



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ARAGÓN**

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA  
EXIGIBILIDAD DE LA MISMA ANTE  
TERCEROS EN MATERIA PENAL EN EL  
ESTADO DE MÉXICO**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**OSCAR CRISTOBAL SALVADOR**

**ASESOR:**

**LIC. JOSÉ LUIS MAYORAL VILLEGAS**



MÉXICO

2005

0350320

A mis padres  
Que me apoyaron en todo momento  
Que nunca perdieron la fe y la esperanza  
De que pudiera ser una persona de provecho.

A mi esposa e hijas  
Que son el complemento de mi vida  
Y las que hacen que sea más gratificante  
Al poderla compartir juntos.

Al Lic. José Luis Mayoral Villegas  
Gracias a sus conocimientos y experiencia  
Que me motivó a concluir este proyecto.

Al Doctor en Derecho Bernabé Luna Ramos  
Por las acertadas observaciones realizadas a  
este trabajo

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

### Capítulo I Antecedentes de la Reparación del daño.

1.1. Venganza Privada-----	2
1.2. La Venganza Divina-----	6
1.3. La Venganza Pública-----	6
1.4. Grecia-----	12
1.5. Roma-----	13
1.6. Edad Media-----	24
1.7. Época Colonial-----	26
1.7.1. La Constitución de 1856-----	30
1.7.2. La Constitución de 1917-----	31
1.7.3. Época Actual-----	33

### Capítulo II La Reparación del Daño

2.1. Concepto de Reparación del Daño y la Teoría del Delito.-----	40
2.2. Procedencia de la Reparación del Daño-----	47
2.2.1. Legislación Actual-----	52
2.3. Relación Procesal Criminal-----	65
2.3.1. Que comprende el pago de la Reparación del Daño según nuestra Legislación-----	69
2.3.2. Medidas Precautorias para la Reparación-----	70
2.3.2.1. Durante el Proceso-----	70
2.3.2.2. Durante la Sentencia-----	71

### Capítulo III Quienes tienen derecho a Reclamar el pago de la Reparación del Daño según del Código Penal.

3.1. Artículo 32 del Código Penal del Estado de México-----	73
3.1.1. Concepto de Víctima-----	73
3.1.2. Concepto de Ofendido-----	77
3.1.3. Distinción entre Víctima y Ofendido-----	82
3.2... Formas de pago por parte del sentenciado-----	84
3.2.1. Por parte de la Persona Ajena a Juicio-----	86
3.2.2. Formas de Pago en caso de que el Sujeto Activo se niegue a realizar el Pago-----	89
3.2.3. Quienes tienen Derecho a la Reparación del Daño-----	92

3.3. La Acción Civil-----	93
3.4. Concepto de Acción Civil-----	93
3.4.1 Formas en que se hace saber la Reparación del Daño-----	94
<b>Propuestas-----</b>	<b>101</b>
<b>Conclusiones-----</b>	<b>105</b>
<b>Bibliografía-----</b>	<b>108</b>

## **INTRODUCCIÓN**

Por su propia naturaleza, el egoísmo en el ser humano lo hace defender todo aquello que considera como suyo.

El ataque a lo que considera de su propiedad, hace surgir en su mente un sentimiento de venganza, cuya fuerza depende del aprecio que haya hecho de sus bienes, la gravedad del ataque y la cultura que posea, al que se aúna la idea de recuperar lo perdido.

En la historia de la humanidad, estas ideas y sentimientos de venganza, comunes en todos los hombres, han sido encausados por el derecho, pretendiendo su satisfacción, en determinados sentidos, atendiendo al avance de la civilización.

El derecho tiene como finalidad encausar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; se manifiesta como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado; se ha expresado que el Derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, más indudablemente tal sistematización inspirase en ideas de alto

valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: la paz y la seguridad sociales.

Si la función del Estado es crear y mantener un orden social en que haya seