes regularmente no contaban con recursos económicos para demandar en forma privada la responsabilidad civil y la reparación de daños y perjuicios.

Finalmente, la reparación del daño quedó comprendida en escasos once artículos en los siguientes términos:

"Artículo 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a

¹⁶¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op. cit., página 805.

terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales.

Quando el condenado no pudiere pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, o solamente pudiera pagar parte de ella, el juez fijará, en sustitución de ella, los días de prisión que correspondan, según las condiciones económicas del reo, no excediendo de cuatro meses. "

"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, y

II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia."

"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, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla.

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

"Artículo 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, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados.”

“Artículo 33.- La obligación de pagar el importe de la sanción pecuniaria es preferente y se cubrirá primero que cualquiera otra de las obligaciones personales que se hubieren contraído con posterioridad al delito.”

“Artículo 34.- La reparación del daño proveniente de delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en los casos en que proceda.”

“Artículo 35.- 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 la reparación.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia.”

“Artículo 36.- Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como mancomunada y solidaria.”

“Artículo 37.- El cobro de la reparación del daño se hará efectivo en la misma forma que la multa. ”

"Artículo 38.- Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte."

"Artículo 39.- La autoridad a quien corresponda el cobro de la sanción pecuniaria, podrá fijar plazos para el pago, en los términos siguientes:

I.- Si no se excediere de cien pesos, se podrá conceder un plazo hasta de ciento veinte días para pagarla por tercias partes, siempre que el deudor compruebe estar imposibilitado de hacerlo en menor tiempo y dé garantía suficiente, a juicio de la autoridad ejecutora.

II.- Para el pago que exceda de cien pesos, se podrá conceder un plazo hasta de seis meses y que se haga por tercias partes, en el caso y con las condiciones expresadas en la fracción anterior."

Como se observa, el sistema mixto se plasmó en el artículo 29 de referido código al señalar que la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma debiera exigirse a terceros tendría el carácter de responsabilidad civil.

Una vez deslindada la reparación del daño de la responsabilidad civil, se pensó en irla perfilando como pena pecuniaria a la par de la multa, dotándola de sus propios principios, fines y coercitividad, en aras de su mejor efectividad. Bajo esa perspectiva, se brindó a la reparación del daño el cariz de preferencia frente a cualquier otra obligación contraída con posterioridad al delito. Asimismo, se facultó a los jueces para que resolvieran sobre su condena, monto y forma de exigirla y se identificó al ofendido como el destinatario de la reparación del daño, su capacidad para poder renunciarla e, inclusive, la separación a prorrata en caso de que fueran varios.

Algunas críticas que se vertieron contra dicho código, en los primeros días de su vigencia, fue la de señalar que cuando eran varias las personas que resultaban condenadas a la reparación del daño, la obligación debía ser mancomunada y solidaria, que como más adelante se verá, resulta un contrasentido. Asimismo, se hicieron patentes los vicios de que adolecía la

especificación del concepto de daño, al bifurcarlo en material y moral sin definir puntualmente los alcances de uno y otro, de manera que, en el caso del material, se circunscribía a todo detrimento siempre que pudiera ser valuado por peritos y, en lo que ve al daño moral, no dejó de ser un concepto ambiguo que comprendía aspectos, a veces, demasiado subjetivos.

En ese sentido, la Comisión consideró prudente apartarse de los cánones doctrinarios que le conminaban a establecer que el daño susceptible de reparación debía ser aquél que tuviera repercusión económica; con lo anterior, se eliminaron las tablas de cálculo que para los efectos de la tasación, fueron implantadas en el Código Penal de 1929, por lo que el trabajo de valuar el daño, al menos en los delitos de homicidio y lesiones, se dejó en manos del Ministerio Público, por lo que respecta a su acreditamiento y, en las de los jueces, su fijación respecto del daño "*que fuera preciso reparar*", con lo que la magnitud del daño se circunscribió a esta regla general, y se lo hizo depender de las pruebas que obraran en las constancias procesales.

Lo más importante estaba por venir, los artículos que regulan a la reparación del daño en el Código de 1931, debían de ser revisados y perfeccionados. No era una tarea acabada sobre la cual se pudieran realizar reformas y adiciones, porque éstas sólo podrían resultar superficiales y confirmatorias de los errores que presentaron. En lo futuro, se tendría que mejorar lo propuesto o dar un paso atrás, regresando a la responsabilidad civil. De hecho, algunos jurisconsultos de la época como José Almaráz, cuyo punto de vista destaca porque, en primer término, se trata del jurista que le dio carta de radicación a la reparación del daño en lo penal y no habría mayor elogio a su persona, que atender a sus consideraciones sobre esta nueva pena y, en segundo lugar, por la acertada crítica que en 1941, dejó plasmada al señalar: "*¿Por qué esta pena pública cambia súbitamente de naturaleza cuando se exige a terceros? Esta inseguridad demuestra a las claras, absoluto desconocimiento de los motivos que imperan para establecer la reparación del daño en el derecho penal... Asentado que hubieron que la reparación del daño es una pena pública, derivaron el*

*mandato del artículo 31 que acabó de desnaturalizar la reparación. Según este precepto, el monto de la reparación lo fijarán los jueces, según el daño que sea preciso reparar. Atendiendo a las pruebas del proceso y a la capacidad económica del obligado a pagarla. ¿Cómo conciliar lo preciso con tal capacidad? Si se hace ésta ya no se repara todo el daño y si se hace predominar la primera circunstancia, sale sobrando la segunda...”*¹⁶²

Pero además, no se limitó a tales manifestaciones sino que adujo que la redacción era incompleta, arbitraria, irregular, confusa e imposible de hacer efectiva en muchos casos, pues en lo atinente a la expresión de la reparación del daño, quedaba fuera de lo que la propia figura comprende, tales como: "I.- los frutos de la cosa detentada; II.- El restablecimiento de la cosa detentada, en cuanto fuere posible, al estado que tenía antes de cometerse el delito; III.- Restablecer al titular en el ejercicio del derecho lesionado; IV.- Los perjuicios causados a los herederos del ofendido, como consecuencia del delito; V.- La pensión alimenticia a todos los que hubieran estado percibiéndola o hubieren podido exigirla legalmente a la víctima; y, VI.- Los perjuicios sufridos a causa del delito (recuérdese que los conceptos jurídicos de daño y de perjuicio no son sinónimos).”¹⁶³

Ello sin mencionar lo irregular que resultaba, al no ser posible imponerla en todos o casos debido a que estaba sujeta a que se allegaran pruebas al proceso (vicio que perdura hasta nuestros días), y además, porque se le había quitado al perjudicado el carácter de coadyuvante; asimismo, resultaba confusa al hablar de responsabilidad civil por reparación del daño, ya que ello, motivaba a considerar que el delito generaba dos acciones: una penal y otra civil, exigibles ante el juez penal, lo cual, como ya se apuntó en el capítulo que antecede, no resulta necesariamente perjudicial.

El mérito de la apreciación de Almaráz sobre la reparación del daño, es por la trascendencia que tienen las penas en el orden social, en las que se necesita

¹⁶² ALMARÁZ, José. ALGUNOS ERRORES Y ABSURDOS DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE 1931, s. edición, s. Editorial, México, 1941, páginas 72 y 73.

¹⁶³ Op. cit., página 74

que las leyes que las regulan no presenten deficiencias, porque como atinadamente sostuvo este autor, las penas que no pueden cumplirse, son instrumentos que envalentonan al delincuente que se burla de ellas cínicamente, pierde respeto a las leyes y a los funcionarios de la administración de justicia e imputa a los legisladores hacer obra de prevención social en vez de luchar eficazmente contra el delito.

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1931, se mantuvo sin alteraciones por más de sesenta años, en lo que a la reparación del daño se refiere, pues no fue sino hasta el año de 1984 cuando se implantaron sus primeras reformas en dicha materia.

A. Reformas relevantes en materia de reparación del daño.

A continuación, se exponen de forma meramente ilustrativa, las reformas más importantes en materia de reparación del daño que sufrió dicho Código hasta 1999, plasmando las fechas en que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación y respetando la redacción literal de los artículos que se vieron involucrados en cada caso:

a) 29 de diciembre 1981.

"Artículo 39.- La autoridad a quien corresponda el cobro de la sanción pecuniaria podrá fijar plazos para el pago en los términos siguientes:

I.- Si no excediere de treinta veces el salario mínimo, se podrá conceder un plazo de ciento veinte días para pagarla por tercias partes, siempre que el deudor compruebe estar imposibilitado de hacerlo en menor tiempo y dé garantías suficientes, a juicio de la Autoridad Ejecutora, y

II.- Para el pago que exceda de treinta veces el salario, se podrá conceder en un plazo hasta de seis meses y que se haga por tercias partes, en el caso y con las condiciones expresadas en la fracción anterior."

b) 5 de enero de 1983.

"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, y

II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.

III.- Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito."

c) 13 de enero de 1984.

"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 y de los perjuicios causados, y

III.- Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo, la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

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 por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.

Artículo 33.- La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Artículo 34.- 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, con

el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

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

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

Artículo 39.- El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.

La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

d) 21 de enero de 1991.

“Artículo 30 bis.- Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge superviviente o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.”

e) 10 de enero de 1994.

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

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

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

Cada jornada de trabajo 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 en 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.”

“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, y

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

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.”

"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 de salario mínimo."

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

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."

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

El 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..."

"Artículo 35.- ...

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

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

"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.”

“Artículo 38.- Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.”

f) 30 de diciembre de 1997.

“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 curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y...”

2.7 CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

Por decreto de 22 de agosto de 1996, se modificó el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para definir la nueva estructura jurídico-política de la capital del país. De esta forma, a la entonces Asamblea de Representantes del Distrito Federal, actual Asamblea Legislativa del Distrito Federal, competió, de acuerdo con lo señalado por el apartado C, Base Primera, Fracción V, inciso h), de la Carta Magna, legislar en el ámbito local. No obstante, en virtud del artículo Décimo Primero Transitorio del decreto aludido, dicha facultad entró en vigor hasta el año de 1999.

Acaecido lo anterior, el órgano legislativo distritense, se dio a la tarea de reformar y adicionar diversos preceptos del aún vigente Código Penal de 1931, de

entre los que se destacan, por ser la materia que nos atañe, los artículos 24, 29, 30, 30 bis, 31, 31 Bis y 34.

Esta revisión se llevó a cabo, bajo el principio de que se debía brindar mayor protección a las víctimas del delito, sobre todo a las mujeres y niños. Para lograrlo, se estableció que: a) Se debían precisar los mecanismos para garantizar la reparación del daño; b) Incluir la reparación del daño como pena pública; c) Establecer un parámetro basado en la Ley Federal del Trabajo para determinar el monto mínimo a reparar en tratándose de los delitos de lesiones y homicidio, y d) Extender el daño hasta los tratamientos psicoterapéuticos que requiera la víctima. De esta forma, el legislador local consideró pertinente reafirmar la permanencia de la reparación del daño en el Código Punitivo, como pena pública.

De los artículos involucrados en la reforma de 1999, la de los numerales 24 y 29 del ordenamiento punitivo a estudio, fueron de las más importantes, en la inteligencia que se incluyó a la reparación del daño en el catálogo de penas, para quedar como sigue:

"Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

VI.- Sanción pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica..."

"Artículo 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica."

Por su parte, el artículo 30 fue reformado para incluir en el daño material y moral, el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos necesarios para que la víctima recupere su salud. Asimismo se adicionó un párrafo segundo a su fracción III, para establecer el *quantum* mínimo exigible al delincuente, tratándose de delito que afecten la vida y la integridad corporal. De esta forma, el artículo 30 quedó de la siguiente manera:

"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.”

Continuando con esta línea de pensamiento, la reforma del artículo 30 Bis, fue la precursora de que, en materia de los sujetos que tienen derecho a la reparación del daño, se comprendiesen en los términos genéricos de “dependientes económicos” o “derechohabiente”, dentro de los cuales, si bien se incluía al cónyuge superviviente, concubinario o concubina, los hijos menores de edad, los descendientes y ascendientes, tal y como se redactó originalmente, también cabían en esa descripción personas que no se ubicaban en ninguno de esos rubros pero que sin embargo, dependían económicamente de la víctima o del ofendido, lo que de suyo no goza de total aprobación, ya que por un lado, se brindaba certeza jurídica a quienes no teniendo lazos de parentesco con la víctima o el ofendido, dependían de él en el plano económico, pero por otro lado, se pugaban los intereses de éstos precisamente con los de los familiares. El artículo 30 bis, del Código Penal sujeto a revisión, quedó como sigue:

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

a) La víctima o el ofendido; y

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

De igual manera, por lo que hace al artículo 31 del Código Penal de 1999, podemos decir que el legislador local no lo modificó sustancialmente y lo redactó como sigue:

"Artículo 31.- ...

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."

Más que una reforma, lo que la Comisión redactora hizo con este precepto fue adecuarlo al marco normativo vigente en la capital del país, dadas las reformas de los artículos 44 y 122 de la Constitución General de la República, con el fin de que el Ejecutivo local se encontrara en posibilidades de emitir un reglamento relativo al seguro especial, para los casos en que se produjera daño por delitos perpetrados con culpa, encaminado a garantizar la reparación del daño a las víctimas u ofendidos del delito.

Ahora bien, por lo que hace al artículo 31 Bis, es insoslayable recalcar la importancia que tuvo el hecho de que el legislador capitalino, le adicionara un párrafo final para sancionar con multa, las conductas omisas de respetar la obligación que tenían, por una parte, el Ministerio Público en cuanto a solicitar la reparación del daño y, por otra, el Juez de resolver lo procedente. La disposición en comento quedó como sigue:

"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."

Finalmente, el artículo 34 fue reformado en dos aspectos fundamentalmente; la redacción del primer párrafo, se armonizó con lo que ya se había hecho en el artículo 30 bis, respecto de la víctima y los dependientes económicos, en tanto que en el segundo párrafo, se trata de poner fin a la práctica que venían realizando los jueces de lo penal en esta ciudad, en cuanto que soslayaban el carácter de pena pública con que se había investido a la reparación del daño, al dejar a salvo los derechos del ofendido, sin hacer pronunciamiento

expreso en el sentido de condenar o absolver al sentenciado respecto del daño, situación por demás relevante porque si la reparación del daño era ya una pena, su imposición, tenía que ser motivo de la sentencia obligatoriamente. De tal suerte que el artículo 34 se reformó de la siguiente manera:

"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...".

Como es evidente, las modificaciones a los artículos que regulan la reparación del daño no fueron en su mayoría sustanciales, sino meras adecuaciones a conceptos ya plasmados en códigos precedentes, lo que refleja que la víctima y el ofendido del delito, han tenido que conformarse con un *status* de indefensión frente a la delincuencia insolvente.

En efecto, al reformar los artículos 24, 29, 30, 31, 31 bis y 34 el 17 de septiembre de 1999*, el legislador no lo hizo de manera sistemática, porque pese a

* No escapa a la atención del sustentante, que la reforma de referencia, no solamente comprendió el aspecto sustantivo, sino también el adjetivo, pues con miras a restaurar el equilibrio entre los derechos de la víctima y del inculcado, se incorporó al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Capítulo I Bis, denominado "De las víctimas o de los ofendidos por algún delito", que comprendería los artículos 9 y 9 bis, con el objeto de regular los derechos de la víctima u ofendido por el delito. Dicha reforma propuso especificar claramente, y ampliar, los derechos y garantías con que deben contar las víctimas y los ofendidos, tanto durante la averiguación previa como durante el proceso. Entre los derechos de las víctimas y los ofendidos, la iniciativa señaló los siguientes: que el Ministerio Público y sus Auxiliares les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia; que los servidores públicos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal los traten con la debida atención y respeto a su dignidad humana absteniéndose de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia del servicio. o abuso o ejercicio indebido de la autoridad; que ningún servidor público por sí o por interpósita persona les soliciten, acepten o reciban dádivas u otros beneficios; recibir asesoría jurídica por parte del Ministerio Público respecto de sus denuncias o querrelas y, en su caso, recibir servicio de intérpretes traductores: tener acceso al expediente para informarse sobre el estado y avance de la averiguación previa; a que se les preste la atención médica de urgencia cuando

haber colocado a la reparación del daño como una pena pecuniaria, no estableció en qué consistía dicha pena lo que impidió precisar conceptos directamente vinculados con dicha pena, tales como el daño resarcible, entre otros.

2.8 NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El 18 de mayo de 1999 se publicó, en el diario Oficial de la Federación, un decreto que cambia la denominación del hasta entonces llamado "*Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal*", a "*Código Penal Federal*", y se prescribió en el artículo 1, que el Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal.

Como consecuencia de lo anterior, la Asamblea Legislativa tuvo la necesidad de legislar en materia penal, por lo que se estimó conveniente adoptar el mismo texto del Código Penal que regulaba la materia propia del fuero común; así que por decreto publicado el 17 de septiembre de 1999, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se consolida esta determinación y nace un Código Penal para el Distrito Federal.

Más que reflejar un esfuerzo legislativo de la capital por desarrollar un instrumento capaz de brindar, si no mayores, sí mejores soluciones al problema de la delincuencia en la Ciudad de México, se desarrollo una ley penal que se constriñó a transportar la numeración de los artículos del Código Penal Federal, por lo que distintos foros académicos denunciaron que se "desfederalizó" el nuevo código, a tal grado que nació "hasta con artículos derogados"; lo cual, es una muestra de que no se hizo una revisión minuciosa.

Concientes de lo anterior, en el mes de noviembre de 2000, los Partidos Políticos Revolucionario Institucional, de la Revolución Democrática y Acción Nacional, presentaron ante el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sendas Iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal.

la requieran; que en los casos de delitos sexuales, o en los que el menor sea víctima. el Juez o el Ministerio Público de oficio acuerden que la diligencia de confronta o identificación se efectúe en un lugar donde no puedan ser vistos o identificados por el probable responsable; entre otros. En este artículo se mantiene la disposición que especifica que el sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

A continuación, presento algunos de los aspectos más relevantes que esgrimieron los partidos políticos de mérito, al presentar sus iniciativas de nuevo Código Penal para la ciudad, en materia de reparación del daño.*

El grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI), representado en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al exponer los motivos de lo que en su iniciativa de Código Penal correspondería al Título Tercero "*Penas y medidas de seguridad*", señaló lo siguiente:

"a) Se eliminan del catálogo de penas y medidas de seguridad aquellas que realmente no tienen operatividad como: el confinamiento, el apercibimiento, la amonestación y la caución de no ofender. Se conservaron aquellas que en realidad cumplen con la función de prevención general y de prevención especial. Por otra parte, se trasladan al lugar que les corresponde: la reparación de daños y perjuicios y las que se aplican a las personas jurídicas colectivas que integran el título de "Consecuencias accesorias del delito"...4) En el Título Cuarto se incorpora la "responsabilidad civil derivada del delito". Bajo esta denominación, se prevé la reparación de daños y perjuicios. La nueva normatividad, reconoce la verdadera naturaleza (civil) de la reparación de daños y perjuicios, lo que permite al ofendido o a sus derechohabientes intervenir, de manera directa, ante la autoridad correspondiente como actores civiles principales. Sin embargo, con el fin de atender de la manera más eficaz al ofendido o a sus derechohabientes, cuando estos lo soliciten, el Ministerio Público intervendrá como actor subsidiario. En el supuesto de que el Ministerio Público no cumpla con esta obligación, se le sancionará penalmente. Este cambio obedece a que la reparación de daños y perjuicios considerada como pena pública, no ha sido eficaz para lograr el pago a que tienen derecho las víctimas del delito."

Por lo que el título cuarto denominado "*Responsabilidad civil derivada del delito*", quedó de la siguiente manera:

* Por la escasez de espacio, sólo se plasman las consideraciones concernientes al aspecto dogmático de la reparación del daño según las iniciativas presentadas por cada uno de tales partido políticos, por lo que no se alude a las específicas de cada delito en particular.

"TÍTULO CUARTO

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

CAPÍTULO ÚNICO REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Artículo 41. La reparación de daños y perjuicios consiste en:

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida mediante el delito o, si esto no es posible, el pago del precio de la misma, a valor de reposición según el grado de uso, conservación y deterioro que corresponda;

III. La indemnización del daño material y moral, incluyendo el pago de la atención médica y los tratamientos psicoterapéuticos que requiera la persona ofendida, como consecuencia del delito, y

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Artículo 42. Para determinar la existencia de los daños y perjuicios, su cuantía, las personas que tengan derecho al resarcimiento o deber de reparación, las causas por las que se extingue esta obligación y todo lo relativo a daños y perjuicios, se estará a lo previsto en la legislación civil del Distrito Federal.

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 de aplicar las disposiciones relativas contenidos en la Ley Federal del Trabajo.

Artículo 43. Cuando el delito hubiere sido cometido por varias personas, la obligación de reparar el daño tendrá carácter solidario entre ellas.

El Distrito Federal y sus servidores públicos responden solidariamente por los daños y perjuicios causados por éstos, cuando incurran en delito doloso con motivo y en el ejercicio de sus funciones. Si se trata de delito culposo, el Estado responderá subsidiariamente.

Artículo 44. La reparación a cargo del delincuente o de terceros obligados, se podrá exigir por el ofendido o sus derechohabientes como actores civiles principales en el procedimiento especial regulado en el Código de Procedimientos Penales. Cuando no lo hagan o soliciten la intervención del Ministerio Público,

corresponderá a éste participar como actor subsidiario en beneficio de aquéllos, quienes podrán coadyuvar con el Ministerio Público por sí o por medio de representante. En estos casos, el pedimento del Ministerio Público establecerá, en sección especial, la justificación de la reparación y la cuantía correspondiente.

Artículo 45. En toda sentencia condenatoria el juez deberá resolver sobre la reparación del daño. En ningún caso el juez dejará a salvo los derechos del ofendido ni aplazará la determinación del monto a incidente o resolución posterior.

Artículo 46. La obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el delito es preferente con respecto a la multa y a cualesquiera otras obligaciones asumidas con posterioridad a la comisión del delito, a excepción de las alimentarias y las laborales, salvo cuando se demostrare que estas últimas fueron contraídas para evitar el cumplimiento de aquéllas.

Artículo 47. Cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, las garantías relacionadas con la libertad caucional se aplicarán al pago de la reparación, en los términos de la legislación procesal aplicable. Al ordenarse que se hagan efectivas esas garantías, el juez prevendrá a la autoridad ejecutora que ponga su importe a disposición del tribunal, para los efectos de este artículo.

Artículo 48. El juez, atendiendo al monto de los daños y perjuicios y a la capacidad económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago, sin exceder de un año. Podrá requerir también, si lo estima necesario, el otorgamiento de una garantía.

Artículo 49. La reparación del daño se hará efectiva en la misma forma que la multa. Para ello, el tribunal remitirá a la autoridad ejecutora copia certificada de la sentencia correspondiente y ésta notificará de ello al acreedor del resarcimiento y a su representante legal.

Si no se cubre esta responsabilidad con los bienes y derechos del responsable y con el producto de su trabajo en prisión, el sentenciado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que le falte.

Cuando sean varios los ofendidos y no resulte posible satisfacer los derechos de todos, se cubrirán a prorrata los daños y perjuicios.

Artículo 50. Quien se considere con derecho a la reparación de daños y perjuicios, que no pueda obtener ante la jurisdicción penal, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Artículo 51. Si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación, el importe de ésta se entregará a la Tesorería del Distrito Federal para incrementar el presupuesto correspondiente a la procuración y administración de justicia.”

Por su parte, los diputados asambleístas de la bancada del Partido Acción Nacional (PAN), respecto de la sanción pecuniaria, sostuvieron lo siguiente:

“En cuanto a la sanción pecuniaria, llamada a ser una pena cada vez más importante que tampoco debe utilizarse en forma indiscriminada y automática, la iniciativa postula el concepto de día-multa que atiende a las consideraciones de equidad en esta pena patrimonial. Efectivamente, la Ley avanza en la individualización deseable y posible que no consigue cuando la sanción sea fijada en cantidades absolutas de pesos, además de que este antiguo criterio resulta impertinente en el contexto de una economía sujeta a cambios frecuentes e importantes; obviamente la aplicación correcta de los días-multas supone un adecuado conocimiento de los ingresos reales del reo. Se ha procurado mejorar la regulación de las sanciones consistentes en suspensión o privación de derechos, cargos o funciones e inhabilitación, así se tomen en cuenta tanto los casos en que esta suspensión, privación e inhabilitación, resulta de una norma legal de observancia forzosa como aquellos otros en los que provienen de la sentencia judicial. También se precisa en qué supuesto la sanción accesoria correrá conjuntamente con la principal y cuáles otros correrá, al concluir ésta.”

De esta forma, la propuesta panista en lo que a reparación del daño se refiere, quedó formulada de la siguiente manera:

"CAPÍTULO V

Sanción pecuniaria

Artículo 31.- La reparación del daño en términos de este Código, tiene el carácter de pena pública y será exigible de oficio por el Ministerio Público en el

proceso penal, con la intervención que corresponda al ofendido y su representante legal.

Cuando la misma reparación sea exigible a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma incidental, conforme a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales.

Cuando la reparación del daño sea cubierta por cualquier vía, su pago excluirá la reclamación por otra diversa.

Los responsables del delito, sean autores o partícipes, están obligados mancomunada y solidariamente a cubrir el importe de la reparación de los daños y perjuicios. El Estado responderá subsidiariamente por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo y en ejercicio de sus funciones.

Artículo 32.- La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado por el Juez o el ejecutor fiscal al momento en que se realice su liquidación, atendiendo a las pruebas aportadas y a los índices inflacionarios publicados por el Banco de México.

Tratándose de bienes fungibles, el Juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fue materia del delito, sin necesidad de recurrir a la prueba pericial;

II. La reparación del daño material y la indemnización de los perjuicios derivados directa y racionalmente del delito, y

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.

Artículo 33.- La reparación será fijada por los jueces con base en el daño, en las pruebas obtenidas en el proceso y, en el caso de la reparación del daño moral se tomará en cuenta además, la capacidad económica del obligado, el daño moral sufrido por la víctima y las circunstancias personales de ésta. En caso de lesiones y homicidio, a falta de pruebas específicas sobre el daño efectivamente

causado, los jueces tomarán como base la tabulación prevista en la Ley Federal del Trabajo.

La obligación de pagar la reparación de daños y perjuicios es preferente al pago de cualquier otra sanción pecuniaria y al de cualquier otra obligación contraída con posterioridad al delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Artículo 34.- Tienen derecho a la reparación del daño:

I. El ofendido;

II. La persona que haya sido privada de su libertad con motivo de un procedimiento penal y no se le compruebe su culpabilidad;

III. A falta de los anteriores, sus dependientes económicos, sean o no herederos, y

IV. Los herederos que no hayan dependido del ofendido, en la proporción que señale el derecho sucesorio.

En caso de concurrencia, el Juez se sujetará al orden de prelación que antecede."

Finalmente, la fracción parlamentaria del Partido de la Revolución Democrática, cuya iniciativa -sobra decirlo- fue la que tuvo mayor acogida entre los asambleístas, no tanto por su brillantez ni su elocuencia, sino por la simple mayoría de escaños que ocupaban y ocupan, en el recinto legislativo local, presentó su iniciativa de Nuevo Código Penal, en donde la reparación del daño se presentaba como una consecuencia jurídica del delito, por lo que en la exposición de motivos del título tercero del citado código, correspondiente a las consecuencias jurídicas del delito, señalaron:

"TÍTULO TERCERO Consecuencias Jurídicas del delito. La Iniciativa hace una distinción entre las penas y las medidas de seguridad y considera a la reparación del daño como pena pública. ¿Cuál es la razón de esta definición de reparación del daño, doctrinariamente concebida como responsabilidad civil proveniente del delito? Una de las principales características de la presente Iniciativa, es la contemplada en el Título Tercero denominada "De las consecuencias jurídicas del

delito", tendiente a salvaguardar las garantías de la víctima u ofendido del delito, logrando con ello una efectiva protección que le permita hacer realidad la reparación del daño en cumplimiento a lo estipulado por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Apartado "B", fracción IV, que recientemente se modificó y obliga al Ministerio Público a solicitar la reparación del daño. A su vez, el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. En el Título en comento, se amplió el derecho a la reparación del daño no solamente en relación con las personas que dependen económicamente de la víctima u ofendido, sino a los ascendientes y descendientes aún cuando no exista dependencia económica. Lo anterior tiene la intención de subsanar a los afectados los obstáculos relacionados con la obligación de demostrar dicha dependencia económica, lo que conlleva aparejada una profunda injusticia, pues difícilmente es reparado el daño, la muerte de un hijo, por ejemplo, cuando no existe la dependencia económica en mención. La Iniciativa postula, además, la creación de un fondo para garantizar la reparación de daño a víctimas u ofendidos por la comisión de delitos. La pretensión de dicho fondo tiene como finalidad el resarcir de los daños ocasionados por el delito a las clases más desprotegidas. Este fondo se obtendrá a través de la multa y la sanción económica. En suma, creemos que la naturaleza civil del resarcimiento de daños y perjuicios, derivados del delito, debe mantenerse en lo que hace a terceras personas, no así en lo que respecta al ofendido o víctima del delito, pues obligar a la víctima, después de sufrir las consecuencias del ilícito, a seguir un engorroso procedimiento civil ante el juez penal. Obligándola a promover por cuerda separada un incidente de reparación, acabaría por afectar a la población con menos recursos, recargaría la labor del juez y dilataría, innecesariamente, la satisfacción restitutoria. La reparación del daño debe seguir siendo "pena pública", por una parte para despertar la mayor atención posible hacia la víctima del delito y, por la otra, para responsabilizar a una instancia estatal, como lo es el Ministerio Público, de la búsqueda y consecución, en lo posible, de la acción reparadora. Sin que lo anterior sea óbice para que, facilitada la coadyuvancia, pueda la víctima

colaborar cercanamente con el representante social en la obtención del resarcimiento de los daños. Así, señala la Iniciativa que: "Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el Juez Penal, en virtud del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria podrá recurrir ante la vía civil en los términos de la legislación correspondiente. Cuando la reparación del daño deba exigirse a un tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales."

En consecuencia, la propuesta del PRD para regular la reparación del daño, se plasmó en su proyecto de Código Penal, como sigue:

"Artículo 30. Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

II. Sanción pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica;

CAPÍTULO IV Reparación del daño.

Artículo 39. 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 tenga 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 treinta a cuarenta días multa.

La reparación será fijada por los Jueces según el daño que sea preciso reparar.

Artículo 40. 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 ésta disposición, será sancionado con treinta a cincuenta días multa.

Artículo 41. Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

a) La víctima o el ofendido,

b) En caso de fallecimiento de la víctima, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes, o ascendientes y descendientes aún cuando no exista dependencia económica.

Los responsables del delito, sean autores o partícipes, están obligados mancomunada y solidariamente a cubrir el importe de la reparación de los daños.

La obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquier otra sanción pecuniaria y al de cualquier otra obligación contraída con posterioridad al delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Artículo 42. El juzgador, de acuerdo con el monto de los daños y a la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquéllos, los que en conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.

Artículo 43. La reparación del daño comprende:

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

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.

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.

El Gobierno del Distrito Federal reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba

garantizarse mediante seguro especial la reparación del daño cuando éste es causado con motivo de delitos culposos. Igualmente establecerá un fondo para garantizar la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por la comisión de delitos cuando las circunstancias del caso lo justifiquen.

Artículo 44. Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el Juez Penal, en virtud del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria podrá recurrir ante la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

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

Artículo 45. La obligación de la reparación del daño se extinguirá en los términos que prevea el Código Civil para el Distrito Federal, salvo lo dispuesto en el artículo 125 de este Código.

Artículo 46. Están obligados a reparar el daño:

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

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que estén 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 estén 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 sus servicios; y,

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.

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

Artículo 47. 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 la sanción económica y a la segunda el de la reparación.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso a prorrata entre los ofendidos.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al fondo al que se refiere el último párrafo del artículo 43 de este Código.

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

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

Artículo 48. 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 treinta 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.

Artículo 49. Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte restante.”

Recibidas las anteriores propuestas, la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, turnó dichas Iniciativas para su análisis, discusión y en su caso aprobación, a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, por lo que en sesión de 20 de diciembre del año 2000, aprobó que un grupo multidisciplinario de especialistas en materia penal, realizara un documento ordenado en forma de Compulsa de las tres Iniciativas de Código Penal y, el 30 de octubre de 2001, tomó el acuerdo consistente en integrar una Comisión Especial, que se abocara al análisis del Anteproyecto de Nuevo Código Penal, que la Comisión Revisora y Redactora, elaboró, para así contar con un documento final que se sometió a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia para su análisis, discusión y como fue el caso, aprobación.

Las consideraciones vertidas en la exposición de motivos concernientes a la reparación del daño fueron las siguientes:

"...la sanción pecuniaria, que se integra con otros elementos como son la multa, la reparación del daño y sanción económica. Para el caso de la multa, se define a ésta como el pago de una cantidad en dinero al Gobierno del Distrito Federal, que se fija en días multa, los cuales para cuantificar su monto, se considera la percepción neta diaria del agente al momento de cometer el ilícito o las modalidades para el momento consumativo de éste, dicha cantidad en su caso, no será menor al equivalente del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, la multa no será menor a un día, ni mayor a cinco mil días, con excepción de lo que el propio Código establezca, se contempla la posibilidad de sustituir la multa por trabajo en beneficio de la víctima o en su defecto a favor de la comunidad, se prevé adicionalmente la posibilidad de que el juez podrá establecer plazos razonables para el pago en parcialidades del importe total de la multa, los que no serán mayores a un año en su conjunto y finalmente se destaca el destino de la multa que en el Nuevo Código se contempla se aplique de forma preferencial al Fondo para la Reparación del Daño, que contempla el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de cometer el ilícito, la restitución de la cosa obtenida en la comisión del delito, incluyendo sus frutos y accesorios, el

pago del daño moral sufrido e incluye el pago de tratamientos curativos para la recuperación de la salud psíquica o física en su caso, el pago de los perjuicios ocasionados y el pago de salarios o percepciones a la víctima cuando por lesiones se le ocasione incapacidad para trabajar en la actividad preponderante de éste, quien tendrá que resolver lo procedente con los elementos de prueba que el Ministerio Público aporte de forma insoslayable. Se define a quienes tendrán la obligación de reparar el daño, siendo éstos, los tutores, curadores o custodios por los ilícitos que cometan los inimputables a su cargo, los propietarios o encargados de negociaciones por los delitos que cometan sus obreros o empleados, con motivo o en el desempeño de sus actividades asignadas, también lo serán las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o directivos de forma proporcional a las obligaciones que las leyes correspondientes le impongan, bajo este concepto el Distrito Federal responderá por los delitos de sus servidores públicos, sin limitación para que éste repita contra el funcionario responsable, para así clarificar lo que la teoría ha definido como la responsabilidad objetiva que prevé la asunción de responsabilidades por parte de los entes colectivos o los obligados a responder por otro conforme a la Ley. Para la reparación del daño, el juez considerará el monto la situación del agente y potestativamente fijará plazos prudentes para su liquidación que no excederán de un año, solicitando en su caso, la garantía correspondiente, para el caso de los delitos que afectan la vida o la integridad física el monto de la reparación no será menor del que fijan las disposiciones relativas de la Ley Laboral, finalmente se prevé que en caso de que la víctima, o los derechohabientes de éste, renuncien o no cobren el importe de la reparación del daño éste se destinara al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito, se establece que el decomiso es de orden público, por lo que instrumentos, objetos o productos del ilícito se destinaran; preferentemente, a la reparación del daño, a la multa y al mejoramiento de la procuración y administración de justicia, como elemento de seguridad jurídica, se establece que los objetos o valores en posesión de las autoridades judiciales o investigadoras se entreguen a sus

legítimos dueños de forma inmediata en cuanto éstos lo soliciten y sólo cuando no acudan a reclamarlos se subastarán dejando por un plazo prudente el producto de la venta a disposición de los legitimados para reclamarlo y en el caso de no hacerlo aplicarlo al Fondo para la Reparación del Daño.”

De esta forma, el 16 de julio de 2002, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuya vigencia iniciaría, de acuerdo al artículo Transitorio Primero, ciento veinte días después.

Las disposiciones relativas a la reparación del daño en el nuevo ordenamiento penal, quedarían de la siguiente manera:

“Artículo 30 (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

V. Sanciones pecuniarias;

CAPÍTULO VI

SANCIÓN PECUNIARIA

Artículo 41 (Fondo para la reparación de daño). Se establecerá un Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, en los términos de la legislación correspondiente.

El importe de la multa y la sanción económica impuestas se destinará preferentemente a la reparación del daño ocasionado por el delito, pero si éstos se han cubierto o garantizado, su importe se entregará al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito.

Artículo 42 (Alcance de la reparación del daño). La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Artículo 43 (Fijación de la reparación del daño). La reparación será fijada por los jueces, según el daño o perjuicios que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso.

Artículo 44 (Preferencia de la reparación del daño). La obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquiera otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales.

En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y probar su monto, y el Juez a resolver lo conducente.

Su incumplimiento será sancionado con cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 45 (Derecho a la reparación del daño). Tienen derecho a la reparación del daño:

I. La víctima y el ofendido; y

II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

Artículo 46 (Obligados a reparar el daño). Están obligados a reparar el daño:

I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

II. 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 desempeño de sus servicios;

III. 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

IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Queda a salvo el derecho del Gobierno del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable.

Artículo 47 (Supletoriedad de la Ley Federal del Trabajo). Si se trata de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

Artículo 48 (Plazos para la reparación del daño). De acuerdo con el monto de los daños o perjuicios, y de la situación económica del sentenciado, el juez podrá fijar plazos para su pago, que en conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.

El Jefe de Gobierno del Distrito Federal reglamentará la forma en que, administrativamente, deba garantizar la reparación del daño, cuando éste sea causado con motivo de delitos, en los casos a que se refiere la fracción IV del artículo 46 de este Código. El pago se hará preferentemente en una sola exhibición.

Artículo 49 (Exigibilidad de la reparación del daño). La reparación del daño se hará efectiva en la misma forma que la multa.

Para ello, el Tribunal remitirá a la autoridad ejecutora copia certificada de la sentencia correspondiente y ésta notificará al acreedor.

Si no se cubre esta responsabilidad con los bienes y derechos del responsable, el sentenciado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que le falte.

Cuando sean varios los ofendidos y no resulte posible satisfacer los derechos de todos, se cubrirán proporcionalmente los daños y perjuicios.

En todo caso, el afectado podrá optar en cualquier momento por el ejercicio de la acción civil correspondiente.

Artículo 50 (Aplicación de las garantías de la libertad caucional). Cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, las garantías relacionadas con la libertad caucional se aplicarán de manera inmediata al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito.

Al ordenarse que se hagan efectivas esas garantías, el Juez prevendrá a la autoridad competente que ponga su importe a disposición del Tribunal para los efectos de este artículo.

Artículo 51 (Renuncia a la reparación del daño). Si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación del daño, el importe de éste se entregará al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, en los términos de la legislación aplicable.

Artículo 52 (Sanción económica). En los delitos cometidos por servidores públicos a que se refieren los Títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Libro Segundo de este Código, la sanción económica consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados.”

A casi tres años de su vigencia, hasta el momento de la presentación de esta tesis, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sólo ha tenido quince reformas de las cuales sólo una ha sido en materia de reparación del daño.*

En efecto, dicha reforma modificó el contenido de los artículos 41, 50, 51, 55 y Tercero Transitorio, de dicho instrumento penal, para sustituir el nombre del entonces "Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito", por el de "Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito", y hacer algunas

* Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de abril de 2003.

precisiones respecto de determinadas atribuciones que se detallan en la parte final del Capítulo III de la presente tesis, a cuya lectura envío al lector en obvio de repeticiones innecesarias. Por lo pronto baste con señalar que los citados artículos quedaron definitivamente, de la siguiente manera:

"Artículo 41 (Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito). Se establecerá un Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito en los términos de la legislación correspondiente.

El importe de la multa y la sanción económica impuestas se destinará preferentemente a la reparación del daño ocasionado por el delito, pero si éstos se han cubierto o garantizado, su Importe se entregará al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito."

"Artículo 50 (Aplicación de las garantías de la libertad caucional). Cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, las garantías relacionadas con la libertad caucional se aplicarán de manera inmediata al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito.

Al ordenarse que se hagan efectivas esas garantías, el Juez prevendrá a la autoridad competente que ponga su importe a disposición del Tribunal para los efectos de este artículo."

"Artículo 51 (Renuncia a la Reparación del Daño). Si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación del daño, el importe de éste se entregará al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, en los términos de la legislación aplicable

Si el facultado no se presenta a recoger el producto a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los noventa días siguientes a la realización de la subasta, dicho producto se destinará al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito."

"TERCERO: La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, expedirá la legislación para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito y la aplicación del fondo correspondiente."

De esta forma, podemos concluir que la reparación del daño en el nuevo ordenamiento penal del Distrito Federal, al margen de posiciones dogmáticas dominantes sobre el tema, sigue considerándose una pena pecuniaria delimitada como sanción privada cuando es exigible a los terceros civilmente responsables por la comisión de un delito.

CAPÍTULO III

SUJETOS EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

3.1 DE LOS ACREEDORES.

Antes de entrar al estudio de este capítulo, conviene aclarar que el uso del término "*acreedor*", obedece a una cuestión meramente práctica, pues con dicho vocablo, se pretende abarcar las distintas categorías que enuncia el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, como las personas que tienen derecho a la reparación del daño; ello no obsta para reconocer, como lo hicimos en el punto 1.3 del capítulo I de la presente tesis, que todos ellos, encuadran en el concepto más propio de sujeto pasivo del delito; sin embargo, la intención es, incluir bajo el concepto de acreedor, a todas aquellas personas que están facultadas por la ley, para recibir la reparación del daño causado a consecuencia de algún delito.

Efectivamente, la adopción que se hace de la locución "*acreedor*", puede envolver más genéricamente a todos los sujetos que se ven involucrados en la reparación del daño. Así, al perpetrarse un delito, se producen determinadas consecuencias, una de ellas, el resarcimiento del daño que pudo haber generado aquél; de esta forma, surge una importante relación entre los principales actores del escena delictual, el sujeto activo y el sujeto pasivo, en tanto que el primero queda obligado con el segundo a restablecerle de algún modo el detrimento que éste hubiera podido experimentar en su esfera jurídica, moral o física, a consecuencia del delito.

Sin embargo, ellos no son los únicos implicados en materia de reparación del daño, ya que pueden existir personas que no se identifican propiamente, con el sujeto que ejecutó el delito y mucho menos con aquella que lo padeció; a estas personas se les conoce con el nombre de "*terceros*", porque resultan ajenos a esa relación delincuente-víctima, no obstante pueden, bajo determinadas circunstancias, estar inmersos en la relación resarcitoria, ya sea porque se les deba el pago de la reparación del daño, o bien, porque estén obligados a pagarlo.

Por tales razones, decidimos adoptar los términos genéricos de "acreedor" y "deudor", porque el vínculo jurídico que provoca la reparación del daño, va más allá de los protagonistas del delito, supuesto que en términos de la ejecución de un injusto penal como tal, ciertamente, encontramos a un sujeto activo y uno pasivo, pero en la derivación de aquél -reparación del daño-, ya no solamente pueden existir éstos, sino personas físicas o entes colectivos públicos y privados, que se ven obligados por la propia ley penal, por un lado, a reparar el daño y, por otro, a recibir la materia de resarcimiento, si bien en el caso del acreedor, éste puede renunciarla.

Lo anterior, se conoce en el ámbito del derecho civil, como derecho de crédito indemnizatorio proveniente de conducta ilícita, y lo define el maestro Ernesto Gutiérrez y González, como: *"la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que la misma tenía, al momento de violarse con culpa un deber jurídico stricto sensu, o una obligación lato sensu (en cualquiera de sus dos especies obligación stricto sensu o derecho de crédito convencional)."* ¹⁶⁴

No se trata pues, de un pretencioso juego de palabras ni de un empleo arbitrario de las instituciones del Derecho Penal y Civil, sino que, genuinamente, si una persona ocasiona, por ejemplo, daños en la propiedad de otra, esto genera la producción de un ilícito por estar tipificada la conducta como tal en el Código Penal y, en consecuencia, se le impondrá una determinada pena; sin embargo, la cuestión de que se repare el daño, resulta independiente al delito en sí, de ahí que se distinga entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, según dijimos en el capítulo I de este trabajo, ello a pesar de que sea precisamente el delito, lo que genere en determinados supuestos, la reparación del daño.

Esto es así, porque si entendemos por acreedor al elemento personal activo de una relación obligatoria, estimamos adecuado afirmar que las personas con derecho a la reparación del daño, son acreedoras tanto del sujeto activo del delito,

¹⁶⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit., páginas 49 y 50.

como de las que, en un momento dado y, por mandato expreso de la ley penal, están obligados a efectuarlo, para el primero de los nombrados significará una pena y para los segundos, una responsabilidad civil derivada del delito; pero, en ambos casos, cualquiera de ellos, se torna acreedor del sujeto activo del delito.

3.1.1 LA VÍCTIMA Y EL OFENDIDO.

Apuntado lo anterior, comenzamos este tema con las personas que padecen el delito y sus consecuencias, esto es, con la víctima y el ofendido, sujetos que como ha quedado justificado, personifican el primer sector de acreedores en la reparación del daño, o en otras palabras, de la obligación resarcitoria derivada del delito.

Retomando un poco las ideas esbozadas en el capítulo I de esta tesis, seguimos la opinión de Rodríguez Manzanera, para definir a la víctima del delito como: *"la persona física o moral que sufre un daño por causa de una conducta antijurídica, típica y culpable."*¹⁶⁵

De igual manera, para el autor en consulta, cuyos postulados de avanzada son guía en materia de victimología, el ofendido es: *"el perjudicado en cuanto la ley encomienda a su juicio la disposición o el goce del bien agredido; en palabras más simples, en cuanto depende de su juicio el desarrollo del interés lesionado. Una persona es ofendida por el delito en cuanto se le reconozca el poder jurídico sobre el bien que constituye la materia de él."*¹⁶⁶

Ya en otra oportunidad, recalqué la desafortunada redacción del Nuevo Código Penal que nos ocupa, en cuanto a que es omiso en el señalamiento de lo que debemos entender por dichos conceptos, pues se limita a establecer únicamente en su artículo 45, que tienen derecho a la reparación del daño, tanto la víctima como el ofendido.

Asimismo, dejamos al descubierto el defecto de técnica jurídica plasmada en el hecho de que no se estableciera en el ordenamiento punitivo local, quién de

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *VICTIMOLOGÍA, Estudio de la Víctima*. Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, página 346.

¹⁶⁶ Idem, páginas 344 y 345.

ambos, en un momento dado, tiene derecho a la reparación del daño, pues partiendo de la base que el legislador local distinguió entre víctima y ofendido, nos parece que debió instituir un orden de prelación entre ambos, supuesto que tales personajes, pueden encarnar, en determinado hecho delictivo, personas distintas; de ahí que la falta de pronunciamiento acerca de quién ha de ser el primero al que se le repare el daño, provoca incertidumbre y, esto a su vez, se traduce en un verdadero estado de indefensión a quienes padecen el delito. En ello se basa nuestra propuesta respecto de que cambie la redacción del artículo 45 del Nuevo Código Penal vigente en el Distrito Federal, para que se diga que tienen derecho a la reparación del daño, la víctima o, en su caso, el ofendido del delito.

En otro orden de ideas, no podemos dejar pasar la oportunidad de hablar sobre un tema que ha venido ocupando la mente de los analistas en la materia, y que tiene que ver con la revalorización o redimensión del concepto mismo de "víctima".

En efecto, los más connotados especialistas del ramo, se han entregado a la tarea de estudiar el fenómeno de la revalorización de este término, en el ámbito del Derecho Penal, desde diversos puntos de vista, pero sobre todo en tres líneas muy importantes a saber:

a) El estudio de la influencia del comportamiento y de la voluntad de la víctima en la definición misma del delito, la llamada "*victimodogmática*";

b) El poder de la voluntad de la víctima sobre la pena estatal, representada por sus facultades para inhibir la actuación del sistema penal total o parcialmente; y,

c) La configuración de la pena misma o de sus fines, a través, fundamentalmente, de aquello que se ha dado en llamar "*reparación como tercera vía del derecho penal.*"

Pese a la relevancia de tan apasionantes temas, debido a lo precario que precisa ser nuestro trabajo, sólo podemos ocuparnos de los puntos más importantes, respecto de la revalorización de la víctima en el proceso penal, así

como de la influencia que tiene el comportamiento y voluntad de ésta, en la definición misma del delito, esto es, de la victimodogmática.

A. El papel de la víctima y el ofendido en el proceso penal.

Para iniciar el estudio de la víctima en el proceso penal, primero debemos comprender su evolución, luego el contexto actual y, finalmente, la situación que guarda en el marco jurídico-penal vigente en nuestra ciudad.

La disertación parte de la idea de que, en principio, todo individuo es soberano de sí mismo, es decir, de su propio cuerpo y de su espíritu; en ese tenor, sólo hay motivo legítimo para imponer una pena, cuando se ejecuta un acto que perjudica a otra persona, esto es, cuando existe un conflicto entre un autor y una víctima. No obstante, reconocer lo anterior, no entraña una razón suficiente para legitimar la punición, supuesto que si no trasciende el plano de una decepción exclusivamente individual, no constituye un asunto público y, por ende, no implica un motivo suficiente para la reacción estatal.

De esta forma, explica Esteban Righi, siguiendo a Jakobs: *"sólo se admite legitimidad a las normas penales cuando están destinadas a resolver un conflicto que tiene carácter público, es decir, cuando su observancia general es irrenunciable para el mantenimiento de la configuración social básica."*¹⁶⁷

Así, si bien esa perspectiva pública no excluía la consideración individual del sujeto pasivo, lo cierto es que se tradujo en una concepción del Derecho Penal en la que el control del delito es de competencia estatal, con la consiguiente neutralización del ofendido; de esta forma, el Estado asume el rol de titular exclusivo de la reacción penal, con la correspondiente prohibición para la víctima de castigar *per se* la lesión de sus intereses.

Existe cierto consenso en la doctrina dominante, respecto de que un sistema penal basado en la neutralización de la víctima, fue favorecido por el progresivo abandono de las concepciones retributivas de la pena y su sustitución

¹⁶⁷ RIGHI, Esteban. "Dogmática y Política Criminal de la Víctima", en TEORÍAS ACTUALES EN EL DERECHO PENAL, Editorial AD-HOC, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, Argentina, 1998, página 325.

por las teorías preventivas; por esta razón, se afirma que el Derecho Penal preventivo, que procura resocializar al autor, utiliza la conminación penal, ya como instrumento de disuasión, o bien, como reforzador del sentido social de respeto a las normas, con lo cual, invariablemente debía centrarse la atención en el delincuente y dejar de lado a la víctima.

La reformulación de la Teoría del Delito, se tradujo en la adopción de la Teoría del Bien Jurídico, cuyo titular es, precisamente, el ofendido por el ilícito y, sin embargo, se entendió que lo decisivo no era la ofensa causada al titular del bien, sino la afectación de un interés en cuya preservación estaba interesada la comunidad.

Se llegó a considerar entonces, con base en una estrategia de política criminal caracterizada por un claro predominio de una ideología preventivo especial orientada por el tratamiento, que debía desdeñarse a la víctima del delito; razón por la cual, en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, se excluyó al querellante en los procesos de acción pública, apreciando que su intervención era un resabio de la acusación privada y la venganza individual.

Poco a poco, se fue diluyendo la situación anterior y se buscó revertir los efectos perniciosos de aquellas tendencias para brindar mejor protección a la víctima, dándole oportunidad de rendir declaración testimonial en el proceso y, en suma, tener mayor participación en el mismo, si bien su actuación se constreñía a la mera reparación civil.

Esta inercia se tradujo a la postre, en un avance significativo en cuanto a las atribuciones procesales activas de la víctima, reflejado especialmente en la capacidad de solicitar del Ministerio Público, el ejercicio de la acción penal contra su agresor.

Actualmente, en los sistemas de enjuiciamiento penal de los países de corte democrático, se observa una marcada propensión a ampliar el marco de actuación del ofendido, al grado de permitirle transitar en el proceso penal, incluso, como acusador particular asumiendo el rol de querellante, sea conjunto o adhesivo.

En efecto, a decir de Esteban Righi: "*En este nuevo escenario, la tendencia orientada a la supresión del acusador particular, para fortalecer la naturaleza pública de la acción pública y su ejercicio exclusivo por el Ministerio Público, con excepción de los delitos de acción privada, no es la que hoy prevalece.*" ¹⁶⁸

Esta revalorización de la víctima, ha llegado a extremos tales como el de suponer que también en los delitos perseguibles de oficio (acción pública), la función persecutora que corresponde al Ministerio Público, pueda también ser ejercida por un acusador particular, o sea, por una persona con capacidad civil, a condición de que haya sido ofendida por el hecho punible.

Para concluir el contexto actual de la víctima y su actuación en el proceso penal, sólo nos resta mencionar que hoy por hoy, se distingue entre dos sistemas que permiten su intervención en el ámbito procesal penal.

El primero se refiere a la "*querella adhesiva*", en cuya virtud, sólo se admite la intervención del ofendido en los delitos de acción pública, en la medida que colabore con la persecución oficial. Esto supone una dependencia considerable del particular a la actividad del Ministerio Público, ya que no puede en forma autónoma ni acusar ni interponer recursos, supuesto que su dinamismo consiste en adherirse a la acusación del Ministerio Público, pudiendo mejorarla o señalar sus omisiones, como también formular peticiones que permitan un control de la legalidad en los actos del representante social.

El segundo, por el contrario, permite una participación absoluta de la víctima y/o del ofendido, y se le conoce con el nombre de "*querella conjunta*", en la medida que enviste a los pasivos del delito, de autonomía para formular la pretensión punitiva, ejercerla sin limitación en toda clase de delitos y no sólo en aquellos cuya persecución precise de dicho requisito de procedibilidad (*querella lato sensu*), también denominados delitos de acción privada, sino también en los perseguibles de oficio (acción pública), dependan o no de instancia privada, a condición de que esté acreditada su legitimación; en otras palabras, que demuestre su calidad de haber sido ofendido por el hecho criminal.

¹⁶⁸ Idem, página 328.

Expuestas las bases teóricas, es claro que aventurar un juicio en el sentido de aseverar que uno u otro sistema, es el que se sigue en materia de intervención del ofendido y/o víctima en el proceso penal que rige en la capital de la República Mexicana, resultaría temerario, pues lo único que es válido afirmar, es que ninguno de ellos se adopta en puridad.

Ciertamente, de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, la querrela se exige como requisito de procedibilidad para ciertos ilícitos. Así, el artículo 263, del código adjetivo de la materia y fuero, señala que sólo podrán perseguirse a instancia de parte ofendida, los siguientes delitos:

I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;

II. Difamación y calumnia; y

III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Complementa la disposición anterior, el numeral 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al establecer que cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 del mismo Código.*

*Artículo 275.- Cuando el delito que se ponga en conocimiento de la Policía Judicial sea de aquellos que menciona el artículo 263, aquélla orientará al querellante para que acuda a presentar la querrela ante el agente del Ministerio Público que corresponda.

Artículo 276.- Las denuncias y las querrelas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o querrela no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, así mismo, se informará al denunciante o querellante dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrir los que declaran falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela.

En el caso de que la denuncia o la querrela se presenten verbalmente, se harán constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba, recabando la firma o huella digital del denunciante o querellante. Cuando se haga por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que la presenta y su domicilio.

Cuando el denunciante o querellante hagan publicar la denuncia o la querrela, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiere formulado dicha denuncia o

De igual forma, el aludido artículo 264, señala categóricamente, que se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de querella necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado y, tratándose de incapaces, a sus ascendientes y, a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquéllos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, los legitimados para presentar la querella serán las personas previstas por el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (dependientes económicos, herederos o derechohabientes).

Respecto de las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas, ni poder especial para el caso concreto; asimismo, para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere el párrafo anterior; en tanto que la Administración Pública del Distrito Federal, podrá actuar por conducto de personas autorizadas mediante acuerdo delegatorio emitido por la autoridad competente (Artículo 264, párrafos segundo, tercero y cuarto C.P.P.D.F.).

Finalmente, el dispositivo de referencia, establece situaciones especiales respecto de la formulación de la querella tratándose de menores de edad. Así, señala que en caso de que el delito sea perseguible de oficio, no será necesario que el menor se encuentre representado por alguna persona en términos del artículo 262 de dicho Código. Asimismo, cuando por la edad del menor no sea posible determinar el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho, pero su dicho se encuentre acreditado con cualquier otro elemento de prueba que obre en autos, no será necesario que el menor acredite dichas circunstancias, sólo

querella y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquéllos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables.

cuando se encuentren acreditados el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad en términos de los artículos 122 y 124 del referido Código.

En tales condiciones, afirmamos que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no hay una adopción pura de ninguno de los sistemas de querrela, sea adhesiva o conjunta, sino más bien, una tendencia hacia la primera con algunas incorporaciones de la segunda, en la inteligencia que si seguimos las características de cada uno de dichos sistemas y los comparamos con el marco normativo penal que rige en la ciudad de México, es fácil observar, en primer término, que ni la víctima ni el ofendido se pueden constituir en acusadores particulares, en la medida que por mandato expreso del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público; amén de que no pueden hacerlo siquiera en materia exclusivamente resarcitoria, toda vez que el artículo 2º del Código de Procedimientos Penales, establece con toda claridad, que al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto: a) La aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales; b) La libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley; y, c) La reparación del daño, en los términos especificados en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

No obstante lo anterior, encontramos algunas disposiciones en el Código de Procedimientos Penales a estudio, que permiten afirmar que existen algunos casos en los que se da la posibilidad tanto a la víctima como al ofendido, de poder actuar independiente a aquél en cuestiones que tienen que ver con el resarcimiento del daño. Así, el artículo 35 del citado código, ordena que cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público, el ofendido ó víctima del delito, en su caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes; incluso, en la citada disposición se afirma que para que el juez pueda dictar el embargo, bastará la petición relativa y la prueba de la

necesidad de la medida. De igual forma, dichas personas puedan interponer el recurso de apelación, cuando el ofendido o sus legítimos representantes, coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta, también con independencia que ejerza ese derecho el Ministerio Público (Artículo 417, fracción III, C.P.P.D.F.).

Más aún, la víctima o el ofendido del delito, pueden ejercer el derecho a que alude el cuarto párrafo, del artículo 21 Constitucional, que se refiere a la posibilidad de promover amparo indirecto, en los términos que establezca la Ley de Amparo, contra las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal (Artículo 3º Bis, fracción II, último párrafo, C.P.P.D.F.).

B. Influencia del comportamiento y de la voluntad de la víctima en el concepto de delito: "Victimodogmática".

En el apartado anterior, esbozamos algunas ideas respecto de la revalorización de la víctima y su influencia en el Derecho Penal y Procesal Penal. Corresponde ahora, estudiar uno de los temas más controvertidos de los últimos tiempos y que se refiere a la "*imputación a la víctima*"; tópico que ha suscitado las más acaloradas discusiones y provocado un revolución en la concepción misma de la persona física o jurídica que sufre un daño por causa de una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir, de la víctima u ofendido.

No escapa a la atención del sustentante, la circunstancia de que el tema que aquí se trata de exponer, requiere un desarrollo mucho más extenso y profundo del que la tesis permite; sin embargo, considero posible brindar un panorama general del tópico en cuestión, apoyado en algunos ejemplos vinculados con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Desde hace mucho tiempo, se ha partido de la base que la víctima es quien sufre el actuar antijurídico; sin embargo, resulta incontrovertible que hay supuestos de hecho en los que inexcusablemente debe analizarse la relevancia de la conducta de la víctima en la producción de la lesión en sus propios bienes

jurídicos, así como de su incidencia en la valoración jurídico-penal, que merece el comportamiento del autor del delito.

Así, de acuerdo con el maestro Rodríguez Manzanera: *"Las características de la víctima, su conducta y su relación con el victimario, pueden ser trascendentales desde el punto de vista jurídico, ya que en un momento dado la configuración del tipo, la existencia o no del delito, la agravación o atenuación de la pena, dependen ya no de lo que el autor haya realizado, sino de particularidades, actitudes o comportamientos de la víctima."*¹⁶⁹

Como vemos, independientemente de lo acertado o no que pudiera parecer el planteamiento, es palpable la tendencia a redefinir o redimensionar el papel que ocupa la víctima no sólo en el ámbito del Derecho Penal, sino en todo el sistema judicial penal. Es por ello, que actualmente, sobresalen expresiones como las de *"autoresponsabilidad"*, *"responsabilidad compartida"*, *"corresponsabilidad"*, *"responsabilidad funcional de la víctima"*, *"riesgo de victimización"*, o *"precipitación del delito por obra de la víctima"*, inclusive, la propia *"victimodogmática"*, que se refiere a la incidencia que la victimología tiene en la dogmática penal, o bien, a la aplicación de la dogmática a las víctimas en el análisis propiamente del delito.

De acuerdo con esto, expone Moisés Moreno Hernández: *"en la valoración del hecho cometido por el autor debe tomarse en cuenta la conducta del sujeto pasivo (como ya lo había señalado la doctrina penal alemana), para efectos de compartir la responsabilidad, ya que al sujeto pasivo se le atribuye la función o el deber de proteger su propio bien jurídico y, en el caso concreto, o renuncia a ese deber o consciente en la lesión del bien jurídico del que es titular."*¹⁷⁰

Esa implicación del actuar de la víctima en la generación y desarrollo del delito, entraña ciertamente, determinados efectos y, por ende, tiene que ser considerada en el análisis dogmático del mismo. Por ello, se establece que la actuación de la víctima, eventualmente, puede repercutir a nivel del injusto penal o

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. cit., página 349.

¹⁷⁰ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *"Política Criminal y Dogmática de las Víctimas"*, en *TEORÍAS ACTUALES EN EL DERECHO PENAL*, Editorial AD-HOC, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, Argentina, 1998, página 369.

de la culpabilidad, y por tanto, de la penalidad, con efectos atenuantes y hasta excluyentes del mismo.

Establecido lo anterior, debemos puntualizar que el sustento para fundamentar el tratamiento jurídico penal de la conducta de la víctima, no ha sido de lo más homogéneo en la pléyade doctrinal que se ha ocupado de estudiar el fenómeno. En efecto, un sector doctrinal se inclina por criterios específicos del delito culposo, otro en el consentimiento; hay quienes refieren la diferenciación entre la participación en la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro, y algunos más, lo encuentran en la victimodogmática.

Pese a ello, resulta asequible adoptar la posición del maestro Carlos Daza, para quien el soporte de la relevancia de la conducta de la víctima en la producción de la lesión de sus propios bienes jurídicos y su incidencia en la valorización jurídico-penal, parte de que: *"existe un incremento del riesgo por parte de la víctima, pues puede con su actuar salir del fin de protección de la norma y, con ello, asumir una autorresponsabilidad."*¹⁷¹

Por nuestra parte, consideramos que el dominio del hecho que tiene la víctima sobre el suceso delictivo, no resulta decisivo para fundamentar la participación en una autopuesta en peligro, sino la renuncia misma de la víctima, a la protección de sus bienes jurídicos.

En tales condiciones, sin profundizar sobre la naturaleza de la imputación objetiva dada la escasez de espacio, resulta válido sostener que el problema de la imputación a la víctima, se ubica en el nivel de la imputación objetiva, con sus variables de imputación del comportamiento e imputación del resultado, supuesto que la misión de la imputación radica, esencialmente y para los fines de esta exposición, en precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, en la medida en que un determinado evento delictivo puede ser expresado como obra exclusiva de un autor, de la víctima o incluso, de

¹⁷¹ DAZA GÓMEZ, Carlos. "Imputación a la Víctima", en LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ANTE EL NUEVO SIGLO, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Diez Ripolles, José Luis y otros (editores). Tomo II, S/e, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, página 632.

ambos, y hasta como suceso fortuito o accidental; consecuentemente, la víctima también puede ser objeto de imputación.

Los límites de la responsabilidad de la víctima tienen una importancia significativa para definir una conducta como de autopuesta en peligro; no obstante, existen ciertas excepciones en las cuales es la propia víctima la que se pone en peligro con la participación de otros (autolesión) u otorga su consentimiento, para que sea otro quien realice la conducta que le causará daño (heterolesión); esto lo vemos en el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, donde el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, otorgado bajo ciertos criterios, puede excluir algún elemento del delito.*

El "*Principio de Autoresponsabilidad*" parte de que el ámbito de responsabilidad de un sujeto debe ser limitado a partir de su propio comportamiento y únicamente, bajo circunstancias especiales, puede comprender también las de otro. Esto significa, en palabras del Doctor Carlos Daza: "*que la 'autolesión' o 'autopuesta' en peligro de forma responsable excluye la punibilidad de otro en virtud de una colaboración dolosa o imprudente. Cuando no lo lesiona él pero sí autoriza a otro a lesionar un bien jurídico de su pertenencia, también opera la exclusión de responsabilidad si se trata de un bien jurídico disponible.*"¹⁷²

Es a partir de la "*victimodogmática*", cuando se analiza, para efectos de la autorresponsabilidad, si por cuanto hace a la conducta de la víctima, concurren de un lado, todos los elementos del tipo penal (objetivos y subjetivos) del delito que se trate y, del otro lado, si la conducta típica es además, antijurídica y culpable; en otros términos, si con relación a dicha conducta, concurren todos los elementos o

* Artículo 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

III. (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

¹⁷² DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 639.

características que la convierten en delictiva y, por tanto, si la hacen merecedora de una pena.

En tales condiciones, si se admite que el comportamiento de la víctima es generador del delito, es decir, que el ilícito penal en ciertos casos, es también determinado por la conducta de la víctima, debe plantearse su intervención en el ámbito de la causalidad, y luego en el de la autoría y la participación.

Desde luego, convenimos con Moreno Hernández, respecto de que si bien el comportamiento de la víctima en un momento dado, resulta causal al delito, no por ello excluye la causalidad respecto de la conducta del autor o partícipe, sobre todo, si para ello se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por otra parte, apunta este autor: *"debe destacarse que la sola determinación de la causalidad no es suficiente para afirmar la responsabilidad —en este caso de la víctima—, pues además de otros elementos típicos objetivos, vienen en consideración también los de carácter subjetivo, sin desconocer los índole estrictamente valorativa."*¹⁷³

Por otro lado, en el caso de la legítima defensa, como causa de justificación, observamos que del propio contenido del artículo 29, fracción IV, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que es la propia víctima la que con su conducta, fundamenta el derecho de defensa por parte del autor, quien no responde de la lesión al bien jurídico, siempre que repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, no exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Otra circunstancia puede verse en lo que se conoce con el término de *"víctima provocadora"*; en estos casos, donde la provocación es injusta, se aprecia que la provocación, en tratándose de la legítima defensa, hace que ésta no pueda alegarse por el provocador, quien finalmente se convertirá en la víctima (riña). Algo parecido a lo anterior, puede argumentarse en el homicidio por emoción violenta, que también encierra cierto grado de provocación; sin embargo, el

¹⁷³ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Op. cit., página 370.

artículo 136 del Código Penal vigente en la ciudad, contempla esta circunstancia como atenuante de la punibilidad y no como excluyente del delito, precisamente atenúa en forma considerable y transitoria la imputabilidad de la conducta al agente del delito.*

Por otra parte, hay ocasiones en que se da la denominada "provocación seductora", donde la víctima genera la situación de peligro para su propio bien jurídico, según se aprecia en ciertos delitos de carácter sexual, cuyo tratamiento en el ordenamiento punitivo vigente en la Ciudad de México, no le reconoce expresamente ningún efecto, salvo que ello se traduzca en consentimiento; tal es el caso del delito de abuso sexual, donde lo que se penaliza es el hecho de que el agente ejecute en la víctima un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutarlo, siempre y cuando sea sin su consentimiento (Artículo 176, N.C.P.D.F.).

Por cuanto hace al dolo, como elemento subjetivo del tipo penal, sin poder ahondar en ello, es claro que su afirmación es respecto de quien realiza la acción típica y no respecto de la víctima, pues lógicamente no puede hablarse de dolo respecto de quien renunciando a la protección a sus bienes jurídicos, actúa en detrimento de ellos. En estos casos, apunta Moisés Moreno: *"sería como hablar del 'dolo del suicida'; y en este caso también habría que preguntar respecto de qué lesión de bien jurídico (que quiso ocasionar) respondería la víctima."*¹⁷⁴

Para concluir nuestra exposición, sólo me resta incluir en ella, lo concerniente a lo que se conoce con el nombre de "*compensación de culpas*", que supone la aportación causal de cada una de las partes en el delito, es decir, las situaciones donde la conducta (aportación) es imprudente y, por ello, relevante en relación de su eficacia y determinación exclusiva del delito.

A decir de Carlos Daza: *"Si se aprecia esa importancia vital en la producción del resultado, deberá tener consecuencias que se traducirán, por una parte en una degradación de la culpa del autor; por otra, en la ponderación del*

* Artículo 136. Al que en estado de emoción violenta cometa homicidio o lesiones, se le impondrá una tercera parte de las penas que correspondan por su comisión.

Existe emoción violenta, cuando en virtud de las circunstancias que desencadenaron el delito, se atenúa en forma considerable y transitoria la imputabilidad del agente.

¹⁷⁴ Idem, página 372.

*resarcimiento económico derivado de la responsabilidad civil ex delicto y, en casos muy excepcionales, en la exoneración de la responsabilidad del autor.”*¹⁷⁵

Los casos más representativos en el tema son, sin lugar a dudas, los delitos cometidos en ocasión del tránsito terrestre; sin embargo, debe considerarse que a pesar de que en un momento dado, tanto el sujeto activo como la víctima, actúen con igual grado de imprudencia, ello no releva de responsabilidad al inculpado pues en materia penal, no existe compensación de culpas, si bien se admite que en los delitos de homicidio y lesiones, cometidos culposamente y bajo determinadas circunstancias, existe una atenuación en la pena (artículo 140, N.C.P.D.F.).*

Resulta relevante para la comprensión del tema, la tesis jurisprudencial, sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 23 del Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXVII, Séptima Época, de texto y rubro siguientes:

"IMPRUDENCIA. DELITOS POR. CONCURRENCIA DE CULPAS.

En materia penal no existe la compensación de culpas, razón por la que si una persona se atraviesa imprudentemente al paso de un vehículo, y al conductor de éste lo va guiando sin las medidas necesarias de precaución, la imprudencia de aquél no favorece en ninguna forma al conductor."

¹⁷⁵ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 642.

*Artículo 140. Cuando el homicidio o las lesiones se cometan culposamente con motivo del tránsito de vehículos, se impondrá la mitad de las penas previstas en los artículos 123 y 130 respectivamente, en los siguientes casos:

III. El agente conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupeficientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares; o

IV. No auxilie a la víctima del delito o se dé a la fuga.

Cuando se ocasionen lesiones de las previstas en las fracciones VI y VII del artículo 130 de este Código cometidas culposamente y se trate de vehículos de pasajeros, carga, servicio público o servicio al público o de transporte escolar, o servicio de transporte de personal de alguna institución o empresa, y el agente conduzca en estado de alteración voluntaria de la conciencia a que se refiere la fracción VII del artículo 138 de este Código, la pena aplicable será de dos años seis meses a ocho años de prisión.

Además, se impondrá suspensión de los derechos en cuyo ejercicio hubiese cometido el delito, por un lapso igual al de la pena de prisión que se le imponga; o si es servidor público, inhabilitación por el mismo lapso para obtener otro empleo, cargo o comisión de la misma naturaleza.

Así como la sostenida por la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, visible en la página 15 del Tomo LXXI, Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, cuyos rubro y texto a la letra dicen:

"VEHÍCULOS. CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA CONDUCCIÓN DE. *Si en autos se demostró que el acusado incurrió en imprudencia al manejar el vehículo que conducía, la circunstancia de que otro manejador hubiera también incurrido en ella no lo relevaría de culpa, sino acreditaría la del otro conductor."*

Por nuestra parte y, en relación con la reparación del daño, estimamos que si bien por cuanto hace a la responsabilidad penal del agente no hay la expresada "compensación de culpas" por lo que a la conducta imprudente de la víctima se refiere, creemos que ello debe trascender al *quantum* del daño, es decir, que estudiadas las particularidades del caso, debe otorgarse la facultad al juzgador ante quien se tramite la causa, de reducir el monto de la reparación de los daños materiales ocasionados, habida cuenta que no resulta lógico ni jurídico que sólo uno de los protagonistas del evento delictivo soporte la carga de resarcir la totalidad del detrimento patrimonial que en su oportunidad, también hubiese propiciado la víctima.

En conclusión, las distintas formas de actuación de la víctima del delito que nos hemos permitido estudiar, tales como la provocación, el consentimiento y la concurrencia de culpas, convergen en un punto toral: la puesta en peligro de sus bienes jurídico; desde luego que estos temas no son ni remotamente, los únicos aspectos dogmáticos de que se ha ocupado la doctrina dominante, respecto a la participación de la víctima, sin embargo, en opinión del sustentante, los ejemplos propuestos resultan eficientes para conocer y comprender, en la medida de lo posible, la llamada "victimodogmática", la cual, con todo y su aportación a la teoría del delito, como factor a considerar en los casos donde la actuación de la víctima tiene relevancia jurídico-penal, porque si bien la imputación a la víctima, en última instancia, lleva a una causa de atipicidad, lo cierto es que, mirada desde otra perspectiva, vemos en la "victimodogmática", un ensanchamiento de la pretensión

punitiva, y con ello, del ámbito de aplicación del Derecho Penal, en detrimento de principios fundamentales tanto de política criminal como de dogmática penal, especialmente, los de intervención mínima y *última ratio*.

Adviértase que el tesista no aventura juicios apriorísticos ni descalifica una teoría que lleva mucho tiempo cuajándose y que aún continua en discusión; antes bien, reconoce la importancia del papel que juega la víctima en la escena delictual, pero también que su protagonismo en el Derecho Penal, debe ser el efectivo reconocimiento de sus derechos y la atención de sus intereses, lo que no implica infaliblemente, el detrimento de los derechos e intereses del autor, sino precisamente, su armónica conciliación.

3.1.2 DEPENDIENTES ECONÓMICOS, DERECHOHABIENTES Y HEREDEROS.

Al inicio de la exposición del tema que nos ocupa, establecimos que existen personas que sin participar en el delito, ya sea en forma activa o pasiva, padecen sus consecuencias; éstos, son los sujetos que personifican el segundo sector de acreedores en la obligación resarcitoria derivada del delito y que, por ello, de acuerdo con la fracción II, del artículo 45, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, a falta de la víctima o del ofendido, tienen derecho a la reparación del daño.

En efecto, los dependientes económicos, herederos o derechohabientes, son personas sustitutas de la víctima y/o del ofendido en la reparación del daño producido por un delito y, en consecuencia, su actuación, sólo se entiende a partir de la ausencia de aquéllos.

Ahora bien, el aludido artículo 45, fracción II, del ordenamiento en cita, a la letra dice

"Artículo 45 (Derecho a la reparación del daño). Tienen derecho a la reparación del daño:

II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.”

De la transcripción anterior, se desprenden tres hipótesis:

a) La reparación del daño que deba hacerse a los dependientes económicos, herederos o derechohabientes, constituye un derecho preestablecido, como reconocimiento expreso que hace el legislador local a las personas que, en cualquier caso, padecieran las consecuencias del delito, aun cuando no participaran en él, pero que su resultado, les irroga un perjuicio de carácter patrimonial o moral.

b) La reparación del daño que se haga a estas personas, ha de tener un carácter estrictamente proporcional, es decir, en partes iguales o *a pro rata*, entre los involucrados en la obligación resarcitoria derivada del delito; y,

c) La proporcionalidad en el reparto de las cantidades a que ascienda la reparación del daño, que deba entregarse a los dependientes económicos, herederos o derechohabientes, será la que establezca el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

Respecto de la primera hipótesis, no existe dificultad alguna, pues resulta acertado que el legislador local, haya conferido a tales personas, el derecho a que se les repare el daño, a condición de que no existan ni víctima ni ofendido. De manera que, tal y como afirma Díaz de León: *“No se trata, entonces, de algo que conceda el juzgador en su sentencia, ni menos que esté condicionado a que se tenga que probar en el proceso (tal derecho en sí), para que el órgano jurisdiccional le reconozca y otorgue el citado derecho al ofendido.”*¹⁷⁶

En cuanto a las hipótesis restantes, pensamos que la redacción de la disposición en consulta, puede ofrecer algunos problemas de carácter práctico.

Efectivamente, al hacer una retrospectiva al Código Penal para el Distrito Federal abrogado, observamos el origen y teleología de la disposición en comento, pues en dicho cuerpo de leyes se establecía, literalmente, lo siguiente:

¹⁷⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Op. cit., página 399.

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

a) La víctima o el ofendido; y

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

Como se puede advertir, desde la génesis normativa, la intención del legislador fue la de brindar protección a la personas que dependiesen económicamente de la víctima o del ofendido, o a sus derechohabientes, si a consecuencia del ilícito, aquéllos hubieran muerto. Luego, no es una muerte cualquiera la causa eficiente para la reparación del daño, sino sólo la que se produce a consecuencia de un determinado delito, y si bien, existen supuestos en los que puede darse la muerte de la víctima, como en el secuestro o el peligro de contagio, lo cierto es que en estos casos, no existe obligación resarcitoria por el fallecimiento que pudiera acaecer, sino que dicha situación, provoca que, en algunos casos, se agrave la punición y, en otros, la producción de tipos penales específicos.*

Ahora bien, de acuerdo a lo que establecía el artículo 30 bis, del Código Penal para el Distrito Federal abrogado, vemos que se eliminaron planteamientos en torno a la reparación del daño, en los supuestos que la víctima fuera una persona moral, ya que éstas no fallecen sino que se extinguen y, por ende, tienen un régimen jurídico totalmente distinto.

Entonces, si legislador local pretendió abarcar con la disposición en estudio a las personas morales, que en determinados supuestos, indudablemente pueden ser víctimas y/o ofendidos del delito y que por esa razón, no utilizó el término "*fallecimiento*", no se entiende cómo una persona física puede ser causahabiente, derechohabiente o heredera de una moral. En tales condiciones, se concluye que esta normatividad sólo rige o aplica, para las personas físicas, pues aun admitiendo que una persona moral efectivamente puede extinguirse, y ello, indudablemente, puede suceder en ocasión de un delito, es claro que los entes colectivos de

* Véanse artículos 159 y 165 del Nuevo Código Para el Distrito Federal.

derecho público o privado, no tienen causahabientes, dependientes económicos ni herederos, amén de que, en todo caso, serían a ellas a quienes se les pagaría la reparación del daño, por constituirse en víctimas u ofendidos del delito.

Con lo prevenido, resulta factible observar los problemas prácticos que dijimos, engendra en esta materia la redacción actual del Nuevo Código Penal vigente en esta ciudad, baste para ello, analizar detenidamente la fracción II, del pluricitado artículo 45 del Nuevo Código Penal en consulta.

En efecto, la primera crítica que puede hacerse es que no se determina la causa que provoque la ausencia de la víctima y/o del ofendido, sino que se constriñe a decir: "*a falta de la víctima o el ofendido*", lo cual abre, desde ya, mayores posibilidades al resarcimiento del daño, supuesto que ya no dice, como hacía el similar 30 bis del ordenamiento punitivo abrogado, "*en caso de fallecimiento de la víctima*", sino que la simple ausencia de alguna de las personas mencionadas, sea cualquiera la causa de la falta, origina que se otorgue la reparación del daño, a sus herederos, dependientes económicos o derechohabientes.

La Exposición de Motivos del Nuevo Código Penal vigente no ofrece la menor solución ni orientación al respecto, sólo puede advertirse que se quiso brindar una fórmula más amplia para que las personas que tuvieran derecho a la reparación del daño, no fueran únicamente los hijos o el cónyuge supérstite del *de cuius*, quienes se beneficiaran con la medida, sino también los herederos, causahabientes y dependientes económicos. No obstante, las buenas intenciones no siempre se traducen en mejores soluciones, porque la seguridad jurídica que pretendió garantizar el legislador local con la forma como redactó la disposición en comento, francamente resultó más infeliz y confusa.

Piénsese el caso en que el personal de una institución de valores, viaja en un vehículo en el que transporta la nómina de una empresa y, en un hecho "sin precedentes" en nuestro pacífico Distrito Federal, este vehículo es interceptado en un cruce vial, por un grupo de personas que amagan a sus tripulantes para que les hagan entrega de todo lo que llevan; al ver esto, uno de los vigilantes que

viajaba en la parte trasera del automovil, intenta repeler la agresión y salta a la calle con su rifle en mano y dispara a uno de los asaltantes hiriéndolo; en ese momento, arriban al lugar, de improviso -claro ésta-, otros cuatro sujetos quienes al ver herido a su compañero de tropelías, accionan sus "rudimentarios armamentos" conocidos como: R-15, AK-47, "UZI" y Magnun .44 para acabar con los intentos de defensa de los custodios y, de paso, con sus vidas.

En esta "situación utópica" en nuestra ciudad, resulta claro que las víctimas del hecho son los custodios que perdieron la vida; sin embargo, existe también, el dueño de la empresa de valores que sufre el daño producido en la camioneta de su propiedad, al ser baleada por los asaltantes, así como la persona moral propietaria del numerario que constituía la nómina transportada en el aludido vehículo.

En este caso, no observamos coincidencia entre la víctima y los ofendidos, mucho menos en los dependientes económicos, herederos y causahabientes de uno y otro, que con tan desafortunada redacción el Código Penal de la ciudad, insiste en tratarlos como sinónimos; sin embargo, eso no es lo más lamentable sino el hecho de que como ya se ha denunciado en capítulos anteriores, no se establezca un orden de prelación en la asignación de la reparación del daño, ni la persona que deberá prevalecer sobre la otra en el ejercicio de tal derecho.

Con lo anterior, se pone de manifiesto que si bien en determinado momento, puede identificarse con la institución del heredero, al dependiente económico y al causahabiente, y a estos con las personas que describe el artículo 1,602 del Código Civil para el Distrito Federal, tienen derecho a heredar^{*}, es innegable que no siempre serán las mismas sujetos, y por esa razón, estimamos conveniente un cambio radical en la redacción del artículo 45, fracción II, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, para evitar problemas de toda índole.

El tema sin lugar a dudas tiene muchas más aristas que deben ser observadas y estudiadas con todo detenimiento, mismas que requieren una

* Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635, y a falta de los anteriores, la beneficencia pública.

reflexión mucho más profunda de la que tiene espacio el sustentante para desarrollar, pero baste con lo expuesto para insistir en la necesidad de establecer reglas claras y precisas en materia de reparación del daño, sobre todo en las que atañen al orden y prelación de las personas que tienen derecho a recibirla.

3.2 DE LOS DEUDORES.

Al iniciar este capítulo, quedó precisado que en determinado hecho delictivo, pueden existir personas que no se identifican con el sujeto que lo ejecutó, ni con aquella que lo padeció.

En esa ocasión, pusimos de manifiesto que a estas personas se les conoce con el nombre genérico de "terceros", porque sin participar en la relación delincuente-víctima, pueden estar involucradas en materia resarcitoria porque se ven obligadas por la ley, a reparar el daño producido por determinado delito, pese a que no hayan intervenido en su ejecución.

La inclusión de terceros responsables de reparar el daño producido por el delito, fue un esquema desarrollado desde el Código Penal de 1931, que continúa vigente hasta nuestros días, como una muestra de la intención del legislador de salvaguardar los derechos patrimoniales lesionados a la víctima o al ofendido por causa del delito, aun a costa del patrimonio de un sujeto diverso de su agresor, como resarcimiento del menoscabo de contenido económico o moral, producido por el ilícito penal.

En la Exposición de Motivos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sobre este particular, puede leerse lo siguiente:

"...Se define a quienes tendrán la obligación de reparar el daño, siendo éstos, los tutores, curadores o custodios por los ilícitos que cometan los inimputables a su cargo, los propietarios o encargados de negociaciones por los delitos que cometan sus obreros o empleados, con motivo o en el desempeño de sus actividades asignadas, también lo serán las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o directivos de forma proporcional a las obligaciones que las leyes correspondientes le impongan, bajo este concepto el Distrito Federal

responderá por los delitos de sus servidores públicos, sin limitación para que éste repita contra el funcionario responsable, para así clarificar lo que la teoría ha definido como la responsabilidad objetiva que prevé la asunción de responsabilidades por parte de los entes colectivos o los obligados a responder por otro conforme a la Ley.”

Las ideas anteriores, se plasmaron en el artículo 46, del citado ordenamiento punitivo, como sigue:

“Artículo 46 (Obligados a reparar el daño). Están obligados a reparar el daño:

I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

II. 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 desempeño de sus servicios;

III. 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

IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Queda a salvo el derecho del Gobierno del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable.”

No abundaré acerca de la naturaleza jurídica de la reparación del daño, en cuanto a si se trata de una pena, o bien, de una responsabilidad civil derivada del delito, sólo insistiré que dogmáticamente, debe tenersele como pena por así desprenderse de los diversos artículos que regulan la figura en el Nuevo Código Penal del Distrito Federal, pese a que la doctrina dominante en el tema, se incline por darle la connotación de responsabilidad civil derivada del delito.

En este tema, es donde vemos el debate más álgido y espurio de la doctrina dominante, pues si se tiene a la reparación del daño como pena, no podría imponerse a personas distintas del delincuente agresor, porque se violaría el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al constituirse en una pena trascendental.

Por esta razón, las personas físicas o morales, tanto de derecho público como privado, que deban hacer frente a la reparación del daño, no sufren una pena, sino que, por el vínculo que las une con el delincuente o con el sujeto que perpetúa el delito, la ley los obliga a responder exclusivamente por los daños, tanto materiales como morales producidos con el actuar antijurídico.

De ahí, que en el artículo en consulta, no se haga mención alguna respecto de que esté obligado a la reparación del daño, la persona misma que ejecutó el delito; situación que aunque pudiera parecer absurda, en atención a que el principal responsable de resarcir los daños, debiera ser el sujeto que con su conducta antijurídica produjo el detrimento en la esfera jurídica de otra, en realidad, encuentra su lógica en función que el delincuente, en efecto, está obligado a la reparación del daño, pero a éste, se le impone como pena una vez que se compruebe su responsabilidad en la ejecución del delito y, por lo mismo, en cada tipo del Nuevo Código Penal a estudio, se establece si procede o no la reparación del daño, en qué debe consistir y cómo debe operar.

En consecuencia, debe concluirse que la reparación del daño exigible a terceras personas, tiene el carácter de responsabilidad civil derivada del delito y, como corolario de lo anterior, se apunta que deberá tramitarse en la vía incidental, a instancia de parte (no de oficio), ante el juez o tribunal que conoce la acción penal, en cualquier estado del proceso, según se desprende del artículo 532 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuyo trámite se describe en el capítulo VII, Título Quinto, Sección Primera, del referido código adjetivo de la materia y fuero, denominado precisamente: "*Incidente para resolver*

sobre la reparación del daño exigible a terceras personas”; que comprende de los artículos 532 al 540.*

3.2.1 TUTOR, CURADOR Y CUSTODIO.

La fracción I, del artículo 46 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, establece que están obligados a reparar el daño los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los Inimputables que estén bajo su autoridad.

Anteriormente, la figura que nos ocupa, se regulaba en el artículo 32, del Código Penal abrogado, donde se establecía que los obligados a reparar el daño, en los términos del diverso 29, eran: a) Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad y, b) Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad.

Ahora bien, el hecho de que se involucre al tutor, curador o custodio en la reparación del daño, obedece a que son instituciones que tienen por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a patria potestad.

*Artículo 532.- La reparación del daño que se exija a terceros, de acuerdo con el artículo 46 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal deberá promoverse ante el juez o Tribunal que conoce la acción penal, en cualquier estado del proceso, y se tramitará y resolverá conforme a los artículos siguientes.

Artículo 533.- La responsabilidad civil por reparación del daño, no podrá declararse sino a instancia de la parte ofendida contra las personas que determina el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 534.- En el escrito que inicie el incidente, se expresarán sucintamente y numerados, los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, y se fijarán con precisión la cuantía de éste, así como los conceptos por los que proceda.

Artículo 535.- Con el escrito a que se refiere el artículo anterior y con los documentos que se acompañen, se dará vista al demandado, por un plazo de tres días, transcurrido el cual se abrirá a prueba el incidente por el término de quince días, si alguna de las partes lo pidiere.

Artículo 536.- No compareciendo el demandado o transcurrido el período de prueba en su caso, el juez, a petición de cualquiera de las partes, dentro de tres días oír en audiencia verbal lo que éstas quisieren exponer para fundar sus derechos, y en la misma audiencia declarará cerrado el incidente que fallará al mismo tiempo que el proceso o dentro de ocho días si en éste ya se hubiere pronunciado sentencia.

En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo 477, se continuará la tramitación del incidente, hasta dictarse sentencia.

Artículo 537.- En el incidente sobre responsabilidad civil las notificaciones se harán en los términos prevenidos en el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 538.- Las providencias precautorias que pudiere intentar la parte civil, se registrarán por lo que sobre ellas dispone el Código mencionado en el artículo anterior.

Artículo 539.- Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviere el incidente a que se refiere el presente capítulo, después de fallado el proceso respectivo, podrá exigirla por demanda puesta en la forma que determine el Código de Procedimientos Civiles, según fuere la cuantía del negocio y ante los tribunales del mismo orden.

Artículo 540.- El fallo en este incidente será apelable en ambos efectos, pudiendo interponer el recurso las partes que en él intervengan.

En materia de responsabilidad penal, la incapacidad de una persona se traduce en inimputabilidad. Así, el sujeto activo de un delito, cuando es incapaz, regularmente se le imponen medidas de seguridad porque resulta peligroso para la sociedad.

Recordemos que la imputabilidad, es un presupuesto de la culpabilidad, que se entiende desde dos perspectivas: *la objetiva*, que se refiere a que el sujeto debe contar con cierta edad para que el derecho lo reconozca como capaz de ser activo del delito y, *la subjetiva*, que implica que dicho sujeto, debe tener una salud mental adecuada.

En este sentido, la imputabilidad implica la capacidad del sujeto de motivarse por la norma, comprender su significación (capacidad de entender) y conducirse conforme a la misma (capacidad de querer). Luego, la inimputabilidad se representa como la carencia o falta de capacidad de un sujeto, de conocer o entender lo ilícito de un hecho, y de la imposibilidad para determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión.

Sin embargo, el hecho de que una persona sea inimputable, no lo releva de resarcir el daño que hubiere producido con el delito, porque, en última instancia, el Derecho Penal establece mecanismos para que se resarza el daño, no como pena para el delincuente, ni siquiera a título de medida de seguridad, sino como responsabilidad civil derivada del delito.

De esta forma, es otra persona a la que se exige el pago del daño que hubiere sufrido la víctima y/o el ofendido del delito, de ahí que se haga responsable al tutor, curador o custodio, por los daños materiales y/o morales generados a consecuencia de los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad.

Recuérdese que la tutela, es una institución que tiene el indiscutible objeto de proteger al menor o al incapaz y su patrimonio. Así, Rendón Ugalde, citando a Calixto Valdeverde y Valdeverde, enseña que: *"es una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados"*

*o que son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad y perfección del ser humano.”*¹⁷⁷

Por tanto, el tutor es la persona que, de acuerdo a su raíz etimológica, defiende o protege, o sea, es el sujeto jurídicamente capaz, que ejerce un cargo conferido por la ley, para la protección y defensa de los menores de edad o mayores de edad incapacitados; ciertamente, es un cargo civil pero de interés público y de ejercicio obligatorio.

Por su parte, el curador es definido por el autor en consulta, como: *“La persona nombrada en testamento, o por el juez, o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado, que tiene como misión principal, vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del emancipado, dentro o fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor.”*¹⁷⁸

Finalmente, la custodia, según Rafael de Pina, significa: *“Guarda o cuidado de una cosa ajena.// Vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente.”*¹⁷⁹

De lo anterior, puede concluirse que dichos personajes estarán obligados a resarcir el daño, cuando el delito se cometa por personas menores de edad, o bien, por mayores de edad pero igualmente incapaces y, por ende, inimputables.

De esa forma, se constituyen en representantes de dichos sujetos, ante su incapacidad de obrar, por lo que en el caso del tutor, se entiende que representa los intereses del pupilo (infractor) en la medida que es el encargado de administrar su patrimonio; sin embargo, el tutor no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador y, por ende, éste se ve indirectamente involucrado en la representación de las personas sujetas a tutela.

En lo que atañe al custodio, se le impone la obligación de resarcimiento del daño, en función de la responsabilidad civil *in vigilando*, es decir, que debe responder civilmente por los daños ocasionados por la persona que se encuentra

¹⁷⁷ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén. *LA TUTELA*. Editorial Porrúa, México, 2001, página 26.

¹⁷⁸ Idem, página 55.

¹⁷⁹ DE PINA VARA, Rafael. Op. cit., página 194.

bajo su autoridad y cuidado, pese a que él no haya intervenido en la perpetración del delito.

Finalmente, podemos concluir que la responsabilidad civil derivada del delito que corresponde cubrir al tutor, curador o al custodio, reside en el deber de control y vigilancia que les compete respecto de los peligros que puedan dimanar de los sujetos a su cuidado y, a esto se le conoce con el nombre de "*culpa in vigilando*".

3.2.2 DUEÑOS, EMPRESAS Y ENCARGADOS DE NEGOCIACIONES.

La fracción II, del artículo 46, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, indica que están obligados a reparar el daño 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 desempeño de sus servicios.

En este supuesto, se advierte que el vínculo existente entre el responsable civil y la persona que resulte penalmente responsable es de carácter estrictamente laboral; de donde se colige que éste es el caso más ilustrativo de la responsabilidad objetiva, adoptada por el Código Penal vigente en el Distrito Federal, en materia de reparación del daño.

En efecto, bajo los términos de obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, en realidad subyace la idea de trabajador; de hecho, cuando la disposición que nos atañe, utiliza el posesivo "*sus*", quiere decir que se trata de personas que guarden un vínculo laboral con los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, y no a otros con quienes tales entidades, pudieran tener otro tipo de relación. La persona física que presta a otra, física o moral, un servicio personal subordinado, se le conoce como trabajador (artículo 8º de la Ley Federal del Trabajo), con independencia de la nomenclatura con que se le designe para identificarlo.

Asimismo, por trabajo, en términos del párrafo segundo, del artículo 8º de la Ley Federal del Trabajo, se entiende toda actividad humana, intelectual o

material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

De esta forma, sólo es posible entender la responsabilidad civil derivada del delito exigible a los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, a partir de que el sujeto activo del delito tenga con ellos, una relación de trabajo, por la cual se entiende, en términos del artículo 20 de la legislación laboral, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario, cualquiera que sea el acto que le dé origen.

Así, basta con que se preste el servicio personal y subordinado para que exista la relación de trabajo, al margen de que exista o no, un contrato de trabajo y, sólo de ella, podrá derivar la responsabilidad civil *ex delicto*, a que se refiere el Código Penal en estudio, la cual, es desde luego, independiente de la responsabilidad laboral en que incurra el trabajador.

Por esta razón, es que se acotan los límites de la responsabilidad civil que interesan al ordenamiento punitivo, los cuales se circunscriben al resarcimiento del daño producido por el trabajador, en ocasión de la ejecución de determinada conducta tipificada por la ley como delito, que produzca o genere daño material o moral, exclusivamente con motivo y en desempeño de sus servicios, personales y subordinados, claro está.

Asimismo, es notorio que los mencionados dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, a que alude la legislación penal de marras, en realidad son términos que sirven para denotar la idea de patrón, que de acuerdo con el párrafo primero, del artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo, es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

En tales condiciones, resulta criticable la redacción de la fracción II, del artículo 46, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pues hubiera bastado con decir que están obligados a reparar el daño: los patrones, por los delitos que cometan sus trabajadores, con motivo y en desempeño de sus servicios.

Cambiar la redacción en el sentido propuesto, evade todo tipo de interpretaciones casuísticas, que sólo distraen de lo verdaderamente sustancial: establecer que los daños materiales o morales, así como los perjuicios originados con la conducta típica, antijurídica y culpable, de un trabajador realizada exclusivamente con motivo y en desempeño de sus servicios personales, son los que puede exigirle la víctima o el ofendido, al patrón de aquél, como responsabilidad civil derivada del injusto penal.

3.2.3 SOCIEDADES O AGRUPACIONES.

También son sujetos de responsabilidad civil derivada del delito, las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios, gerentes o directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan (Artículo 46, fracción III, N.C.P.D.F.)

Evidentemente que en la exposición de este tema, no se abordará lo concerniente a la sociedad conyugal, toda vez que en opinión del sustentante, la citada disposición resulta suficientemente elocuente, por su contenido lógico y jurídico, en el sentido de excluir a la sociedad conyugal de la regla indicada en el párrafo que antecede, pues en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios, por la reparación del daño causado por el delito que se le impute.

Por otro lado, el hecho de que en la disposición en análisis, se utilicen los términos "*sociedades*" y "*agrupaciones*", no necesariamente engendra una contradicción, como lo quiere Manuel García Rendón, para quien el concepto de agrupación es inherente al de sociedad, toda vez que: "*Ni lógica ni jurídicamente se concibe a las sociedades unipersonales, porque, desde un punto de vista lógico, éstas encierran una contradicción y, desde un punto de vista jurídico contravienen a la naturaleza, ya sea bilateral o plurilateral del negocio que les da origen.*" ¹⁸⁰

¹⁸⁰ GARCÍA RENDÓN, Manuel. SOCIEDADES MERCANTILES. Segunda Edición, Editorial Harla, México, 1993, página 3.

No obstante, la opinión de tan connotado jurista, no es del todo errática, porque efectivamente, la idea de sociedad supone una agrupación, es decir, la unión de tres o más personas para la realización de un fin común; sin embargo, no por ello puede afirmarse que el objeto y contenido de unas y otras, sean invariablemente coincidentes; de manera que al incluir tanto a las agrupaciones como a las sociedades, en el Código Penal de la ciudad, como sujetos de responsabilidad civil derivada del delito que cometan sus socios, gerentes o directores, obedece no tanto a que se puedan utilizar gramaticalmente como sinónimos, sino que trata de hacer civilmente responsables del delito, en el primer caso, a las agrupaciones políticas, religiosas, culturales, etcétera y, en el segundo, a toda la gama de sociedades civiles o mercantiles.

Asimismo, debe reconocerse que al hacer responsables civiles a las sociedades o a las agrupaciones -en el más amplio sentido de los términos-, por el daño generado con el delito cometido por sus socios o gerentes y directores, resulta adecuado, en la medida que evita interpretaciones restrictivas del vocablo; por ende, deben tenerse como sujetos acreedores de la obligación resarcitoria, a todas las agrupaciones y las sociedades, con independencia del carácter político o religioso que tengan las primeras, o bien, el objeto civil o mercantil de las segundas; ello, en atención al principio general del derecho: "*donde la ley no distingue no cabe distinguir.*"

En efecto, si partimos de la base que todo hombre precisa vincularse con otros de modo más estrecho al que supone la mera convivencia social, y que por ello, busca que las relaciones que establece con sus semejantes sean reconocidas y reguladas por el derecho, éstas relaciones asumen la condición de jurídicas. Así, todo negocio jurídico, todo contrato, permite a cada uno de los que en él intervienen, obtener que la conducta de los otros resulte provechosa para la obtención de sus particulares propósitos.

De ahí que, tal y como lo explica el siempre célebre jurista Roberto L. Mantilla Molina: "*un grupo de negocios jurídicos, los fines de quienes en ellos intervienen no son siempre paralelos, coordinados, sino que coinciden totalmente;*

*estos negocios jurídicos en los cuales, para la realización de un fin común, las partes prestan su propia actividad, son los negocios sociales... De lo dicho, resulta que la nota determinante del negocio constitutivo de una sociedad es la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común.”*¹⁸¹

Entendido así el contenido de la acepción "sociedad", podemos definirla, siguiendo a García Rendón, como: "*Una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye personalidad jurídica.*"¹⁸²

Por lo hasta aquí expuesto, es que sostenemos que cuando la fracción III, del artículo 46 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala como responsables civiles a las sociedades, se deben comprender a todas las especies de ella, las cuales, en términos muy generales, adoptando el criterio objetivo, se clasifican en:

a) *De beneficencia.*- Cuyo fin, como su nombre lo indica, es prestar servicios humanitarios, culturales, etcétera, a la comunidad.

b) *Con fines no lucrativos.*- Como las asociaciones civiles; las sociedades mutualistas o cooperativas, etcétera, cuyo fin, en principio, no tenga un carácter preponderantemente económico, ni constituya una especulación mercantil.

c) *Con fines preponderantemente económicos que no constituyen una especulación comercial.*- Entre las que se encuentran las sociedades civiles y las de usuarios; y,

d) *Con fines preponderantemente económicos.*- Como es el caso de las sociedades mercantiles en general, entendiendo por tales: I.- Sociedad en Nombre Colectivo; II.- Sociedad en Comandita Simple; III.- Sociedad de Responsabilidad

¹⁸¹ MANTILLA MOLINA, Roberto J. DERECHO MERCANTIL. Introducción y Conceptos Fundamentales, Sociedades. Vigésimo Novena Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1997, páginas 184 y 185.

¹⁸² GARCÍA RENDÓN, Manuel. Op. cit., página 3.

Limitada; IV.- Sociedad Anónima; V.- Sociedad en Comandita por Acciones; y V.- Sociedad Cooperativa (Artículo 1º, de la Ley General de Sociedades Mercantiles).*

Por otra parte, si bien el ordenamiento punitivo vigente en la entidad, especifica que son sujetos de responsabilidad civil derivada del delito, las sociedades o agrupaciones, por los ilícitos que cometan sus socios o gerentes y directores, también lo es que dicha asunción de responsabilidad se entiende en función de que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Lo anterior, nos lleva a dilucidar el tema de la responsabilidad de la sociedad y de los socios; cuestión que en los últimos años, ha suscitado las más acaloradas discusiones y cuyo debate no ha concluido aún.

En principio, las sociedades, como se sabe, precisamente por estar dotadas de personalidad y patrimonio propios, como cualquier otro sujeto de derecho, responden del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables (artículo 2,964 del Código Civil para el Distrito Federal). En esos términos, cualquier sociedad, en cuanto personas jurídicas distintas a los socios, tienen frente a terceros y aun frente a los socios, una responsabilidad limitada por sus obligaciones.

Ahora bien, por lo que hace a la responsabilidad de los socios frente a terceros, es francamente imposible tratar el tópico en esta oportunidad, habida cuenta que se guía por las distintas clases de sociedades de que se trate y de su *status* dentro de la misma; sin embargo, es dable sostener que, en términos harto generales, los socios colectivos y los comanditados responden no solo del pago de sus aportaciones, sino también del pago de las deudas sociales de forma solidaria, subsidiaria e ilimitada; en tanto que los comanditarios y los socios de las

* Cabe aclarar que la clasificación hecha por la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala algunas entidades que no son propiamente mercantiles, como la sociedad cooperativa, en virtud que su legislación especial, establece que la distribución de sus utilidades se realiza en función del tiempo trabajado por los socios o de las operaciones por ellos efectuadas; asimismo, desdeña otras entidades que sí tienen tal carácter, como las sociedades nacionales de crédito y las sociedades de responsabilidad limitada de interés público que son indudablemente mercantiles; sin embargo, para los fines que nos proponemos, la clasificación resulta válida, más allá de las disertaciones doctrinarias, cuyo tratamiento no es tema del presente trabajo.

sociedades de responsabilidad limitada y anónima, en principio, sólo responden del pago de sus aportaciones, aunque en algunos casos, también se les puede exigir mayor responsabilidad.

En efecto, tal como previene García Rendón: *"La creación de una persona moral, investida de responsabilidad jurídica propia y dotada de patrimonio autónomo, distinta de la responsabilidad y el patrimonio de los socios, en algunos casos produce el efecto de limitar la responsabilidad de éstos al pago de las aportaciones a que se hubieren obligado (arts. 51 y 107, para los socios comanditarios y, 58 y 87 para los socios de la S. de R. L. y la S. A.), circunstancia que puede dar lugar a que el o los socios capitalistas dominantes o controladores abusen de la inmunidad de responsabilidad que les concede la ley para cometer actos ilícitos por medio de la sociedad que controlan o abusen de la autonomía patrimonial de la persona moral para burlar a los acreedores."*¹⁸³

Aquí es donde se centra la idea que interesa al Nuevo Código Penal de la capital, para hacer deudores de la obligación resarcitoria, a los socios o gerentes y directores, porque esa responsabilidad, sólo es *"en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan"*, supuesto que el abuso de personalidad jurídica de todas las sociedades, no sólo se refiere a la inmunidad de los socios, sino también en lo que corresponde a la autonomía patrimonial del ente legal, a cuyo seno, finalmente, se establecerá o impondrá la carga que represente el pago de la reparación del daño.

En este sentido, de la armónica interpretación de los artículos 16, 1910, 1912 y 1917, del Código Civil para el Distrito Federal, se colige que efectivamente, se sancionan el abuso de derechos, la responsabilidad derivada de actos ilícitos y la responsabilidad solidaria de las personas que han causado en común daño.*

¹⁸³ Idem, página 80.

* Artículo 16.- Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.

Artículo 1,910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En tales condiciones, es posible responsabilizar responsabilidad a los comanditarios y a los socios de la limitada por los ilícitos imputables a la sociedad, puesto que no pueden abusar de la institución de la persona moral para cometer actos ilícitos; ello, sujeto a que se acredite que hay una relación de causalidad entre los actos ilícitos imputables a la sociedad y el poder de decisión de los socios, así como de que se considere que la responsabilidad en que han incurrido es limitada y subsidiaria. Por ello es que a los socios de todas las sociedades mercantiles, se les tiene como los verdaderos dueños de los bienes aportados a la sociedad, siempre que se demuestre que el derecho se ejerció con el fin inexcusable de causar daño, sin utilidad jurídica alguna para su titular; en otros términos, si se demuestra que la sociedad se constituyó o se utilizó para sustraer bienes a la acción de terceros.

De esta forma, la ejecución habitual de actos ilícitos produce el efecto de fincar responsabilidad solidaria y subsidiaria a cargo de los socios, gerentes y directores, que tengan el poder de determinar el funcionamiento de la empresa o sociedad.

No obstante esta responsabilidad civil, el propio artículo 3º, de la Ley de Sociedades Mercantiles, previene que la liquidación de las sociedades que tengan un objeto ilícito o que realicen habitualmente actos ilícitos, deberá realizarse *"sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar"*, sin precisar a quién debe recaer esta.

Esto último, aunado a lo preceptuado por el artículo 27 del Nuevo Código Penal Federal, ha llevado a la reflexión sobre su relación con la debatida cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; no obstante se advierte que el espacio de esta tesis, dista mucho de ser el más adecuado para profundizar sobre el tópico en cuestión.

Artículo 1,912.- Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Artículo 1,917.- Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo.

En principio, de acuerdo con la teoría del Derecho Penal, solo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Así, tradicionalmente se considera que no pueden ser sujetos de tal acción, aun cuando sí puedan serlo en otras ramas del derecho, las personas jurídicas, en virtud del principio de Derecho Penal *"societas delinquere non potest"*.

Por ello, en palabras del jurista español Francisco Muñoz Conde: *"la capacidad de acción de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales."*¹⁸⁴

Igual postura sostiene el maestro Fernando Castellanos Tena, para quien las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito: *"por carecer de voluntad propia independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito."*¹⁸⁵

Frente a estas posturas doctrinales de no responsabilidad de la persona moral, emerge otra corriente que afirma que el Estado no puede quedar desarmado ante las actividades delictivas de las personas morales; sin embargo, la reacción del *ius puniendi* contra tales entes jurídicos, se cifra en la adopción de medidas de carácter preventivo o de defensa social, porque en realidad se continúa con el esquema de tener como penalmente responsables a los sujetos en lo individual, es decir, se reserva para directores, gerentes y administradores, etcétera, que cometen los delitos con el objeto de satisfacer intereses de la corporación o con la cooperación de la misma.

En líneas generales, señala Márquez Piñeiro: *"La responsabilidad penal de las personas colectivas jurídicas o morales no está regulada en los ordenamientos positivos actuales, por lo menos en su mayoría. Las distintas legislaciones consideran que la responsabilidad penal es fundamentalmente individual, pero algunos países como Gran Bretaña y Estados Unidos, especialmente... debido al*

¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Op. cit., página 220.

¹⁸⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 150.

extraordinario incremento penal de las corporaciones, han admitido la responsabilidad penal de las personas morales, pero siempre que sea la multa la sanción a aplicar.”¹⁸⁶

Ahora bien, el artículo 27, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, a la letra dice:

"Artículo 27 (Responsabilidad de las personas morales). Para los efectos de este Código, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas. Sin embargo, cuando un miembro o representante de una persona moral, con excepción de las instituciones públicas del Distrito Federal, cometa algún delito con los medios que para tal objeto la misma persona moral le proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Juzgador impondrá en la sentencia, previo el procedimiento correspondiente y con intervención del representante legal, las consecuencias jurídicas accesorias previstas en los artículos 68 y 69 de este Código para dichas personas, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por los delitos cometidos."

De la simple lectura de dicho precepto, puede advertirse con meridiana claridad, que quien comete el delito, es un miembro o representante del ente colectivo y no éste como tal, es decir, la acción penalmente relevante es imputable a un sujeto individualmente considerado y si bien, puede suceder que varios o todos los socios convaliden en ejecutar el delito o intervenir en él de alguna forma, no menos resulta verdad que se estaría, en todo caso, en presencia de un caso de participación o codelincuencia de personas físicas. Ello es así, porque de admitir que se imponga una sanción a la sociedad en su conjunto, tal y como dice Villalobos, citado por Castellanos Tena: *"lo único que resultaría sería un precepto absurdo y anticonstitucional (Arts. 14, 16, 19 y 20 de la Constitución) pues en resumen se*

¹⁸⁶ MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL. Parte General. Cuarta edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1999, página 150.

*prevendría en él que, cuando delinca una persona (el miembro o representante de una sociedad) se sancione a otra (la corporación)."*¹⁸⁷

Para evitar contradicciones con el principio de irresponsabilidad penal de las personas morales o jurídicas, se propone, ante todo, castigar a las personas físicas individualmente consideradas, que cometen realmente el delito, sin perjuicio de las medidas defensivas de carácter civil o administrativas, que proceda aplicar a la persona jurídica, a título de consecuencias accesorias, las cuales, el artículo 32, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, lista como sigue: a) Suspensión; b) Disolución; c) Prohibición de realizar determinadas operaciones; d) Remoción y, e) Intervención.

Por su parte, el artículo 68 del citado ordenamiento punitivo, establece que *la suspensión* consistirá en la cesación de la actividad de la persona moral durante el tiempo que determine el Juez en la sentencia, la cual no podrá exceder de dos años; en tanto que *la disolución* consistirá en la conclusión definitiva de toda actividad social de la persona moral, que no podrá volverse a constituir por las mismas personas en forma real o encubierta.

De igual forma, el numeral en comento, prevé que la conclusión de toda actividad social de la persona moral, se hará sin perjuicio de la realización de los actos necesarios para la disolución y liquidación total. Asimismo, el Juez estará obligado a designar en el mismo acto, un liquidador que cumpla con todas las obligaciones contraídas hasta entonces por la persona moral, inclusive las responsabilidades derivadas del delito cometido, observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos, conforme a la naturaleza de éstos y de la entidad objeto de la liquidación.

En esa tesitura, el mismo artículo 68 del Código Penal vigente en la ciudad, indica que *la prohibición de realizar determinados negocios u operaciones*, podrá ser hasta por cinco años y se referirá, exclusivamente, a las que determine el juzgador, mismas que deberán tener relación directa con el delito cometido, así como que los administradores y el comisario de la sociedad, serán responsables

¹⁸⁷ Idem, página 151.

ante el Juez, del cumplimiento de esta prohibición e incurrirán en las penas que establece el Código, por desobediencia a un mandato de autoridad.

Por su parte, *la remoción* consiste en la sustitución de los administradores por uno que designará el Juez, durante un período máximo de tres años. Para ese efecto, el juzgador podrá atender la propuesta que formulen los socios o asociados que no hubiesen tenido participación en el delito. Una vez concluido el período previsto para la administración sustituta, la designación de los nuevos administradores se hará en la forma ordinaria prevista por las normas aplicables a estos actos.

Finalmente, *la intervención* se refiere a la vigilancia de las funciones que realizan los órganos de representación de la persona moral y, se ejercerá con las atribuciones que la ley confiere al interventor, hasta por tres años.

Para los efectos propuestos, la disposición más relevante en materia resarcitoria, es la contenida en el artículo 69, del Código Penal en consulta, toda vez que se señala, con toda claridad, que al imponer las consecuencias jurídicas accesorias de marras, el Juez deberá adoptar las medidas pertinentes para dejar a salvo los derechos de los trabajadores y terceros frente a la persona jurídica colectiva, así como aquellos otros derechos que sean exigibles frente a otras personas, derivados de actos celebrados con la persona moral sancionada. Incluso va más allá, pues en el último párrafo de la citada disposición deja en claro que estos derechos quedan a salvo, aún cuando el juez no tome las medidas de referencia.

Con lo anterior, se concluye que, si bien la responsabilidad individual sigue siendo la única fuente tanto de la pena, como de la medida de seguridad propiamente dicha, existe un sistema de sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas (sociedades y agrupaciones), que ha dado pie, a que se hable de responsabilidad penal de los entes colectivos; cuestión definitivamente más profunda de lo que nos ha sido posible exponer, sin embargo, queda claro que la acción penal debe ejercitarse tanto contra las personas que tengan la facultad de decidir el funcionamiento de la sociedad o de la agrupación, como

contra los administradores de éstas (directores o gerentes) que hayan ejecutado los ilícitos de que se trate, puesto que, aun en el evento de que éstos, hubiesen dado exacto cumplimiento a los acuerdos de los socios, en todo caso serán coautores de los delitos que se imputen a éstos y a la sociedad o a la agrupación, si bien éstas son las que, de conformidad con el artículo 46, fracción III, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, asumen subsidiariamente la responsabilidad de resarcir el daño producido por los delitos cometidos por sus socios o gerentes y directores.

3.2.4 GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL.

Para concluir el tema de la responsabilidad civil derivada del delito, sólo nos resta referirnos a la que tiene el Gobierno del Distrito Federal, respecto de los delitos que cometan sus servidores públicos.

Este particular guarda especial vinculación con el principio de la responsabilidad del Estado, cuyos postulados, en nuestro país, poco a poco se han venido introduciendo y adoptando, si bien no con la rapidez y eficacia que precisa una cuestión de tal envergadura.

En efecto, la responsabilidad del Estado, hasta hace muy poco tiempo era inadmisibles, toda vez que, por un lado, el Estado como ente soberano, dotado de una voluntad jurídicamente superior de actuar, no tenía mayores limitaciones que las que él mismo se impusiera y, por otro lado, el Estado sólo puede actuar dentro de los límites legales, de manera que si alguna actuación pública se desarrollaba fuera de esos límites, no es ya el Estado el que actúa, sino el funcionario personalmente y, por ende, sobre éste debía recaer la responsabilidad. Por ello fue que destacados teóricos del Derecho Administrativo, como Gabino Fraga, sostuvieron que: *"el principio que rige en México es el de la irresponsabilidad del Estado y que sólo excepcionalmente y por virtud de una ley expresa, puede el particular obtener una indemnización del Estado."*¹⁸⁸

¹⁸⁸ FRAGA, Gabino. DERECHO ADMINISTRATIVO. Trigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, página 418.

Hoy en día, las situaciones que comenta el connotado jurista, se han ido revertiendo, al grado de que actualmente por adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, logrado mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el catorce de junio de dos mil dos, puede leerse literalmente lo siguiente:

"Artículo 113.- Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes."

Ciertamente, en la materia estrictamente resarcitoria que aquí nos atañe, no ha existido una innovación de tales proporciones porque, en realidad, el hecho de que el Estado se hiciera responsable civilmente por los daños ocasionados por los delitos realizados por sus funcionarios, es una cuestión que se instauró en el Código Penal vigente entonces en el Distrito Federal, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

De acuerdo con la fracción VI, del artículo 32 del ordenamiento punitivo abrogado, el Estado, obligaba a reparar el daño, en términos del artículo 29, de

dos maneras: a) Solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y, b) Subsidiariamente, cuando aquéllos fueren culposos.

Actualmente, la fracción IV, del artículo 46, del Código Penal vigente en la ciudad de México, señala, en síntesis, que el Gobierno del Distrito Federal, está obligado a reparar el daño de manera solidaria por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones. Asimismo, se salvaguarda el derecho del Gobierno del Distrito Federal, para ejercitar las acciones correspondientes, contra el servidor público responsable.

De lo anterior, se desprende que para que el Gobierno del Distrito Federal, se asuma como responsable de la obligación resarcitoria, debe acreditarse, ante todo, la existencia de un daño, supuesto que la idea central del daño, implica considerarlo en relación con la distribución de riesgos individuales y sociales que en cada momento, el Gobierno de la entidad, va asumiendo respecto de la comunidad del Distrito Federal.

En cuanto al acondicionamiento del daño para que se transforme en resarcible, resulta imprescindible, según Gherzi, una doble situación: *"Por un lado, que el daño cumpla con los requisitos propios de la reparación general (cierto, personal y que afecte a un ente legítimo), pero lo más importante es que, además, se trata de un daño a un particular o empresa que implica simultáneamente la evitación de un daño colectivo o general para la comunidad, y que el damnificado no tenga obligación legal de soportarlo."*¹⁸⁹

De esta forma, el Gobierno del Distrito Federal, sólo será civilmente responsable, para efectos de la reparación del daño, según el código penal capitalino, cuando alguno de sus servidores públicos, provoque cierto detrimento en la esfera patrimonial de determinado sujeto, en ocasión de un delito, y no de cualquier daño que se hubiere producido.

¹⁸⁹ GHERZI, Carlos A y otros. DERECHO Y REPARACIÓN DE DAÑOS. Segunda Edición actualizada y aumentada, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2003, página 63.

Conviene recordar que *servidor público*, para efectos del código punitivo local, se refiere a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal (artículo 256, N.C.P.D.F.).

Por otro lado, debe quedar asentado también, que el Gobierno del Distrito Federal, responderá por los delitos que cometan sus servidores públicos, de forma *solidaria*. Esto quiere decir que ambos, funcionario y Gobierno, están inmiscuidos en la obligación resarcitoria, por esa razón, la ley penal, faculta al segundo de los nombrados, para que pueda ejecutar contra el primero de ellos, las acciones correspondientes, en caso de que sea aquél a quien corresponda cubrir la reparación del daño; amén de que por esa misma razón, resultaría difícil que no se pagara a la víctima o al ofendido del delito, el daño generado con el delito, argumentando insolvencia por parte del sujeto activo.

Esta postura de la ley penal, difiere sustancialmente de la redacción que tenía el código punitivo anterior, donde el Estado era *solidariamente* responsable por los delitos dolosos cometidos por sus funcionarios y *subsidiario* en el caso de los culposos. Sin embargo, estimamos adecuada la medida, porque al homogeneizar la reparación del daño, con independencia del dolo o culpa que hayan concurrido en la comisión del delito, se hace responsable tanto al Gobierno del Distrito Federal como al servidor público infractor, asumiendo así una responsabilidad conjunta, que permite aniquilar posiciones verdaderamente ventajosas para el funcionario quien otrora, se veía subsidiariamente reemplazado por el Estado, en la obligación resarcitoria a cargo del erario público y no en detrimento de su propio patrimonio, como debe ser.

Asimismo, se destaca que la responsabilidad civil asumida por el Gobierno del Distrito Federal, si bien tiene lugar sólo en caso de que el daño se cometa por alguno de sus servidores públicos, no menos cierto es que ese detrimento patrimonial, debe ser producto de un delito acaecido con motivo del ejercicio de sus funciones.

Efectivamente, aunque pudiera resultar obvio que el Gobierno de la ciudad, sólo actúa a través de sus funcionarios o servidores públicos, es decir, que únicamente manifiesta su actividad por medio de las personas físicas que desempeñan las funciones públicas, no puede desconocerse que si alguna actuación pública se realiza o desarrolla, fuera de los límites legales, o al margen de las funciones que tiene encomendadas el servidor público, no es ya el Gobierno el que actúa, sino el funcionario en lo personal y, por tanto, sobre éste recae tanto la responsabilidad penal, como la civil generada por el delito.

En tales condiciones, el Gobierno del Distrito Federal únicamente asumirá el rol de deudor solidario, en la obligación resarcitoria surgida por el delito, cuando éste lo hubiese cometido alguno de sus servidores públicos, al desempeñar las funciones inherentes a su empleo cargo o comisión, en los términos que fije la normatividad aplicable, pues si éste actúa a título personal ninguna responsabilidad tendrá el Gobierno frente a la víctima u ofendido ni sus deudos, en materia de reparación del daño.

Caso distinto sucede cuando, al margen de la falta personal del servidor público, que pueda destacarse claramente de su actuación como titular de un órgano público y que cause un daño, no pueda dejar de imputarse al propio Gobierno, considerándola un hecho propio de éste, que genera a su cargo una responsabilidad directa, aun cuando el daño se produzca tanto por irregularidad como por adecuado funcionamiento del servicio prestado por dicho Gobierno; sin embargo, tales situaciones, generan responsabilidades muy distintas a la que tiene el Gobierno del Distrito Federal, de responder por los daños causados por sus servidores públicos, en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva, cuando el funcionario directamente responsable, no tenga bienes, o los que tenga, no sean suficientes para responder del daño causado.

Con lo hasta aquí expuesto, terminan los casos en que la ley obliga a personas físicas y morales distintas del infractor, a satisfacer la reparación de los daños causados por el delito, casos en los cuales dicha obligación no tiene el

carácter de pena, sino de responsabilidad civil derivada del delito, en función de que las penas sólo se pueden aplicar al directamente responsable del delito y no pueden trascender de su persona.

Como es de suponerse, todos los casos de responsabilidad civil derivada del delito, requieren de la participación activa y decisiva, de las personas que padecen la conducta criminal, pues tal y como advierte Vergara Tejada: *"la exigencia de la obligación de reparar los daños no puede hacerse por el Ministerio Público, sino por los ofendidos por el delito, pues al órgano social sólo compete exigir al juez la aplicación de las penas al delincuente, y no el cumplimiento de obligaciones civiles."*¹⁹⁰

En tal virtud, son la víctima y el ofendido o sus dependientes económicos, los legitimados para solicitar dicha reparación civil, lo cual deberán hacer por la vía incidental, exclusivamente; lo contrario, equivaldría a que el juez condenara, es decir, impusiera una pena, al obligado civil en la reparación de los daños ocasionados por el delincuente, lo que de suyo, conculcaría la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 de la Carta Magna y el principio de intrascendencia de las penas contemplado en el numeral 22 del Código Político Nacional.

3.3 SENTENCIADO.

Habíamos anticipado que el primer obligado al pago de la reparación del daño es precisamente la persona que lleva a cabo la conducta típica, antijurídica y culpable; por ello, se asume que la consecuencia jurídica que corresponde al autor de la conducta constitutiva del delito, es la pena y con esta, de acuerdo con la postura adoptada por el Código Penal vigente en el Distrito Federal, se identifica también, a la reparación del daño.

Visto de ese modo, la reparación del daño, sólo se puede imponer a la persona a quien se le imputa la comisión de determinado delito, respecto del cual,

¹⁹⁰ VERGARA TEJADA, José Moisés. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Editorial Ángel Editor, México, 2002, página 537.

se ha comprobado plenamente su responsabilidad penal, mediante un proceso seguido ante la autoridad jurisdiccional competente, en el que se hayan observado la formalidades esenciales del procedimiento, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, a través de un acto y decisión pronunciada por el tribunal, mediante el cual, se da solución al fondo controvertido, debidamente fundado y motivado, esto es, de la sentencia, entendida en palabras de Eugene Florian: "*Sólo como acto procesal que sigue al debate y que da fin al procedimiento de cognición en primera instancia.*"¹⁹¹

Basado en ello, desde una primera aproximación, puede asumirse que efectivamente, es en la sentencia propiamente dicha*, donde se impone la reparación del daño como una pena al delincuente y, por esta razón, una vez pronunciada, dicha persona asume el carácter de sentenciado.

No obstante lo anterior, al observar detenidamente la institución objeto de estudio de la presente tesis y su tratamiento en el Código Penal del Distrito Federal, encontramos que no precisamente por virtud de la sentencia, es como se resuelve el asunto concerniente a la reparación del daño, a pesar de que en ello intervenga el sujeto activo del delito.

Ello es así, porque en el ordenamiento punitivo de cuenta, existen delitos que admiten la posibilidad de resarcir el daño antes de la sentencia, lo que incluso provoca la extinción de la pretensión punitiva. Esto sucede, sobre todo, en los ilícitos denominados patrimoniales, cuya afectación al bien jurídico que protegen, se considera de baja entidad, por lo que, en determinadas circunstancias personales y materiales, si el autor del delito, efectúa la reparación del daño antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, no se impondrá sanción alguna,

¹⁹¹ FLORIAN, Eugene. ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL, Serie Clásicos del Derecho Penal, Volumen I, Editorial Jurídica Mexicana, México, 2001, página 163.

* En la doctrina, las resoluciones que no resuelven el fondo controvertido no se tienen por tales; por esta razón, es que algunos autores al referirse a las denominadas "sentencias interlocutorias", prefieren asignarles la naturaleza jurídica de autos. Véase, SILVA SILVA, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL, Segunda Edición, Editorial Harla, México, 1995, página 370.

en tanto que si lo hace antes de dictarse sentencia en segunda instancia, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido.*

En el primer caso, no podemos hablar propiamente del sentenciado, porque este ni siquiera ha sido sometido a juicio y sin embargo, se aprecia que ha dado cumplimiento a la obligación resarcitoria. Asimismo, en el segundo ejemplo, ese resarcimiento del daño puede originar, en términos del artículo 94, fracción IV, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (otorgamiento del perdón), en relación con el diverso 660, fracción II, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que en un momento dado, se dicte el sobreseimiento del asunto y, por ende, no hablamos de sentenciado en propiedad, aun cuando el auto de sobreseimiento, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tiene los efectos de una sentencia absolutoria.

Sin embargo, en tales situaciones, no se habla de reparación del daño como pena, supuesto que en términos del artículo 6º del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sólo podrán imponerse pena o medida de seguridad, por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos; de manera que, cuando se resarce el daño en los términos precisados en los párrafos anteriores, sus efectos son diversos a los de la pena propiamente dicha.

* Artículo 248. No se impondrá sanción alguna por los delitos previsto en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medle privación de la libertad o extorsión. En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados.

3.3.1 La responsabilidad del autor del delito con base en los grados de participación.

El estudio del presente tema, tiene por objetivo fundamental, determinar el modo que se ha de reparar el daño, cuando en la comisión del delito, intervienen varias personas, toda vez que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es omiso al respecto.

El antecedente inmediato, lo era el artículo 36 del Código Penal abrogado, que si bien ofrecía una solución en torno a esta cuestión, la manera como lo hacía resultaba técnicamente desafortunada. Aun así, esto no parece motivo suficiente para que en el ordenamiento punitivo vigente, se omitiera establecer alguna disposición que diera una respuesta eficaz o cuando menos, algún artículo que regulara el tema.

En efecto, el artículo 36 del Código Penal que precedió al vigente en la ciudad, literalmente decía:

"Artículo 36.- Cuando varias personas cometan el delito, el juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como mancomunada y solidaria."

Paradójicamente y con el mismo número, esta disposición se encuentra vigente en materia federal, lo cual, ha orillado a que algunos autores, como Malo Camacho, sostengan que: *"En la reparación del daño, la deuda es mancomunada y solidaria."*¹⁹²

La tarea aquí, es encontrar una respuesta satisfactoria al problema de cómo deben pagar los autores de determinado delito, la reparación del daño y, para ello, debemos partir del estudio sobre la regulación de la autoría y la participación en el Código Penal capitalino, con la prevención que sólo se aludirá a las distintas clases de autores y partícipes, exclusivamente para fines didácticos y pragmáticos, porque en realidad, la obligación resarcitoria no los abarca a todos, en atención a

¹⁹² MALO CAMACHO, Gustavo. DERECHO PENAL MEXICANO. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, página 638.

que el bien jurídico lo lesionan o lo ponen en peligro, solamente los autores con las contribuciones de carácter objetivo de los partícipes; en otras palabras, los partícipes en forma independiente, jamás pueden trastocar o poner en peligro el bien jurídico, aunque sus conductas pudieran parecer peligrosas o dañinas, debido a que no encajan en el marco típico y, en consecuencia, el Estado no tendría ninguna posibilidad de imponerle la reparación del daño, de lo contrario se trastocaría el principio de legalidad y se derrumbaría, indefectiblemente, el Estado de Derecho.

Ahora bien, el artículo 22, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, ordena textualmente, lo siguiente:

"Artículo 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

I. Lo realicen por sí;

II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;

III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;

V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y

VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código."

De igual forma, para lograr mayor claridad en el desarrollo del tema, consideramos conveniente transcribir los artículos 81 y 82, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, de la siguiente manera:

"Artículo 81 (Punibilidad de la complicidad). Para los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva."

"Artículo 82 (Punibilidad de la autoría indeterminada). Para el caso previsto en el artículo 26 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo a las tres cuartas partes del máximo de las penas o medidas de seguridad correspondientes para el delito cometido, según su modalidad."

De lo transcrito, se observa que el Código Penal vigente en el Distrito Federal, plasma elementos de autoría y participación, preservando de algún modo el principio de accesoriidad de los partícipes respecto de los autores, con penas diferenciadas para uno y otro. Al respecto, resulta ilustrativa la opinión de Salvador Ávalos, quien sobre el particular apunta: *"En este caso, si nos fijamos bien, no estamos ni más ni menos ante un concepto unitario de autor, en el cual todo el que interviene en el hecho criminal son más considerados autores, aunque con un marco penal distinto al autor; el problema es que la legislación en nuestro criterio, recoge con meridiana claridad el principio de accesoriidad limitada."*¹⁹³

Con lo hasta aquí plasmado, ya puede anticiparse el porqué, al menos en materia de reparación del daño, no puede tratarse la participación, ya que como expone el maestro Muñoz Conde: *"la participación en sí misma no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido."*¹⁹⁴

A lo anterior, deben agregarse dos razones fundamentales que soportan el hecho de que los partícipes de un delito no concurren en la reparación del daño, aun cuando sí les correspondan otro tipo de sanciones.

La primera tiene que ver esencialmente con el principio de accesoriidad. La accesoriidad supone, de acuerdo con el Doctor Carlos Daza: *"que para la*

¹⁹³ ÁVALOS SANDOVAL, Salvador. "Comentarios sobre Autoría y Participación en el Proyecto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal", en ANÁLISIS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. cit., página 73.

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., página 446.

existencia de la participación, es indispensable que se dé un hecho principal que es el realizado por el autor, es decir, todo lo ilícito conlleva un autor específico, que se presenta en relación a la ejecución del tipo legal correspondiente, teniendo como base un hecho principal; el o los demás que intervienen efectúan una actividad accesoria."¹⁹⁵

La segunda razón, son los sistemas diferenciadores para delimitar la autoría y la participación, donde destaca el llamado "*criterio objetivo-material*" que postula el dominio funcional del acto. Bajo la teoría final de la acción, el autor es quien tiene el dominio del hecho, o bien, quien domina finalmente la realización del delito y, por tanto, es quien decide si se consuma o no y hasta el cómo de su realización; en consecuencia, todo colaborador en tal acto, queda reducido a partícipe del delito, sin ninguna responsabilidad restauradora por el daño producido. A la conclusión anterior, se arriba con base en la simple observación de las formas de participación que regula el Código Penal en estudio.

A. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

a) Inducción. Esta modalidad de la participación se contempla en la fracción IV, del multireferido artículo 22, al decir que son responsables del delito quienes "*determinen dolosamente al autor a cometerlo*"; esto quiere decir, que el sujeto que determina o inductor, hace surgir en otra persona (que ahí se le llama incluso autor, pero que de facto asume la calidad de inducido) la idea de cometer un delito; bajo este esquema, no podemos sino inferir que quien decide, domina y asume la realización del evento es el inducido, con lo cual, este asume la calidad de autor y por ello, es quien en todo caso, debe resarcir el daño; entonces, como la realización del acto depende del inducido y no del inductor, éste último se descarta por cuanto al resarcimiento del daño, ya que incluso, si el inducido no comienza la ejecución del delito, no se puede castigar siquiera al inductor, salvo que su comportamiento encaje dentro de una de las formas de participación intentada, especialmente punible.

¹⁹⁵ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., páginas 367 y 368.

b) Complicidad. El Código Penal de Marras, la contempla en la fracción V, del artículo 22, para tener por responsable del delito a quien "*dolosamente preste ayuda o auxilio al autor para su comisión*"; en consecuencia, bajo el título de cómplice, se identifica a todo aquel sujeto que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal, presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito, es decir, se trata de una contribución simultánea o anterior a la realización del delito; sin embargo, para que el cómplice sea sujeto a reparación del daño, primero debe tratarse de un delito doloso (artículo 22, párrafo segundo, N.C.P.D.F.), luego, tiene que verificarse que su aportación a la comisión del delito sea efectivamente causal al resultado, es decir, que verdaderamente haya acelerado, asegurado o facilitado la ejecución del delito contribuido; situaciones que de suyo hacen casi imposible condenarlo a la reparación del daño en determinado delito, pues aun cuando su conducta merezca la imposición de determinadas penas, la realidad es que se tendría que verificar si su contribución es relevante para la causación del daño a la esfera jurídica de la víctima que, por otro lado, sí ha trastocado el autor, por lo que en nuestra opinión, de intervenir a ese grado, en definitiva lo haría a título de autor y no de cómplice; y,

c) Encubrimiento. Esta, es más bien una conducta de consecuencia. Así parece que la regula la fracción VI, del multimencionado artículo 22, al señalar que son responsables del delito quienes "*con posterioridad a su ejecución auxilian, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito*". En efecto, algunos autores como Carlos Daza, encuentran que esta figura no puede ser considerada como participación: "*porque se produce después de consumado el delito.*"¹⁹⁶

De esta supuesta modalidad, puede decirse que precisamente por prestar auxilio posterior al autor, el encubridor ya no participa directamente en el acto constitutivo de la agresión al bien jurídico que protege el tipo, base para la reparación del daño y, por ello, no puede ser condenado a ella.

Expuesto, lo anterior sólo nos resta referirnos a las formas de autoría que sí resultan relevantes en materia de reparación del daño.

¹⁹⁶ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 373.

B. Formas de autoría.

Entre las verdaderas modalidades de autoría, además de la más simple que es la del autor ejecutivo individual, el artículo 22 del Código Penal aludido, contempla la coautoría y la autoría mediata.

a) *Autoría Directa, Inmediata o Material.* Con estos nombres, se identifica a las formas en que el autor realiza directamente, o mejor dicho, personalmente el delito. Ésta, se encuentra expresamente enunciada en el fracción I, al señalar que: *"son responsables del delito, quienes lo realicen por sí."*

Cabe destacar, que esta modalidad de la autoría sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la parte especial del Código Penal de que se trata, de manera que su participación es material u objetiva, y la materialidad de ella, es la pauta para merecer el calificativo de autor.

b) *Coautoría.* Bajo esta modalidad, se entiende la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran conciente y voluntariamente; aquí el autor interviene de algún modo en la realización del delito. Para Enrique Bacigalupo, el coautor es: *"el que tiene juntamente con otro u otros el codominio del hecho."* ¹⁹⁷

La fracción II, del artículo 22 del ordenamiento penal vigente en la Ciudad de México, ordena que son responsables del delito quienes: *"lo realicen conjuntamente con otro u otros autores."*

El maestro Carlos Daza, indica como condiciones exigibles para la coautoría: 1.- Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor; 2.- Que haya un plan común para la realización del hecho; 3.- Que el coautor haya prestado una colaboración objetiva al mismo; y 4.- Que haya tenido el codominio del hecho.

Asimismo, establece como características de la coautoría que: *"Existe dominio común en cuanto al hecho; concordancia en el ánimo y cooperación en las actividades; plena conciencia en lo referente a toda la ejecución; antijuridicidad y*

¹⁹⁷ BACIGALUPO, Enrique. LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO. Segunda Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989, pagina 100.

finalidad común a todos y, acuerdo común entre los participantes y por lo tanto, no se da en los delitos culposos.” ¹⁹⁸

c) *Autoría Mediata.*- En esta modalidad, el autor no realiza directa y personalmente el delito sino que se sirve o, se vale, de otra persona, la mayoría de las veces no responsable o inimputable, para llevarlo a cabo. Tal es la regulación que hace de esta figura, la fracción III, del artículo 22, del Código Penal que nos ocupa, al señalar como responsables del delito a quienes *"lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento"*. En la autoría mediata, el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, lo que normalmente, en opinión de Muñoz Conde: *"supone la ausencia de acción en el instrumento humano del que se sirve. En estos casos no se puede hablar de participación, porque la persona, instrumento de la que se sirve el autor mediato, ni siquiera actúa típicamente."* ¹⁹⁹

Ahora bien, para poder alcanzar una solución satisfactoria al problema que nos planteamos al iniciar la disertación acerca del pago de la obligación resarcitoria derivada del delito, cuando en su realización intervienen varios autores, debemos partir de la premisa que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 24, del ordenamiento represivo de la entidad, los autores o partícipes del delito responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Asimismo, el párrafo primero, del artículo 5º del citado código, establece que no podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente, así como que la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Con tales elementos, resulta factible que nos ocupemos exclusivamente, de los casos de coautoría o coparticipación, pues en tales formas de autoría, es donde subyace el cuánto y el cómo debe pagarse la reparación del daño, precisamente, cuando dos o más personas intervienen en la ejecución de determinado delito,

¹⁹⁸ DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., página 363.

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Op. cit., página 450.

supuesto que ambos mantienen el codominio funcional del hecho y, en consecuencia, la actuación de cada uno de ellos, resulta igualmente relevante en el daño que debe resarcirse.

Bien, establecimos con antelación, que la respuesta ofrecida por el Código Penal abrogado, en su artículo 36, era a todas luces aberrante, porque no es posible hablar de que en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considera como mancomunada y solidaria, aun cuando la segunda sea una modalidad de la primera, toda vez que los efectos de cada una de ellas son distintos y, por lo tanto, se excluyen una a la otra.

Para entender lo anterior, es preciso reconocer que la reparación del daño, finalmente, se traduce en una obligación resarcitoria derivada del delito; luego, tal y como sostuvimos y justificamos al iniciar este capítulo, en esa obligación, como en cualquier otra, existen deudores y acreedores. En esa oportunidad, se precisó que con tales calidades, se identifican, por un lado, al imputado o sujeto activo, y por el otro, a la víctima, ofendido o sujeto pasivo; además, advertimos la existencia de sujetos a los que la ley penal otorga la calidad de terceros, porque son personas distintas de la "pareja penal", pero que, no obstante ello, pueden verse involucrados en la responsabilidad civil derivada del delito, asumiendo el rol de acreedores o deudores, según proceda (artículos 45, fracción II y 46, ambos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal).

Bajo este escenario, el auxilio y referencia a las instituciones de Derecho Civil resulta ineludible, no sólo porque se trate de la columna vertebral de cualquier ordenamiento jurídico, sino porque de su entendimiento, depende la comprensión exacta del funcionamiento mismo de la reparación del daño que nos atañe.

Una vez aclarado lo anterior, debe decirse que de conformidad con lo señalado en el artículo 1,984 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunada.

Asimismo, el artículo 1,985, de ordenamiento civil en cita, señala los efectos de esta institución, cuando dice que: *"la simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros."*

Más adelante, el artículo 1,987 del Código Civil para el Distrito Federal, deja en claro el objeto y efectos de la solidaridad, al ordenar que: *"Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida."*; asimismo, el numeral 1,988 del mismo código dice que la solidaridad no se presume, sino que resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

De lo anterior, se desprende que la deuda que genera la reparación del daño para los copartícipes en un delito, no puede ser mancomunada y solidaria a la vez, supuesto que las consecuencias de la mancomunidad son muy distintas a las de la solidaridad.

En la *mancomunidad*, existe una sola obligación, con pluralidad de deudores, acreedores o de ambos y, el objeto a pagar (deuda), se considera dividido en tantas partes cuantos acreedores o deudores haya, de manera que si uno de los deudores resulta insolvente, su parte en la deuda, no tiene que ser cubierta por los restantes, sino que la pierde el o los acreedores. En cambio, la *solidaridad*, aun cuando también entraña una obligación y pluralidad de acreedores, deudores o de ambos, tiene el efecto de que cada acreedor puede exigir el total del objeto (deuda) y cada deudor debe pagar todo el objeto, no obstante que la deuda, pueda ser física y económicamente divisible; sin embargo, solo se puede hacer por una vez, en virtud que si un deudor cubre la deuda la obligación se cumple y se extingue para los demás.

De esta forma, si en determinado supuesto tres sujetos convienen en causar daños en la casa propiedad de otra persona, aun cuando su actuación se constriña a que uno rompió los vidrios de las ventanas, otro dio martillazos ocasionando abolladuras a la puerta de entrada, y el tercero, se dedicó tanto a romper vidrios como a golpear la puerta de entrada, todo lo cual produjo daños valuados en quinientas veces el salario mínimo; es incuestionable, que todos mantuvieron el codomino funcional del hecho constitutivo del delito de daño a la propiedad, previsto en el artículo 239, fracción III del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal* y, por tanto, deben responder de la totalidad de los daños ocasionados a la misma, esto es, del objeto de la obligación o deuda; sin embargo, lo que el Código Penal aludido no dice, es cuál es el monto que cada uno de los copartícipes en el delito debe cubrir como reparación del daño.

Evidentemente que para dar respuesta a la hipótesis anterior, no podemos decir que todos responden de manera solidaria y mancomunada, porque como ya se dijo, una y otra formas de la obligación, se excluyen por sus efectos.

Sin embargo, podemos adelantar una solución, estimo justa y jurídica, a partir de la aplicación de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, vinculadas con otras de la legislación penal, que nos llevan a afirmar que los copartícipes responden solidariamente de la reparación del daño ocasionado por el delito en que hayan intervenido, en virtud de lo siguiente:

Si se toma como base que el artículo 1,917 del aludido Código Civil de la entidad, respecto de las obligaciones que nacen de actos ilícitos, dice que las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones del Capítulo V del mismo ordenamiento; en consecuencia, los copartícipes en el delito de daño a la propiedad que pusimos como ejemplo, son responsables solidarios de la obligación de pagar el daño ocasionado por su actuar

* "ARTÍCULO 239. Al que destruya o deteriore una cosa ajena o una propia en perjuicio de otro, se le impondrán las siguientes penas:

III. Prisión de dos a cuatro años y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa, cuando el valor del daño exceda de trescientos pero no de setecientos cincuenta veces el salario mínimo; y..."

ilícito, lo cual, engendra que la víctima o el ofendido, a través del Ministerio Público, puedan solicitar del juez, se condene a la reparación del daño, cuyo monto deberán cubrir los coparticipes de manera solidaria, de modo que a cada uno de ellos, se le pueda exigir el total de la deuda en que se haya reflejado el daño.

Lo anterior, desde la óptica personal del sustentante, no resulta violatorio de garantías, antes bien, la medida se estima adecuada, desde el punto de vista lógico y jurídico, habida cuenta que si consideramos que el *quantum* de la pena prisión y de multa con que en su mayoría se sancionan este tipo de delitos, se establece en función del total de los daños, y que, ese total, es también el que se toma en cuenta para fijar la caución que, en su caso, pudieran otorgar los activos para la posible obtención de su libertad provisional, al tratarse de un delito que no está considerado como grave por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en consecuencia, no existe impedimento alguno para instalar en el código sustantivo de la materia y fuero, un precepto que puntualice con toda claridad, que cuando varias personas cometan el delito, la reparación del daño se considerará solidaria.

Esto, sí que daría certeza y seguridad jurídica tanto a la víctima como al ofendido del delito, en estricta preservación de la garantía que en su favor consagra el artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues se podría exigir a cualquiera de los coparticipes el total del monto a que haya ascendido el daño; amén de que tiende a la salvaguarda del interés social y no impide que los diversos responsables solidarios, diriman entre sí, posteriormente, la que les incumba respectivamente.

Cabe aclarar, que la responsabilidad solidaria, sólo tendrá lugar cuando el hecho dañoso sea resultado de una acción conjunta de varias personas, que obedezca a una pluralidad de acciones que confluyan en la causación del daño, de tal manera que no existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad que a cada uno corresponde, pues cuando de autos se advierta la posibilidad de especificar el grado de participación que, en la producción del daño, han tenido los causantes, si estos son varios, la responsabilidad no será solidaria,

sino mancomunada de cada responsable, esto es, cada uno por su parte; así parece ser la intención del artículo 24, del ordenamiento represivo de la entidad, cuando establece que los autores o partícipes del delito responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

3.4 FONDO DE ATENCIÓN Y APOYO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Con el despliegue de la *victimología* a partir de los primeros estudios sistemáticos de Benniamin Mendelson en 1937, esta ciencia ha avanzado vertiginosamente en todo el mundo. De acuerdo con algunos especialistas, esto surge a partir de la propuesta de Israel Drapkin, en el VI Congreso Internacional de Criminología de Madrid en 1970.

Indiscutiblemente que en México, como en los distintos sistemas latinoamericanos, se ha avanzado para incorporar a las víctimas no sólo a los discursos jurídico-penales, sino a la legislación penal hasta convertirla, en la mayoría de casos, en parte del proceso penal; de hecho, se han adoptado medidas y mecanismos institucionales para que, en caso de que el delincuente resulte insolvente, exista la posibilidad de que fondos estatales, intervengan en la reparación del daño si se encuentra la persona en estado de necesidad y urgencia a causa de la victimización.

Este tipo de sistemas, parten de la idea básica de que el Estado debe indemnizar a la víctima, sin importar que se aprehenda o se declare culpable al presunto delincuente, o que éste, se dé a la fuga; aclarando, desde luego, que tales servicios no se encuentran dentro de las obligaciones y competencia funcional del Sistema Penal Tradicional, sino que es un verdadero compromiso del Estado, no sólo con el sujeto pasivo del delito, sino también con los familiares, dependientes económicos y en suma, con todas aquellas personas que se ven afectadas por el delito.

El Estado ha venido asumiendo este rol, porque de acuerdo con la Doctora María de la Luz Lima Malvido, estamos en presencia de lo que denomina

"hipertrofia funcional del Sistema de Justicia", donde difícilmente se cumplen las expectativas para las que fue creado. Así, en palabras de esta investigadora, el modelo penal que se ha seguido ha provocado que: *"la víctima pierda dignidad, seguridad, intimidad, credibilidad; que el delincuente pierda credibilidad, honestidad, dignidad, autoestima; y que el Estado pierda credibilidad, legitimación y posibilidad de gobernabilidad."* ²⁰⁰

Para contrarrestar lo anterior, se ha recalcado la necesidad de brindar surgimiento y desarrollo al denominado "*Derecho Victimol*", mismo que la doctora en consulta define como: *"el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos locales, nacionales e internacionales tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas de delitos y abuso de poder."* ²⁰¹

Nuestro país ha experimentado desde hace algún tiempo, si bien no de manera general, el desarrollo de una conciencia sobre la necesidad de un trato distinto a las víctimas del delito, bajo una nueva filosofía que incluso, ha motivado diversas reformas a nivel constitucional. No es desconocido que aparte de regularse la reparación del daño como *pena pública* y ensayarse ciertas formas de conciliación, se han ido originando en distintos Estados de la República, diversos centros de apoyo a las víctimas gubernamentales y no gubernamentales.

A este respecto, el maestro Moisés Moreno, comenta: *"La Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito del Estado de México (20 de agosto de 1969) fue la primera en este género, que ordenó la creación de un fondo para asistir a las Víctimas del delito que carecieran de recursos para subvenir sus necesidades inmediatas, tal como fue recomendado por la ONU."* ²⁰²

Por su parte, Rodríguez Manzanera, ha señalado: *"en nuestro país, uno de los avances más notables es la Ley Sobre Auxilio a las víctimas del delito del Estado de México."* ²⁰³

²⁰⁰ LIMA MALVIDO, María de la Luz. Op. cit., página 6.

²⁰¹ Idem, página 7.

²⁰² MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Op. cit., página 367.

²⁰³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Op. cit., página 356.

En efecto, el nacimiento y evolución del Derecho Víctimal, ya definido, ha tenido en el ámbito local de nuestro país su mejor desarrollo. Por ello, en la República Mexicana, se considera al Estado de México, como el pionero en este ramo, pues la expedición de la Ley Sobre Auxilio a las Víctimas del Delito, fue la verdadera punta de lanza en esta materia, con repercusiones a nivel federal (reformas constitucionales de 1993 y 2000) y estatal, hasta llegar al Fondo para la Reparación del daño para víctimas del delito, instaurado a partir de la vigencia del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que a la postre, adoptaría el nombre de Fondo de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito (F.A.A.V.I.D.).

Antes de que en la Ciudad de México se instalara el mencionado fondo, mediante la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal (L.A.A.V.D.D.F.) y su Reglamento (R.A.A.V.D.D.F.), algunos Estados de la República Mexicana, se preocuparon por crear leyes e instituciones enfocadas a la atención de las víctimas del delito; por lo que considero relevante hacer un repaso muy breve de tales legislaciones, en estricto orden cronológico, para finalizar con el estudio de la institución que nos ocupa.

a) Estado de México.

El Estado de México expide en agosto 1969, la Ley Sobre Auxilio a las Víctimas del Delito, correspondiendo su ejecución al Departamento de Prevención y Readaptación Social dependiente del Poder Ejecutivo de la entidad, al cual, se le dotó de facultades para obtener la colaboración de dependencias y organismos público, incluso de particulares para brindar la ayuda necesaria a las víctimas, sobre todo a aquellas que carecían de recursos. Asimismo, se estableció que la ayuda se daría con urgencia por el Estado, pero a cargo de un Fondo de Reparación, integrado con los siguientes rubros: a) Multas impuestas por autoridades judiciales; b) Caucciones; c) Cantidades pagadas por concepto de reparación del daño a cargo de los reos; d) 5% de utilidad líquida anual de las industrias, servicios y demás actividades lucrativas existentes en los reclusorios

estatales; y, por las aportaciones que hicieran el Estado y los particulares para tal fin.

b) Tlaxcala.

En 1981, el Estado de Tlaxcala decreta un ordenamiento que crea el Fondo Protector de la Víctimas de los Delitos y de Ayuda a los Procesados Indigentes en el Estado. Esta institución, se concibió bajo las ideas rectoras de la solidaridad imperante entre los miembros de la sociedad tlaxcalteca, con miras a erradicar la indiferencia ante la necesidad y el dolor ajenos. Aquí, observamos una distinción de la población en dos sectores, el primero, identificado con la gente que goza de los beneficios de la asistencia social y, el segundo, dirigido a las víctimas que no reciben los beneficios de dicha asistencia. Este último sector, se subdivide a la vez en grupos que no necesitan de asistencia social por contar con recursos y por aquéllas personas que no los tienen pero que tampoco están incorporados a ninguna institución de asistencia social. Es precisamente este grupo de personas, a las que se enfoca el ordenamiento en comento clasificándolos en: a) víctimas de hechos ilícitos; b) víctimas de riesgo creado; c) sentenciados que cumplan con la pena impuesta u obtengan su libertad; d) familiares de unos y otros; y, especialmente, e) menores. A todos ellos, los considera beneficiarios del fondo por ser los sujetos que necesitan ayuda urgente.

La composición del Fondo tlaxcalteca, es similar al mexiquense, así que se integra con: a) multas impuestas por la autoridad judicial; b) cauciones; c) donativos; y d) otras que señale la ley. En su administración, cuenta con la intervención de los tres poderes del Estado, un representante de los presos, un representante de la Cruz Roja y uno más de las Cámaras de Comercio e Industriales, el que procurará el pago de funerales, ayuda económica para necesidades urgentes y atención médica de lesionados víctimas de delitos. La ejecución de la ley, es competencia del ejecutivo.

c) Jalisco.

En diciembre de 1981, el Congreso del Estado Libre y Soberano de Jalisco decretó la Ley de Auxilio a las Víctimas del Delito. Este ordenamiento es verdaderamente revolucionario en el sentido de que no solamente considera como sus beneficiarios a las víctimas concretas del delito, sino a toda la sociedad jalisciense, mediante la creación del llamado Programa General de Profiláctica Social, sustentado en convenios de coordinación con el Departamento de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación pública o privada; ambicioso proyecto que aspiraba cubrir los aspectos de prevención, de resentimientos de las víctimas, ayuda social, psicológica, psiquiátrica, moral, médica, jurídica y laboral, debiendo otorgar tales beneficios, con independencia de la reparación del daño establecida en la legislación penal a cargo del delincuente, procurando el mejoramiento de la situación económica de la víctima, sin generar dependencia.

e) Tamaulipas.

Cinco años después de que Jalisco tuviera su primera ley en la materia, en diciembre de 1986 aparece en Tamaulipas, la Ley para Prevención de Conductas Antisociales, Auxilio a las Víctimas, Medidas Tutelares y Readaptación Social. Este ordenamiento, buscó unificar las políticas de prevención y readaptación social de menores infractores y adultos sentenciados respectivamente.

Para su exacta observancia, se dispuso la creación de un Fondo Económico integrado con los siguientes rubros: a) Aportación del 50% de las multas impuestas por las autoridades judiciales de la entidad; b) cauciones que se hagan efectivas; c) cantidades que se reclamen por los ofendidos destinadas a la reparación del daño; d) 5% de la utilidad líquida anual de las industrias, servicios y actividades lucrativas de los Centros de internamiento del Estado; y e) aportaciones de particulares y del propio Gobierno del Estado.

Asimismo, se establece la posibilidad de que el fondo sea apoyado por patronatos que auxilien en las labores del Estado, de manera que, mediante un procedimiento sumario, se proceda al auxilio inmediato de las víctimas y ofendidos

por conductas antisociales, así como la prevención de éstas respecto de menores infractores y delincuentes.

De igual forma, se busca que la ayuda se otorgue de manera anticipada, expedita e independiente al trámite de reparación del daño, con el objeto de evitar mayores males a la víctima o al ofendido.

f) Puebla.

En 1987, el Estado de Puebla participa de esta actividad y emite la Ley que crea el Fondo para la Reparación del Daño y Protección de las Víctimas de los Delitos, sustentada en que éstos causan daños y perjuicios económicos o morales a las personas afectadas, los cuales generalmente, no podían ser cubiertos por los responsables debido a su continuo *status* de insolvencia, lo cual hacía que la reparación del daño fuera una quimera.

Para hacer frente a lo anterior, se ideó la creación de dicho fondo, mismo que se constituiría con los recursos provenientes de: a) conmutación de sanciones de prisión; b) multas impuestas por las autoridades judiciales del Estado; c) asignaciones de egresos fijados por el Gobierno del Estado; d) rendimientos obtenidos de sus inversiones y, e) donaciones.

Este fondo, deberá asegurar oportuna e inmediatamente el pago de la reparación del daño, con la finalidad de proteger, gratuitamente, a las víctimas directas e indirectas de los hechos delictivos; inclusive, se contempla la posibilidad de incluir en la reparación, los alimentos de los dependientes económicos del occiso, así como atención médica, hospitalaria y de rehabilitación, gastos de inhumación y reparación de daño económico y moral.

g) Veracruz.

En julio de 1991, el Estado de Veracruz, decretó la creación del Fondo para la Compensación de las Víctimas de los Delitos. Los beneficiarios de éste, no sólo son las víctimas y sus dependientes económicos, sino también los del propio sujeto siempre que se encuentre privado de la libertad. Su cobertura se extiende a la

atención médica y hospitalaria, tratamiento psicológico o psiquiátrico, resarcimiento de daños, gastos de inhumación y beca para estudios; no obstante, el apoyo se condiciona a que los beneficiarios carezcan de recursos económicos, así como del apoyo de cualquier institución oficial.

Asimismo, se contempla que los recursos del Fondo, se integren con: a) multas judiciales; b) intereses que generados por las cauciones y pagos por reparación del daño; d) ingresos que para ese fin, otorguen los gobiernos federal y municipales; e) aportaciones y donaciones de los particulares; f) aportaciones de un Patronato creado con el carácter de sociedad civil, para canalizar la participación ciudadana en el apoyo económico del fondo; y , g) ingresos obtenidos por otros medios distintos de los anteriores.

h) Nuevo León.

Por acuerdo del Ejecutivo del Estado de 1993, se creó el Centro de Atención a Víctimas de Delitos, como unidad desconcentrada de la Secretaría General de Gobierno del Estado, con el objeto de brindar apoyo a las víctimas u ofendidos de infracciones penales, que resulten afectadas en los aspectos psicológico, moral, familiar y social.

Para cumplir lo anterior, se dispuso la creación de un departamento para atender cada una de tales asignaturas, así como que el financiamiento del fondo, dependerá de los recursos financieros y materiales, asignados *ex profeso* por la Secretaría de Gobierno del Estado.

i) Querétaro.

A diferencia de los casos anteriores, en Querétaro fue una idea emanada del Tribunal Superior de Justicia, el cual, por conducto de su Departamento de Servicio Social, concretamente de la Unidad de Asistencia a Víctimas del Delito, presentó una iniciativa a la Legislatura del Estado en 1994, que a la postre se denominaría Ley Sobre Auxilio a las Víctimas del Delito.

Dicha ley, contempla mecanismos de asesoramiento que deberá brindar el Departamento de Servicio Social como auxiliador del Tribunal Superior de Justicia del Estado, los cuales brindarán la ayuda que de carácter urgente, requiera la víctima, lo cual será previamente determinado por peritos; los sujetos de auxilio, deberán ser personas que se encuentren en difícil situación económica, psicológica y moral, producto de los daños sufridos por el delito, así como otros efectos nocivos que el mismo les haya irrogado, con independencia de que la víctima haya ejercitado o no su derecho ante otra autoridad.

En la integración de este Fondo, concurren recursos provenientes de: a) multas impuestas por autoridades judiciales; b) el producto de las cauciones; y, c) sumas de reparación del daño no reclamadas, así como las que se hayan renunciado.

j) Distrito Federal.

Bajo la influencia de las legislaciones anteriores, en abril de 1995, surge una iniciativa de *Ley de Justicia para las Víctimas del Delito en el Distrito Federal*, fruto de la celebración de un Foro en Victimología, convocado por la Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas en 1993.

A manera de resumen, el Título Primero de esta ley, expone su ámbito de aplicación, los órganos encargados de la misma, así como la definición de lo que debe entenderse por víctima y quiénes son los sujetos de protección.

Por su parte, el Título Segundo, trata los aspectos a considerar para prestar asesoría jurídica, lineamientos de reparación del daño; relaciona y orienta la participación que deberá tener la víctima en el procedimiento penal al margen de lo estrictamente patrimonial y brinda las bases para que se le proporcione atención médica.

Asimismo, el Título Tercero detalla lo que debe ser el sistema de justicia para las víctimas del delito y el organigrama correspondiente, destacándose aspectos que deben considerarse en la atención y asistencia victimológica especializada y se propone la creación de un fideicomiso, los fondos para

constituirlo, el órgano que lo regirá y la forma de funcionamiento, concluyendo con la relación de los beneficios adicionales para las víctimas.

Finalmente, el Título Cuarto, se ocupa de las infracciones y sanciones aplicables por el indebido cumplimiento o ejecución de los lineamientos contenidos en la ley, por los obligados a prestar la atención a las víctimas.

Posteriormente, el veintisiete de junio de dos mil, se expide la *Ley del Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia en el Distrito Federal*.

De acuerdo con el esquema que hemos venido siguiendo a lo largo de esta exposición, los puntos más trascendentales en lo que atañe al Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia en el Distrito Federal, son los siguientes:

Se contempla la creación de dicho fondo, mismo que será administrado y operado en forma autónoma e independiente por el Consejo, mediante el órgano que establece el Capítulo Tercero de esta Ley (artículo 3º).

El Fondo estará integrado con recursos propios y con recursos ajenos. Son recursos propios afectos al Fondo: a) Los rendimientos que bajo cualquier modalidad generen los depósitos en dinero o en valores que, amparados en los certificados correspondientes, se efectúen ante las Salas, Juzgados o cualquier órgano dependiente del Tribunal; b) El monto de las cauciones que garanticen la libertad provisional de los procesados ante las Salas o Juzgados del Tribunal y que sean hechas efectivas de conformidad con las disposiciones legales aplicables; c) El monto de las cauciones que garanticen la libertad condicional de los sentenciados por las Salas o Juzgados del Tribunal que se encuentren gozando del beneficio relativo y que sean hechas efectivas de conformidad con las disposiciones legales aplicables; d) Las cantidades que sean cubiertas a la Tesorería del Distrito Federal con motivo de la sustitución o conmutación de sanciones, en términos de lo dispuesto por la legislación penal y procesal penal aplicable; e) El monto de la reparación del daño cuando la parte ofendida renuncie a ella o no la reclame dentro del plazo legal al efecto establecido; f) Las donaciones o aportaciones hechas a su favor por terceros y, g) Las demás que señalen las leyes y reglamentos (artículos 4º y 5º).

Asimismo, los recursos ajenos se constituyen por los depósitos en efectivo que, por cualquier causa y mediante la exhibición del certificado de depósito correspondiente, se hagan ante las Salas, Juzgados o cualquier órgano dependiente del Tribunal (Artículo 6º, párrafo primero). De estos recursos, el Fondo tendrá exclusivamente la tenencia y administración, hasta en tanto se les otorgue el destino o aplicación que corresponda por mandamiento de la autoridad a cuya disposición se encuentren (Artículo 7º).

De igual forma, se establece que los recursos con los que se integre y opere el Fondo, serán diferentes de aquellos que comprenda el presupuesto que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal apruebe anualmente en favor del Tribunal y en nada afectarán las partidas que sean autorizadas mediante dicho presupuesto (Artículo 8º).

Por su parte, el artículo 11 de la citada ley, señala que el Fondo será manejado y operado en Fideicomiso por la Institución Fiduciaria que determine el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

Finalmente, el numeral 15 de la ley en estudio, previene que para la integración al Fondo de las cantidades resultantes del cobro judicial o extrajudicial de fianzas, depósitos o de cualquier otro tipo de garantía, constituida ante las Salas, Juzgados u órganos del Tribunal, en los términos de las fracciones II, III, IV y V del artículo 5º, los mismos serán cobrados por el Tribunal, a través de los procedimientos correspondientes que resulten idóneos de conformidad con la naturaleza de las garantías y la legislación que les resulte aplicable. En tanto que, el diverso artículo 16, precisa que los recursos que integren el Fondo deberán ser invertidos por la Institución Fiduciaria en valores de renta fija del más alto rendimiento, siempre que éstos permitan la disponibilidad inmediata y suficiente de las sumas que resulte necesario reintegrar a los depositantes o entregar a los particulares que tengan derecho a ellas.

Ahora bien, por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el veintidós de abril de dos mil tres, se expidió la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, misma que, aunado a su reglamento,

contempla y regula la institución objeto de análisis en el presente apartado, el Fondo de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito (F.A.A.V.I.D.).

3.4.1 NATURALEZA JURÍDICA.

Recientemente, el veinte de diciembre de dos mil cuatro, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del delito para el Distrito Federal.

Antes de su aparición, connotados especialistas veían en este ente, una figura jurídica integrada con cierto patrimonio, capaz de destinarlo a determinadas finalidades; sin embargo, aun cuando resulta parcialmente cierta dicha aseveración, no menos verdad resulta que hasta que no se publicó el citado reglamento, difícilmente podía verse la naturaleza del citado fondo.

En opinión del sustentante, se trata efectivamente de una institución jurídica creada para cubrir ciertos aspectos o efectos de la victimización, es decir, que bajo determinadas condiciones, este fondo buscará paliar o atemperar los efectos nocivos que produce en la víctima o en el ofendido, la actividad criminal.

Debe prevenirse, que a pesar de que se incluyó en el presente capítulo, al Fondo para la Atención y Apoyo a Víctimas del Delito, como un sujeto de derecho, involucrado de la reparación del daño, en realidad no lo es, toda vez que no intervine en la relación resarcitoria propiamente dicha, es decir, no es una institución que se obligue solidaria o subsidiariamente con el sujeto activo, en la reparación del daño, sino que sus pretensiones se constriñen a reducir, en lo posible, los efectos perniciosos del delito respecto de la víctima y/o el ofendido.

Se afirma lo anterior, porque el artículo 8º, del Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal (R.L.A.A.V.D.D.F.), es categórico al señalar, literalmente, que: *"La atención psicoterapéutica breve y de urgencia, así como los apoyos económicos que se proporcionen a la víctima u ofendido con motivo de la aplicación de la Ley y del presente reglamento, no podrá considerarse como parte de la indemnización del daño material y moral."*

Disposición, que se ve complementada por lo que señalan los artículos 7, 9 y 10, del citado Reglamento, que a la letra dicen:

"Artículo 7. La atención médica para las víctimas del delito, se gestionará de manera coordinada entre el Sistema y la Secretaría de Salud del Distrito Federal. Esta última proporcionará la atención correspondiente."

"Artículo 9. Los objetivos psicoterapéuticos de la atención a que refiere el artículo anterior están enfocados a la disminución del impacto del delito, pero no restituyen en su totalidad el estado psicoemocional que tenía la víctima u ofendido antes de la comisión del delito, en virtud del tiempo de psicoterapia proporcionado."

"Artículo 10. El apoyo económico mínimo previsto en el artículo 26 de la Ley, es un auxilio de emergencia a fin de disminuir parcialmente el impacto del delito, que no restituye plenamente el estado que tenía la víctima antes de ejecutarse la conducta delictiva."

Como se puede advertir, el Fondo no funge como sujeto en la reparación del daño, pues no releva ni coadyuva con el delincuente en la obligación resarcitoria derivada del delito que a él le incumbe, sino que forma parte de todo un "Sistema de Auxilio a Víctimas y Ofendidos", encargado de suministrar a éstos, en su caso, recursos económicos en determinada cuantía, bajo ciertos parámetros y condiciones, según veremos más adelante.

Sin embargo, se justifica su estudio como sujeto de la reparación del daño, porque sus recursos en determinado momento, pueden constituirse con las cantidades a que ascienda dicha pena pecuniaria, sobre todo las que refiere el artículo 51 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, donde se asienta que cuando el ofendido o sus derechohabientes renuncien o no cobren la reparación del daño, el importe de éste se entregará al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, en los términos de la legislación aplicable (Artículos 23, fracción I, de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, y 36, fracción III, de su Reglamento).

Ahora bien, por lo que hace a la integración del Fondo, con recursos provenientes de las garantías relacionadas con la libertad caucional, sucede una circunstancia muy particular que debemos analizar y que tiene que ver con la determinación de a quién deben entregarse dichas garantías cuando el sujeto activo del delito se sustraiga a la acción de la justicia, en la inteligencia que sobre dicho cuestionamiento, las leyes aplicables responden de distinta manera.

Para mayor claridad de tema, me permito transcribir los artículos de las leyes que estimo se encuentran en conflicto.

El artículo 50 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, dice:

"Artículo 50 (Aplicación de las garantías de la libertad caucional). Cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, las garantías relacionadas con la libertad caucional se aplicarán de manera inmediata al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito.

Al ordenarse que se hagan efectivas esas garantías, el Juez prevendrá a la autoridad competente que ponga su importe a disposición del Tribunal para los efectos de este artículo."

De igual manera, los artículos 23, fracción I, de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, y el diverso 36, fracción II, de su Reglamento, establecen literalmente lo que sigue:

"Artículo 23.- Se crea el Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas y Ofendidos, el cual se integrará con:

I. Los recursos a que se refieren los artículos 41, 50, 51 y cuarto párrafo del artículo 55, todos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal;..."

"Artículo 36. El fondo para la atención y apoyo a víctimas u ofendidos se constituirá con el importe de:

II.- Las garantías de libertad caucional;"

Por el contrario, el artículo 569 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, textualmente dice:

"Artículo 569.- En caso de revocación de la libertad caucional se mandará reaprehender al procesado y, salvo la causa prevista en la fracción IV del artículo

568 de este código, se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito la garantía relativa a la reparación del daño; las que versen sobre las sanciones pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso, se harán efectivas a favor del Estado.”

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Fondo de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito, es una institución jurídica con personalidad y patrimonio propios, creado para ayudar a quien padece el delito y por ende, distinta de este sujeto.

Por tanto, si lo que se pretende es canalizar este tipo de recursos a dicho fondo, habría que pensarse en una reforma a los artículos 50 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; 23, fracción I, de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal; y 36, fracción II de su Reglamento, para disponer que se integrarán al fondo, las cauciones relacionadas con la libertad provisional a que se refiere el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*, pero sólo aquellas que garanticen la sanción pecuniaria relativa a la multa y a la sanción económica, así como las que otorgue el procesado para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley, se deriven a su cargo en razón del proceso, en virtud que la concerniente a la reparación del daño debe entregarse, en cualquier circunstancia, a las personas que señala el artículo 45 del código penal capitalino*. Menudo favor se haría a los pacientes del delito si encima de resentir la conducta delictiva y sus efectos, se les impusiera la carga de tramitar el procedimiento para la asignación de recursos que prevé el Reglamento en cuestión.

* Artículo 556.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos: I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo; II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y IV. Que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el quinto párrafo del artículo 268 de este Código.

* ARTÍCULO 45 (Derecho a la reparación del daño). Tienen derecho a la reparación del daño:

I. La víctima y el ofendido; y

II. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

En tanto sucede lo anterior, desde la perspectiva muy particular del tesista, debe prevalecer lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sobre las disposiciones relativas del Nuevo Código Penal, de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal y de su Reglamento, para que, cuando el procesado haya garantizado los distintos rubros a que se refiere el artículo 556 del código adjetivo de la materia y fuero, para obtener su libertad provisional y se evada de la acción de la justicia, la cantidad que hubiere garantizado por concepto de reparación del daño, sea entregada a la víctima, al ofendido o sus dependientes económicos, derechohabientes o herederos, en tanto que las restantes se integren a dicho Fondo, toda vez que el código instrumental del Distrito Federal protege en mejor medida el interés superior de los afectados por el delito.

Sostener lo contrario, supondría darle preferencia a un sujeto distinto de la víctima o del ofendido, paradójicamente creado para velar por la salvaguarda de sus derechos, lo cual resulta aberrante, pues aún aceptando que esto fuera posible, irrogaría mayores avatares a quienes sufren las consecuencias del delito, toda vez que, para poder recuperar el monto de la caución por la que se garantice la reparación del daño, sería necesario tramitar el procedimiento para la obtención de recursos económicos previsto en el artículo 25 y siguientes del Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal (R.L.A.V.D.D.F.), con el problema de acreditar un daño derivado de un delito que ni siquiera se ha dilucidado en el proceso penal, dado el estado de suspensión en que se encuentra, a partir de que el procesado se evada de la acción de la justicia.

Por si esto no bastara, suponiendo que la víctima o el ofendido, logran acreditar el daño y en consecuencia, obtuvieran la asignación de los recursos económicos, debe tenerse presente que dicha asignación se basa en el salario mínimo general vigente en esta ciudad y, por regla general, en términos del artículo 32 del multicitado Reglamento, la ayuda económica que pudiera brindárseles sería de hasta doscientas veces el salario mínimo, cantidad que en algunos casos, pudiera resultar menor al monto real que pericialmente se hubiera

determinado, ascienden el daño material y moral, así como los perjuicios ocasionados por el delito.

De manera que no es el Fondo para la Atención y Apoyo a la Víctima del Delito, quien debe recibir el importe con que se garantice la reparación del daño para la obtención de la libertad provisional, sino la víctima o el ofendido del delito. Por ello la afirmación de que dicha institución busca fundamentalmente aminorar o atemperar, a través de la asignación de recursos económicos, los efectos dañinos del delito, es decir, la victimización.*

Así lo demuestra el contenido de los artículos 25 y 26 de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

"Artículo 25.- Los recursos del Fondo se aplicarán para otorgar apoyos de carácter económico a la víctima u ofendido del delito o, en su caso, a sus derechohabientes, de acuerdo con la naturaleza del delito, sus consecuencias y los propios recursos del Fondo.

La Procuraduría determinará el apoyo que corresponda otorgar a la víctima u ofendido del delito, previa opinión que al respecto emita el Consejo."

"Artículo 26.- En caso de que la Procuraduría, a través de la Subprocuraduría, reciba una solicitud de apoyo económico a la víctima u ofendido, realizará las investigaciones que se requieran y resolverá sobre su otorgamiento, así como sobre la protección y servicios victimológicos correspondientes. Cuando se trate de víctimas u ofendidos de delitos violentos o de escasos recursos, se concederán de inmediato los beneficios económicos del Fondo."

3.4.2 ATRIBUCIONES Y FACULTADES.

El Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas, se erige como un eslabón más de una interminable cadena por sanar a la víctima o al ofendido, de las

* "Artículo 2. Para los efectos de este Reglamento, además de las definiciones que prevé la Ley y otros ordenamientos legales, se entiende por:

XXIII. Victimización: La experiencia de la víctima y las consecuencias perjudiciales producidas por el delito, de índole física, económica, psicológica y social. Incluye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado y el severo impacto psicológico, que incrementa el daño material o físico del delito." (Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal).

consecuencias perturbadoras, de los males y sufrimientos irrogados por el delito, sobre todo por aquéllos que el artículo 4º del Reglamento en consulta, denomina "*de alto impacto social*".

Resulta verdaderamente difícil, en cambio, involucrar a la reparación del daño en los menesteres propios de la victimología.

En efecto, un primer plano, nos muestra que la obligación resarcitoria que genera en el delincuente, la pena pecuniaria en cuestión, no puede verse desde otro ángulo que no sea aquél que comprende a la víctima y/o al ofendido como los dolientes de la conducta criminal, que deben ser tratados con respeto y dignidad pero sobre todo, restituidos en el goce de sus derechos y patrimonio, si éste fuera el caso; mas al enfocar los lentes de la lógica, encontramos que la reparación del daño, si bien engendra una obligación restitutoria o indemnizatoria, de acuerdo con el contexto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, también es una pena, y por ello, no puede dejar de aplicarla el Estado.

Aun así, el Estado no cesa en su afán de proteger a la víctima y/o al ofendido, e implementa instrumentos como el que nos mueve a reflexión, para hacerles más llevadera la vida después del delito o menguar, a través de la asignación de ciertas cantidades líquidas, el sufrimiento reportado en ocasión del hecho delictivo; sin embargo, no desviaré en todos y cada uno de los aspectos que comprende el Sistema de Auxilio a Víctimas del Delito del Distrito Federal, integrado con los centros y servicios especializados como el C.T.A., C.A.V.I. o el C.A.P.E.A*, que constituyen instituciones preocupadas por brindar atención y apoyo de tipo psicológico, jurídico y social a las víctimas del delito, o la importante intervención que tiene la Secretaría de Salud del Distrito Federal, en la atención médica de los mismos, ni la destacada labor que en este aspecto tiene la Subprocuraduría de Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, sino que limitaré el estudio a las atribuciones y facultades que en materia de apoyo económico, tienen diversos

* Centro de Terapia y Apoyo, Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar y Centro de Apoyo a Personas Extraviadas y Ausentes, respectivamente.

organismos, en relación con el Fondo de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito (F.A.A.V.I.D.).

Este fondo, dice el artículo 23 de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal (L.A.A.V.D.D.F.), se integrará con: a) Los recursos a que se refieren los artículos 41, 50, 51 y cuarto párrafo del artículo 55, todos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; y, b) Las aportaciones que a este fin hagan en efectivo o en especie los particulares u organismos públicos, privados y sociales, nacionales o extranjeros de manera altruista, mediante los procedimientos respectivos, así como los rendimientos que se obtengan de las inversiones y reinversiones de los recursos asignados al Fondo.

Por su parte, el Reglamento de la citada ley, indica en su artículo 36, que la integración de dicho fondo se constituirá con el importe de: I.- Las multas y sanciones económicas a que se refiere la Ley; II.- Las garantías de libertad caucional; III.- La renuncia o no cobro del ofendido o sus derechohabientes sobre reparación del daño; IV.- Las subastas públicas de la Procuraduría o del Tribunal respecto de objetos o valores que se encuentren a disposición de autoridades investigadoras o judiciales, siempre y cuando no hayan sido reclamados por quien tenga derecho a ello, en términos de lo dispuesto por el artículo 55 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; V.- Las donaciones de personas físicas y morales y, VI.- Los demás ingresos que por Ley le sean asignados.

En cualquier caso, los recursos del Fondo serán administrados y operados por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por medio de un Fideicomiso Público de Administración e Inversión (Artículo 24 de la Ley, en relación con el diverso 2º de su Reglamento).

El artículo 25 de la Ley de Atención y Apoyo a Víctimas que nos ocupa, señala que los recursos del Fondo se aplicarán para otorgar apoyos de carácter económico a la víctima u ofendido del delito o, en su caso, a sus derechohabientes, de acuerdo con la naturaleza del delito, sus consecuencias y los propios recursos del Fondo, así como que será la procuraduría capitalina, quien determinará el apoyo que corresponda otorgar a la víctima u ofendido del delito,

previa opinión que emita el respecto el Consejo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito.

Asimismo, en el artículo 26 de la Ley en consulta, se establece que cuando la Procuraduría, a través de la Subprocuraduría, reciba una solicitud de apoyo económico a la víctima u ofendido, realizará las investigaciones que se requieran y resolverá sobre su otorgamiento, así como sobre la protección y servicios victimológicos correspondientes.*

De igual forma, se precisa que cuando se trate de víctimas u ofendidos de delitos violentos o de escasos recursos, se concederán de inmediato los beneficios económicos del Fondo.

En ese sentido, vale la pena retomar lo señalado por el artículo 10 del Reglamento de la citada Ley, donde se aclara que el apoyo económico mínimo previsto en el artículo 26 de aquella, es un auxilio de emergencia a fin de disminuir parcialmente el impacto del delito, que no restituye plenamente el estado que tenía la víctima antes de ejecutarse la conducta delictiva.

Ahora bien, el Sistema de Auxilio a Víctimas, está integrado con los centros y servicios especializados en atención y apoyo psicológico y jurídico a las víctimas del delito. La atención que dicho sistema proporcione a la víctima u ofendido del delito, debe ser integral, con base en el tipo de victimización que sufra el impacto del delito y tendrá como prioridad disminuir los efectos del mismo, evitando la sobre victimización institucional (artículos 2º, fracción XIX y 3º del Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal).

* El Reglamento de la Ley en consulta, al respecto señala: "Artículo 4. Para efectos de los *servicios victimológicos* a que hace mención el artículo 26 de la Ley, se observarán los siguientes lineamientos: I.- La atención victimológica se proporcionará con base en un modelo psico-jurídico y social de acuerdo al tipo de victimización, especialmente para los delitos de alto impacto social como el secuestro, el homicidio, la violación, el abuso sexual, la violencia familiar y la discriminación; II.- Buscará evitar la externación del impacto del delito y la ampliación de los diversos síndromes, para lo cual se atenderá tanto a víctimas directas, indirectas como a ofendidos del delito; y III.- Fomentará la restitución de los derechos de la víctima de manera prioritaria y de ser posible inmediata."

A. Consejo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito.

Esta institución jurídica, desempeña un papel importantísimo para la realización de los fines que se propone el sistema en mención, así como en el funcionamiento del fondo material de análisis, toda vez que es un órgano de apoyo, asesoría y consulta, que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 17 de la Ley de la materia, tendrá por objeto fortalecer y promover las acciones a favor de las víctimas y ofendidos del delito; por lo que, para el eficaz cumplimiento de sus funciones, actuará de manera coordinada con la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Este Consejo, quedará integrado por el Procurador General de Justicia, que será el presidente, así como por el Director de la Comisión de Derechos Humanos, los Secretarios de Seguridad Pública y de Salud, y por el Subprocurador de Atención a la Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad, todos del Distrito Federal; estos últimos podrán designar suplentes, que serán nombrados de entre los Subsecretarios o Visitadores Generales, según sea el caso, o del auxiliar inmediato superior para el despacho de los asuntos, pero no podrán tener un nombramiento inferior al de Director General (Artículo 18, L.A.A.V.D.D.F.).

El artículo 20 de la ley en consulta, señala las funciones del Consejo, las cuales consisten en:

I. Evaluar la solicitud de apoyo que la víctima, ofendido o en su caso, sus derechohabientes le formulen;

II. Emitir opinión de procedencia y tipo de apoyo, la que será remitida a la Procuraduría para los efectos legales conducentes;

III. Participar en la formulación del proyecto de Programa para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito en el Distrito Federal, así como contribuir al establecimiento de medidas, estrategias y acciones que de él se deriven;

IV. Recomendar acciones específicas para la atención, protección e integración social de la víctima o del ofendido;

V. Proponer modificaciones a leyes y reglamentos, así como procedimientos para mejorar la prestación de los servicios y favorecer el ejercicio de los derechos de la víctima o el ofendido;

VI. Elaborar su reglamentación interna, que será aprobada por la mayoría del propio Consejo y emitida por acuerdo del Procurador, el cual se deberá publicar en la Gaceta Oficial del Distrito Federal;

VII. Realizar estudios estadísticos de incidencia delictiva, cálculos actuariales, así como proyecciones financieras para el cumplimiento de sus fines;

VIII Promover la participación y colaboración de instituciones públicas y privadas para mejorar el apoyo que se brinde a las víctimas y ofendidos del delito;

IX. Realizar las acciones que le sean encomendadas por la Procuraduría, y

X. Las demás que se señalen en esta Ley.*

Aunado a lo anterior, el Consejo puede crear, previo acuerdo de sus integrantes, grupos de trabajo permanentes o transitorios para realizar tareas específicas relacionadas con su objeto, debiendo señalar específicamente el asunto o asuntos a cuya resolución se avocarán, quiénes serán sus integrantes, los responsables de su coordinación, así como los objetivos concretos que deban alcanzarse. Dichos integrantes podrán ser o no miembros del Consejo (Artículo 17 del Reglamento).

Para el cumplimiento de las funciones del Consejo, corresponde a sus miembros: a) Proponer al Presidente asuntos específicos que deban tratarse en las sesiones del Consejo; b) Motivar y fundamentar sus decisiones respecto del tipo de apoyo que se esté tratando; c) Emitir opinión personal respecto de los asuntos tratados en las sesiones del Consejo; d) Cumplir, en el ámbito de su competencia, con los acuerdos que se tomen en las sesiones del Consejo y, e) Votar los asuntos presentados (Artículo 19, R.L.A.A.V.D.F.).

* Otra de las facultades que tiene el Consejo, es que puede invitar a sus sesiones, a personas o instituciones que por su labor o profesión, posean conocimientos en la materia, en razón de los asuntos a considerar, pero éstas únicamente tendrán derecho a voz. La invitación podrá hacerse a petición de cualquier miembro del Consejo, dando vista a sus demás miembros del Consejo, para cualquier objeción, con cinco días de anticipación (artículos 18, último párrafo de la Ley, y 16 del Reglamento).

B. Secretaría Técnica.

El Consejo contará con una *Secretaría Técnica*, cuyo titular será nombrado por su Presidente, con aprobación de la mayoría de sus miembros. El titular de esta secretaría, tendrá como atribuciones: a) Apoyar los trabajos del Consejo; b) Elaborar y certificar los acuerdos que se tomen en el Consejo así como llevar el archivo de éstos; y, c) Prestar el apoyo necesario a los miembros del Consejo en los asuntos del mismo.

Debe destacarse, que el secretario técnico tiene un papel muy importante por lo que al Fondo de Apoyo y Atención a las Víctimas del Delito se refiere, toda vez que, en términos del artículo 23, del Reglamento de la Ley de la materia, a éste le corresponde formar un expediente por cada solicitud de apoyo económico que ante él se presente.

C. Fideicomiso Público de Administración e Inversión.

El artículo 38, del Reglamento de la Ley del Fondo de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito, establece que dicho Fondo será administrado por un *Fideicomiso Público de Administración e Inversión*, cuyos integrantes son:

a) *El Fideicomitente*.- Que será el Gobierno del Distrito Federal por conducto de la Secretaría de Finanzas del Gobierno del Distrito Federal;

b) *La Fiduciaria*.- Representada por el Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo, a través de su Subdirección Fiduciaria;

c) *Los Fideicomisarios*.- Identificados como las personas físicas o morales que designe en su caso la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, previa opinión que al respecto emita el Comité Técnico del Fideicomiso, con base en lo que determine el Consejo de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, como sujeto de apoyo económico; y

d) *La Coordinadora de Sector*.- Nombre con el que se designa a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, quien en términos del artículo 37, del citado Reglamento, y para efectos de control interno de los recursos que

son incorporados al Fondo, designará un asistente financiero, quien de acuerdo con el último párrafo del artículo 41, del mismo Reglamento, llevará el control de los ingresos y egresos del Fidelcomiso.

D. Comité Técnico.

El Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal, previene que el Fondo contará con un cuerpo colegiado que será la máxima autoridad financiera denominada *Comité Técnico*, sus acuerdos serán tomados por mayoría de votos y serán inobjetables (Artículo 39).

Asimismo, señala que los miembros propietarios y suplentes del Comité, tendrán voz y voto, así como que se integrará por un presidente y seis vocales. La presidencia estará a cargo del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, y los vocales serán los siguientes: a) Procurador General de Justicia del Distrito Federal, quien además será el presidente suplente; b) Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; c) Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal; d) Secretario de Salud del Distrito Federal; e) Subprocurador de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad; y, f) Secretario de Finanzas del Distrito Federal (Artículo 40).

El Comité Técnico estará asistido por: a) Comisario.- Que será un representante de la Contraloría General del Distrito Federal; b) Representante de la Fiduciaria; c) Secretario de Actas, mismo que será designado por el Presidente del Comité Técnico y ratificado por sus miembros, pero ha de ser una persona distinta al Secretario Técnico del Consejo y, d) Asistente Financiero (Artículo 40 del Reglamento).

Las atribuciones del Comité, se contemplan en el artículo 42 del Reglamento de la Ley del Fondo de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito para el Distrito Federal, de la siguiente manera:

I.- Sesionar en forma ordinaria cuatro veces al año, de manera trimestral, previa convocatoria que realice el Presidente del Comité, el Presidente Suplente o

el Secretario de Actas, y de forma extraordinaria las veces que sean necesarias, convocándose en la misma forma;

II.- Recibir los acuerdos aprobados por el Consejo para el otorgamiento del apoyo económico establecido en la ley;

III.- Instruir a la Fiduciaria para el correspondiente pago a las víctimas u ofendidos, una vez formalizado por los miembros del Comité;

IV.- Instruir a la Fiduciaria sobre la forma de inversión con que cuente el Fideicomiso;

V.- Aprobar y emitir las reglas de operación del Fideicomiso;

VI.- Revisar y aprobar cuando sea procedente la información financiera y contable que le sea remitida mensualmente;

VII.- Instruir a la Fiduciaria sobre la radicación de recursos.

Con lo hasta aquí apuntado y una vez que se han conocido, a grandes rasgos, las atribuciones de las autoridades que intervienen en la asignación de recursos económicos por parte del Fondo de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, estamos en condiciones de conocer el procedimiento de solicitud de apoyo económico.

3.4.3 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

Respecto al título de este tema, cabe precisar que dentro del Sistema de Auxilio a Víctimas del Delito, existen varios tipos de apoyo para quienes padecen las conductas criminales en la ciudad; existe la asistencia psicológica, médica, terapéutica, jurídica, social y la económica, que constituye la materia de análisis en este apartado.

Todo este tipo de ayudas, pretenden contribuir a minimizar el dolor y sufrimiento del protagonista pasivo del delito, buscando que se sobreponga a sus efectos, mediante el resarcimiento, a veces insuficiente, de las condiciones que en muchos casos, se deja a la víctima, al ofendido y hasta sus dependientes económicos.

Si se sigue la línea de pensamiento que guió al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, resulta fácil advertir que esta función gubernamental, aun cuando escasa, pero como todo perfectible, no puede equivaler en modo alguno, a una pena pecuniaria de reparación de daño, pese a que se aspire a contribuir en el aminoramiento de los efectos del delito y, por ende, del daño material o moral y los perjuicios, si bien ello es de modo asistencial.

En ese tenor, baste con prevenir que, a pesar de que aquí se hable de un procedimiento administrativo para garantizar el resarcimiento del daño, este no hace las veces de reparación del daño como pena pecuniaria, supuesto que ésta corresponde pagarla al sujeto activo del delito, y a otras personas físicas y jurídicas, en su ausencia o por responsabilidad civil derivada de delito, de manera solidaria o subsidiaria, pero en ninguno de estos supuestos, se otorgan los apoyos económicos provenientes del Fondo en estudio.

Inclusive, las ayudas jurídica y económica cesan, si se ha condenado al sujeto activo a la reparación del daño en el juicio principal que resuelva su situación jurídica como responsable de la comisión de determinado delito.

También es oportuno decir, que no existen procedimientos administrativos para garantizar la reparación del daño, pues los códigos penal y procesal penal de la ciudad, contemplan figuras como las cauciones, en cualquiera de sus modalidades, y el aseguramiento de bienes para esos efectos; sin embargo, todo se dilucida en el procedimiento penal, lo cual es materia del capítulo siguiente.

De momento, debe indicarse que el artículo 25 del multirreferido Reglamento, señala que las víctimas u ofendidos por un delito, que requieran el apoyo económico, podrán acudir para recibir información previa, a la Subprocuraduría, a la Secretaría Técnica, así como a los Centros que integran el Sistema de Auxilio a Víctimas ya mencionados.

De esta manera, las solicitudes de apoyo deberán presentarse ante el Consejo, por conducto del Secretario Técnico, a petición de cualquiera de los miembros propietarios que integran el Consejo, de cualquier persona o servidor público, mediante el formato que para tal efecto se acuerde por los integrantes del

Consejo, que de acuerdo al artículo 26 del Reglamento en cita, contendrá como mínimo los siguientes datos:

I.- Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, domicilio para oír y recibir notificaciones, en su caso, el número telefónico de la víctima o del ofendido, y de los derechohabientes;

II.- Número de averiguación previa o causa penal en la que se encuentre relacionada la víctima o el ofendido por el delito;

III.- Fiscalía, Unidad de Investigación o Juzgado Penal en que se encuentre radicada la averiguación previa o causa penal de que se trate;

IV.- Narración sucinta de los hechos en que se base la petición; y

V.- Destino y uso del apoyo económico.

Asimismo, el artículo 28 del Reglamento de marras, señala que el Consejo deberá abstenerse de conocer las solicitudes de apoyo, cuando: a) Los hechos motivo de la solicitud de apoyo se hayan suscitado fuera del Distrito Federal; b) Hubiese sido cubierta la reparación del daño por los mismos hechos por parte del inculpado; c) De las constancias exhibidas en la solicitud, se advierta que la autoridad judicial que conoce del caso ha determinado mediante sentencia que ha causado ejecutoria la reparación del daño; d) Durante el trámite del apoyo cambie la situación jurídica de la víctima u ofendido; y, e) Cuando la víctima otorgue el perdón al probable responsable.

Ahora bien, al relacionar esta disposición con el artículo 2º, fracción XVII, del Reglamento de la Ley del Fondo de Atención y Apoyo a Víctimas del Delito para el Distrito Federal, que define a la reparación del daño como: *"la indemnización que se cubre a las víctimas del delito en términos de lo dispuesto por el Nuevo Código Penal mismo que comprende daño material y moral"*, en relación con lo dispuesto por el diverso 10 del mismo ordenamiento, que especifica que el apoyo económico mínimo, es un auxilio de emergencia a fin de disminuir parcialmente el impacto del delito, que no restituye plenamente el estado que tenía la víctima antes de ejecutarse la conducta delictiva, obtenemos que los apoyos que otorgue

el Sistema de Auxilio a Víctimas y, sobre todo los económicos, a través del Fondo que nos ocupa, no pueden identificarse con la reparación del daño.

Es por ello que las solicitudes de apoyo económico a dicho Consejo, no pueden ser conocidas por éste, cuando la reparación del daño hubiese sido cubierta, por los mismos hechos, de parte del inculpado, o bien, que de de las constancias exhibidas en la solicitud, se advierta que la autoridad judicial que conoce del caso ha determinado mediante sentencia definitiva, que ha causado ejecutoria la reparación del daño, ni cuando la víctima otorgue el perdón al responsable; es decir, la reparación del daño como pena principal en el reestablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes de la comisión del delito, resulta no sólo primordial, sino que su condena y entrega efectiva, hace nugatorio cualquier apoyo, salvo los relativos a la atención psicoterapéutica y médica de urgencia.

Por otra parte, una vez que se realice el análisis de constancias, documentos, pruebas y demás datos que integren el expediente de solicitud de apoyo, el Secretario Técnico dará cuenta al Consejo con la documentación que obre en el expediente, en la sesión que corresponda.

Asimismo, será el Consejo quien previa valoración, emita opinión sobre el tipo de apoyo que requiera la víctima para disminuir el impacto del delito y, al hacerlo, deberá considerar el daño psicoemocional y patrimonial sufridos, tanto por la víctima como por el ofendido. Una vez que se apruebe el apoyo que debe brindarse, éste se deberá ejecutar en un plazo no mayor de 30 días naturales, contados a partir del día siguiente al de la fecha de sesión, información que será remitida a la Procuraduría por conducto de la Secretaría Técnica, en términos del artículo 20, fracción II de la Ley, para su debido cumplimiento, así como al Comité Técnico del Fideicomiso, a efecto de que instruya a la Fiduciaria al respecto. En caso de que se determine el otorgamiento del apoyo económico, su importe deberá fijarse en cantidad líquida (artículos 30 y 35 del Reglamento).

Cabe aclarar, que en casos de emergencia por delitos de alto impacto social, como el secuestro, el homicidio, la violación, entre otros, el Secretario Técnico

pondrá a consideración del Presidente del Consejo (Procurador General de Justicia del Distrito Federal), la solicitud de apoyo de la víctima u ofendido del delito, y de ser procedente, se otorgará el apoyo económico de manera inmediata, informando al Consejo en la sesión ordinaria inmediata posterior a dicho otorgamiento, el motivo y justificación del apoyo brindado, solicitando a sus miembros la ratificación del mismo, de conformidad con el artículo 26 de la Ley (Artículo 31 del Reglamento).

Como anticipamos líneas arriba, el apoyo económico se fijará, en términos del artículo 32 del Reglamento en consulta, de acuerdo con la naturaleza del delito y las condiciones individuales de la víctima o del ofendido, así como el impacto de hecho criminal, tomando como base el salario mínimo general vigente del Distrito Federal, al momento del otorgamiento, de la siguiente manera:

- I.- De diez hasta cincuenta salarios;
- II.- De cincuenta hasta cien salarios;
- III.- De cien hasta ciento cincuenta salarios; y
- IV.- De ciento cincuenta hasta doscientos salarios.

De igual forma, se prevé la posibilidad de que excepcionalmente y si los recursos del fondo lo permiten, previo acuerdo expreso y por unanimidad del Consejo, se otorgue una cantidad mayor a las establecidas en líneas precedentes, siempre y cuando se justifique plenamente el uso y destino del apoyo económico; lo anterior independientemente de las pretensiones que formule la víctima.

Por su parte, los artículos 33 y 34 del Reglamento de la Ley en cita, son claros en señalar que las aportaciones económicas que se brinden a las víctimas u ofendidos, no serán de carácter suntuoso, se otorgarán por una sola vez en cada caso concreto y atenderán necesidades básicas que contribuyan a restituir el daño material y moral.

Finalmente, el artículo 43 del mismo ordenamiento, contempla los impedimentos y causas de improcedencia para el otorgamiento de apoyo económico a las víctimas u ofendidos del delito, a saber:

I.- Cuando de las actuaciones del Consejo se desprenda que la víctima u ofendido proporcionó datos falsos para el otorgamiento de dicho beneficio, independientemente de las sanciones establecidas en la ley de la materia;

II.- Cuando existan dos o más solicitudes en las que haya identidad de víctima u ofendido y el delito sea el mismo, aunque sean presentadas por distintas personas, siempre y cuando se hubiese determinado alguna de las solicitudes;

III.- Cuando no existan recursos disponibles en el Fondo para dicho otorgamiento;

IV.- Que la autoridad judicial hubiese dictado sentencia que haya causado ejecutoria condenando a la reparación del daño al procesado; y

V.- Las demás que se desprendan de la Ley o de este Reglamento.

En estos supuestos, el Consejo fundamentará y motivará la negativa que recaiga a la solicitud de apoyo, notificando personalmente al interesado su determinación.

CAPÍTULO IV
DIFERENTES FORMAS PARA EL PAGO DE
LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

4.1 EN DINERO.

Para una mejor comprensión del tema, es importante transcribir el artículo 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que señala lo siguiente:

"Artículo 42 (Alcance de la reparación del daño). La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión."

Ahora bien, indudablemente que una de las formas más comunes de cubrir o reparar el daño ocasionado por el delito es mediante la entrega de dinero; sin embargo, del contenido de la transcripción anterior, pareciera que es errado apuntar que la reparación del daño se traduce en una entrega de dinero, supuesto que en ninguna de las fracciones descritas se autoriza específicamente para ello.

No obstante, es insoslayable que, por regla general, el daño al bien jurídico tutelado por la norma penal, para ser resarcido, debe ser forzosamente determinado o determinable; lo que significa que el objeto material sobre el que

recae la conducta delictiva, tiene que tener una estimación de carácter económico y, consecuentemente, puede ser valuado o tasado en términos monetarios.

En efecto, la concepción económica del daño, se explica lógicamente porque, en algunos casos, sería prácticamente imposible resarcir o reestablecer la situación desequilibrada por el delito, si no hubiera una medida que permitiera estimar el resarcimiento que debe pagar el sujeto activo, al momento de ser condenado por sentencia definitiva, a la pena de reparación del daño.

En relación con el dinero, ha de distinguirse su concepto económico y su concepto jurídico. Desde el punto de vista económico, de acuerdo con Cassel: *"todo medio de pago generalmente aceptado y reconocido, es dinero"*.²⁰⁴

Las especies de dinero pueden clasificarse en tres categorías, a saber:

1.- Objetos que por su valor como mercadería son universalmente deseados y aceptados. En la mayoría de los países de corte democrático, el consenso se ha fijado en torno de los metales preciosos, especialmente el oro, sea que circulen bajo forma de monedas metálicas, o de monedas representativas como los billetes, con tal que puedan canjearse por el metal libremente.

2.- Papel moneda inconvertible, cuyo carácter proviene del curso forzoso o poder cancelatorio que le atribuye la ley, siendo su valor como mercadería nulo o muy inferior al valor legal.

3.- Billetes de banco emitidos por instituciones privadas, y depósitos bancarios en cuenta corriente que se movilizan mediante cheques. Esta tercera clase, se funda exclusivamente en la confianza pública de que en cualquier momento se podrá cambiar por igual cantidad de dinero de los otros dos tipos, a saber, dinero-mercancía o dinero de curso forzoso.*

²⁰⁴ CASSEL, Karl Gustav. TEORÍA DE LA ECONOMÍA SOCIAL, Traducción al español por Miguel Paredes, Quinta edición, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1960, página 100.

* Es innegable que en la economía moderna, la mayor parte de las operaciones de intercambio se realizan por medio de transferencias de depósitos bancarios

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, el dinero tiene un significado más restringido, porque en lo económico, dinero es: "*todo medio de cambio de curso legal.*"²⁰⁵

Esto significa que el dinero es la unidad ideal de valor creada por el Estado, así como los medios concretos de pagos representativos de esa unidad; de manera que, los objetos materiales que hacen referencia a aquella unidad ideal y que sirve como tabla de valor de toda clase de bienes, se le llama dinero en el lenguaje de los códigos.

Bajo este enfoque, el dinero es una cosa mueble, fungible, consumible y divisible en relación con la unidad ideal, de la cual, la pieza de dinero, es expresión, múltiplo o submúltiplo; además, se caracteriza por tener "*curso forzoso*", razón por la cual nadie puede negar el valor cancelatorio que el Estado le imprime al dinero, así como "*numeralidad*", calidad que alude a la medida de dicha aptitud cancelatoria que coincide con la idea del "*valor nominal*", aunque sea diferente a su "*valor adquisitivo*".

En materia de reparación del daño, el dinero tiene implicaciones de variada índole, ya que puede ser utilizado como garantía, o bien, como una de las formas de pagar el daño*; esto, al margen de que en algunos tipos penales, el dinero pueda erigirse en objeto material del delito mismo (V.gr. el robo).

Si vemos al dinero como garantía de la reparación del daño, debemos tener presente lo que señala el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, respecto de la libertad provisional bajo caución, en virtud de que la fracción I del artículo 556, ordena que para que un inculpado pueda hacerse acreedor a dicha medida, debe garantizar la reparación del daño (entre otros requisitos).

²⁰⁵ Real Academia Española, Op. cit., página 826.

* Recuérdese que el pago es cubrir satisfactoriamente una obligación o dar cumplimiento a la misma. Las obligaciones son de dar, hacer o no hacer; por lo tanto, el dinero sólo es una de forma de pago en su modalidad de dar. De este modo, cuando se condena al pago de la reparación del daño, se entiende que ha de cumplirse con la pena impuesta pero no quiere decir que necesariamente debe entregarse determinada cantidad de dinero para ese efecto, tal y como sucede en el delito de daño a la propiedad previsto en el artículo 239 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, donde el pago de la reparación del daño puede consistir en la compostura de la cosa que se haya deteriorado con el delito.

La naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar su libertad provisional, manifestará la forma que elige, con tal que conduzca a crear seguridad de que no procurará sustraerse a la acción de la justicia; en caso de ser omiso al respecto, el Ministerio Público, el juez o el tribunal, según la etapa procesal correspondiente, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución (Artículo 561, C.P.P.D.F.).

Ahora bien, el artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, enlista las distintas formas que puede adoptar la garantía que debe prestar el inculpado u otra persona física o moral en su lugar, para asegurar el cumplimiento de la reparación del daño, que son:

a) Depósito en efectivo, hecho por el inculpado o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello*.

b) Hipoteca otorgada por el inculpado o por terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía.

c) Prenda, en cuyo caso, el bien mueble deberá tener un valor de mercado de cuando menos dos veces el monto de la suma fijada como caución.

d) Fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente; y

e) Fideicomiso de garantía formalmente otorgado.

No es propio de la presente tesis, desarrollar todas y cada una de las garantías a comento, sino mostrar que dichas cauciones, en realidad, pueden traducirse en dinero líquido, es decir, en moneda nacional de curso corriente, al momento de hacerse efectivas en favor del ofendido o de la víctima; en el entendido de que no se entrega físicamente la prenda, ni el bien inmueble hipotecado, la póliza de fianza, o el billete de depósito, sino el dinero que corresponda a la cantidad que se haya garantizado con ellos.

Por otra parte, el dinero también puede ser empleado con carácter sustituto. Así, cuando se condena al reo a cubrir la reparación del daño derivado

*Es nota corriente que esta garantía sea expedida por Nacional Financiera, Sociedad Nacional de Crédito, a través de un billete de depósito.

de un delito de daño a la propiedad, por citar un ejemplo, es factible que éste pueda entregar a aquél una determinada cantidad de dinero para cubrir dicha pena, si la cosa se hubiere destruido con el delito.

Sin embargo, la lógica que tiene la reparación del daño, estriba en restablecer, primero, el estado cosas que guardaba el objeto material antes de la comisión del delito. Posteriormente, se debe buscar la restitución del bien materia del injusto; si esto no fuera posible, la entrega de otro bien de la misma especie y calidad y, en el último de los casos, el pago de su valor actualizado.

Lo anterior, demuestra que la entrega de dinero no tiene más que un efecto meramente sustituto en la reparación del daño derivada de algunos delitos, por esta razón el Código Penal vigente en la Ciudad de México, atribuye al dinero, una utilidad de saneamiento vinculada directamente con la naturaleza del delito de que se trate, en virtud de que, por regla general, no es dable condenar a una persona a entregar sumas de dinero como reparación del daño, sino que éste jugará un papel eminentemente subsidiario en la obligación resarcitoria.

A la regla anterior, se contraponen dos excepciones: La primera, que la naturaleza del delito rige la reparación del daño y, por tanto, algunos tipos penales engendran en la entrega de dinero, la satisfacción de la propia pena (V.gr. fraude, extorsión, robo, entre otros). La segunda excepción, tiene que ver con la reparación del daño moral, que siempre ha de cuantificarse en términos estrictamente económicos, según se detallará más adelante.

Es oportuno aclarar que cuando el objeto material de determinados delitos está constituido por dinero específicamente, la reparación del daño debe ser en moneda de curso legal y corriente en el país, es decir, en pesos mexicanos; esto, pese a que la conducta delictiva haya recaído en dinero de moneda extranjera, en términos de lo que dispone el artículo 8º de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, que en lo conducente, a la letra dice:

"Artículo 8º.- La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la

República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Este tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su Ley Orgánica...”.

Así, si el beneficio patrimonial derivado del delito de robo de un cheque en dólares se obtuvo en la fecha en que se consumó el delito, la reparación del daño será la restitución respectiva y de no ser posible, su equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio que rija en la fecha en que se realizó la conducta ilícita con la que se obtuvo tal beneficio, a solventarse al tipo de cambio establecido en el lugar y fecha de pago.

Ilustra lo anterior, el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, en la tesis XI.2o.51 P, visible en la página 1611, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIX, marzo de 2004, de rubro y texto siguientes:

"REPARACIÓN DEL DAÑO TRATÁNDOSE DEL ROBO DE CHEQUE EN DÓLARES. AL SER UNA PENA PÚBLICA PROCEDE SU CONDENA AL PAGO DE SU EQUIVALENTE EN MONEDA DE CURSO LEGAL AL TIPO DE CAMBIO QUE RIJA EN LA FECHA EN QUE SE CONSUMÓ EL DELITO. El artículo 30, fracción I, del Código Penal Federal establece que la reparación del daño comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de ésta; en tanto que el precepto 29 *ibídem*, dispone que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, equivalente, la primera -día multa- a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos y el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito; y el numeral 37 del propio cuerpo legal estatuye que la reparación del daño se mandará hacer efectiva en la misma forma que la multa; por

tanto, si el beneficio patrimonial derivado del hurto del cheque en dólares se obtuvo en la fecha en que se consumó el delito, debe establecerse que la reparación del daño será la restitución respectiva y de no ser posible, su equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio que rija en la fecha en que se realizó la conducta ilícita con la que se obtuvo tal beneficio, al tratarse de una sanción que tiene el carácter de pena pública y no de una obligación de pago contraída, a solventarse al tipo de cambio establecido en el lugar y fecha de pago, como lo dispone el artículo 8o. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.”

Así como la Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 121/2004, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de tesis 37/2004-PS, entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, consultable en la página 216, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXI, Febrero de 2005, cuyos rubro y texto, son del tenor literal siguiente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO TRATÁNDOSE DEL ROBO DE CHEQUE EN DÓLARES. AL SER UNA PENA PÚBLICA PROCEDE SU CONDENA AL PAGO DE SU EQUIVALENTE EN MONEDA DE CURSO LEGAL AL TIPO DE CAMBIO QUE REGÍA EN LA FECHA EN QUE SE CONSUMÓ EL DELITO. *Si el beneficio patrimonial derivado del hurto del cheque en dólares se obtuvo en la fecha en que se consumó el delito, debe establecerse que la reparación del daño será la restitución respectiva y de no ser posible, su equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio que regía en la fecha en que se realizó la conducta ilícita con la que se obtuvo tal beneficio, al tratarse de una sanción que tiene el carácter de pena pública y no de una obligación de pago contraída, a solventarse al tipo de cambio*

establecido en el lugar y fecha de pago, como lo dispone el artículo 8o. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.”

Finalmente, debe reconocerse que el punto rector en el tema que se menciona, es el reconocimiento de que una acción de reparación del daño tiene como supuestos fácticos la concurrencia de un resultado, identificado como la lesión al objeto de la acción (menoscabo material o moral a determinado bien jurídico) y su imputación al inculpado como obra suya; en consecuencia, en los asuntos del orden penal, al Ministerio Público le incumbe aportar tanto las pruebas para acreditar tales extremos, como también las concernientes al monto del daño y su cuantificación en dinero, si ese fuera el caso.

Lo anterior se concluye de la lectura del párrafo segundo del artículo 44 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, donde se especifica que: *“En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y probar su monto, y el Juez a resolver lo conducente”*.

4.2 EN ESPECIE.

La palabra *especie*, proviene del latín “*speciēs*” y se refiere fundamentalmente al: *“conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes.”* ²⁰⁶

En nuestro tema, otra de las formas de resarcir el daño, es mediante la entrega de un bien de la misma especie y calidad. Así lo autoriza la fracción II, del artículo 42, cuando dice que: *“si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.”*

Tal y como se verá con más detalle en el punto 4.5.2 del presente capítulo, esta modalidad de la reparación del daño, tiene lugar cuando no es factible devolver la cosa obtenida por el delito, o bien, cuando ésta se hubiese destruido,

²⁰⁶ Idem, página 975.

circunstancias que permiten al juzgador ordenar la entrega de un bien distinto de aquel que fue objeto del delito, a condición de que éste sea fungible.

Por lo pronto, y sólo para fines meramente didácticos, resulta importante establecer que el artículo 763 del Código Civil para el Distrito Federal, precisa que los bienes muebles fungibles son los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

El dinero, como vimos, es el bien fungible por excelencia, no obstante que esta calidad proviene no tanto de las características particulares que pueda tener, sino más bien de la subjetividad que posee; a una moneda antigua, a pesar de ser dinero, nadie se atrevería a calificarla de fungible.

La fungibilidad de las cosas se entiende en función de su comparación con otras, es decir, un bien será fungible cuando existan otros como él.

De esta forma, si un robo se perpetra contra una camioneta propiedad de una empresa de mensajería, cuya mercancía son libros antiguos, camisas y pinturas del siglo XIX, puede decirse que las camisas son fungibles porque son susceptibles de ser reemplazadas por otras de la misma especie, calidad y cantidad, en cambio, los libros y pinturas de referencia, difícilmente pueden ser reemplazados por otros, en función de su escasez.

En el caso de las pinturas y libros antiguos se dice que dichos objetos son no fungibles y, por ende, la reparación del daño consistirá, en caso de que la mercancía se hubiese perdido o destruido, en el pago de su precio actualizado (artículo 42, fracción II, N.C.P.D.F.) donde entrarían en juego otros elementos como el valor y la cotización en el mercado de tales piezas. En cambio, la reparación del daño respecto de las camisas puede hacerse consistir en la entrega de un objeto igual al que fuese materia del robo sin necesidad de recurrir a prueba pericial.

4.3 TRABAJO EN BENEFICIO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.

Antes de abordar este tema, conviene precisar que esta figura no se confunde en manera alguna con la reparación del daño, ni entraña un cumplimiento subsidiario del mismo, según demostraremos más adelante.

El estudio del trabajo en beneficio de la víctima, obedece a que se trata de una institución jurídica que aparece en el escenario penal de la capital de la república mexicana, con la expedición del Nuevo Código Penal que rige en la demarcación, es decir, se trata de una institución sin precedente que de inmediato captó la atención del sustentante, debido a la intención ambiciosa con que parecía dibujarse desde la exposición de motivos que justificó su existencia.

En efecto, de acuerdo con la exposición de motivos del ordenamiento punitivo de la ciudad, el trabajo en beneficio de la víctima se presenta como una contribución para que la justicia tenga un verdadero sentido y cumpla con el cometido plasmado en nuestra norma fundamental.

Así, dicho texto legislativo establece, en lo conducente, lo siguiente:

"...señalamiento puntual requiere esta novedosa figura del trabajo en beneficio de la víctima que, sin duda habrá de contribuir a que las víctimas de delito que en estricto sentido no obtienen beneficio alguno con saber que los responsables cumplen una determinada condena, sin ver que los daños y perjuicios no les son cubiertos teniendo en consecuencia que enfrentar el drama solos y sin protección, por eso como una forma para contribuir a que la justicia tenga un verdadero sentido y cumpla con su cometido que está a plasmado en nuestra norma fundacional (sic), se prevé que el responsable de la comisión de un delito que haya causado daños y perjuicios, desarrolle una actividad remunerada cuyo producto se aplicará al pago de éstos, fuera de su horario habitual e indispensable para la realización de la actividad económica para su propia subsistencia, la jornada impuesta será establecida por el juez y se realizará en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o empresas privadas con las que el Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, tengan celebrados convenios, toda vez que será el Fondo el organismo que

opere esta modalidad de reparación del daño y, por tanto, solvente a las víctimas, por lo que la actividad será de interés público, se regula también el trabajo a favor de la comunidad con la diferencia de que éste no es remunerado...”.

Ahora bien, si al inicio de este apartado, sostuve que el trabajo en beneficio de la víctima no se confunde en modo alguno con la reparación del daño ni entraña un cumplimiento subsidiario o sustituto del mismo, procede entonces, descubrir su naturaleza, regulación, alcances y contenido, para luego ejercer crítica respecto de su operación y/o funcionamiento.

Ante todo, se debe tener presente que el trabajo en beneficio de la víctima es una pena, conforme lo dispone el artículo 30, fracción IV del Código Penal vigente en el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Artículo 30 (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad.”

La institución que nos mueve a reflexión, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 5º de la Carta Magna, cuya parte relativa, literalmente ordena:

“Artículo 5º.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

...

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.”

De los preceptos transcritos, se desprende que el trabajo en beneficio de la víctima, no puede tener otra naturaleza que la de pena, pues de lo contrario, se estaría violando lo dispuesto por el artículo 5º de la Carta Magna, al obligar al sujeto activo a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno conocimiento, lo que si bien entraña una situación políticamente debatible, pero jurídicamente resulta inaceptable.

De esta suerte, si convenimos que la institución de marras es una pena, debe sujetarse a las reglas genéricas para la imposición de penas contenidas en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 70, 71 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuya transcripción se omite en obvio de inútiles repeticiones.

Asimismo, resulta pertinente esclarecer que el trabajo en beneficio de la víctima se distingue del trabajo en favor de la comunidad no solo en que debe ser remunerado, sino también en que el primero se prestará en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en tanto que el segundo deberá proporcionarse en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas.

El porqué de esta última distinción, no se advierte de la lectura de la exposición de motivos, ni de los fundamentos contenidos en las tres iniciativas de ley que dieron origen al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; sin embargo, si se admite que el trabajo en beneficio de la víctima debe ser remunerado, resulta lógico que deba prestarse en instituciones que por la actividad que desarrollen, puedan brindar esa retribución económica que, a fin de cuentas, debería entregarse a la víctima –dispone la ley- en términos de la legislación correspondiente.

El trabajo en beneficio de la víctima se desarrolla en el capítulo V del Título Tercero dedicado a las "*Consecuencias Jurídicas del Delito*" en el Código Penal capitalino, y consiste en:

"La prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente." (artículo 36, N.C.P.D.F.)

Se cumplirá bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora y se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral.

La extensión de la jornada será fijada por el juez, que tomará en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado. Asimismo, se señala que podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutivo de la pena de prisión o de multa, según el caso y que además, cada día de prisión o cada día multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima.

Con lo anterior, baste para demostrar que el trabajo en beneficio de la víctima es una pena autónoma que no puede confundirse con la reparación del daño, aun cuando su orientación o finalidad sea la misma; asimismo, tampoco puede afirmarse que dicha pena resulte sustituta o subsidiaria de la pecuniaria de daño porque la legislación penal de la ciudad, sólo autoriza que el trabajo en beneficio de la víctima sustituya a la multa o a la prisión (artículos 36, 39, 84, fracción I y 85, N.C.P.D.F.).

Acerca del trabajo en beneficio de la víctima, como sustitutivo de las penas de prisión o de multa, y concretamente las jornadas de trabajo que sustituyen los días multa, debe señalarse que por algún tiempo, luego de que entrara en vigor este Nuevo Código Penal, se debatió respecto de si existía una contradicción entre lo dispuesto por el numeral 36, último párrafo y el precepto 39, primer párrafo, ambos del nuevo Código Penal, ya que respectivamente estipulan:

"Artículo 36. ...

Podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa, según el caso. Cada día de prisión o cada día multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad."

"Artículo 39. (Sustitución de la multa). Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla total o parcialmente por trabajo en beneficio de la víctima o trabajo a favor de la comunidad. Cada jornada de trabajo saldrá dos días multa.'

Ante tal circunstancia, algunos tribunales colegiados* señalaron que debía atenderse al principio de lo más favorable al condenado y, en consecuencia, aplicar el último precepto en cita, en atención a que le resultaba más benéfico al justiciable, pues la sustitución de los días multa es a razón de dos por cada jornada de trabajo.

Sin embargo, otros tribunales constitucionales** sustentaban el criterio de que no se trataba de un contradicción entre tales artículos, sino que contemplaban supuestos distintos, pues en el primero de los preceptos indicados, se alude a la imposición de esas jornadas como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa; en cambio, en el segundo de dichos numerales, se habla de dicha sustitución por trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad, pero en el caso de imposición como pena accesoria.

Los argumentos sustentados por uno y otro tribunales, dieron origen a la Contradicción de Tesis 9/2004-PS, que resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo los siguientes argumentos:

"...en consecuencia de lo anterior, y dado que del procedimiento legislativo no puede establecerse cuál fue la intención del legislador al establecer la forma de sustitución de la multa por trabajo a favor de la víctima o a favor de la comunidad, es necesario hacer una interpretación sistemática del esquema de sustitución en estudio. Así, el último párrafo del artículo 36 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto al trabajo a favor de la víctima o a favor de la

* Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIX, enero de 2004, Novena Época, Tesis I.2o.P.75 P, página 1543, de rubro: "JORNADAS DE TRABAJO. PARA SU IMPOSICIÓN DEBE ESTARSE AL ARTÍCULO 39 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL."

** Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 2494/2003, el once de diciembre de dos mil tres.

comunidad, señala lo siguiente: 'Podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa, según el caso. Cada día de prisión o cada día multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad.' Y el primer párrafo del numeral 39 del mismo ordenamiento, respecto a la multa, dice: 'Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla total o parcialmente por trabajo en beneficio de la víctima o trabajo a favor de la comunidad. Cada jornada de trabajo saldrá dos días multa.' De lo anterior se aprecia que el sistema de sustitución de multa por trabajo a favor de la víctima o a favor de la comunidad, establecido por la legislación penal del Distrito Federal contempla una regla general, contenida en el último párrafo del artículo 36, consistente en que un día de multa se sustituirá por una jornada de trabajo; y una regla especial aplicable para el caso de que el sentenciado sea insolvente y así lo acredite, prevista por el primer párrafo del artículo 39, consistente en que, en ese caso, una jornada de trabajo sustituirá dos días multa. En conclusión no hay contradicción entre los artículos 36, último párrafo y 39, primer párrafo, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el citado tema de la sustitución de multa por trabajo a favor de la víctima o a favor de la comunidad, puesto que ambos numerales integran un sistema complementario con una regla general y una especial."

Bajo tales argumentos, la Primera Sala de ese Alto Tribunal, aprobó la tesis de jurisprudencia 47/2004, consultable en la página 280, del tomo XX, agosto de 2004, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Materia Penal, cuyos rubro y texto, son del tenor literal siguiente:

"SUSTITUCIÓN DE MULTA POR JORNADAS DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA VÍCTIMA O EN FAVOR DE LA COMUNIDAD. LOS ARTÍCULOS 36 Y 39 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL NO SON CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ, SINO QUE INTEGRAN UN SISTEMA COMPLEMENTARIO. El sistema de sustitución de penas por trabajo en beneficio de la víctima o

en favor de la comunidad, establecido por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, contempla una regla general contenida en el último párrafo del artículo 36, consistente en que un día de prisión o de multa se sustituirá por una jornada de trabajo, así como una regla especial para el caso en que el sentenciado no pueda pagar la multa o sólo parte de ella, prevista por el primer párrafo del artículo 39, consistente en que en ese caso una jornada de trabajo saldará dos días multa. En esa virtud, no existe contradicción entre los referidos preceptos, pues ambos integran un sistema complementario con una regla general relativa a la sustitución de la prisión o de la multa, y una especial que sólo versa respecto a la sustitución de la multa. Por tanto, en atención al principio de especialidad establecido por el artículo 13 del código citado, y al de la aplicación de la norma más favorable que contempla el artículo 10, cuando se trata de la sustitución de multa por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, debe aplicarse la regla especial contenida en el indicado artículo 39, consistente en que cada jornada de trabajo saldará dos días multa.”

4.4 PLAZO PARA EL PAGO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

La palabra "plazo", proviene de latín "placitum" que significa convenido y denota el: "tiempo o término señalado para algo." ²⁰⁷

Por extensión, se denomina ordinariamente plazo, al lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un derecho futuro y necesario, al cual está subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho.

En Derecho, el plazo es la modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga el ejercicio de los derechos o se cumplen las obligaciones. A diferencia de la condición que es esencialmente contingente, el plazo se refiere a un hecho necesario, que fatalmente ha de ocurrir.

²⁰⁷ Real Academia Española. Op. cit., página 1784.

En el texto original del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la Republica en materia de Fuero Federal de 1931, se delegaba a la autoridad que debía cobrar la sanción pecuniaria (multa y reparación del daño) la fijación de los plazos para el pago de la misma, en función del monto a que ascendiera la misma.

De esta forma, si la sanción pecuniaria no excedía de cien pesos, se podía conceder un plazo de hasta ciento veinte días para pagarla en lo que se denominaba "*tercias partes*", siempre que el deudor comprobara estar imposibilitado de hacerlo en menor tiempo y otorgara garantía suficiente, a juicio de la citada autoridad ejecutora. En cambio, cuando la sanción excedía de cien pesos, se podía conceder un plazo hasta de seis meses para pagarla del mismo modo que la anterior (*tercias partes*), y sujeta a las mismas condiciones de imposibilidad y garantía expresadas en el párrafo anterior (artículo 39).

Posteriormente, por reforma de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, al adoptarse el sistema de salario mínimo como factor para cuantificar las sanciones, entre otras cosas, se estableció que si la sanción pecuniaria no excedía de treinta veces el salario mínimo, la autoridad a quien correspondiera el cobro de la misma podría conceder un plazo de ciento veinte días para pagarla por "*tercias partes*", pero si excedía de treinta veces el salario, era posible conceder hasta seis meses para su pago; igual que antes, en tales casos, se sujetaba el otorgamiento de los plazos respectivos, a que el deudor comprobara estar imposibilitado para hacerlo en menor tiempo y a que diera garantías suficientes, a criterio de la autoridad ejecutora (artículo 39).

Más tarde, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, se determinó que sería el juez quien debe fijar los plazos para el pago de la reparación del daño, tomando en cuenta el monto a que haya ascendido éste y la situación económica del obligado; condiciones que se perpetuaron hasta la aparición del Código Penal para el Distrito Federal de 2000 y continuaron vigentes hasta nuestros días.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 48, párrafo primero, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es el juez quien debe fijar el plazo para el pago de la reparación del daño, impuesto como pena al inculpado. El precepto en mención a la letra dice:

"Artículo 48 (Plazos para la reparación del daño). De acuerdo con el monto de los daños o perjuicios, y de la situación económica del sentenciado, el juez podrá fijar plazos para su pago, que en conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente".

De lo anterior, se infiere además, que al incluir dicha disposición la expresión "*podrá*", se otorga amplia potestad decisoria al juzgador para otorgar o no los plazos para el pago de la reparación del daño; para indicar si concede uno, dos o más, así como para establecer el tiempo que abarcará cada uno, a condición de que no se exceda de un año.

Es de aclararse que lo anterior, no representa una facultad absoluta y omnipotente del juzgador, sino que éste, debe regirse por su prudente arbitrio, el cual estará normado, desde luego, por el monto de los daños o perjuicios, así como por la situación económica del sentenciado, tomando en consideración, además, que el fin primordial de la reparación del daño es el de resarcir íntegramente el menoscabo ocasionado a la víctima y/o al ofendido.

Sirve de apoyo a lo anterior, el criterio sostenido por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Sexto Circuito, en la tesis de jurisprudencia número XXVI. J/1, visible en la página 1635, del tomo XIX, mayo de 2004, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyos rubro y texto a la letra dicen:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OTORGAMIENTO O NO DE PLAZOS PARA SU PAGO QUEDA AL PRUDENTE ARBITRIO DEL JUZGADOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR). Conforme al artículo 48, primer párrafo, del Código Penal para el Estado de Baja California Sur, que establece: "El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su

conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.”, se concluye que, ciertamente, al incluir dicha disposición la expresión “podrá”, se otorga amplia potestad decisoria al juzgador para otorgar o no plazos para el pago de la reparación del daño, pero ello no significa facultad absoluta, sino que debe utilizar su prudente arbitrio, que en el caso debe estar orientado por el monto que ha de cubrir y la capacidad económica del obligado, tomando en cuenta además que el fin primordial de la reparación del daño es el de resarcir íntegramente el menoscabo ocasionado al ofendido o a sus derechohabientes con motivo del delito cometido, lo que obedece al interés colectivo que prevalece para su cumplimiento, dada su naturaleza de pena pública.”

Para concluir este tema, solo resta decir que a la regla general examinada líneas arriba, respecto de las condiciones y plazo para la reparación del daño, se opone la excepción contenida en el artículo 296, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que se refiere a la reparación de daño a las víctimas del delito de tortura, donde se determina que el pago señalado en el artículo 48 de ese código, deberá realizarse en una sola exhibición.

4.4.1 PRESCRIPCIÓN.

La prescripción, señala Castellanos Tena, es: *“Un medio extintivo tanto de la pena cuanto de la acción penal. Opera por el solo correr del tiempo.”*²⁰⁸

Para Muñoz Conde, es: *“Una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos.”*²⁰⁹

En consecuencia, la prescripción no se trata sino de la pérdida, por el transcurso de cierto tiempo, de la atribución del Estado para ejercitar la acción penal contra el indiciado o para ejecutar la pena impuesta al condenado, es decir, se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido

²⁰⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., página 343

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Op. cit., página 420.

determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción.

Así lo demuestra, el contenido del artículo 94, fracción IX, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que contempla a la prescripción como una causa de extinción tanto de la pretensión punitiva como de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad.

Ahora bien, el artículo 105 del citado ordenamiento punitivo, establece que la prescripción es personal y que por ella se extingue la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y las medidas de seguridad, para lo cual, basta el transcurso del tiempo señalado por la ley; en tanto que el 106, señala que la resolución en torno de la prescripción se dictará de oficio o a petición de parte.

Acerca de lo anterior, el doctor Marco Antonio Díaz de León, apunta: *"la inactividad procesal no provoca de ninguna manera la 'prescripción de la acción penal' ... ni tampoco de la pretensión punitiva deducida, sino que tal situación produce efectos procesales (distintos a la prescripción) sui generis que son de derecho instrumental y no material, que se traducen en el proceso como decadencia (pérdida en un acto procesal), o bien como caducidad o perención de la instancia."* ²¹⁰

En efecto, la inobservancia del tiempo antes o fuera del proceso, produce prescripción, pero ya dentro de aquél se origina la preclusión por inactividad procesal (caducidad o perención de la instancia). Por ello es que el autor en cita, ejerce una fuerte pero acertada crítica, señalando que: *"Resulta inexplicable, pues, que sólo en materia penal sea donde existe una marcada ignorancia sobre la materia procesal en este aspecto de las consecuencias que produce el tiempo en el orden jurídico."* ²¹¹

Dejando de lado los avatares surgidos de ésta y otras disertaciones en torno de tales instituciones y su uso adecuado o no en la legislación penal, debe señalarse que el artículo 109 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal,

²¹⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Op. cit., página 624.

²¹¹ Idem, página 624.

establece que los plazos para la prescripción de la potestad para ejecutar las penas y las medidas de seguridad, serán continuos y correrán desde el día siguiente a aquél en que el sentenciado se sustraiga de la acción de la justicia, si las penas o las medidas de seguridad fueren privativas o restrictivas de la libertad. En caso contrario, desde la fecha en que cause ejecutoria la sentencia.

Por su parte, el artículo 116 del código sustantivo penal capitalino, es claro en señalar que, salvo disposición legal en contrario, la potestad para ejecutar la pena privativa de libertad o medida de seguridad, prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena, pero no podrá ser inferior a tres años.

Asimismo, establece que la potestad para ejecutar la pena de multa prescribirá en un año, en tanto que para las demás sanciones prescribirá en un plazo igual al que deberían durar éstas, sin que pueda ser inferior a dos años.

Sin embargo, es el último párrafo del citado artículo, el que deja en claro que la potestad para ejecutar las penas que no tengan temporalidad prescribirán en dos años *y la de la reparación del daño en un tiempo igual al de la pena privativa de libertad impuesta*. En cualquier caso, los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

Del análisis del precepto anterior, se infiere que la pena pecuniaria de reparación del daño, prescribe en un tiempo igual al de la duración de la pena privativa de la libertad, y que ésta prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena, pero no podrá ser inferior a tres años. Sin embargo, es de aclararse que no se sujeta la prescripción de la pecuniaria a la prescripción de la privativa de libertad, por lo que, si al autor de un determinado delito se le impone, por ejemplo, una pena de dos años de prisión y además, se le condena a la reparación del daño consistente en la entrega de otro bien de la misma especie y calidad de aquel que fue objeto del delito, la potestad para ejecutar la pena de prisión prescribirá cuando menos en tres años, en tanto que la de reparación del daño lo hará en dos años, porque únicamente se sujeta al tiempo igual fijado para la privación de la libertad y no al de la prescripción de ésta.

Cabe destacar que la potestad para ejecutar la reparación del daño y todas las demás sanciones distintas a la pena o medida privativa de la libertad, se interrumpirá por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas. También se interrumpirá la prescripción de las penas pecuniarias (entre ellas la reparación del daño), por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación, haga ante la autoridad correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutarlas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil usando como título la sentencia condenatoria correspondiente (artículo 118, N.C.P.D.F.).

Es preciso resaltar que la autoridad competente para resolver la extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, es el órgano jurisdiccional, quien también está facultado para resolver lo procedente, en caso de que durante la ejecución de las penas o medidas de seguridad, se advierta que se había extinguido tanto la pretensión punitiva como la potestad de ejecutarlas; en la inteligencia que tales circunstancias, se plantearán por la vía incidental ante el órgano jurisdiccional que hubiere conocido del asunto (artículos 119, párrafo segundo y 120, N.C.P.D.F.).

4.4.2 PREFERENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO ANTE CUALQUIER OTRA SANCIÓN PECUNIARIA Y OBLIGACIÓN POSTERIOR.

Pese a que la intención del legislador del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, fue la de dar a la reparación del daño el carácter de pena pública y con ello, relevar al ofendido o a la víctima, de la carga que implicaba para su cobro, el azaroso e intrincado camino del proceso civil, en realidad no dotó a la institución resarcitoria, de los mecanismos suficientes para cumplir su cometido.

En efecto, la redacción del texto original de ese ordenamiento punitivo, cuya vigencia en la capital de la República se prolongó hasta hace poco tiempo, establecía que la obligación de pagar el importe de la sanción pecuniaria, era

preferente a cualquiera otra de las obligaciones personales contraídas con posterioridad al delito. Así, el artículo 33, expresamente decía:

"Artículo 33.- La obligación de pagar el importe de la sanción pecuniaria es preferente y se cubrirá primero que cualquiera otra de las obligaciones personales que se hubieren contraído con posterioridad al delito."

Así redactado, las expectativas eran sin lugar a dudas alentadoras, pero al final estériles. Si bien buscaba remediar el mal que implicaba la insolvencia del delincuente ante las consecuencias del delito, se daba paso a la injusticia, supuesto que la reparación del daño y la multa, como especies de la pena pecuniaria, se anteponían a otras obligaciones que pese a su gran importancia, se veían desmerecidas por el ordenamiento penal.

No fue sino hasta la primera gran reforma penal federal, ocurrida en los años ochenta, cuando se dio un giro decisivo en la concepción de la multa y la reparación del daño, que mantendría a la pena pecuniaria con el papel protagónico que le caracterizaba en la escena nacional, pero dejando de lado su sentido absolutista, pues para efectos de garantizar su pago, debían considerarse relaciones no menos importantes, como las alimentarias o del trabajo.

Así, la exposición de motivos del decreto por el que se modificó el artículo 33 del ordenamiento penal de cuenta, expresamente, decía:

"La reforma al artículo 33 define que la obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras obligaciones contraídas con posterioridad al delito, como indica el texto actual, pero exceptúa de esta prelación a las obligaciones referentes a alimentos y a relaciones laborales, habida cuenta de que los acreedores alimentarios o laborales del infractor no tienen por qué sufrir en agravio de sus legítimos intereses, cuando es posible evitar, las consecuencias de la conducta delictiva del deudor."

De este modo, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el trece de enero de dos mil cuatro, el artículo 33 del citado ordenamiento, quedó redactado como sigue:

"Artículo 33.- La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales."

La misma redacción se mantuvo hasta el Código Penal para el Distrito Federal vigente en el periodo 2000-2002, y continúa en el Nuevo Código Penal de la ciudad.

Es importante decir, que de las tres reformas que fueron presentadas por los principales partidos políticos del país, como iniciativa de Código Penal para el Distrito Federal, se destaca por su contenido y originalidad, la del Revolucionario Institucional, cuya propuesta en cuanto al tema, decía:

"Artículo 46. La obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el delito es preferente con respecto a la multa y a cualesquiera otras obligaciones asumidas con posterioridad a la comisión del delito, a excepción de las alimentarias y las laborales, salvo cuando se demostrare que estas últimas fueron contraídas para evitar el cumplimiento de aquéllas."

Como se aprecia, este proyecto puso especial énfasis en dos cuestiones que me parecen fundamentales: La primera, que la reparación del daño sería considerada como preferente respecto de la multa y de cualquier otra obligación asumida con posterioridad a la ejecución del delito y, la segunda, que las obligaciones alimentarias y laborales, serían consideradas por encima de dicha pecuniaria, salvo que se demostrare que fueron contraídas para evitar el cumplimiento de la reparación del daño.

De esta forma, el párrafo primero, del artículo 44, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, donde se plasmó esa idea, quedó como sigue:

"Artículo 44 (Preferencia de la reparación del daño). La obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquiera otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad a la comisión del delito, salvo las referentes a alimentos y relaciones laborales."

Ahora bien, si leemos cuidadosamente el contenido del artículo 33 del Código Penal de la capital abrogado, y lo comparamos con el diverso 44 que

acabamos de citar, veremos que el avance en el tema es verdaderamente loable y no superficial como aparentemente lo califica Rodrigo Quijada, quien sobre el particular expone: *"Mantiene el legislador la preferencia de pago en la reparación del daño en los mismos términos que el código derogado, con las excepciones referentes a alimentos y relaciones laborales."*²¹²

Esto es así, porque de ninguna manera puede decirse que el Código Penal vigente en la Ciudad de México, mantiene a la reparación del daño con la misma preferencia que el código derogado, dado que como ya se expuso, en los textos de los anteriores códigos que establecían dicha preferencia, no se registraba la supremacía de la reparación del daño sobre las penas de su misma especie.

Por ello, si bien no se trata de vanagloriar el trabajo legislativo que se analiza, ni de arremeter contra las opiniones de algunos juristas, es válido sostener, en cambio, que la redacción actual de la ley en comento, contribuye a un mejor resarcimiento del daño surgido a consecuencia del delito, atento a que se dejan de lado estériles discusiones acerca de su preferencia sobre otras penas pecuniarias como son la multa y la sanción económica, que pese haber sido concebidas como tales en el código penal abrogado, en su momento no se destacó la predilección de la reparación del daño sobre aquéllas, y con ello, se les mantuvo en el mismo plano o nivel preferencial.

Como se observa, la importancia de la reforma, radicó en elevar a la reparación del daño de ese horizonte paralelo en que se mantenía con la multa y la sanción económica; de ahí, que resulte legítimo afirmar que la pena pecuniaria de estudio primordial en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es la reparación del daño; de donde se sigue que, su imposición, debe justipreciarse por el juzgador de manera especial y preferente sobre cualquier otra obligación, salvo las excepciones que la propia ley consigna. Ello, con la atención y respeto irrestricto, de la garantía constitucional consagrada en el artículo 20, Apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹² QUIJADA, Rodrigo. NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMENTADO Y ANOTADO. Editorial Ángel Editor, México, 2003, página 167.

4.5 ALCANCES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

A decir de Reyes Echandía, desde tiempos de Enrique Ferri, la reparación del daño sufrido por las víctimas se ha considerado desde tres expectativas: "a) *Como obligación del delincuente hacia la parte ofendida; b) Como sanción con que se sustituya la pena de reclusión en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales, y c) Como función social perteneciente al Estado en interés directo del particular ofendido, aunque también en interés directo y no menos real de la defensa social.*" ²¹³

Hemos insistido que la realización de una conducta, típica, antijurídica y culpable, esto es, la ejecución de un delito, genera responsabilidad penal para quienes lo llevan a cabo y para los que contribuyen a su realización, pero también se ha dicho que la perpetración de ciertas conductas tipificadas en la ley penal como delitos, dan lugar a la reparación del daño; esto es, que cuando el delito ocasiona un daño, lesión o menoscabo en la esfera patrimonial de una persona, debe su autor, responder por ello.

Algunos de los detalles en torno de las disertaciones acerca de la naturaleza civil de la reparación del daño, pueden encontrarse en el capítulo I de este trabajo, por lo que en esta oportunidad, sólo nos avocaremos a las consideraciones respecto de los alcances de la reparación del daño, concebido como pena pecuniaria en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Vale la pena decir también que, sobre este tópico, el código represivo vigente, resultó innovador respecto de su predecesor en la capital mexicana, pues ciertamente, el anterior instrumento penal de efímera vigencia y redacción análoga al Código Penal Federal, limitaba la reparación del daño a tres aspectos fundamentalmente: la restitución, la indemnización y el resarcimiento, de tal suerte que su artículo 30 consignaba lo siguiente:

"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;

²¹³ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op.cit., página 300.

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.”

Actualmente, el Nuevo Código Penal de ya no tan reciente manufactura, expande el rango de acción de la reparación del daño y en su artículo 42, nos habla de los alcances de esta pena pecuniaria, al establecer:

"Artículo 42 (Alcance de la reparación del daño). La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

A continuación se desarrollaran a grandes trazos y por separado, cada uno de los aspectos que comprende el dispositivo de cuenta; asimismo, se desentrañará su contenido y trascendencia, al igual que sus limitaciones.

4.5.1 RESTABLECIMIENTO DEL *STATU QUO*.

Con esta locución latina, nos referimos a la primera y más importante función de la institución que nos ocupa, el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban, antes de la comisión del delito; así lo señala el artículo 42, fracción I del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuando dice: "*La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate: I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito.*"

Esta modalidad no se contemplaba tal cual en el Código Penal para el Distrito Federal abrogado. Sin embargo, ello no se traduce ni en un desacierto del legislador ni representa una innovación por parte de los assembleístas que idearon el nuevo ordenamiento penal de la ciudad; más que esto, el que se haga una referencia explícita al hecho de que las cosas deben ser devueltas al estado que guardaban antes de la comisión del delito, me parece una mera precisión carente de sustancia.

Reparar el daño producido por el delito, entraña de suyo, la noción de retrotraer las cosas al orden que tenían antes de la comisión del delito, por lo que especificarlo y plasmarlo de modo literal en la ley penal, no dice absolutamente nada ni provoca nada, pues la institución resarcitoria busca de modo primordial, traer de vuelta el *estato quo* quebrantado por el delito.

Pese a lo anterior, debe admitirse que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, muestra que el restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes de la comisión del delito, puede resultar la mejor forma de sanear los daños producidos por el mismo. Así lo informa el artículo 349, fracción I, del citado ordenamiento, cuyo texto fue modificado por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el trece de enero de dos mil cuatro, para quedar como sigue:

"Artículo 349.- Para los efectos del presente Título, la reparación del daño se ordenará a petición del Ministerio Público u oficiosamente por el Juez, e incluirá además:

I. La realización de las acciones necesarias para restaurar las condiciones de los elementos naturales afectados al estado en que se encontraban antes de realizarse el delito, cuando ello no sea posible, la ejecución de acciones u obras que permitan compensar los daños ambientales que se hubiesen generado, y si ninguna de ellas fuera posible, el pago de una indemnización que se integrará a los recursos del fondo ambiental público previsto en la Ley Ambiental del Distrito Federal...”.

No obstante lo anterior, aun cuando el Código Penal de cuenta, incorpora en este tipo en particular una sanción secundaria y específica para reprimir las conductas que atentan contra el medio ambiente de la Ciudad, no por ello el legislador amplió el espectro de protección de la norma, sino que la tornó más específica, lo que revela que a pesar de que en los tipos penales no se señale al reestablecimiento como forma específica de reparación del daño, ello no significa que esta no pueda operar.*

En suma, retrotraer las cosas al orden que guardaban *ex delicto*, es la aspiración suprema o el objetivo fundamental de la obligación resarcitoria, sin embargo, ese es solo un aspecto de la pena de reparación del daño. Por tanto, en caso de cubrir de esa manera la afectación producida por el injusto, el juez deberá especificar en la sentencia, si con ello, los aspectos restantes de la pecuniaria en boga, fueron satisfechos o no, sin perder de vista, que la reparación del daño está sujeta a la naturaleza del delito y que además, será fijada según el daño o perjuicios que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso, a cuya aportación está obligado el Ministerio Público, so pena de ser sancionado con cincuenta a quinientos días multa (artículos 43 y 44, N.C.P.D.F.).

4.5.2 RESTITUCIÓN DE LA COSA OBTENIDA.

La restitución, anota el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, es: *“Un beneficio en virtud del cual la persona que ha recibido daño o lesión en su patrimonio, logra*

*En el delito de daño a la propiedad, el activo puede reconstruir o mandar reconstruir el objeto materia de afectación y con ello, habrá devuelto las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del delito, lo que desde luego, será suficiente para tener por satisfecho ese aspecto de la reparación del daño.

que las cosas se repongan al estado o situación jurídica en que se encontraban con anterioridad al momento en que se produjo dicho daño o lesión.” ²¹⁴

Para los españoles Mapelli y Terradillos, restituir significa: “*devolver la misma cosa en el estado en que se encontraba antes de la comisión del delito pero... no se trata de reponer las cosas en la situación anterior a la comisión del delito –lo que en ocasiones no supondría resarcimiento alguno–, sino de hacerlo precisamente de forma que éste quede asegurado.”* ²¹⁵

La fracción II, del artículo 42, del cuerpo de leyes a estudio, dice:

"Artículo 42 (Alcance de la reparación del daño). La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial...".

Analizando la fracción anterior, tenemos que en principio la reparación del daño entraña la devolución de la cosa obtenida por el delito, pero no únicamente la entrega del objeto en si, sino que ese reembolso debe incluir los frutos y accesorios.

Para fines meramente didácticos, debemos recordar que por *fruto* se entiende aquello que una cosa produce, esto es, todo crecimiento, multiplicación, aumento, emolumento o rendimiento cualquiera que éste sea, sin alteración ni disminución de su sustancia. En tanto que, las cosas *accesorias*, son aquellas cuya naturaleza y existencia, están determinadas por otra cosa de la que dependen o a la que están adheridas.

De esta forma, sólo cuando no sea posible la restitución del objeto del delito, incluidos sus frutos y accesorios, se procederá al pago de su valor actualizado.

²¹⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, CÓDIGO PENAL ANOTADO, Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, página 183.

²¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan Terradillos Basoco, LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, tercera edición, Editorial Civitas, Sociedad Anónima, España, 1996, página 239.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el criterio sostenido por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.9o.P.33 P, consultable en la página 1348, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, tomo XIX, mayo de 2004, que a la letra dice:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. ES INDEBIDA SU CONDENA SI ÚNICAMENTE COMPRENDE LA RESTITUCIÓN DE LOS OBJETOS OBTENIDOS POR EL DELITO Y NO EL PAGO DE SU VALOR ACTUALIZADO, MÁXIME SI EN EL PROCESO QUEDÓ PROBADO QUE NO FUERON RECUPERADOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El artículo 42, fracción II, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal dispone que la reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate, la restitución de la cosa obtenida por el delito incluyendo sus frutos y accesorios, y si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Por tanto, si se condena a los sentenciados únicamente a la restitución de los objetos obtenidos por el delito de robo calificado, y no al pago de su valor actualizado, máxime si en el proceso quedó probado que dichos objetos no fueron recuperados, tal determinación debe estimarse indebida, pues limita a esa única modalidad el cumplimiento de la pena, en contravención a la citada norma y al fin primordial de la reparación del daño consistente en resarcir el menoscabo patrimonial ocasionado al ofendido o a sus derechohabientes, en razón del delito de que se trate."

Así pues, en relación con el daño material, el sistema adoptado por el ordenamiento sustantivo penal capitalino, tiene dos grandes vertientes para su cumplimentación, a saber: la primera, la restitutoria, consistente en devolverle al ofendido la cosa materia de la acción delictiva, y si ésta produce fruto o si por su naturaleza es susceptible de acumulación, entonces deberá resarcírsele de ello, en tanto que, cuando hubiere tenido menoscabo deberá hacerse el pago del mismo; y, la segunda, si la restitución no fuere posible, entonces deberá pagarse la cosa, consistente en el daño material, así como una indemnización por el perjuicio

ocasionado. De esto se infiere que el Código Penal en consulta estatuye, por una parte, como reparación del daño, la restitución con sus consecuencias y, por la otra, el pago y la indemnización, lo que consecuentemente se traduce en obligaciones de dar.

Ahora bien, cuando no pueda restituirse la cosa deberá devolverse otra de la misma especie y calidad, y, si esto no fuera posible se deberá entregar su valor actualizado.

Desde este ángulo, es imprescindible dar significado al concepto de "valor". En efecto, partimos de que el daño producido por el delito, debe ser susceptible de estimación económica para que pueda ser resarcido, amén de que, para efecto de la reparación del daño, el bien jurídico que se lesiona con el injusto, también debe tener una estimación económica.

Por tanto, en los términos postulados en la fracción II, del artículo 42, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, debe entenderse que en caso de que la cosa no pueda ser restituida, se deberá entregar su "valor actualizado", determinado por el grado de utilidad o aptitud de la cosa, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite, y engendra, además, la idea de rareza, es decir, insuficiencia de la cantidad existente con relación a la cantidad requerida (escasez).

Para mejor comprensión del tema, se invoca por identidad jurídica, la tesis VII.2o.P.12 P, sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, visible en la página ochocientos diecisiete, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XII, Julio de 2000, cuyos rubro y texto son del tenor literal siguiente:

"ROBO DE CHEQUE EN BLANCO. PARA ESTIMAR SU CUANTÍA ÚNICAMENTE DEBE ATENDERSE AL VALOR INTRÍNSECO DE LA COSA ROBADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Si el activo se apodera de un cheque en blanco perteneciente al pasivo y posteriormente le escribe los datos relativos, falsifica la firma de la persona o personas autorizadas para librar el documento y logra cobrar

éste ante la institución librada, el valor de lo robado no puede ser el equivalente a la suma cobrada, puesto que ésta se logró a virtud de una conducta diversa, cual es la falsificación, que se hizo con posterioridad al robo, el que por otra parte, quedó consumado con el apoderamiento mismo del documento, por lo que el valor intrínseco de este último, resulta ser el de su simple material (papel) y hechura (impresión), costeados por la institución de crédito respectiva, por lo que esto es lo que debe tenerse en cuenta para determinar el monto de lo robado, atendiendo a que el artículo 173 del Código Penal para el Estado señala en el párrafo cuarto de la fracción I, que para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor de cambio de la cosa robada.”

Desde luego que el valor actualizado deberá ser determinado por peritos especializados en la materia, salvo que se trate de bienes fungibles, en cuyo caso, estipula el artículo en estudio, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.

Cabe decir, que los dictámenes habrán de ser rendidos por expertos en el ramo, pues siempre que para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos, quienes deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deben dictaminar, si la profesión o arte están legalmente reglamentadas (artículos 162, 171, 175 y 254, C.P.P.D.F.).

En ese tenor, para rendir su informe o dictamen, los peritos practicarán todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte les sugiera y expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento; por tanto, los dictámenes de valuación que se emitan con base en las declaraciones de los afectados, no pueden tener valor probatorio pleno.

En apoyo a lo anterior, se cita la tesis de jurisprudencia I.2o.P. J/42, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la página 37, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tomo 56, agosto de 1992, Octava Época, de rubro y texto siguientes:

"ROBO. VALOR PROBATORIO DE LOS DICTÁMENES DE VALUACIÓN EN SENTENCIA. *Los dictámenes de valuación que se emitan con base en las declaraciones de los afectados, no pueden tener valor probatorio pleno, en virtud de que serán omisos en expresar los hechos y circunstancias en que se apoyarán para estimar el preciso intrínseco que corresponda a cada objeto a que se refieran los ofendidos, pues es lógico que no exista certidumbre de si en efecto son veraces el número, el uso y la calidad descritos; por tal motivo y de conformidad con el artículo 175 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, esas periciales, aunque eficaces para todos los efectos hasta antes de que se dicte el fallo, no lo son para sentenciar; por lo que, en el caso y cuando por su naturaleza, no sea posible fijar su valor, para calcular la sanción, debe aplicarse el párrafo primero del artículo 370 del Código Penal para el Distrito Federal o 371 del mismo ordenamiento por ser lo que más favorece al acusado, atento al principio de "In dubio pro reo", pero a la vez no podrá existir base para condenar al pago de la reparación del daño, pues de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 del Código Penal aplicable, el mismo debe fijarse en razón del detrimento patrimonial realmente causado."*

4.5.3 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Continuando con el esquema desarrollado respecto del alcance de la reparación del daño, compete ahora ocuparnos del relativo al daño moral.

El artículo 42 fracción III del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que, según la naturaleza del delito de que se trate, la reparación del daño, también comprende: *"la reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima."*

Una vez ubicada la figura materia de estudio del presente trabajo dentro del ordenamiento punitivo local, procederemos a su análisis.

A. Concepto de daño moral.

Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos?.

Si se escudriña regularmente, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo. Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima.

El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima o el ofendido tenga un interés jurídicamente reconocido. Por tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico; intereses, que pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

En este contexto, debemos entender que los llamados "*daños morales*", son los infligidos a las creencias, sentimientos, dignidad, estima social, salud física o psíquica; es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de

personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho antijurídico.

Ahondando un poco en el tema, debe decirse que la noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: a) la naturaleza del interés lesionado, y b) la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado. Luego, el daño moral es daño no patrimonial, y éste a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial.

Daño Moral es pues, aquel perjuicio sufrido a la "psique" de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de un individuo a través de un agravio a su dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1916, define al daño moral como: *"la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás."*

El concepto de daño ha quedado suficientemente desarrollado en el capítulo I de la presente tesis, por lo que, para los efectos que ahora nos atañen, tomaremos solamente la postura más integral del daño moral que es la que incluye, además del menoscabo físico y espiritual, la privación de posibilidades existenciales reflejadas en la conducta cultural, estética sensitiva, sexual, intelectual, mismas que deben ser resarcibles.

Dentro del derecho positivo mexicano encontramos fundamentos para desarrollar el necesario y complejo conjunto de instituciones que protejan los derechos de la personalidad, merced de la ratificación que ha hecho México de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José Costa Rica.*

*Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José Costa Rica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el nueve de enero de mil novecientos ochenta y uno.

B. Marco Histórico.

En la época de la venganza privada, los atentados contra el honor se reprimían con mayor severidad que los daños materiales.

En su última etapa, Roma admitía la reparación del daño moral en una gran cantidad de esferas. Así, se concedía una acción de reparación a los que sufrían en el afecto que experimentaban por su familia, en la "*pietas*" que le debían al testador, en la simpatía que sentían por los extraños, o en el amor que profesaban por la cosa pública, a aquellos que se veían privados del placer que obtenían de una cosa, de la paz, incluso de la tranquilidad de que gozaban; a aquellos que sufrían o eran lesionados, aun cuando su capacidad para el trabajo se conservara completa; así como a los que eran heridos en sus sentimientos religiosos o en su honor.

Desde ese punto de vista, el derecho romano no hacía diferencia alguna entre la responsabilidad de un contrato que no le causaba al acreedor sino un daño moral, daba lugar a reparación, en aplicación de un principio general de todos los "*bonae fidei judicia*": "*In bonae fidei judicia affectus rationem habendam esse.*"

De tal suerte, Ihering citado por Henri Mazeud, sostenía que: "*la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho.*" ²¹⁶

El antiguo derecho francés, recogió la tradición romana, pero de una manera imperfecta, porque los autores no tuvieron sino un conocimiento incompleto de los textos legales. Esa laguna los condujo a establecer una distinción que el derecho romano no había hecho jamás entre la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual. Admitieron con bastante agrado que, en la primera de las esferas, el daño moral daba lugar a reparación, por ejemplo, para

²¹⁶ MAZEUD, Henri y otros, TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1977, página 429.

reparar el atentado inflingido al honor del marido, condenaban al abono de daños y perjuicios, a veces muy elevados, al cómplice de la mujer adúltera o también sancionaban los ultrajes causados a los muertos por la violación de sus sepulturas. En cambio, en la esfera contractual, los antiguos autores franceses se negaron categóricamente a admitir la reparación del perjuicio moral: el incumplimiento de un contrato no daba lugar al abono de daños y perjuicios a favor del acreedor sino con la condición de que este último pudiera establecer que por ese hecho experimentaba un perjuicio económico.

Es la doctrina moderna la que, bajo la denominación de "*derechos de la personalidad*", llegó a elaborar una concepción filosófico-jurídica de ciertos valores inmateriales, inherentes a la esfera íntima del individuo. También desde antiguo se consagró el principio de que quien produce un daño tiene el deber de repararlo. La forma en que se responda, depende del tipo de sociedad de que se trate, y las soluciones, históricamente, han variado desde las taliónicas hasta la compensación pecuniaria. Esta última abarcó tanto la reparación debida por daño material como moral (*pecunia doloris*).

A fines del siglo XIX y principios del XX, la doctrina en su conjunto empieza a realizar planteamientos de orden axiológico sobre la posibilidad de compensar materialmente algo tan imposible de medida como el dolor, la humillación o el menoscabo de la honra. Se elaboraron así teorías como la de la reparación-sanción, la reparación-indemnización y la reparación-satisfacción. Hoy en día existe consenso entre los autores sobre la procedencia de esa reparación.

C. Daño moral resarcible: intereses no patrimoniales susceptibles de daño.

Desde hace algún tiempo, la doctrina viene afirmando que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, siempre que haya sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el derecho positivo.

Así, la doctrina clásica italiana, habla de: a) *daño moral objetivo*, identificado como aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración

social y, b) *daño moral subjetivo*, que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas.

Por su parte, la doctrina francesa, principalmente Mazeud y Tunc, hacen una distinción entre la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. De esta forma, separan: "*los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración, y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida.*"²¹⁷

En líneas generales, podemos decir que la doctrina distingue entre *daño moral directo* y *daño moral indirecto*, partiendo de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados (no se toma en cuenta la naturaleza que presupone esos intereses). En este sentido, el daño moral es *directo* si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial; será *indirecto* si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial.

Tal distinción no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptuar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De este modo se establece que, así como el daño patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

D. Caracteres que debe presentar el daño moral.

El daño moral, deberá ser *cierto*, pues precisamente porque el daño moral se halla fuera de la esfera pecuniaria, su realidad aparece con frecuencia, con mayor facilidad que la del daño material: mientras que resulta delicado a veces

²¹⁷ Idem, página 426.

determinar si un hecho entraña una pérdida de dinero para alguien, se descubre en seguida, por el contrario, la existencia de una ofensa al honor o a los sentimientos afectivos.

Inacumulable, el daño moral que hubiere sido reparado ya no puede serlo una segunda vez; la cuestión de la acumulación de las indemnizaciones se plantea en términos idénticos que el daño material.

Finalmente, el daño moral deberá ser *personal* de quien demande reparación; pero eso no significa que no quepa quejarse de un daño moral, cuando sea la contrapartida de un perjuicio material sufrido por otro; por lo tanto, sería del todo inexacto rechazar, por no basarse sobre un perjuicio moral personal, la acción intentada por un padre para pedir reparación del pesar que experimenta por el hecho de la muerte de su hijo o, también, por el hecho de una enfermedad que aqueje a este último; al hacerlo, el padre no pide en modo alguno reparación del daño sufrido por su hijo, sino desde luego del perjuicio moral que lo afecta personalmente.

E. Cuantificación de la reparación del daño.

Para establecer la medida de la reparación del daño hay que acudir a las dos tesis enfrentadas.

Por una parte, las llamadas "*tesis punitorias*", que vinculan el daño moral con el daño patrimonial, a manera de que la reparación del daño moral, guarde razonable proporción con el monto del daño material, es decir, con el daño patrimonial reconocido; esto es, el resarcimiento del daño moral reconoce implícitamente, la reparación de perjuicios patrimoniales, si bien, se admite que hay conductas ilícitas que no producen daño patrimonial alguno, o que sólo afectan la esfera extrapatrimonial de la víctima, como intromisión en la privacidad o intimidad de una persona.

Por otro lado, si se conviene que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede

encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales.

La tesis que polariza la cuestión de la reparación, desde la perspectiva del agente del daño, descuida la perspectiva del titular del interés extrapatrimonial afectado.

Es verdad que poner la atención en la gravedad del ilícito puede, según las circunstancias, servir al juez para determinar el *quantum* indemnizatorio, pero atendiendo a esta gravedad, el ilícito será computable si existe un factor subjetivo de responsabilidad implicado (dolo o culpa), pero no en los casos de responsabilidad atribuida por un factor objetivo.

Resulta razonable concluir que, en esta materia, no es posible sentar un criterio apriorístico. La reparación del daño moral puede revestir comúnmente, el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito. Entonces ¿porqué excluir uno u otro al momento de cuantificar el monto de la indemnización?. La reparación cumple entonces, una función de justicia correctiva, que sintetiza a la vez, la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del daño en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etcétera) y la naturaleza punitiva o sancionadora de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad, entre otras cosas).

La reparación del daño moral si bien no atiende la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. El verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, de ahí que no se hable de "reparación" sino de "indemnización compensatoria" por vía de sustitución.

Sobre la cuantificación del daño moral, Mapelli Caffarena y Torradillos Basoco, opinan: "*La dificultad de monetarizar los perjuicios morales, que sigue, sin embargo, sobre el tapete, queda relativizada en ciertos casos. Así, en aquellos*

*delitos que redundan negativamente en la posición profesional o en las perspectivas económicas de las víctimas. La indemnización no hace aquí sino intentar restituir la situación de los damnificados y es determinable con criterios más o menos objetivos.”*²¹⁸

Por su parte, Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, argumentan: *“en ciertos delitos, la imposibilidad de valorar el daño moral sufrido por el ofendido o por sus herederos, obliga a tomar en consideración, todas aquellas circunstancias que dimanen de la naturaleza misma y de las consecuencias y de los efectos de la infracción de que se trate, siempre y cuando, esos daños morales, sean la natural e inmediata consecuencia del delito...”*²¹⁹

La legislación penal de la ciudad, establece que la reparación del daño moral, al igual que la que corresponde al daño material, debe ser fijada por los jueces en base al detrimento que sea preciso reparar, según las pruebas aportadas al proceso de que se trate (artículo 43, N.C.P.D.F.). De tal suerte que, en los términos propuestos por el ordenamiento penal, si no se acredita en el proceso penal tanto el daño moral como el material, a través de medios probatorios eficaces, en términos del numeral 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, difícilmente el impartidor de justicia, podrá adoptar otras medidas para fijar esa pena pecuniaria.

Por tales motivos, debe reformarse el código punitivo del Distrito Federal, para que se otorgue mayor libertad, a fin de que el juez pueda fijar, prudencialmente, la indemnización que corresponda a la víctima o al ofendido, tomando en consideración, no solo los lineamientos apuntados con anterioridad, sino también factores como la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva, los gastos de carácter económico, merced al delito de que fue sujeto pasivo. Circunstancia que si bien, ordena el artículo 72 del Código Penal de cuenta, se tomen en consideración al momento de individualizar

²¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan Torradillos Basoco. Op., cit., página 241.

²¹⁹ CALDERÓN CEREZO, A. y J. A. Choclán Montalvo. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Tomo I. segunda edición, Editorial Bosch, España, 2001, página 542.

una pena, la condición actual, aún dista mucho de acusar especificidad y claridad en el manejo de la institución resarcitoria.

F. Personas que pueden pedir reparación del daño moral (atentado contra los sentimientos afectivos).

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tienen derecho a la reparación del daño la víctima y/o el ofendido, y a falta de ellos, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

Al analizar los sujetos de la reparación del daño, señalamos que tanto las personas físicas y las morales podían adoptar la condición de sujeto pasivo del delito, ya sea como víctimas o como ofendidos.

En lo que atañe a las personas físicas, observamos que la legislación a estudio, limita ese derecho a pedir la reparación del daño, traducido en el pesar experimentado, digamos por la muerte del sujeto pasivo en un delito de homicidio, a sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, que regularmente se materializan en parientes consanguíneos, afines o al cónyuge.²²⁰

A diferencia de lo anterior, la reparación del daño moral que ha de pagarse a las personas morales reviste mucha mayor complejidad, tan es así que, a la par del tema relacionado con la responsabilidad penal de los entes jurídicos colectivos, de derecho público o privado, se viene discutiendo también si éstos tienen derecho o no a la reparación del daño moral.

Sin ir más allá de la problemática local, dada la escasez de espacio, debe señalarse que de conformidad con el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito

²²⁰ En un artículo intitulado "LA DIGNIDAD HUMANA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL", consultable en el sitio web: www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm, el maestro uruguayo Pedro J. Montano, señala lo siguiente: "El término "persona", al que se halla indisolublemente aparejada la idea de dignidad, se ha escogido para subrayar que el hombre no se deja encerrar en la noción de 'individuo de la especie', que hay en él algo más, una plenitud y una perfección de ser particulares, que no se pueden expresar más que empleando la palabra "persona". Se encuentra "des-ligada" por elevación, de la propia especie a la que pertenece. Por eso se dice que es "un ab-soluto": trasciende sus componentes materiales y los eleva hasta el rango de lo personal en lugar de quedar condicionado por ellos y se destaca ontológicamente de los demás integrantes de su propia especie."

Federal, el 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, de la consideración que de sí misma tengan los demás. De manera que el daño moral tutela la lesión a los derechos de la personalidad, también denominados extrapatrimoniales o inmateriales, pues la conculcación que se actualiza con este tipo de daño recae sobre bienes de naturaleza moral, clasificados en afectivos o subjetivos (sentimientos, creencias, vida privada, configuración y aspectos físicos), y sociales u objetivos (decoro, honor, reputación y la consideración que de la persona tienen los demás), que no pueden ser tasables o valorables, perfecta ni aproximadamente en dinero, por referirse a la persona en su individualidad.

Ahora bien, ahondando lo dicho en líneas precedentes, agregamos que el daño moral, cuenta con dos corrientes teóricas que pretenden demostrar su existencia: A.- La de la comprobación objetiva del daño; y, B.- La de la comprobación subjetiva de éste.

La primera de las corrientes teóricas mencionadas establece dos elementos a justificar para que proceda la demanda de indemnización por concepto de daño moral y son: a) La relación jurídica que vincula al sujeto activo o agente pasivo o agraviado; y b) La existencia del hecho y omisión ilícitos que lesionaron uno o varios de los bienes que tutela la figura (conducta antijurídica y realidad del ataque). Conforme a esta corriente, el daño moral no debe ser acreditado en su efectiva existencia, sino que se actualiza con el sólo acto antijurídico en que se fundamenta.

La segunda corriente teórica mencionada, exige la justificación de la existencia efectiva y extensión o gravedad del daño. Ahora bien, desde un punto de vista subjetivo, la prueba de la existencia del daño moral sería imposible, ya que atendiendo a la posición a veces irreconciliable de posturas entre los sujetos del delito, éstos nunca, o casi nunca, coincidirían en cuando a si un bien moral está o no verdaderamente conculcado, pues habrían tantos criterios subjetivos

sobre la actualización y certeza del daño y de su gravedad, como individuos que se expresaran al respecto.

Así pues, en los casos concretos, la acreditación del daño moral debe realizarse a la luz de los dos elementos referidos con antelación, mismos que constituyen la prueba objetiva de su existencia. Por tanto, si con las probanzas aportadas por el Ministerio Público en el proceso penal, se justificó la conducta ilícita por parte del delincuente, así como la realidad del ataque a los valores de la víctima u ofendida (reputación, prestigio mercantil o crédito comercial), producto de ese mismo delito, no cabe sino concluir que el daño moral quedó demostrado y deberá cuantificarse para su pago.

Al respecto, resulta ilustrativa la tesis I.110.C.65 C, sostenida por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1074, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVIII, julio de 2003, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

"DAÑO MORAL. SU EXISTENCIA TRATÁNDOSE DE SOCIEDADES MERCANTILES. *De lo previsto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que al daño moral se le considera como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, de la consideración que de sí misma tengan los demás; por lo que cuando en virtud de un hecho u omisión se lesione alguno de esos derechos, el responsable debe repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que también exista un daño material. De lo anterior, es claro que la ley concede una amplia gama de prerrogativas y poderes a las personas, precisamente para garantizarles el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, en tanto que dichas personas poseen esos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad reconocidos por la ley y tutelados a través de la*

determinación del deber general de respeto que impone a los terceros y que, como se ve, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente en contra de las legítimas afecciones y creencias de las personas contra su honor o reputación. Ahora bien, respecto de las personas individuales o físicas los derechos de la personalidad inherentes a su condición que se ven tutelados frente a los demás son los ya relacionados, es decir, los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración, aspectos físicos y la consideración que de la persona tienen los demás. En cambio, tratándose de sociedades mercantiles o comerciantes consideradas como tales, los bienes o valores que se protegen en el citado artículo son su reputación, la razón social, el prestigio y la libertad contractual, pues dichas sociedades al gozar de personalidad tienen el derecho de que les sean respetados los bienes inherentes a la misma, ya que son el fundamento de su existencia y actividad. Sin embargo, no es suficiente que una sociedad mercantil se estime atacada o vulnerada en su prestigio o crédito comercial, para que se considere titular de la acción judicial y pedir la reparación del daño moral, es decir, que la sociedad mercantil tenga sólo la creencia subjetiva de la imagen que de sí misma tienen los demás, sino que debe justificarse que esa imagen es la que realmente tienen de ella las otras personas, dado que como ya se ha puntualizado lo que se protege por la ley es que los valores de la personalidad no sufran ninguna afectación ante la sociedad, de tal manera que la imagen que se tenía de la persona se mantenga intacta y no se vea mermada ante los demás.”

De igual forma, se invoca la tesis sustentada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XXXV, localizable en la página 1010, que dice:

"DAÑO EN EL CRÉDITO DE LOS COMERCIANTES. *El crédito es para el comerciante un elemento muy esencial, y cuando vaya en su menoscabo, fácilmente se comprende que ha de redundar también en detrimento de su propiedad material. El crédito de un comerciante constituye un bien social de alta estima, y cuanto lo lesione, constituye un daño que puede llamarse moral, porque el crédito es inmaterial, fatalmente repercute en su situación económica y produce, como lógica consecuencia, daños patrimoniales. De aquí se concluye que, aun cuando fuera sostenible la tesis de que en nuestra legislación los daños propiamente morales no son susceptibles de reparación económica, no podría extenderse esa tesis a los daños que impropriamente se llaman morales, porque la causa que los origine, es de orden inmaterial, pero que por sí mismo, producen pérdidas patrimoniales, que pueden resarcirse pecuniariamente".*

También sirve de orientación a lo anterior, la tesis sustentada por la misma Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, volúmenes 217-228, Cuarta Parte, página 98, que dice:

"DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO. *Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque".*

Finalmente, se invoca la tesis de jurisprudencia VI.2o.P. J/10, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, consultable en la página 1618, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XX, septiembre de 2004, Novena Época, de rubro y texto siguientes:

"DAÑO MORAL. LA SOLA MATERIALIDAD DEL ATAQUE A LA INTEGRIDAD FÍSICA COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD ES

SUFICIENTE PARA ACREDITARLO Y EXIGIR SU PAGO A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN DE ORDEN ECONÓMICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El Código de Defensa Social de esa entidad federativa, a pesar de que establece como sanción pecuniaria la reparación del daño moral (artículo 51, fracción II), no define ese concepto, de manera que hay que acudir al Código Civil local, en cuyo precepto 1958 señala que: "El daño moral resulta de la violación de los derechos de la personalidad.", y como el numeral 75, apartado 3, de esa legislación, correspondiente al capítulo segundo, denominado "Derechos de la personalidad", prevé que con relación a las personas individuales, son ilícitos los actos o hechos que lesionen o puedan lesionar su integridad física; y el diverso precepto 1994 establece que: "Si la lesión recayó sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión a la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el Juez fijará el importe de la indemnización del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, la duración de la visibilidad, en su caso, así como la edad y condiciones de la persona.", mientras que los numerales 1988 y 1990 mencionan las disposiciones que habrán de seguirse cuando el daño produce incapacidad total permanente o incapacidad para trabajar que sea parcial permanente, parcial temporal o total temporal, es inconcuso entonces que cuando se lesiona la integridad física, como bien extrapatrimonial, el legislador consideró que se afecta el derecho de la personalidad y, por ende, es operante el daño moral con la sola materialidad del ataque, de manera que la huella o secuela de él constituirá no sólo la prueba exigida en ese caso por el artículo 50 bis del referido ordenamiento punitivo, para que el Ministerio Público pueda exigir su pago, de oficio, sino también una de las circunstancias que deberán atenderse para establecer el monto que por ese concepto, a título de indemnización de orden económico, debe pagar el delincuente; de ahí que esta nueva reflexión sobre el tema

obliga a este tribunal a apartarse de criterios anteriores en que sostenía que al margen del ataque material debía probarse la afectación al pasivo, como sustento del pago de daño moral.”

De lo anterior, se concluye que el daño moral es la afectación de derechos de la personalidad, y así lo interpretó la Tercera Sala de la Suprema Corte en abril de 1987, al señalar que la referencia a: *"los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás, son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del derecho civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente 'contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación' (Exposición de motivos de la reforma legislativa)."*²²¹

Las resoluciones antes mencionadas son prueba fehaciente de que la preocupación por dilucidar las cuestiones que suscita el daño moral, tiene excelentes perspectivas en el ámbito judicial.

Los tribunales federales en sus decisiones parecen estar dispuestos para dispensar a la persona la protección y salvaguarda de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentran los derechos de la personalidad. Así, podemos afirmar que la institución del daño moral avanza con paso firme para garantizar que la persona humana, principal destinataria, vea protegidos los elementos indispensables para su óptimo desarrollo psíquico y físico dentro de una

²²¹ Tercera Sala, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, tomo 217-228 Cuarta Parte, página 98, rubro: "DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN".

sociedad que cada vez torna más agresivos a sus integrantes, y en donde con mayor frecuencia se relativiza el valor del ser humano.

Finalmente, cabe señalar que según la fracción III, del artículo 42 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, la reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluye el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.

En consecuencia, resulta apegado a derecho que para la determinación del monto de esa condena, el juzgador o el tribunal, según la instancias, se apoye, por ejemplo, en un documento privado consistente en un presupuesto emitido por un profesional de la materia debidamente ratificado, pues tal prueba resulta suficiente y eficaz para cuantificar dicha condena al encontrarse corroborado por una opinión pericial y contener una erogación que necesariamente debe realizar la víctima del delito para recobrar su salud, lo que además encuentra sustento en la garantía que en favor de la parte ofendida se consagra en el artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Federal, en torno a la reparación del daño sufrido con motivo de la comisión de un delito.

Apoya lo anterior, el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.1o.P.21 P, consultable en la página 790, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo V, febrero de 1997, Novena Época, cuyo rubro y texto, son del tenor literal siguiente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. ES PROCEDENTE POR GASTOS FUTUROS. Una sana interpretación del artículo 30, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, después de la reforma de enero de mil novecientos noventa y cuatro, que contempla la obligación de pagar, por concepto de la reparación del daño, los tratamientos curativos que, como consecuencia del acto criminoso, sean necesarios para la recuperación de la salud del ofendido, conduce a la conclusión de que sí es procedente imponer tal sanción, aun por gastos que deban erogarse después de dictada la sentencia, pues a pesar de que

se refiere a "tratamientos curativos" y éstos suelen constar de cierto periodo, no condiciona su pago a que se agoten con antelación al pronunciamiento de dicho fallo. Sólo es necesario allegar durante la dilación probatoria de la causa, los medios de convicción enderezados a demostrar: a) la vinculación de la lesión materia del proceso con el tratamiento; b) que éstos sean ciertos y necesarios; y, c) el costo de esas intervenciones, dado que sólo de esa manera el encausado estaría en aptitud de ejercer la oportunidad de defensa encaminada a rebatir o desvirtuar cualquiera de esos extremos, mientras que el juzgador contaría con los medios probatorios soporte de su decisión, en la que, sin duda alguna, juega papel determinante su recto criterio."

4.5.4 RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS.

El artículo 42, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, menciona en su fracción IV, que la reparación del daño también comprende el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Según se afirmó en el capítulo I del presente trabajo, el perjuicio se identifica con la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido si dicho resultado delictivo no se hubiera producido.

Vale la pena reiterar, que mientras el daño emergente se refiere a algo que se hallaba, del modo que sea, en el patrimonio del perjudicado, y como tal realidad tiene un precio en el mercado, el perjuicio no se había hallado nunca en el patrimonio del perjudicado, toda vez que al referirse a un interés futuro, supone la pérdida de bienes que probablemente se hubieran obtenido.

Es de resaltar, que algunos autores, sobre todo españoles, se han cuestionado acerca de si existe alguna diferencia entre la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, porque al igual que la legislación mexicana, incluso la del Distrito Federal, no dicen nada al respecto. Así, para Antón Oneca, los legisladores y juristas modernos, no distinguen más que una forma de

resarcimiento por las consecuencias nocivas de la acción ilícita, sin embargo, destaca: *"la reparación de daños al referirse solo a las cosas cuyo precio es estimable, parece aludir a los daños emergentes, solo en las cosas, por lo que la indemnización de perjuicios...tendrá que comprender, respecto a los delitos que no recaigan sobre las cosas, tanto el lucro cesante como el lucro emergente."*²²²

Por su parte, los juristas Mapelli y Torradillos, señalan: *"Ni en el ámbito del derecho privado ni en el penal ha sido posible fijar diferencias sustanciales entre reparación de daños e indemnización de perjuicios. Quizá el criterio diferenciador más aceptado es el que entiende que la reparación va referida a las cosas y la indemnización a las personas, si bien, en ninguno de los dos casos el Derecho positivo impone esta interpretación."*²²³

En México, el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, si bien se refiere al Código Penal Federal, señala: *"aparte de la indemnización del daño material y moral se añade ahora, los perjuicios causados, y se quita la alusión a la víctima o a su familia. Esto se puede entender aunque hubiera sido preferible que el legislador se refiriera a la parte ofendida (que engloba a la víctima, a la familia y a cualquier otro sujeto). Ahora bien ¿qué los perjuicios causados no se hallan a caso comprendidos en la indemnización del daño material? ¿puede haber un daño material sin que se entienda asimismo los perjuicios causados?. Creo que no, razón por la que resulta inútil el añadido de 'los perjuicios ocasionados'."*²²⁴

Sin hacer mayores disquisiciones sobre el tema, solo resta subrayar que de conformidad a lo ordenado en la nueva legislación sustantiva penal del Distrito Federal, el resarcimiento de perjuicios debe hacerse de manera restrictiva; de tal suerte, que el lucro cesante, o ganancia probable, no puede presumirse pues el Ministerio Público está obligado a probarlo. De hecho, también el ofendido o la víctima, en caso de que intenten percibirlo como responsabilidad civil derivada del delito, tendrán la carga de probarlo, de modo que los jueces deberán rechazar

²²² ANTÓN ONECA, José. DERECHO PENAL. Segunda Edición, Editorial Ediciones Akal, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1986, página 662.

²²³ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan Torradillos Basoco. Op. cit., página 240.

²²⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá Y Rivas. CÓDIGO PENAL ANOTADO, Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, página 183.

toda solicitud que se realice sobre la base de meras hipótesis, cálculos o suposiciones.

Así parecen demostrarlo los artículos 43 y 44, párrafo segundo, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pues la cuantificación según el daño o perjuicio que sea preciso reparar, deberá estar sujeta a la pruebas obtenidas durante el proceso, y deberá fijarse en todo caso por el Juez, quien resolverá lo que en derecho proceda.

4.5.5 PAGO DE SALARIOS O PERCEPCIONES.

El último aspecto que comprende la reparación del daño, según el artículo 42, fracción V del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es el pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

La doctrina mexicana en el ámbito del Derecho del Trabajo, define al salario como: *"la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia, una existencia decorosa."*²²⁵

La Ley Federal del Trabajo vigente, señala en su artículo 82, que: *"Salario es la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo"*.

Asimismo, el artículo 84 del citado ordenamiento, destaca que: *"El salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo."*

En consecuencia, resulta desafortunada la redacción de la fracción V del artículo 42, del código represivo en estudio, toda vez que hubiera bastado con señalar que, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión, la reparación del daño comprenderá el pago del salario del trabajador, en su calidad de víctima u ofendido de tal delito, supuesto que el salario no puede

²²⁵ Mario de la Cueva, citado por MORALES DÁVALOS, José. Op. cit., página 202.

sino entenderse de la forma que describe el artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo.

Ahora bien, por cuanto hace al pago de este aspecto de la reparación del daño, no debemos perder de vista que siempre ha de estar sujeta a la naturaleza del delito de que se trate (en este caso se reserva en exclusiva al de lesiones) y de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso por parte del Ministerio Público, cuando la reparación del daño se impone como pena por ese delito.

En tales condiciones, para que pueda condenarse a la reparación del daño por el delito de lesiones, en su aspecto: pago de salario, deberá probarse, en principio, la existencia de la relación laboral que tenía el trabajador con su patrón, es decir, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, antes de la comisión del evento delictivo, lo que de manera indiciaria, puede acreditarse mediante la presentación del contrato de trabajo. Hecho lo anterior, deberá demostrarse que la víctima-trabajador, recibía un determinado salario y el monto a que éste ascendía, previa la comisión del delito.

Una interpretación sistemática del ordenamiento punitivo de la capital, obliga a afirmar que el salario que ha de considerarse para el pago de la reparación del daño en este rubro, es aquel que la doctrina laboral ha llamado "*salario integral*", mismo que se encuentra estipulado en el artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo y que comprende, según vimos líneas arriba, los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

A la anterior conclusión se llega, si se considera que, tal y como veremos en el apartado final del presente capítulo, el artículo 47 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala que tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal (como lo son los de lesiones), el monto de la reparación del

daño no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.*

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en el propio campo del derecho del trabajo -pese a que no es materia de esta tesis-, se han suscitado múltiples discusiones en torno a si determinadas prestaciones forman o no parte de ese salario integral. Motivos de disenso que según el maestro Dávalos Morales, las autoridades judiciales federales han resuelto al interpretar que: *“la prima vacacional, el aguinaldo y el impuesto sobre el producto del trabajo correspondiente al trabajador, pagado por el patrón, son parte integrante del salario; en tanto que las vacaciones y las aportaciones al INFONAVIT, no forman parte del salario.”*²²⁶

Bajo este esquema, el salario que ha de pagarse como reparación del daño debe ser el integral, siempre y cuando, se demuestren en el proceso penal que se instruya al efecto, todos y cada uno de los aspectos que comprende, toda vez que ese es principio básico del nuevo Código Penal capitalino, en materia de reparación del daño.

Por otro lado, la ley penal de la ciudad, establece que se pagarán los salarios, siempre y cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Ahora bien, la incapacidad consecuencia del delito, se equipara, para efectos de la reparación del daño, a la incapacidad por riesgos de trabajo, sujeta a las bases indemnizatorias que para esos fines señala la legislación laboral.

En efecto, de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, los trabajadores que sufran un riesgo de trabajo, tendrán derecho a ser indemnizados (artículo 478,

* El artículo 89 de la Ley Federal del Trabajo, señala que: *“Para determinar el monto de las indemnizaciones que deban pagarse a los trabajadores se tomará como base el salario correspondiente al día en que nazca el derecho a la indemnización, incluyendo en él la cuota diaria y la parte proporcional de las prestaciones mencionadas en el artículo 84. En los casos de salario por unidad de obra, y en general, cuando la retribución sea variable, se tomará como salario diario el promedio de las percepciones obtenidas en los treinta días efectivamente trabajados antes del nacimiento del derecho. Si en ese lapso hubiese habido un aumento en el salario, se tomará como base el promedio de las percepciones obtenidas por el trabajador a partir de la fecha del aumento. Cuando el salario se fije por semana o por mes, se dividirá entre siete o entre treinta, según el caso, para determinar el salario diario.”*

²²⁶ DÁVALOS MORALES, José. Op., cit., página 208.

fracción VI). Sin embargo, la indemnización varía según que la incapacidad sea temporal, permanente parcial o permanente total.

Solo para fines ilustrativos, sin ahondar en la problemática que la temática reviste, estimo importante señalar que las incapacidades por riesgo de trabajo son tres, y su indemnización consiste, de acuerdo con la legislación laboral, en lo siguiente:

a) Incapacidad temporal.- Es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo (artículo 478, L.F.T.). En este caso, la indemnización consistirá en el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad de trabajar (artículo 491, L.F.T.).

b) Incapacidad permanente parcial.- Consiste en la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar (artículo 479, L.F.T.). En este supuesto, la indemnización consistirá en el pago del tanto por ciento que fija la tabla de valuación de incapacidades, calculado sobre el importe que debería pagarse si la incapacidad hubiese sido permanente total. Se tomará el tanto por ciento que corresponda entre el máximo y el mínimo establecidos, tomando en consideración la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad y la mayor o menor aptitud para ejercer actividades remuneradas, semejantes a su profesión u oficio (artículo 492 L.F.T.); e

c) Incapacidad permanente total.- Es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida (artículo 480, L.F.T.). En esta hipótesis, la indemnización consistirá en una cantidad equivalente al importe de mil noventa y cinco días de salario (artículo 492, L.F.T.).

4.5.6 SUPLETORIEDAD DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

Tal y como pudimos apreciar en el apartado precedente, el llamamiento a la Ley Federal del Trabajo en materia de reparación del daño, es una constante en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Desde la gran reforma de 17 de septiembre de 1999, la legislación penal sustantiva de la capital, ha recurrido de modo textual a la aplicación de la Ley Federal del Trabajo, para fijar una reparación del daño mínima, cuando éste se haya originado por delitos que afecten la vida o la integridad corporal.

Así, el artículo 47 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala literalmente lo siguiente:

"Artículo 47 (Supletoriedad de la Ley Federal del Trabajo). Si se trata de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo."

Además, debe tomarse en consideración lo señalado por el artículo 13 del citado código represivo, donde se regula el principio de especialidad, cuyo postulado más básico consiste en observar la ley especial sobre la general. Es por eso que afirmamos que cuando determinada conducta delictiva atenta contra la vida o la integridad física de una persona, el monto de la reparación del daño deberá ser al menos, el resultante de la aplicación de las disposiciones relativas de la legislación laboral.

De nueva cuenta, conviene recordar que por mandato del artículo 44 del nuevo ordenamiento penal de la capital mexicana, el Ministerio Público estará obligado, en todo proceso penal, a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y probar su monto, en tanto que el juez, está constreñido a resolver lo conducente, so pena de que, en ambos casos, se les sancione con cincuenta a quinientos días multa.

Lo anterior, no es sino el reflejo del mandato constitucional contenido en el artículo 21, que otorga la facultad y la obligación al agente del Ministerio Público para la investigación y persecución de los delitos. De ahí que, si partimos de que la reparación del daño es una pena, por consiguiente, previo a su imposición, es necesario que el juez examine si existe o no la petición por parte del Ministerio Público, para luego, condenar al procesado a su pago.

Así, la falta de tal requisito (petición del Ministerio Público) imposibilita al juzgador para imponer la pena de reparación del daño, pues de lo contrario, se estaría rebasando la acusación del representante social, lo que resulta inamisible en el marco constitucional de nuestro país; he aquí pues, la importancia y trascendencia de la función del órgano de técnico de acusación, en materia de reparación del daño.

Sirve de apoyo a lo anterior, el criterio visible en la tesis II.2o.P.A.42 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito, visible a foja 537 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo V, enero de 1997, Novena Época, cuyos rubro y texto, son del tenor literal siguiente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. LA CONDENA A SU PAGO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL, CUANDO EL REPRESENTANTE SOCIAL OMITE VERTER EN SU ACUSACIÓN RAZONAMIENTO ALGUNO PARA DEMOSTRAR SU MONTO Y PROCEDENCIA. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Código Penal vigente para el Estado de México, la reparación del daño se exigirá de oficio por el Ministerio Público, quien deberá acreditar su monto y procedencia; por lo que, si la sentencia reclamada condena al quejoso al pago de la reparación del daño, no obstante que en las conclusiones acusatorias formuladas por la autoridad ministerial no se hizo razonamiento alguno encaminado a demostrar los extremos mencionados, aun cuando es la autoridad encargada de acreditar la pretensión punitiva del Estado y se limitó a mencionar en sus puntos petitorios que ha lugar a su pago, se actualiza la infracción a lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, en perjuicio del impetrante de garantías.

Hablar de reparación del daño en materia de delitos que afectan la vida y la integridad corporal, no siempre resulta fácil como en otros ilícitos, pues tal y como afirma el juez Ricardo Guzmán Wolffer: "En los delitos patrimoniales no queda

duda en lo referente al monto del daño a reparar, el que normalmente se refiere a la restitución o pago de los objetos robados o al monto de la cantidad defraudada, más los intereses correspondientes, de solicitarlos. Empero en los citados ilícitos de lesiones y homicidio, determinar el monto del daño a reparar no queda tan claro en cuanto a la forma en que aquél deba fijarse."²²⁷

Ahora bien, por lo que hace a los delitos que afectan la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevén una indemnización equivalente a dos meses de salario mínimo por gastos funerarios (daño material) y una cantidad adicional, equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo, con la cual se pretende compensar el daño moral.

En tales circunstancias, no puede sino concluirse que el juzgador está obligado en este tipo de delitos, a condenar a la reparación del daño, lisa y llanamente, con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio; de modo que, a primera vista, surge una regla de carácter general y como tal, su excepción. La regla es que: En los delitos que afectan la vida como el homicidio, el Ministerio Público y los interesados, en su caso, no están obligados a probar el monto mínimo a que ha de ascender la reparación del daño, porque el propio Código Penal del Distrito Federal, ordena en su artículo 47, en relación con el 13, fracción I, que en esos casos, se atenderá cuando menos, a la Ley Federal del Trabajo. La excepción a esta regla operaría cuando el Ministerio Público o los ofendidos, estimasen que la reparación del daño debería tener un contenido superior al previsto en la legislación laboral, en cuyo caso, sí estarán obligados a ofrecer todas las pruebas pertinentes del caso, para lograr una condena que satisfaga tales pretensiones.

Este parece ser el camino adoptado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de tesis 102/2000-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero en Materia Penal del Primer Circuito, que dio origen a la Tesis 1a./J. 88/2001, visible en la página

²²⁷ GUZMÁN WOLFFER, Ricardo. "OMISIONES EN EL ARTICULADO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO", en ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales, número 6, segunda época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, abril-junio, 2003, páginas 99 y 100.

113, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIV, Diciembre de 2001, Novena Época, que a la letra reza:

"REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño será fijada por los Jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, también lo es que tratándose del delito de homicidio, al resultar claro que tal reparación no puede consistir en la devolución de la cosa obtenida con motivo del delito o en el pago de su precio, ni tampoco en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su comisión, toda vez que, por una parte, es imposible restituir la vida de una persona y, por otra, ésta tampoco puede ser valuada económicamente por no encontrarse en el comercio, lo que, a su vez, trae como consecuencia que no sea viable que los beneficiarios o derechohabientes puedan exigir el lucro cesante por una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial derivada de la muerte de la víctima, la aludida reparación debe circunscribirse al pago de una indemnización por los daños materiales o morales causados a que se refiere la fracción II del artículo 30 del propio código, siendo que es de reconocido derecho que los primeros sí pueden ser objeto de prueba, al revestir un contenido económico patrimonial y, por tanto, objetivo, mientras que los segundos, al no compartir esa misma naturaleza, deben sujetarse a reglas especiales de valoración. Ahora bien, si en este aspecto, el artículo 30, último párrafo, del mencionado código punitivo establece, de manera especial, que tratándose de delitos que afecten la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevén una indemnización equivalente

a dos meses de salario mínimo por gastos funerarios (daño material) y una cantidad adicional, equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo, con la cual se pretende compensar el daño moral, es inconcuso que de manera imperativa obliga al juzgador en este tipo de delitos, a condenar a la reparación del daño, simplemente con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio, por lo que, en principio, no es necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral, pues en este supuesto encontraría plena aplicación el principio general contenido en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 30, último párrafo, sólo establece una base mínima a la cual deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización.”

El adoptar los supuestos previstos por la Ley Federal del Trabajo, para fijar el monto de la reparación del daño, estima Guzmán Wolfffer, es: *“estar en presencia de una pena fija, en cuanto al número de días de salario a estimar para todos los casos, pues a cada lesión descrita en la Ley Federal del Trabajo o para el caso de homicidio, siempre corresponderían los pagos estipulados en el título noveno de la citada ley, es decir, tales parámetros resultan fijos, lo cual para efecto de las penas sería inconstitucional, como reiteradamente ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visto que las penas deben ajustarse al caso específico, valorando los hechos y las circunstancias del evento delictivo y las circunstancias personales del sentenciado, como lo ordenan los artículos 51 y 52 del Código Penal.”*²²⁸

Por nuestra parte, estamos convencidos que la reparación del daño, aun cuando en el ordenamiento penal vigente en la capital de la República, sigue

²²⁸ GUZMÁN WOLFFER, Ricardo. Op. cit., páginas 102 y 103.

considerándose una pena, no está sujeta a la valoración de los hechos ni a las circunstancias del evento delictivo.

Ciertamente, el legislador local establece para cada delito un marco penal genérico, también denominado *pena abstracta*, limitado por un máximo y un mínimo, y proporciona en la Parte General del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, una serie de reglas destinadas a concretarlo en un margen de pena más reducido llamado *marco penal concreto*, dentro del cual, finalmente, el juzgador que conozca de la causa, elegirá la pena que debe imponerse al sentenciado.

Dichas reglas se establecen en los artículos 71 y 72 de la ley penal en estudio, que podríamos decir, revisten una similitud de contenido con los diversos 51 y 52 del ordenamiento punitivo abrogado.

Sin embargo, la fijación de la disminución o aumento de la pena, en tratándose de la reparación del daño, está condicionada exclusivamente por el delito de que se trate y por las pruebas que demuestren tanto su existencia como su monto. De tal suerte, que si bien, el daño es una de tantas circunstancias a considerar por parte del juzgador, para el aumento o disminución de otras penas como la de prisión, ello no puede prevalecer en la reparación del daño; tan es así que si una persona resulta con lesiones que pongan en grave riesgo su vida como consecuencia del delito, no podrá cuantificarse el daño más allá del mínimo indemnizatorio, resultante de la aplicación de la legislación laboral, precisamente porque, según dijimos en párrafos anteriores, el parámetro mínimo de reparación del daño, se estipula en la Ley Federal del Trabajo, salvo que la víctima considere que los daños son superiores a los previstos en dicha ley, lo que siempre será materia de prueba.

Por otra parte, las pruebas que pueden aportarse para acreditar el monto de la reparación del daño, pueden ser todas aquellas que señala el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero ha de señalarse que en el caso de la pericial, si los expertos al emitir el dictamen clasificativo definitivo de lesiones, estiman un costo aproximado de los gastos que erogaría el pasivo del delito, como consecuencia de las lesiones inferidas, tal circunstancia

resulta ineficaz para determinar el quantum de la reparación del daño, pues la función de dichos peritos es la de diagnosticar la evolución y resultado final de las lesiones apreciadas al pasivo y no evaluar gastos de curación, salvo que se les haya designado para ese efecto.

Esto quiere decir, que para fincar la condena correspondiente a la reparación del daño en el delito de lesiones, debe atenderse a las constancias que prueben el detrimento que sufrió el pasivo por los gastos que tuvo que erogar, o a las que acrediten que el daño produjo al ofendido incapacidad permanente total o parcial, o temporal, supuestos ambos en los que deben existir en autos, necesariamente, las pruebas que las justifiquen de manera fehaciente; por lo que si en la causa no obra constancia que demuestre que el pasivo erogó alguna cantidad por concepto de gastos médicos, entonces es ilegal la condena.

Finalmente, en lo que ve a los llamados "*gastos futuros*" que invariablemente deben erogarse después de dictada la sentencia, no puede afirmarse que sean de realización incierta, pues si se acredita que el daño causado al sujeto pasivo está vinculado con el despliegue de la conducta delictiva y la plena responsabilidad del inculpado, en principio es correcto condenar al pago de la reparación del daño. Por ello, las documentales privadas, consistentes en presupuestos que contienen los gastos que tiene que realizar la víctima o el ofendido, son aptas para fijar el monto de la reparación del daño, siempre y cuando sean ratificadas y estén corroboradas con el restante acervo probatorio.

Apoya lo anterior, por identidad jurídica, el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de tesis 50/2004-PS, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito y el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, actualmente Primer Tribunal Colegiado de la misma materia y circuito, que dio origen a la tesis 1a./J. 128/2004, consultable en la página 197, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Materia Penal, tomo XXI, febrero de 2005, que a la letra dice:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. LOS DOCUMENTOS PRIVADOS CONSISTENTES EN PRESUPUESTOS QUE CONTIENEN GASTOS FUTUROS, CUANDO ESTÉN RATIFICADOS Y ADMINICULADOS CON EL RESTANTE ACERVO PROBATORIO, SON APTOS PARA FIJAR EL MONTO DE AQUÉLLA (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE VERACRUZ Y DE BAJA CALIFORNIA). De conformidad con el artículo 20, apartados A, fracción I, y B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho que tiene la víctima o el ofendido a que le sean reparados el daño y los perjuicios causados por la comisión del delito tiene el rango de garantía individual. Por otra parte, de acuerdo con los artículos 53 y 56 del Código Penal para el Estado de Veracruz, así como con los diversos 32 y 33 del Código Penal para el Estado de Baja California, la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, pero su pago no está supeditado a que la víctima o el ofendido hayan tenido que erogar gastos con anterioridad al dictado de la sentencia condenatoria, ya que pueden existir casos en que los efectos producidos por la conducta delictiva requieran la erogación de ciertos gastos que no pueden sufragarse durante la tramitación del procedimiento penal, o bien, porque dichos efectos trascienden aun después del dictado de la sentencia. En estos casos, aunque se está en presencia de gastos futuros que indefectiblemente deben erogarse después de dictada la sentencia, no puede afirmarse que sean de realización incierta, pues si se acredita que el daño causado al sujeto pasivo está vinculado con el despliegue de la conducta delictiva y la plena responsabilidad del inculpado, en principio es correcto condenar al pago de la reparación del daño. En consecuencia, las documentales privadas, consistentes en presupuestos que contienen los gastos que tiene que realizar la víctima o el ofendido, son aptas para fijar el monto de la reparación del daño, siempre y cuando sean ratificadas y estén corroboradas con el restante acervo probatorio; sin que lo anterior deje

en estado de indefensión al sujeto activo del delito, en virtud de que podrá ejercer con toda oportunidad su derecho de defensa respecto a tales documentos.”

CAPÍTULO V COMENTARIOS EN TORNO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO CON RELACIÓN AL NUEVO CÓDIGO PENAL.

5.1 ANÁLISIS.

En la exposición de nuestro tema, hemos tenido la oportunidad de palpar las virtudes y los defectos que tuvo el legislador local, en la expedición de Nuevo Código Penal de la Ciudad, en el colofón de este trabajo, vamos a retomar los aspectos más importantes de la reparación del daño en el ordenamiento punitivo vigente, para luego ejercer una crítica en torno a su posible proyección como tercera vía sancionadora.

A. La reparación del daño como excusa absolutoria.

Previo al estudio del tema, es conveniente aclarar que el tratamiento que se le dará a la reparación del daño en esta oportunidad, no denota que se le equipare con la institución de la excusa absolutoria, sino que la intención del sustentante es demostrar que mediante resarcimiento de los daños y/o perjuicios en cierta clase de delitos, bajo determinadas condiciones, se provoca que no se imponga pena por la realización de una conducta, típica, antijurídica y culpable; en tales condiciones, el título de este apartado y las referencias que a él se hagan, tiene fines meramente pragmáticos y didácticos.

Las excusas absolutorias, dice Orellana Wiarco, son: "*aquellas específicas y excepcionales causas por las que el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.*" ²²⁹

Ahora bien, la reparación del daño como excusa absolutoria, la encontramos, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar, concretamente en los artículos 193 y 199 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que son del tenor literal siguiente:

"Artículo 193. Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades

²²⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Op. cit., página 79.

de subsistencia, aun cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa; privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.”

“Artículo 199. No se impondrá pena alguna o no se ejecutará la impuesta, cuando el acusado satisfaga todas las cantidades que haya dejado de suministrar y además garantice el cumplimiento de las cantidades que en el futuro deba satisfacer.”

De lo transcrito se colige, por un lado, que la pena de reparación del daño en tales ilícitos, consistirá en el pago de las cantidades no suministradas oportunamente y, por otro lado, que se prescindirá de la imposición de penas, cuando el acusado satisfaga todas las cantidades que haya dejado de suministrar y, además, garantice el cumplimiento de las cantidades que en el futuro deba satisfacer.

De esta forma, si bien la pena de reparación del daño en este delito, consiste en el pago de las cantidades no suministradas oportunamente, el hecho de cubrirlas, es decir, cumplir con la reparación del daño y, además, garantizar el cumplimiento de las cantidades (obligaciones) que en el futuro deba satisfacer el sujeto activo, hace que la reparación del daño funcione como excusa absoluta porque aun cuando estuviera demostrada la conducta típica, antijurídica y culpable, no se aplicará pena alguna, siempre y cuando se cumpla con todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 199 del Código Penal en consulta.

No escapa a la atención del sustentante, el hecho de que este delito es de aquellos que se consuman con la mera realización de la conducta o de los llamados “*de resultado formal*”. En ese sentido, a primera vista, podría pensarse que no existe daño material o moral que dote de soporte jurídico a la sanción reparadora y, en consecuencia, que no pueda haber excusa absoluta que torne impune la conducta al menos en lo que a reparación del daño se refiere.

Sin embargo, este delito debe interpretarse desde la óptica del propio legislador, quien creó el tipo con la intención de tutelar la vida y la integridad corporal de las personas respecto de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos; de modo que, en opinión del sustentante, debe prevalecer la observancia irrestricta del interés superior que representa el bien jurídico protegido por la norma.

En tales condiciones, no se comparte la interpretación de algunos tribunales colegiados, en el sentido de que por ser un delito cuyo resultado es de peligro, no ha lugar a condenar al sujeto activo a la reparación del daño, dado que, señalan, el delito como tal, no puede irrogar lesión material o moral al bien jurídico y que, además, ello no inhabilita al que se sienta con derecho a recibir alimentos, para obtenerlos en la vía civil correspondiente.*

Ello es así, porque si atendemos al espíritu de la norma penal, veremos que, como se dijo, la intención del legislador fue precisamente, erradicar conductas, cada vez más cotidianas, de personas que se desentienden de las obligaciones que tienen como deudores alimentarios, no obstante que ello, parezca una prueba más de la expansión o invasión del Derecho Penal en áreas que sólo competen al derecho privado; sin embargo, la realidad de nuestra ciudad, requiere de este tipo de acciones para mitigar, en la medida de lo posible, la proliferación de madres solteras o de familias disfuncionales cuyos gastos deben ser solventados por uno

*Así, el Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, cuyo criterio visible en la página 343, del Semanario Judicial de la Federación Séptima Época, tomo 97-102, sexta parte, a la letra dice: "ABANDONO DE PERSONAS, IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE REPARACIÓN DEL DAÑO TRATÁNDOSE DEL DELITO DE. El delito de abandono de personas que, en puridad técnica debe denominarse "omisión de deberes de asistencia familiar", es un delito que tutela la vida e integridad corporal de los sujetos pasivos específicamente determinados en la figura, cuya consumación se actualiza con la puesta en peligro de estos bienes jurídicos, lo cual revela que en orden al resultado, debe considerarse como delito de peligro, en el que no puede existir daño material o moral que dé base a la sanción reparadora. En efecto, la reparación del daño, que forma parte de la sanción pecuniaria, no debe ser objeto de condena, tratándose de delitos de peligro, ya que éstos, por su naturaleza especial, no causan daños, sin que esto implique que el acreedor alimentista no tenga expedida su acción civil para obtener el pago de las pensiones adeudadas, ya que a través de la figura delictiva se ha pretendido únicamente una más efectiva tutela, para evitar los incumplimientos de deberes de asistencia que pongan en peligro completo la vida e integridad corporal del cónyuge e hijos menores, quienes por la conducta omisa del sujeto activo quedan en situación de desamparo total; pero es patente que esta tutela de naturaleza penal no elimina la posibilidad de ejercicio de las acciones civiles que, en su caso, podría ejercitar el acreedor alimentista."

solo de sus pilares (madre o padre, marido o mujer), luego de ser abandonadas a su suerte.

Por esa razón, es que se considera acertada la medida, en función de que precisamente, el pago de las cantidades que se han dejado de suministrar y la garantía del cumplimiento de las que en el futuro deban satisfacerse (reparación del daño), es lo que torna impune la conducta; lo anterior, resulta doblemente benéfico pues para el sujeto pasivo, significa recuperar las cantidades que se le dejaron de suministrar y la garantía de recibir las futuras, en tanto que para el sujeto activo, representa no sufrir las consecuencias nocivas de la imposición de otras penas como la de prisión o multa.

Otros ejemplos en que el pago de la reparación del daño hace que opere una excusa absoluta, son los contenidos en el artículo 248 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuyo contenido, es del tenor literal siguiente:

"Artículo 248. No se impondrá sanción alguna por los delitos previstos en los artículos 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224, 228, 229, 230, 232 y 234; cuando el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo; despojo a que se refiere el artículo 237 fracciones I y II, siempre y cuando no se cometan con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas y 239, todos ellos cuando el agente sea primo-delincuente, si este restituye el objeto del delito o satisface los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, cubra el valor del objeto y los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, salvo que se trate de delitos cometidos con violencia por personas armadas o medie privación de la libertad o extorsión.

En los mismos supuestos considerados en el párrafo anterior, se reducirá en una mitad la sanción que corresponda al delito cometido, si antes de dictarse sentencia en segunda instancia, el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados."

Como puede deducirse, los delitos que ahí se mencionan son aquéllos que por su baja penalidad y menor lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado, son calificados como de "escasa importancia" o de "mínima entidad lesiva".

El siguiente cuadro, ilustra gráficamente los ilícitos y requisitos que se requieren en cada caso, para que opere un excusa absolutoria en función de la reparación del daño:

DELITO	REQUISITOS PARTICULARES	REQUISITOS COMUNES	EXCEPCIONES
ROBO (Artículo 220, en cualquiera de las modalidades a que se refieren las fracciones I, III y IX del artículo 224)	Que el monto o valor del objeto, lucro, daño o perjuicio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo.	a) El agente sea primo-delincuente b) Se restituya el objeto del delito o satisfaga los daños y perjuicios o, si no es posible la restitución, se cubra el valor del objeto, los daños y perjuicios. c) Antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal.	No operará la excusa absolutoria cuando tales delitos se cometan: a) Con Violencia; b) Por personas armadas; o, c) Que Medie privación de la libertad o extorsión.
ABUSO DE CONFIANZA (Artículos 228, 229)			
FRAUDE (Artículos 230 232)			
ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE (Artículo 234)			
DESPOJO (Artículo 237, fracciones I y II)	No se cometa con violencia física o moral y no intervengan dos o más personas.		
DAÑO A LA PROPIEDAD (Artículo 239)	/		

De esta suerte, vemos que el legislador consideró innecesario imponer sanción alguna por la comisión de estos ilícitos siempre y cuando se satisfagan, los requisitos expuestos en el precitado artículo 248 del Código Penal en cita, entre ellos, la reparación del daño.

Apoya a lo anterior en criterio sustentado por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.6o.P.69 P, visible en la página 1761, del tomo XX, septiembre de 2004, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a letra dice:

"EXCUSA ABSOLUTORIA EN EL DELITO DE ROBO. SE ACTUALIZA CUANDO SE REÚNEN LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 248 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO OBSTANTE QUE EXISTA UNA CONDUCTA TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE. El artículo 248 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal contiene la figura de la excusa absolutoria, en la cual, no obstante que se dé una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador ha considerado innecesario que se imponga sanción alguna al sujeto activo; así, el precepto citado establece específicamente los ilícitos en que se puede actualizar dicha figura, entre otros, el delito de robo previsto en el artículo 220 del mismo ordenamiento, siempre y cuando: a) no se hubiese cometido con violencia física, moral o por personas armadas; b) que no intervengan dos o más personas en su comisión; y, c) que no medie en la comisión del ilícito, privación de la libertad o extorsión; ahora bien, los requisitos para la procedencia de la excusa absolutoria son: que se restituya el objeto del delito, que se satisfagan los daños y perjuicios, y si no es posible la restitución, cubrir el valor del objeto, además de los daños y perjuicios, antes de que el Ministerio Público ejerza acción penal. De lo anterior se desprende que si el sujeto activo en el delito de robo restituye de forma espontánea el objeto del delito con posterioridad a su comisión y antes del ejercicio de la acción penal, además no existen

daños y perjuicios que cuantificar, ni hubo violencia física o moral, ni participaron más de dos sujetos en su comisión, ni medió la privación de la libertad o extorsión, procede configurar la excusa absolutoria aun subsistiendo una conducta típica, antijurídica y culpable.”

Como se observa, en ciertos delitos patrimoniales, el hecho de que se repare el daño provocado por el delito, ayuda o provoca la actualización de la excusa absolutoria, siempre y cuando se satisfagan determinados requisitos y se pague antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal, porque si el agente restituye la cosa o entrega su valor y satisface los daños y perjuicios causados, antes de dictarse la sentencia de segunda instancia, la institución resarcitoria provocará únicamente, la atenuación de la pena, toda vez que la sanción que corresponda al delito cometido, se reducirá en una mitad.

B. La reparación del daño como atenuante de la punibilidad en los delitos contra el ambiente.

A diferencia de lo que sucede en otras latitudes, en el Código Penal vigente en la ciudad, no se comparte esa característica de incluir en su parte general o dogmática, circunstancias que tienen el efecto de disminuir o aumentar las penas, sino que su aplicación se reserva a cada tipo en particular.

Las circunstancias modificativas (atenuantes o agravantes), explica Santiago Mir Puig, son: *“elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad.”*²³⁰

Al concluir el capítulo I de la presente tesis, establecimos que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, desarrolla una forma especial de reparación del daño en el Título Vigésimo Quinto, denominado *“Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental”*.

También se apuntó que en los delitos de esta naturaleza, los principales bienes jurídicos que se tratan de proteger, constituyen la base sustancial del concepto *“bioseguridad”*, entre los que se encuentran las áreas naturales

²³⁰ MIR PUIG, Santiago. Op. cit., página 628.

protegidas, el ecosistema del suelo de conservación, los suelos minerales o cualquier depósito del subsuelo, y las especies o subespecies silvestres de la flora o de la fauna, terrestre o acuática.

En esta oportunidad, el tema de la reparación del daño importa en tanto circunstancia modificativa (atenuante) de la pena.

Ahora bien, el Capítulo III del Título Vigésimo Quinto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, establece disposiciones comunes a los delitos previstos en dicho título. En ese capítulo, encontramos que la reparación del daño puede incidir significativamente en el *quantum* de las penas (prisión y multa, básicamente).

En efecto, más allá de que el artículo 72, fracción II del código aludido, ordene que al dictar sentencia condenatoria, el Juez determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito, individualizándolas dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado, el artículo 348 del mismo ordenamiento, establece una manera específica de reparar el daño en estos delitos y faculta al juzgador para que de oficio o a petición de parte, reduzca las penas correspondientes hasta en tres cuartas partes, siempre y cuando el sujeto activo haya reestablecido las condiciones de los elementos naturales afectados al estado en que se encontraban antes de realizar la conducta, y si esto no fuera posible, ejecutando las acciones u obras que compensen los daños ambientales que se hubiesen generado. Sin embargo, la propia disposición en consulta, señala que para acreditar el supuesto de procedencia de la mencionada atenuante, deberá constar en el expediente respectivo, dictamen técnico favorable emitido por la autoridad ambiental competente en el Distrito Federal.

Sirve de apoyo a lo anterior, por identidad jurídica y en lo conducente, el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, en la tesis III.2o.P.86 P, consultable en la página 1256, del Semanario

Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVII, Mayo de 2003, Novena Época, que a la letra dice:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. PARA SU CONDENA, TRATÁNDOSE DE DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE, EL JUZGADOR DEBE SUJETARSE A LO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 421 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Tratándose de los delitos contra el medio ambiente que previene el título vigésimo quinto, capítulo único, del Código Penal Federal, cuando sea procedente la condena al pago de la reparación del daño que resulte con motivo de la responsabilidad penal del sentenciado en cualquiera de estos delitos, el juzgador no debe fundarse en los artículos del 30 al 38 del aludido ordenamiento legal, toda vez que esos delitos se encuentran contemplados en un apartado único del propio código dentro del cual se contienen diversas disposiciones especiales que regulan lo concerniente a las formas de reparación del daño para los indicados tipos penales, pues el artículo 421 del invocado código sustantivo, vigente en el momento de los hechos, dispone que: "Además de lo establecido en el presente título, el Juez podrá imponer alguna o algunas de las siguientes penas: I. La realización de las acciones necesarias para restablecer las condiciones de los elementos naturales que constituyen los ecosistemas afectados, al estado en que se encontraban antes de realizarse el delito; II. La suspensión, modificación o demolición de las construcciones, obras o actividades, según corresponda, que hubieren dado lugar al delito ambiental respectivo; III. La reincorporación de los elementos naturales, ejemplares o especies de flora y fauna silvestre, a los hábitat de que fueron sustraídos; y, IV. El retorno de los materiales o residuos peligrosos o ejemplares de flora y fauna silvestres amenazados o en peligro de extinción, al país de origen, considerando lo dispuesto en los tratados y convenciones internacionales de que México sea parte.- Para los efectos a que se refiere este artículo, el

Juez deberá solicitar a la dependencia federal competente, la expedición del dictamen técnico correspondiente." ; por esa razón, ante la existencia de una disposición expresa que señala la forma en que debe repararse el daño en este tipo de delitos, no resulta aplicable la disposición general que regula la reparación del daño, prevista en los artículos del 30 al 38 del código sustantivo federal, máxime si se toma en cuenta que, en el caso, la parte denunciante es una autoridad a la cual no se le afectó su patrimonio y, por ello, no tiene el carácter de ofendida para la reparación del daño, pues en realidad quien sufrió el daño ocasionado con motivo del delito fue el ecosistema y no la denunciante, y si a tal consideración se suma el hecho de que el Ministerio Público al formular sus conclusiones acusatorias en el proceso, solicitó se condenara al inculpado al pago de la reparación del daño, en términos de lo dispuesto por los artículos 30 a 38 del aludido código sustantivo federal, es indudable que al no existir acusación especial en ese sentido, es decir, en términos del artículo 421 del multirreferido código punitivo, no procede la condena al pago de dicha reparación."

En ese sentido, la atenuante representa un estímulo para pagar la reparación del daño causado con el delito, de donde se colige también, que con éste y otros casos como el que se desprende del segundo párrafo del artículo 248, el Código Penal a estudio, se concede eficacia atenuante a la reparación o disminución del daño, con lo que el nuevo ordenamiento punitivo de la ciudad, se suma, si bien no con la precisión y rapidez deseada, a las legislaciones que admiten que la reparación del daño, por sí misma, tenga efectos limitadores de la pena.

C. La reparación del daño como obligación alimentaria.

Los artículos 155 y 182 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, son coincidentes en establecer como regla general, que si resultan hijos a

consecuencia de la comisión de determinados delitos, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

Los delitos a que se refieren tales disposiciones son, por una parte, los que tienen que ver con la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética y, por otra parte, los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual.

Resulta verdaderamente complejo analizar la reparación del daño como obligación alimentaria, en tanto que no basta con examinar cada tipo en particular según se plasma en la ley penal, sino que debe estudiarse el caso en particular para revelar su eficacia, operatividad y alcances.

Así, en el supuesto de la *procreación asistida* (artículo 149, N.C.P.D.F.), el bien jurídico tutelado es la libertad y voluntad de optar por un medio alterno para lograr la concepción, de modo que se sanciona a quien disponga de óvulos o espermia para fines diversos a los autorizados por los donantes.

No obstante, la obligación alimentaria nacería, en todo caso, si de esa disposición resultaren hijos, situación que no requiere el tipo penal, por lo que al ser un delito de resultado formal o de peligro, no existe base para condenar al activo a la reparación del daño y, en consecuencia, la reparación del daño como pena para este delito no puede imponerse.

Caso contrario sucede con la *inseminación artificial* practicada en mujer mayor de edad contra su voluntad o con el consentimiento de una menor o incapaz (artículo 150, N.C.P.D.F.), supuesto que aquí se sanciona a quien implante en una mujer un óvulo fecundado, que no le pertenezca o con espermia de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente. Sin embargo, para que pueda condenarse a la reparación del daño, es necesario que ese ser, producto de la inseminación, surja a la vida, es decir, que naciera, porque de lo contrario, si no existe prueba en autos de que el producto de la concepción, consecuencia de este delito hubiera nacido viable, ni tampoco la fecha de su nacimiento, la condena a pagar por vía de reparación del daño, una cantidad a la

ofendida, para los alimentos de ella y de su hijo, resulta violatoria de garantías en perjuicio del propio acusado, ya que se le impondría una obligación de pagar una pensión alimenticia a un hijo cuya existencia legalmente se desconoce; máxime que el artículo 148, fracción I, del Código Penal a estudio, considera como excluyente de responsabilidad penal en el delito de aborto, la circunstancia de que el embarazo sea resultado de una inseminación artificial, de tal modo que nada impide que se pueda optar por dar muerte al producto de la concepción artificial, en cualquier momento del embarazo.

Por otra parte, en el delito de *manipulación genética*, se sanciona aquellas conductas que no son encaminadas a la investigación para mejorar la salud humana, de conformidad con las regulaciones correspondientes; por lo que se prevé que la reparación del daño cuando resulten hijos, deberá comprender adicionalmente el pago de alimentos de conformidad con la legislación aplicable.

Lo argumentado en líneas anteriores, puede resultar igualmente válido para este delito, pues si a juicio de dos médicos especialistas existe razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, se podría optar, como en el caso anterior, por practicar el aborto, lo cual se traduciría en excluyente de responsabilidad penal (Artículo 148, fracción III, N.C.P.D.F.).

Ahora bien, por lo que toca a los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, debe precisarse que sólo veremos de manera genérica, lo que atañe a los ilícitos de violación y estupro, debido a que los injustos de abuso y acoso sexuales, por su conformación típica, no pueden traer como consecuencia la concepción, en tanto que el incesto, puede entrañar problemas de tipo jurídico, económico, social y cultural, cuya complejidad requiere un análisis mucho más técnico y riguroso.

El artículo 182, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala que si a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos resultan hijos, la

reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil. Por tanto, no podemos sino concluir que en dichos delitos (violación y estupro), debe de aplicarse exclusivamente esta norma específica para la condena de la reparación del daño y no la genérica establecida en el artículo 42 del citado ordenamiento.

Ello es así, porque de conformidad con la tesis jurisprudencial número 89, página 147, Octava Parte, último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, las disposiciones especiales, como casos de excepción, son derogatorias de las reglas genéricas que contradicen, lo cual es congruente con lo establecido en el artículo 13, fracción I del cuerpo de leyes a estudio, que consagra, entre otros, el principio de especialidad, cuyo postulado es que cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

Bajo esta lógica, es el juez penal quien debe resolver sobre esta forma particular de reparación del daño y deberá hacerlo en los términos que indica la legislación civil, sin que pueda interpretarse que el Juez de la causa sólo haga una declaración de condena a la reparación del daño para que la ofendida ejercite dentro de otro juicio o procedimiento sus derechos al pago de dicha reparación.

En efecto, de acuerdo a lo que hemos dicho a lo largo del desarrollo del presente trabajo, la reparación del daño es una pena que debe sujetarse a las reglas genéricas para su imposición contenidas en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 70, 71 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; de tal suerte que cuando es exigible directamente por el Ministerio Público al delincuente como pena pecuniaria y es impuesta por el Juez, adquiere un carácter de pena principal en el proceso.

Por esa razón, es que sostuvimos que el juzgador no puede hacer sólo una declaración de condena a la reparación del daño para que la ofendida ejercite dentro de otro juicio o procedimiento sus derechos al pago de dicha reparación, ni siquiera por la vía incidental durante la tramitación del proceso, porque ésta es respecto de personas distintas al sujeto activo, según lo dispuesto en los artículos 46 y 49, último párrafo, del Nuevo Código Penal en relación con los diversos 532,

533 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, ambos del Distrito Federal. Ello, en el entendido de que la ofendida puede optar en cualquier momento, por el ejercicio de la acción civil correspondiente (Artículo 49, último párrafo, N.C.P.D.F.).

Ahora bien, de los artículos 360, 369, 382, 384 y 388 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio (caso de la violación y del estupro), sólo se establece en relación al padre, por el reconocimiento voluntario del mismo, en cualquiera de las formas previstas por el artículo 369 del mismo código, o por una sentencia que declare la paternidad. Por tanto, una vez deducida esa paternidad, la reparación del daño proveniente de tales delitos, consistirá en la obligación del activo de ministrar alimentos tanto a la ofendida como al hijo (a) de ésta, que lo es a su vez de él, por un tiempo determinado, debiendo hacerse dicho pago en los términos establecidos en la ley civil.

Efectivamente, el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos; en consecuencia, para fijar la pensión alimentaria como reparación del daño, el juzgador debe tomar en consideración tanto la situación económica del inculpado como las necesidades del ofendido del delito; lo cual, corrobora que en estos delitos, la reparación del daño no debe fijarse en la forma genérica que ordena el artículo 43 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (según el daño o perjuicio que sea preciso reparar), sino que el pago de alimentos como reparación del daño, deberá hacerse en los términos que fija la legislación civil, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 182 del Código Penal de la ciudad.

Apoya lo anterior, por identidad jurídica, la tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 18 del Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, tomo LXXV, Sexta Época, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

"ESTUPRO, REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). De acuerdo con lo

dispuesto por el artículo 238 del Código Penal del Estado de Jalisco, la reparación del daño en los casos de estupro comprende el pago de alimentos a la mujer y a los hijos, si los hubiere, debiendo hacerse dicho pago en los términos que la ley civil fija para los casos de divorcio. Ahora bien, el Código Civil (artículo 365), establece que la pensión alimenticia ha de ser proporcional a las posibilidades económicas del obligado y a la necesidad del acreedor alimentario; por tanto, si en un caso el juzgador tomando en consideración la situación económica del inculpado, fija una pensión que resulta proporcional al salario que percibe dicho inculpado, y a las necesidades de la menor ofendida, es obvio que hizo una legal aplicación de los preceptos citados y no infringió las garantías del acusado.”

En ese tenor, si bien es cierto que el Código Penal capitalino, remite de manera expresa para la fijación del monto de la reparación del daño, a las disposiciones de la ley civil, y que ésta a su vez, tal como se refirió, establece que los alimentos deben ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos, también lo es que no es necesario demostrar el último extremo, cuando la reparación del daño tiene el carácter de pena pública.

Así, de no apreciarse desproporción alguna de la sanción, ni extralimitación de esa facultad que la ley concede al juzgador para su determinación, ni ausencia de relación entre la obligación impuesta y las posibilidades económicas del inculpado, es de concluirse que la condena al pago, por concepto de reparación del daño, no es lesiva de garantías.

Lo mismo, sostuvo la entonces Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis consultable en la página 300 del Semanario Judicial de la Federación, tomo CXXIII, Quinta Época, que a la letra dice:

"REPARACIÓN DEL DAÑO, MONTO DE LA (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y JALISCO). El artículo 264 del Código Penal remite de manera expresa, para la fijación del monto de la reparación del daño, a las disposiciones de la ley civil, y aunque Esta establece que

los alimentos deben ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos, no es necesario demostrar el último extremo, cuando la reparación del daño tiene el carácter de pena pública. El artículo 31 del citado Código establece que "la reparación será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla"; por lo que la Suprema Corte, interpretando el artículo 22 del Código Penal del Estado de Jalisco (exactamente igual al precitado artículo 31), ha dicho: "Del texto del artículo 22 del Código Penal del Estado se deduce que el juzgador está facultado para que dentro de determinados límites y circunstancias, fije a su arbitrio el monto de la indemnización por concepto de reparación del daño del delito, y por consiguiente, si no se aprecia desproporción alguna de la sanción, ni exlimitación de esa facultad que la ley concede al juzgador para su determinación, ni aparece ausencia de relación entre la obligación impuesta y las posibilidades económicas del inculpado, es de concluirse que la condena al pago, por concepto de reparación del daño, no es lesiva de garantías."

Para concluir este tema, solo me resta enfatizar que si no se aporta prueba al proceso de que el producto de la concepción, consecuencia de los delitos de inseminación artificial, manipulación genética, violación, estupro e incesto, hubiere nacido viable, ni tampoco la fecha de su nacimiento, la obligación de suministrar alimentos tanto para los hijos como para la madre, impuesta como reparación del daño, resultaría violatoria de garantías en perjuicio del propio acusado, ya que como se dijo, la obligación de pagar una pensión alimenticia a la madre y al hijo, depende lógicamente y jurídicamente hablando, de que éste (hijo) exista legalmente.

D. La reparación del daño como coadyuvante a la extinción de la pretensión punitiva.

El artículo 240, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, revela situaciones donde la reparación del daño puede generar que se extinga la pretensión punitiva o que se sobresea el asunto de que se trata.

El dispositivo en cita, señala literalmente, lo siguiente:

"Artículo 240. Cuando los daños sean causados por culpa, sólo se impondrá al responsable multa hasta por el valor de los daños y perjuicios causados, y se le condenará a la reparación de éstos. Si se repara el daño antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, se extinguirá la pretensión punitiva. Se sobreseerá el juicio, si el inculcado repara los daños y perjuicios, antes de que se dicte sentencia en segunda instancia."

Estas hipótesis se refieren básicamente al delito de daño a la propiedad causado de manera culposa, en donde la pena a imponer es de multa hasta por el valor de los daños y perjuicios causados y a la reparación del daño de estos.

Ahora bien, si el agente del delito resarce el daño antes de que el representante social ejercite acción penal en su contra, se extinguirá la pretensión punitiva, lo que significa que se pierde la facultad que ejerce el Estado a través del órgano técnico de acusación, para perseguir los delitos ante el órgano jurisdiccional. En cambio, si se resarcen los daños una vez que se ha instaurado el juicio, pero antes de que se dicte la sentencia de alzada, deberá sobreseerse el proceso.

Cabe añadir que la reparación del daño no se encuentra contemplada en el artículo 94 del Nuevo Código Penal a estudio, como una causal de la extinción de la pretensión punitiva, o bien, de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad.

No obstante, es claro que, tal y como lo señala el numeral 96 del citado código, la extinción producida en los términos del artículo 94, no abarca el decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, ni afecta la reparación de daños y perjuicios, salvo disposición legal expresa o cuando la potestad para

ejecutar dicha sanción pecuniaria se extinga por alguna causa; de modo que, la reparación del daño, practicada en los términos arriba señalados, coadyuva para que, en los delitos de daño a la propiedad culposos, se declare extinta la pretensión punitiva o se decrete el sobreseimiento del proceso, según sea el caso.

Visto lo anterior, el sustentante propone se modifique el contenido y ubicación del artículo 240, del ordenamiento penal capitalino, para que se le de un carácter general que no sólo determine la sanción para los delitos de daño a la propiedad cometidos culposamente, sino para que expanda su ámbito de aplicación y sancione en los mismos términos, a otros ilícitos como los de ataques a las vías de comunicación*, o los de contra la seguridad del tránsito de vehículos**. Ello, con base en lo siguiente:

1.- De acuerdo con el artículo 76, último párrafo, del precitado Código Penal, éstos delitos también pueden ser cometidos de manera culposa.

2.- No hay razón que autorice pensar que tales injustos, sean mayormente lesivos a los intereses de la sociedad que los de daño a la propiedad; y,

3.- La calificación de la gravedad de la culpa, es la misma tanto para el delito de daño a la propiedad como para los de ataques a las vías de comunicación y contra la seguridad del tránsito de vehículos, supuesto que está sujeta al prudente arbitrio del Juez, quien, en tales casos, además de considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código, debe observar las reglas especiales contenidas en el artículo 77, del mismo ordenamiento y que tienen que ver con: a) La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó; b) El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan; c) Si el inculpado ha delinquirido anteriormente en circunstancias

* Artículo 330. Al que ponga en movimiento un medio de transporte provocando un desplazamiento sin control que pueda causar daño, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

Artículo 331. Se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cien a cinco mil días multa, al que: I. Dañe, altere, interrumpa, obstaculice, destruya alguna vía o medio local de comunicación, de transporte público o de transmisión de energía; o...

**Artículo 332. Se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de veinticinco a cien días multa al que:

I. Altere o destruya las señales indicadoras de peligro, de forma que no puedan advertirlas los conductores; o

semejantes; d) Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y, e) Estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos.

5.2 CRÍTICA PROPOSITIVA.

Enderezar una crítica al ordenamiento penal que rige actualmente en la Ciudad de México, requiere un conocimiento y una profundidad de análisis mucho más elevada que la que puede ofrecer el sustente; sin embargo, hasta este punto de nuestro desarrollo, se ha podido reflexionar sobre los aspectos más trascendentales que sobre reparación del daño, dispone la legislación penal capitalina. A las disertaciones expresadas en el marco del proceso de elaboración de esta tesis, se remite al lector en obvio de repeticiones plasmadas en capítulos precedentes.

En esta ocasión, abordaremos el tema de la "*privatización*" del Derecho Penal y su repercusión en la llamada "*reparación del daño como tercera vía de sanción*", para ver si es factible o no, adoptar este último modelo en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

A. Panorama General.

El fenómeno de la expansión del Derecho Penal a raíz de la "*revolución tecnológica*" que se gestó a finales del siglo pasado, derivó en un proceso de globalización mundial que trajo aparejado nuevos riesgos a las sociedades modernas; fenómeno del que sin duda, no escapó la sociedad mexicana y, en especial, la de la capital de la República.

En efecto, en palabras de A. Garapón, citado por Juan Manuel Sansone, asistimos a una brutal aceleración de la expansión jurídica que no es coyuntural: "*sino que está vinculada a la dinámica propia de las sociedades democráticas ... La explosión del número de procesos no es un fenómeno jurídico sino social que*

*origina una depresión social que se expresa y se refuerza con la expansión del derecho".*²³¹

Esta manifestación, reposa sobre la idea de que la sociedad frente a la insatisfacción de sus reclamos por parte de los detentadores del poder responsables de resolverlos, vuelca sus pretensiones a la Justicia, y resulta por demás evidente, que el sistema penal no puede abordar el tratamiento de todos los conflictos.

Ante este escenario, los versados en el tema replantearon los modelos tradicionales sancionatorios, orientando su posición hacia un esquema que analizara determinados asuntos de tinte criminoso, como una clase determinada de conflictos cuya solución estuviese al margen de la aplicación de la ley penal estatal.

Este esquema supuso entonces que se debía, por una parte, colocar a la víctima del delito en una posición de especial consideración como partícipe central del conflicto y, por la otra, a la reparación del daño como una tercera vía o tercera consecuencia jurídico penal, alternativa de la pena y de la medida de seguridad.

Para el maestro Moisés Moreno, el debate entre importantes sectores, tanto de la política criminal como de la victimología, lo mismo que de la dogmática penal, se centra en que los involucrados como víctimas del delito, y los que por esa razón se convierten luego en víctimas del propio sistema penal (victimización secundaria), reclaman igualmente que sus derechos se garanticen de mejor manera. De esta forma, el catedrático en mención explica: *"En la medida en que el Estado monopoliza cada vez más los conflictos sociales se va alejando a la víctima de sus problemas; lo que no indica, por supuesto, que la víctima se desentiende de éstos porque obtiene sin más, solución estatal satisfactoria. Lo que sucede es que pierde espacios o posibilidades de ser ella la actora principal que decida la forma*

²³¹ SANSONE, José Manuel. "MANIFESTACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS DE LA DENOMINADA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL (Exposición de las ventajas y peligros de este fenómeno)", consultable en el sitio web: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Sansone.pdf.

de resolver sus conflictos, particularmente los que afectan sus propios bienes jurídicos.” ²³²

Para Muñoz Conde, la cuestión de atribuir un papel importante en el sistema punitivo a la reparación del daño a la víctima del delito, ya había sido adoptada por el positivismo criminológico en su intento de superación del llamado “*Derecho Penal Clásico*”. No obstante, el profesor en cita, apunta que en la actualidad, la propuesta parte de lo que considera: “*una necesidad de ‘volver la mirada’ hacia la víctima, convirtiéndola también en objeto de atención para el Derecho penal; a dicho argumento se une, en ocasiones, la invocación del Derecho penal como ultima ratio, lo que aconsejaría sustituir las penas tradicionales por una intervención menos agresiva, cual es la reparación a la víctima.*” ²³³

B. Privatización del Derecho Penal.

El hecho de que el Derecho Penal acentúe su interés por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración del infractor, no implica sino el cumplimiento de su función social: solucionar conflictos.

Este fenómeno surgió a finales de los años setenta, cuando se inició una importante discusión sobre una nueva vertiente en el tratamiento retribucionista de la pena estatal, que consideraba al delito, primero, como una ofensa a las relaciones humanas y, después, como una violación a la ley.

A partir de entonces fue que se concedió a la víctima un rol primordial, como uno de los protagonistas principales del proceso, en vistas a tener en consideración la reparación de los perjuicios, el reestablecimiento de las relaciones y el daño concreto de la agresión.

En ese sentido, Highton y Gregorio opinan: “*la justicia restitutiva se relaciona con la noción de componer entuertos, de desagraviar relaciones o rehacer*

²³² MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Op. cit., página 361.

²³³ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Op., cit., páginas 622 y 623.

*situaciones como mejor se pueda, luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar.”*²³⁴

La privatización del Derecho Penal, entiende que por vía de retrotraer el estado de cosas al momento anterior al delito, se otorgue a la víctima o al ofendido, el rol principal y no secundario que merece en el sistema penal, sin soslayar la importancia de su voluntad o disposición tanto para aceptar una reparación o reemplazo de lo dañado, como para otorgar perdón al ofensor. Es por eso que en los últimos tiempos, la doctrina penal moderna, ha abrigado la idea de incluir en el discurso la *"conciliación víctima-victimario"*, atento a que el fin último del Derecho es, precisamente, la paz social.

A propósito de ello, los versados en el tema, coinciden en que una muestra de esa tendencia, es la creciente proliferación de métodos no convencionales de solución de controversias del orden penal, mejor conocidos como *"medios alternativos para la resolución de conflictos"*, identificados cual procedimientos alternativos y contrapuestos al litigio judicial, reservados para hacer frente a problemas de escasa relevancia penal en los que la aplicación de la norma penal, resultaría más perjudicial que disuadir a las partes a arribar a una conciliación pacífica. Entre ellos se destaca el modelo disuasorio y la suspensión del juicio a prueba, el cual no abordaremos por razones de espacio.

El modelo disuasorio también llamado *"Integrador"*, prevé la solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad por el activo del delito y la propia pacificación de las relaciones sociales. En palabras de García-Pablos, este modelo exhibe una vocación de flexibilidad de los procedimientos y propone vías alternativas al sistema legal y soluciones informales, desinstitucionalizadas y comunitarias, precisando que: *"se refiere a la mediación, la conciliación o la reparación como formas extrañas al*

²³⁴ HIGHTON, E. et. al. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS Y SISTEMA PENAL. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998, página 83.

sistema penal tradicional que conllevarían minimizar el símbolo estigmatizador de la penal estatal.” ²³⁵

La mediación y la conciliación penal en el modelo integrador, apuntan al reestablecimiento de los intereses de la víctima y del ofendido, pudiendo sustituir en algunos casos, la persecución penal estatal si se cumple el acuerdo pactado con éxito y tienen como propósito, diseñar un procedimiento de resolución del conflicto que se adecue al valor de justicia por parte de los implicados en el drama penal, generando un espacio de discusión de la ofensa y de negociación de un plan de reparación aceptable para ambas partes.

Es importante recalcar, que este modelo dista mucho de identificarse con la simple reparación económica del delito, más bien, se trata de una corriente interdisciplinaria que busca encarar el conflicto, enfocando sus esfuerzos en la reacción post-suceso de la víctima, con el objeto de “*desjudicializar*” el asunto y explorar una vía de solución alternativa, que no consiste, insisto, en una simple reparación civil del daño o resarcimiento económico.

Por ello, a este método se le ha reconocido un alto contenido pedagógico para el imputado, habida cuenta que el enfrentamiento directo de aquél con su hecho y las incidencias inmediatas de éste en la víctima, tiende un puente de comunicación entre ambos, el cual, eventualmente, puede desembocar en un acuerdo basado en una actitud positiva del infractor en arribar a una solución pacífica del conflicto.

Como vemos, la posibilidad de privatizar la persecución penal, implica ampliar los criterios que hoy imperan para conceder a la víctima y al ofendido poder sobre la realización del propio Derecho Penal.

C. Reparación del daño como tercera vía de sanción.

Según lo plasmado en la presente tesis, la reparación del daño en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sigue teniendo una naturaleza dual de pena

²³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “CRIMINOLOGÍA. UNA INTRODUCCIÓN A SUS FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA JURISTAS”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996, página 319.

y de responsabilidad civil derivada del delito, según que la obligación recaiga en el activo o en personas distintas a él, conforme a las disertaciones expuestas al inicio de este trabajo.

Sin embargo, en otras latitudes reparar el mal causado por el delito comprende la pena y la responsabilidad civil, donde la primera, adquiere el significado de una reparación simbólica entre la víctima y la sociedad, en tanto que la segunda, se dirige directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima.

Hasta hace poco tiempo, en algunos países europeos, se consideraba que la reparación del daño era una institución civil Inmiscuida en el derecho penal, como una consecuencia accesoria, sin negar desde luego, su importancia para el resarcimiento o de igual similitud a la indemnización civil; de suerte que, como apunta Enrique Ocrospoma: *"no estaba considerada como una posible vía de solución de conflictos sociales ni muchos menos una tercera vía a adoptar, en lugar de la pena y medida de seguridad."*²³⁶

No es sino hasta la última década del siglo pasado, que voces de avanzada en materia de Derecho Penal y Política Criminológica, encuentran en el maestro de la Universidad de Bonn, Claus Roxin, al introductor de la referencia de que la víctima para el moderno Derecho Penal, juega un rol muy importante en la toma de decisiones político-criminales. Sin embargo, lo total del pensamiento de Roxin en este punto en particular, son sus planteamientos de una tercera vía de sanción alterna a la pena y a la medida de seguridad, así como del acercamiento de la víctima a los criterios de política criminal con la aparición de la victimodogmática, cuyos postulados, vimos de manera muy elemental, en el capítulo III del presente trabajo.

Así, el maestro Roxin apunta: *"Hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de*

²³⁶ OCROSPOMA PELLA, Enrique. LA REPARACIÓN PENAL. El trabajo fue desarrollado sobre la base del Código Penal Español de 1995 y está disponible en el sitio web: www.derecho.com/boletin/articulos.

*libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena.”*²³⁷

No obstante, hay quienes niegan la posibilidad de que la reparación opere como tercera vía y como sustitutivo de pena; entre ellos, se encuentran destacados juriconsultos de la talla de Cerezo Mir y Gracia Martín, de cuyas opiniones, por elementales razones de extensión, coinciden en señalar que bajo determinadas condiciones, la reparación podría dar lugar a una atenuación de la pena, pero creen también, que al no ser un instrumento adecuado para cumplir la totalidad de los fines de la pena, no puede ser configurado como sustitutivo de ésta, lo que no obsta para reconocerle un papel de prevención general.

De la misma opinión, es el también maestro español Francisco Muñoz Conde, quien advierte que la propuesta de Roxin, se encuentra plagada de inconvenientes y lleva a confundir los contenidos de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, por lo que afirma: *"El Derecho penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas. Ello no impide, desde luego, que las penas deban ser proporcionadas a la gravedad de los hechos ni que para valorarla se atienda al grado de afectación de la víctima... En otras palabras, la pena no se aplica para reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del Derecho penal como protector de bienes jurídicos y, en definitiva, para*

²³⁷ ROXIN, Claus. Op. cit., páginas 108 y 109.

constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr la realización de los fines preventivos.” ²³⁸

Otros autores como Zipf, sin desmerecer la importancia de la reparación, consideran que no tiene carácter penal, y citando a Jescheck, manifiesta: *“la proximidad al derecho civil se expresa aquí en que la indemnización, según opinión mayoritaria no posee carácter penal, sino que, por su naturaleza jurídica, debe coordinarse con el derecho de daños del derecho civil.”* ²³⁹

Traer a la palestra las opiniones de tan connotados personajes acerca de estos tópicos cuya discusión está muy lejos de concluir, tiene como propósito establecer si verdaderamente y en qué medida, puede proyectarse la reparación del daño como tercera vía en el sistema penal positivo de nuestra capital, esto es, si es posible encontrar una formula que signifique una verdadera *“superación”* de las penas y de las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

En principio, debemos tener presente la crisis doctrinal generalizada en que cayó, desde el último tercio del siglo pasado, la pena de prisión. Desde entonces, la cárcel ha llevado a cuestras, estigmas como el de que lejos de socializar o resocializar perjudica, no sólo al reo sino a toda su familia, particularmente cuando éste, es la única fuente de ingresos de aquélla. De igual manera, en materia de criminalidad no grave, es común observar que la víctima y/o el ofendido están muy lejos de interesarse en la respuesta carcelaria ofrecida por el sistema penal convencional; sin mencionar la falta de interés por el problema de las prisiones, tanto de la sociedad civil como de los actores políticos en las distintas esferas del poder y ámbitos de su ejercicio.

Estas y otras razones, motivaron el desarrollo en Europa, de una orientación político criminal caracterizada por la exploración de sustitutivos penales que permitieran una utilización más acotada y racional de las penas privativas de libertad, sobre todo de la prisión. Esas investigaciones derivaron, por una parte, en

²³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Op. cit., página 623.

²³⁹ ZIPF, Heinz. INTRODUCCIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1979. p. 175.

la intensificación del uso de sanciones ya establecidas en los códigos penales, como la pena de multa y, por otra parte, en el auge de sanciones que, en principio, no figuraban como formas convencionales de reacción penal, sino que se caracterizaron por afectar bienes jurídicos diversos a la privación de la libertad ambulatoria o bien, aún cuando limitaran esa libertad, no lo hacían con la intensidad que caracteriza a las penas de encierro tradicionales.

A la postre, la panacea no tendría ningún efecto. Las alternativas más que sustitutos para las penas de encierro, se erigieron en auténticos complementos de la cárcel, pues el cumplimiento del sustituto penal, regularmente, se aseguraba con una prisión subsidiaria, de modo que surgían nuevos motivos de encarcelamiento si aquéllos no se ejecutaban; además, al descomprimir el número de condenas a prisión, la cárcel expandió su capacidad y los tribunales podían nuevamente sentenciar a esa pena; esto, sin mencionar que las alternativas respecto de los considerados delincuentes peligros, sólo reafirmó que para ellos, la cárcel era la única opción. Maestros como Daniel Cesano, describen el descenso: *"de la crítica a la cárcel se pasó a una crítica de las alternativas y, como consecuencia de esta última, más que alternativas a la cárcel, se busca, ahora, alternativas a la forma convencional de manifestación del castigo penal; es decir, alternativas a la pena en general."*²⁴⁰

Con este panorama, vamos a ver si es factible o no, establecer las bases para construir un modelo de reparación del daño alternativo al sistema de control penal tradicional en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

D. Criterios para abordar el problema.

Si queremos hacer de la reparación del daño una alternativa a las penas y a las medidas de seguridad, tenemos que ocuparnos de sus fines, esto es, si esta tercera vía es capaz de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, tanto por

²⁴⁰ CESANO, José Daniel. "DE LA CRÍTICA A LA CÁRCEL A LA CRÍTICA DE LAS ALTERNATIVAS", consultable en el sitio web: http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex108.

los habitantes del Distrito Federal (Prevención General) como por aquél individuo que ya hubiera delinquido (Prevención Especial).

a) Prevención General.

La teoría de la prevención general, hemos dicho, no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena, debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación.

Ahora bien, debe reconocerse que la mayoría de los penalistas consultados, coinciden en que la reparación no sólo no opera correctamente como función preventivo general negativa, ya que al parecer no intimida sino que, por el contrario, puede generar efectos disfuncionales dado que no todos pueden ser disuadidos con el efecto de la reparación.

Tan sencillo como que delitos de cuello blanco o de escasa gravedad, no dejarían de ser cometidos por sus autores en vista de que han sido disuadidos por la amenaza de indemnizar y reponer las cosas en el estado original, previo al acto de comisión del delito. Al contrario, podrían ocasionarse efectos negativos en la medida en que se desatendiera el aspecto disuasorio de hechos futuros, en aras de una solución, supuestamente mejor del conflicto desatado por el delito cometido.

Adeversamente, Roxin señala que la reparación del daño como tercera vía, cumple con la prevención general positiva o de integración, en vista al efecto de satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionada por el delito y que, en la restauración de la paz jurídica, la reparación del daño tiene una función que ni la pena ni la medida de seguridad pueden cumplir de igual forma.

Por nuestra parte, creemos que la reparación se verifica en la prevención general, como criterio resocializador a través de la responsabilidad por el hecho y, aun cuando no sea en todos los casos, la reparación puede expresar el reconocimiento y consiguiente estabilización de la norma vulnerada, suficientes

para producir cierto efecto de confianza en el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Además, en tanto persista el perjuicio de la víctima, la perturbación social ocasionada con el delito no desaparece, a pesar de que se castigue al delincuente. De suerte que, sólo cuando la víctima y/o el ofendido hayan obtenido satisfacción a sus demandas, ellos y la colectividad coincidirán en que el conflicto se ha resuelto y que los efectos del delito han sido eliminados.

Por esa razón es que Roxin afirma: *"la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima, y de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable... La reparación del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada."* ²⁴¹

En síntesis, los criterios de prevención general con el instituto de la reparación, tienen por finalidad no sólo satisfacer a la víctima actual sino también a la potencial, en vista que ello es funcional para el sistema social, cuyos componentes, pugnan por mayor seguridad y confianza en los instrumentos de control Estatal como el Derecho Penal.

b) Prevención Especial.

No hay duda que la reparación del daño se dirige a la satisfacción de la víctima concreta, si es que realmente existe una reparación como satisfacción luego de haber resentido un delito; en todo caso, tal y como sostuvimos en otra parte de la presente tesis, la reparación del daño se dirige a paliar, disminuir o minimizar los efectos negativos del ilícito, pero también a resocializar al delincuente, sensibilizándolo con los actos concretos de resarcimiento.

La prevención especial, según Roxin, juega aquí un papel trascendental en el acercamiento entre delincuente y víctima, es decir, si la reparación del daño se utiliza para comprometer al delincuente con su víctima, vaya para favorecer la

²⁴¹ ROXIN, Claus. Op. cit., página 109.

reconciliación entre ambos, se motiva al primero para enfrentarse con el delito y sus consecuencias sociales. De modo que como apunta el maestro, el delincuente: *"aprende a admitir como justa la reparación y ve en ello una prestación socialmente constructiva."* ²⁴²

Ahora bien, adoptar el sistema propuesto a la realidad jurídico-social de la capital de la república mexicana, encuentra un sinfín de avatares. Si bien no se concibe a la víctima como la persona dañada por ser la más débil en la relación victimario-víctima y, además, regularmente no se le presta la atención necesaria para salir del apuro en que se encuentra, encontrar una solución a tales conflictos, no puede significar el reconocimiento de lo anterior en sacrificio o detrimento de los intereses del inculgado.

Los excesos a que llegó Derecho Penal de otros días, dan cuenta de lo importante que es mantener el equilibrio entre las partes en conflicto. Uno puede pensar que al ejecutarse el delito, la debilidad está del lado de la víctima, pero no reflexionamos que, una vez detenido el agresor, éste se encuentra quizá, más vulnerable frente a la omnipotencia del Estado y todo su aparato de represión.

Los trazos que delinear un Estado democrático no contemplan el sacrificio de ninguno de los personajes del delito; encontrar una formula que haga diferente la forma en que el ente gubernamental, enfrente el delito no es la tarea más simple que se pueda encontrar.

La reparación del daño ofrece una posibilidad, pero ni siquiera los versados en la materia han podido llegar a enunciados concluyentes, la prueba está en la reticencia de algunos de ellos para aceptar su valía en el ámbito de la prevención especial y general, si se le encasilla como una tercera vía en el sistema sanciones.

Por ello, debe buscarse enérgicamente, la instalación de un sistema de reparación, auxilio e información de víctimas, verdaderamente integral e innovador, que rompa con añejas costumbres y con las tradicionales formas de responder al delito. La opinión del sustentante es que la reparación del daño, es la

²⁴² Idem, página 110.

herramienta más importante para alcanzar tan elevado fin, por eso dedicamos nuestro tiempo a la investigación del tema, lo cual nos permitió elaborar el presente trabajo que aunque extenso, resulta verdaderamente insuficiente comparado con lo que ha de dilucidarse para poder comprender los alcances e implicaciones que tendría la instalación de la reparación del daño, como alternativa a las penas y medidas de seguridad convencionales, estatuidas en el ordenamiento punitivo de la capital del país.

De cualquier manera, la propuesta concreta se proyecta como una solución, en mi particular opinión, menos gravosa para los sujetos activo y pasivo del delito, y de mejores resultados para ambos, cuya factibilidad, eficacia y operatividad quedará al criterio del legislador que puede adoptarlo, sin incurrir en planteamientos ideológicos que a la postre pueden volver las cosas contra quien se quiere proteger: la víctima.

Ante todo, se debe tener presente, que si queremos adoptar esta vía, han de observarse, primordialmente, los límites constitucionales que imponen las garantías individuales del inculpado; luego, también es necesario esperar de las partes la voluntad de aproximarse con su antagonista, el momento en que debe tener lugar tal acercamiento y los problemas que ello puede desencadenar.

Por ello, Joan J. Queralt, advierte: *"el proceso penal ésta concebido para averiguar la existencia de un hecho, cuya perpetración comporte un castigo y la imposición y ejecución del castigo mismo, ... alguna de dichas garantías constitucionales y legales dan pie para cuestionar precisamente la permanencia de dichas garantías si se admite sin las debidas reservas, las alternativas que la reparación y, en su caso, la mediación implican."* ²⁴³

Las reservas que se erigen contra la reparación del daño como tercera vía, y las consecuencias que ello implica, son expuestas por Hassemer, quien sin vacilación alguna apunta: *"El proceso penal no se basa en la armonía y en la comunicación sino en el conflicto y el debate: la persona a la que se le imputa un delito no puede ser obligada a 'comprender' sino que tiene que tener la*

²⁴³ QUERALT, Joan. Op. cit., página 162.

oportunidad -incluso frente a la víctima- de rechazar esa 'comunicación' y oponerse a la imputación ... 'Tampoco la víctima debe ser llevada -ni siquiera con tácticas específicas- a situaciones discursivas que ni puedan o quieran aguantar.'... La presunción de inocencia no puede sacrificarse por intereses terapéuticos, ni siquiera en los delitos bagatela... El que dirige el proceso debe proteger los derechos de las partes, procurar el equilibrio de posiciones asimétricas y cuidarse de no colocar a ninguna de las partes en un nivel de 'presión comparativa'."²⁴⁴

Siguiendo las afirmaciones de Queralt, encontramos que ese advenimiento, se toparía contra los siguientes principios:

1) Presunción de inocencia.- El sujeto activo se vería forzado a aceptar la reparación y, con ello, declarar contra sí mismo. Además, la reparación no sería consecuencia de un proceso penal, sino un modo anómalo de evitarlo.

2) Principio de igualdad.- Los activos del delito podían ser tratados de modo diferenciado, dadas sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima; es decir, ante hechos análogos, unos podrían eludir la pena de prisión y otros no.

3) Principio de oportunidad.- Los jueces y ministerios públicos podrán ver la posibilidad de dar entrada al principio de oportunidad*. En este caso, opina Queralt: *"Se diluye así el principio de legalidad y oficiosidad, no en función de causas tasadas, sino en función de paradigmas fácticos desconocibles a priori. Con ello se aumenta el riesgo de caer en la arbitrariedad en la selección de los casos relevantes por el sistema penal."*²⁴⁵

4) Principio Jurisdiccional.- Si en determinado asunto, tuviera lugar la reparación del daño o la mediación, ya sea ante el Juez o ante el Ministerio Público, el primero de ellos, tendría que estampar su firma rubricando el acuerdo

²⁴⁴ Citado por QUERALT, Joan. Op. cit., página 163.

* Cabe recordar que dicho principio es entendido como la facultad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal, de abstenerse de su ejercicio, o en su caso, de solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa, cuando se halla demostrado la existencia del delito, se encuentre acreditada la responsabilidad penal del imputado y se cumplan los presupuestos establecidos por ley, debiendo el inculpado expresar su consentimiento para su aplicación, lo cual, no necesariamente entraña la aceptación de culpabilidad.

²⁴⁵ Idem, página 163.

entre víctima y victimario, sea éste el que sea, sin juicio alguno, es decir, al margen del cauce constitucional y legalmente previsto: el proceso penal.

Como puede observarse, adoptar la reparación del daño en tercera vía, puede suponer la finalización de un pleito penal en el que se reconozca la existencia del delito, donde el Representante Social no ejerza la acción penal dado que estaría implicado en la negociación y en el que, además, el juez, pese a lo fehaciente del hecho ya reconocido por la víctima y el victimario, se limitaría a certificar tal existencia.

Tales inconvenientes, revelan porqué el legislador capitalino no dio el paso decisivo para que se adaptara la reparación del daño como tercera vía en el sistema de sanciones del nuevo ordenamiento punitivo, máxime que las modificaciones que habrían de seguirle, no sólo interesan al derecho sustantivo, sino también al adjetivo y ejecutivo.

Cierto es que se han impulsado importantes reformas para garantizar los derechos de las víctimas del delito. Muestra de ello, fue la transformación que sufrió el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que por primera vez elevó a garantía individual para la víctima y el ofendido la reparación del daño. Esa misma ruta fue la que siguió el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en mil novecientos noventa y nueve, cuando en su artículo 9º, estableció una serie de derechos elementales para los denunciantes, querellantes y las víctimas u ofendidos por la comisión de un delito, tanto en la averiguación previa como en el proceso. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal de dos mil dos, no se quedó a la saga; la redacción del presente trabajo de investigación, ha dado cuenta de los avances acaecidos en la materia y de su compromiso con los pacientes del delito para que se les resarzan los daños y/o los perjuicios sufridos a consecuencia del delito, sin que por ello se acerque a la perfección ni siquiera a la suficiencia.

El contexto del Código Penal a estudio, autoriza a pensar que se pueden adoptar las reformas necesarias para que en un futuro no muy lejano, se de carta de naturalización a la reparación del daño como tercera vía, la cual, debe ser

aceptada como reorientación, no tanto de los fines de la pena, sino como cabal alternativa de la misma. Para lograrlo, habría que resolver problemas muy complejos como decidir hasta dónde puede llegar, los delitos que serían sujetos de ella y hasta dónde podría ser sustituida la pena. Asimismo, la reparación tendría que ser declarada en el seno del procedimiento penal, para que fuera constitucionalmente efectiva, pero la reparación del daño tal como aquí se plantea, se diferencia de otras alternativas, en que trata de fomentar la finalización anticipada del proceso penal, precisamente.

Se puede pensar que artículos como el multimencionado 248, del ordenamiento punitivo vigente en el Distrito Federal, ofrecen una respuesta similar a la alternativa de prisión, pero si se observa detenidamente su contenido, es fácil advertir como se arranca el conflicto de las partes, al eximir en ciertos delitos patrimoniales, perpetrados de forma dolosa, de la imposición de cualquier pena, siempre que se satisfagan, entre otros requisitos, la reparación del daño, pero como es una pena, sólo puede ser solicitada por el Ministerio Público, está sujeta a la naturaleza del delito y además, será fijada por el Juez según el daño o perjuicio que sea preciso reparar; de modo que trastoca lo fundamental de la reparación como tercera vía que es, precisamente, el advenimiento, el acercamiento y la negociación a que pudieran llegar los sujetos del delito, sin mencionar que impide la posible mediación del Ministerio Público.

Otro argumento puede sostenerse a partir de lo que establece el artículo 240 del mencionado código, donde se prescribe que la reparación del daño en delitos de daño a la propiedad causados de manera culposa, puede extinguir la pretensión punitiva, si se lleva a cabo antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal, o bien, provocar el sobreseimiento del juicio, si se efectúa antes de que se dicte sentencia en segunda instancia. Pero, habría que decir que, la reparación del daño como tercera vía, se impondría como alternativa a la pena que por la comisión de estos delitos se impusiera, en este caso la multa, y no de modo complementario a ésta. En estos casos, beneficiaría la medida en función de que

el activo del delito se concentraría en resarcir el daño y no en acopiar recursos económicos para satisfacer la multa ni conmutar la prisión, en su caso.

De tal suerte que las aristas del tema son verdaderamente complejas y, como hemos insistido, no se constriñen a la simple reforma del Código Penal capitalino. Adoptar la reparación del daño como tercera vía, escapa a la posible regulación que pudiera insertarse en ese instrumento, por el contrario, implica modificaciones a todo el sistema punitivo de la capital, incluyendo el propio marco constitucional.

Sin embargo, me he permitido ofrecer con todas sus limitaciones, algunas herramientas para construir en otro espacio, un diseño alternativo a la pena, que se preocupe en mayor medida por los intereses individuales o colectivos lesionados con el delito, sin que se abandone el terreno de la prevención general, dado que el protagonismo desmedido de la víctima, puede ser perjudicial si con él, la prevención general no sólo cediera ante la especial sino de plano, ante la obtención de un fin particular: la satisfacción de los intereses de la víctima solamente; por ello, la prevención general debe ser la meta insalvable y su guía.

Creo también, que aun cuando no es el momento adecuado para ello, implementar este modelo, puede contribuir a que sistemática y paulatinamente se despenalicen o discriminalicen ciertas conductas, así como a la ubicación de la víctima y la protección de sus intereses en el justo medio que les corresponde, sin menguar los derechos públicos subjetivos del delincuente. Además, reduciría el desgaste no sólo económico sino personal, social, cultural y familiar, que puede producir la imposición y la ejecución de la prisión o la multa, claro que sólo sería aplicable en delitos de escaso impacto social, de pequeña o de mediana entidad (carácter utilitario de la reparación), porque en otros su inconveniencia está garantizada.

De igual forma, contribuiría a la creación de una atmósfera de confianza en el sistema de Derecho Penal de la ciudad, porque sus habitantes serían testigos del restablecimiento de la paz social violentada por el delito; finalmente, la reparación como tercera vía de sanción, no es mas que un medio adecuado a la solución de

los conflictos sociales que generan delitos de menor entidad lesiva y su afectación a la víctima potencial y concreta.

Por el momento, resulta preferente aguardar los resultados de las reformas en materia de reparación del daño existentes en el código penal de la ciudad y dar tiempo a que las innovaciones como el trabajo en favor de la víctima o el Fondo para la Atención y Apoyo a Víctimas del Delito se consoliden, antes de complicarnos con instituciones cuyo éxito no ha sido suficientemente demostrado en las regiones donde se propugna.

CONCLUSIONES

1. Con independencia de las posiciones dogmáticas más dominantes sobre el tema, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño sigue teniendo una naturaleza dual a saber: resulta de carácter principal en el proceso, cuando es exigible directamente por el Ministerio Público al delincuente como pena pecuniaria cuya imposición es impuesta por el Juez, pero también, reviste el carácter accesorio, cuando se opta por la instancia civil para hacerla efectiva respecto de personas distintas al sujeto activo.
2. La noción de delito en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se identifica con los elementos esenciales de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En consecuencia, sólo a partir de la constatación de estos elementos, en determinado hecho penalmente relevante, una vez acreditadas en el proceso penal, el cuerpo del delito y la responsabilidad del autor, habrá lugar a la imposición de una pena y/o medida de seguridad, y sólo entonces, se podrá condenar al activo a la reparación del daño.
3. La reparación del daño es una pena que debe sujetarse a las reglas genéricas para su imposición contenidas en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 70, 71 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, además debe ser exigible directamente por el Ministerio Público al delincuente como pena pecuniaria y ser impuesta por un Juez, por ello, conviene referirse a ella como una pena y no como sanción pecuniaria.
4. La magnitud del daño causado por el delito al bien jurídico protegido por la norma, debe ser materia de evaluación por parte del juzgador, al momento de individualizar la pena de reparación correspondiente, por lo que el Juez

debe tomar conocimiento directo de la víctima, de las circunstancias del hecho y de todos los elementos conducentes.

5. El artículo 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tiene un espectro más amplio y detallado de la reparación del daño, pues parte de la idea de que el daño se ha de cubrir de acuerdo con la naturaleza del delito de que se trate, lo que de suyo, constituye un avance significativo en cuanto al acotamiento de los delitos que merecen reparación. Asimismo, la restitución de la cosa obtenida deberá incluir sus frutos y accesorios y si la entrega no fuese posible, el pago de su valor pero actualizado; finalmente, si se trata de bienes fungibles, el juez tiene la facultad de condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.
6. El hecho de que una persona sea inimputable, no elimina la posibilidad de resarcir el daño que hubiere producido, porque, en última instancia, el Derecho Penal establece mecanismos para que se resarza el daño, no como pena para el delincuente, ni siquiera a título de medida de seguridad, sino como responsabilidad civil derivada del delito.
7. La reparación del daño, sólo se puede imponer a la persona a quien se le imputa la comisión de determinado delito, respecto del cual, se ha comprobado plenamente su responsabilidad penal, mediante un proceso seguido ante la autoridad jurisdiccional competente, en el que se hayan observado la formalidades esenciales del procedimiento, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, a través del acto de decisión por el cual se da solución al fondo controvertido, debidamente fundado y motivado, esto es, de la sentencia.

8. El Fondo para la Atención y Apoyo a Víctimas del Delito, no es un sujeto de derecho involucrado de la reparación del daño, toda vez que no intervine en la relación resarcitoria propiamente dicha, es decir, no es una institución que se obligue solidaria o subsidiariamente con el sujeto activo, en la reparación del daño, sino que sus pretensiones se constriñen a reducir, en lo posible, los efectos perniciosos del delito respecto de la víctima y/o el ofendido.

9. El trabajo en beneficio de la víctima, no se confunde en manera alguna con la reparación del daño, ni entraña un cumplimiento subsidiario del mismo, sino que es una institución sin precedente en la historia de los códigos penales que han regido en la ciudad, que puede ser impuesta por el Juez como pena sujeta a las reglas genéricas contenidas en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 70, 71 y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y también como sustitutivo de las penas de prisión o de multa. Asimismo, se distingue del trabajo en favor de la comunidad no solo en que debe ser remunerado, sino también en que deberá proporcionarse en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas.

10. El Juzgador debe fijar el plazo para el pago de la reparación del daño, quien tiene la potestad para conceder uno, dos o más, así como para establecer el tiempo que abarcará cada uno, a condición de que no se exceda de un año, salvo que se trate del delito de tortura en el que el pago de la reparación del daño deberá realizarse en una sola exhibición.

11. En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se colocó a la reparación del daño por encima de la multa y la sanción económica, por lo que debe justipreciarse por el juzgador de manera especial y preferente sobre cualquier otra obligación, salvo las excepciones que la propia ley consigna.

12. En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la reparación o disminución del daño, tiene eficacia atenuante de la pena, puede provocar se declare una excusa absolutoria, o bien, imponerse como obligación alimentaria y hasta generar la extinción de la pretensión punitiva o el sobreseimiento del asunto.
13. Adoptar la reparación del daño como una tercera vía en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, encuentra un sinnúmero de avatares por lo que han de observarse, primordialmente, los límites constitucionales que imponen las garantías individuales del inculpado; luego, también es necesario esperar de las partes la voluntad de aproximarse con su antagonista, el momento en que debe tener lugar tal acercamiento y los problemas que ello puede desencadenar. De cualquier manera, la propuesta se proyecta como una solución, menos gravosa para los sujetos activo y pasivo del delito, y de mejores resultados para ambos, cuya factibilidad, eficacia y operatividad quedará al criterio del legislador que, de acertarlo, no deberá caer en planteamientos ideológicos que a la postre pueden volver las cosas contra quien se quiere proteger: la víctima.

PROPUESTAS

1. A diferencia del Código Penal Federal, en cuyo artículo 7º se indica que delito: *"es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*, el nuevo código sustantivo penal del Distrito Federal, no cuenta con una disposición específica que precise qué debemos entender por delito, por lo que se propone la siguiente definición: Delito es la conducta penalmente relevante en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por cuya ejecución, a su autor, se le impondrá una determinada consecuencia jurídica (artículos 30, 31 y 32, N.C.P.D.F.); es decir, habrá delito cuando dicha conducta se ejecute por vía de acción, omisión o comisión por omisión (bajo ciertos supuestos, artículo 16, N.C.P.D.F.), de manera dolosa o culposa, siempre que se satisfagan los elementos previstos en la descripción típica y se lesione o ponga en peligro, sin causa justa, el bien jurídico tutelado por la norma que la contempla, salvo que concurra una de las causas de exclusión de alguno de los elementos del delito que señala el artículo 29 del ordenamiento penal a estudio.
2. Reformar el artículo 45 del nuevo código sustantivo penal del Distrito Federal, para que se establezca una prelación lógica entre la víctima y el ofendido cuando se trate de personas diferentes, así como eliminar la ambigüedad existente entre los términos dependientes económicos, derechohabientes y herederos, pues se evade la precisión en el orden con que se debe preferir a los destinatarios del monto de la reparación del daño.
3. Los derechos de víctimas y ofendidos, deberían ubicarse en un capítulo independiente de la sanción pecuniaria, de manera que conocieran con mayor claridad su injerencia en el proceso penal por cuanto a la reparación del daño se refiere.

4. Precisar el derecho de los terceros diversos al sujeto pasivo, para evitar que las soluciones a los conflictos que de esta problemática surjan, queden a la mera interpretación de quien imparte justicia.
5. Se debe suprimir del artículo 30, fracción V, así como del propio Capítulo VI del Título Tercero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el término sanción por el más adecuado de "penas pecuniarias", pues aun cuando pueda resultar una cuestión hasta intrascendente, lo cierto es que el empleo de esa terminología, resulta más conveniente por ser técnicamente más específico y más apegado a nuestra materia.
6. Se debe incluir un artículo que especifique que en los asuntos donde la víctima contribuya significativamente al resultado típico, se faculte al Juez para que una vez examinadas las particularidades del caso, pueda reducir el monto de la reparación de los daños materiales ocasionados, dado que no resulta lógico ni jurídico que sólo uno de los protagonistas del evento delictivo soporte la carga de resarcir la totalidad del detrimento patrimonial que también hubiese propiciado la víctima.
7. Cambiar la redacción de la fracción II, del artículo 46, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, para establecer que están obligados a reparar el daño los patrones, por los delitos que cometan sus trabajadores con motivo y en desempeño de su trabajo.
8. Es urgente instalar un artículo que puntualice con toda claridad, que cuando varias personas cometan el delito, la reparación del daño se considerará solidaria, pero que ésta, sólo tendrá lugar cuando el hecho dañoso sea resultado de una acción conjunta de varias personas, que obedezca a una pluralidad de acciones que confluyan en la causación del daño, de tal manera que no existan elementos conducentes a diferenciar la concreta

responsabilidad que a cada uno corresponde, pues cuando el examen del caso permita especificar el grado de participación que en la producción del daño, han tenido los causantes, si estos son varios, la responsabilidad no será solidaria sino mancomunada.

9. Se deben reformar los artículos 50 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; 23, fracción I de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal; y 36, fracción II de su Reglamento, para disponer que se integrarán al fondo, las cauciones relacionadas con la libertad provisional a que se refiere el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero sólo aquellas que garanticen la sanción pecuniaria relativa a la multa y a la sanción económica, así como las que otorgue el procesado para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley, se deriven a su cargo en razón del proceso, en virtud que la concerniente a la reparación del daño debe entregarse, en cualquier circunstancia, a las personas que señala el artículo 45 del código penal capitalino.

10. En tanto sucede lo anterior, debe prevalecer lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sobre las disposiciones relativas del Nuevo Código Penal, de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal y de su Reglamento, para que, cuando el procesado haya garantizado los distintos rubros a que se refiere el artículo 556 del código adjetivo de la materia y fuero, para obtener su libertad provisional y se evada de la acción de la justicia, la cantidad que hubiere garantizado por concepto de reparación del daño, sea entregada a la víctima, al ofendido o sus dependientes económicos, derechohabientes o herederos, en tanto que las restantes se integren a dicho Fondo, toda vez que el código instrumental del Distrito Federal protege en mejor medida el interés superior de los afectados por el delito.

11. Modificar el contenido y ubicación del artículo 240 del ordenamiento penal capitalino, para que se le de un carácter general que no sólo determine la sanción para los delitos de daño a la propiedad cometidos culposamente, sino para que expanda su ámbito de aplicación y la reparación del daño tenga los mismos efectos en otros ilícitos como los de ataques a las vías de comunicación o los de contra la seguridad del tránsito de vehículos, siempre que se cometan de manera culposa.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALMARÁZ, José. ALGUNOS ERRORES Y ABSURDOS DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE 1931, s. edición, s. Editorial, México, 1941.
2. ALZAGA, Oscar (compilador). LA DEFENSA DE LOS DERECHOS CIUDADANOS. Publicación auspiciada por el Gobierno del Distrito Federal, México, 2000.
3. ANTÓN ONECA, José. DERECHO PENAL. Segunda Edición, Editorial Ediciones Akal, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1986.
4. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Mc Graw-Hill, México, 1999.
5. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. LECCIONES DE DERECHO PENAL, Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999.
6. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
7. BUSTO LAGO, José Manuel. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1998.
8. CALDERÓN CEREZO, A. y J. A. Choclán Montalvo. DERECHO PENAL, Parte General, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Bosch, España, 2001.
9. CASINO RUBIO, Miguel. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN Y DELITO. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1998.
10. CASSEL, Karl Gustav. TEORÍA DE LA ECONOMÍA SOCIAL, Traducción al español por Miguel Paredes, Quinta Edición, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1960.
11. CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Parte General. Trigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
12. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO, Décimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
13. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, CÓDIGO PENAL ANOTADO, Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALMARÁZ, José. ALGUNOS ERRORES Y ABSURDOS DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE 1931, s. edición, s. Editorial, México, 1941.
2. ALZAGA, Oscar (compilador). LA DEFENSA DE LOS DERECHOS CIUDADANOS. Publicación auspiciada por el Gobierno del Distrito Federal, México, 2000.
3. ANTÓN ONECA, José. DERECHO PENAL. Segunda Edición, Editorial Ediciones Akal, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1986.
4. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Mc Graw-Hill, México, 1999.
5. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. LECCIONES DE DERECHO PENAL, Editorial Praxis, Barcelona, España, 1999.
6. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
7. BUSTO LAGO, José Manuel. LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO RESARCIBLE EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1998.
8. CALDERÓN CEREZO, A. y J. A. Choclán Montalvo. DERECHO PENAL, Parte General, Tomo I. Segunda Edición, Editorial Bosch, España, 2001.
9. CASINO RUBIO, Miguel. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACIÓN Y DELITO. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1998.
10. CASSEL, Karl Gustav. TEORÍA DE LA ECONOMÍA SOCIAL, Traducción al español por Miguel Paredes, Quinta Edición, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1960.
11. CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Parte General. Trigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
12. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO, Décimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
13. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, CÓDIGO PENAL ANOTADO, Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

14. CAVANILLAS MÚJICA, S. LA TRANSFORMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA. Editorial Aranzadi, Sociedad Anónima, Pamplona, España, 1987.
15. CENICEROS, José Ángel, y otros. LA LEY PENAL MEXICANA. Editorial Botas, México, 1934.
16. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
17. CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, México, 1992.
18. CRUZ BARNEY, Oscar. HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO. Editorial Oxford University Press, México, 1999.
19. DÁVALOS MORALES, José. DERECHO DEL TRABAJO I. Sexta Edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1996.
20. DAZA GÓMEZ, Carlos. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Segunda Reimpresión, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2001.
21. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Editorial Civitas, Madrid, España, 1995.
22. DE LA HIDALGA, Luis. HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Editorial Porrúa, México, 2002.
23. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. PREVENCIÓN GENERAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1999.
24. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. CÓDIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
25. DIEZ RIPOLLES, José Luis y otros (editores). LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ANTE EL NUEVO SIGLO. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002.
26. DONNA, Alberto Edgardo. TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA. Fundamentación de las Sanciones Penales y de la Culpabilidad, Tomo I, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Argentina, 1996.
27. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO. Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

28. FLORES GARCÍA, Fernando. ENSAYOS JURÍDICOS, Segunda Edición, Editorial Laguna, Sociedad Anónima de Capital Variable, México, 1998.
29. FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y Gustavo Carvajal Moreno. NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1979.
30. FLORIAN, Eugene. ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL. Serie Clásicos del Derecho Penal, Volumen I, Editorial Jurídica Mexicana, México, 2001.
31. FONT SERRA, Eduardo. LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL, su tratamiento procesal. Editorial Gráficas Muriel, Sociedad Anónima, España, 1991.
32. FRAGA, Gabino. DERECHO ADMINISTRATIVO. Trigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
33. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. CRIMINOLOGÍA, Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.
34. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga Islas De González Mariscal (coordinadores). ANÁLISIS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Terceras Jornadas Sobre Justicia Penal "Fernando Castellanos Tena". Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
35. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
36. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. TEMAS Y PROBLEMAS DE LA JUSTICIA PENAL. Editorial Seminario de Cultura Mexicana, México, 1996.
37. GARCÍA RENDÓN, Manuel. SOCIEDADES MERCANTILES. Segunda Edición, Editorial Harla, México, 1993.
38. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Décimo Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

39. GHERSI, Carlos A. y otros. DERECHO Y REPARACIÓN DE DAÑOS. Segunda Edición actualizada y aumentada, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2003.
40. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Undécima Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
41. HERRERA MORENO, Miriam. LA HORA DE LA VÍCTIMA. Compendio de Victimología. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial Edersa, Madrid, España, 1996.
42. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL. Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
43. HIGHTON, E. y otros. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS Y SISTEMA PENAL. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.
44. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. ANÁLISIS LÓGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL. Segunda Edición, Editorial Trillas, México, 1985.
45. JAKOBS, Günther. DERECHO PENAL. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Segunda Edición corregida, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1997.
46. JESCHECK, Hans-Heinrich. TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General. Cuarta Edición, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, España, 1993.
47. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Biblioteca "Clásicos del Derecho Penal", Volumen 3, Editorial Oxford University Press, México, 1999.
48. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. DERECHO PENAL MEXICANO. Tomo I, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
49. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Editorial Ángel Editor, México, 2003.
50. LIMA MALVIDO, María de la Luz. MODELO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS EN MÉXICO. Editorial Porrúa, México, 2004.
51. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. CURSO DE DERECHO PENAL. Parte General, Tomo I, Editoriales Universitarias, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1996.

52. MALO CAMACHO, Gustavo. DERECHO PENAL MEXICANO. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
53. MANTILLA MOLINA, Roberto J. DERECHO MERCANTIL, Introducción y Conceptos Fundamentales, Sociedades. Vigésimo Novena Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1997.
54. MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan Terradillos Basoco. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO, Tercera Edición, Editorial Civitas, Sociedad Anónima, España, 1996.
55. MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. DERECHO PENAL. Parte General. Cuarta edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1999.
56. MAZEUD, Henri y otros, TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1977.
57. MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL, Parte General. Tercera Edición corregida y puesta al día, Editorial Tecfote, Barcelona, España, 1990.
58. MEZGER, Edmund. DERECHO PENAL. Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.
59. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Segunda Edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 2002.
60. MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Reimpresión a la Segunda Edición, Editorial Temis, Sociedad Anónima de Capital Variable, Bogotá, Colombia, 2002.
61. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. DERECHO PENAL, Parte General. Quinta Edición revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.
62. NEUMAN, Elías. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN PENAL. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1997.
63. OCHOA OLVERA, Salvador. EL DAÑO MORAL, Editorial Montealbo, México, 1999.

64. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. TEORÍA DEL DELITO, Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. Undécima Edición, Editorial Porrúa, México 2001.
65. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. TEORÍA DEL DELITO. Segunda reimpresión. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
66. POLAINO NAVARRETE, Miguel. DERECHO PENAL, Parte General, Teoría Jurídica del Delito, Tomo II, Volumen I, Editorial Bosch, España, 2000.
67. POLAINO NAVARRETE, Miguel. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL MODERNO DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, México, 2001.
68. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. Decimonovena Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
69. QUIJADA, Rodrigo. NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMENTADO Y ANOTADO. Editorial Ángel Editor, México, 2003.
70. RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén. LA TUTELA. Editorial Porrúa, México, 2001.
71. REYES ECHANDÍA, Alfonso. DERECHO PENAL. Quinta Reimpresión de la Undécima Edición, Editorial Temis, Sociedad Anónima, Bogotá, Colombia, 1996.
72. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. VICTIMOLOGÍA, Estudio de la Víctima. Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
73. ROXIN, Claus. DERECHO PENAL. Parte General, Tomo I, traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas, Sociedad Anónima, Madrid, España, 1997.
74. SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. LOS DELITOS DE DAÑOS. Editorial Aranzadi, España, 1994.
75. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y otros (coordinadores). POLÍTICA CRIMINAL Y NUEVO DERECHO PENAL, libro Homenaje a Claus Roxin, Editorial Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.
76. SILVA SILVA, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL, Segunda Edición, Editorial Harla, México, 1995.

77. SOTO PÉREZ, Ricardo. NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Vigésima Primera Edición, Editorial Esfinge, Sociedad Anónima de Capital Variable, Naucalpan, México, 1993.
78. TENA RAMÍREZ, Felipe. LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1997. Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
79. TEORÍAS ACTUALES EN EL DERECHO PENAL, Editorial AD-HOC, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, Argentina, 1998.
80. UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. EL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Editorial Porrúa, México, 2002.
81. VERGARA TEJADA, José Moisés. MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General. Editorial Ángel Editor, México, 2002.
82. WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN, PARTE GENERAL. Undécima Edición/Cuarta Edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Martínez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1987.
83. ZIPF, Heinz. INTRODUCCIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1979.

DICCIONARIOS

CABANELLAS, GUILLERMO. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Vigésima Edición, Editorial Heliastra, Buenos Aires, Argentina, 1981.

DE PINA VARA, Rafaél. DICCIONARIO DE DERECHO. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1980.

DÍAZ BARREIRO, Juan Manuel. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL MEXICANO O SEA DEL CÓDIGO PENAL 1873. Primera Reimpresión a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1987.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

DICCIONARIO LAROUSSE USUAL. Editorial Larousse, Paris, 1974.

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Tomo I, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Decimotercera Edición, Editorial Porrúa–Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésimo Segunda Edición, Editorial Espasa Calpe Sociedad Anónima, Madrid, España, 2001.

HEMEROGRAFÍA

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, número 107, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-agosto, 2003.

ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales, número 6, segunda época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, abril-junio, 2003.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN.

GACETA OFICIAL DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL.

CONSULTA DE INTERNET

CESANO, José Daniel. DE LA CRÍTICA A LA CÁRCEL A LA CRÍTICA DE LAS ALTERNATIVAS. www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex108.

MONTANO, Pedro J. LA DIGNIDAD HUMANA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL. www.unifr.ch/derechopenal/articulos.ht

SANSONE, José Manuel. MANIFESTACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS DE LA DENOMINADA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Exposición de las ventajas y peligros de este fenómeno. www.unifr.ch/derechopenal/articulos/.

OCROSPOMA PELLA, Enrique. LA REPARACIÓN PENAL. www.derecho.com/boletin/articulos.

OTRAS FUENTES

IUS 2004. Junio 1917 – Diciembre 2004. Jurisprudencia y Tesis Aisladas emitidas por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación a partir de junio de 1917 (Quinta a Novena Épocas). Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

COMPILA X. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2005.

COMPILA TRATADOS IV. Instrumentos Internacionales. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2004.

LEYES Y REGLAMENTOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José Costa Rica".

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Trabajo (L.F.T.)

Código Penal Federal (C.P.F.)

Código Federal de Procedimientos Penales (C.F.P.P.)

Código Penal para el Distrito Federal (C.P.D.F.)

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (N.C.P.D.F.)

Código Civil para el Distrito Federal (C.C.D.F.)

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (C.P.P.D.F.)

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (C.P.P.D.F.)

Ley del Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia en el Distrito Federal (L.F.A.A.J.D.F.)

Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal (L.A.A.V.D.D.F.)

Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal (R.A.A.V.D.D.F.)

LEGISLACIÓN ESTATAL.

Código Civil para el Estado de Aguascalientes.

Código Penal Para el Estado de Nuevo León.

Código Penal para el Estado de Querétaro.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Ley Sobre Auxilio a las Víctimas del Delito del Estado de México.

Ley de Auxilio a las Víctimas del Delito para el Estado Libre y Soberano de Jalisco (Abrogada).

Ley que crea el Centro de Atención para las Víctimas del Delito del Estado de Jalisco.

Ley para la Protección a Víctimas de Delitos del Estado de Puebla.

Ley para la Prevención de Conductas Antisociales, Auxilio a las Víctimas, Medidas Tutelares y Readaptación Social del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas.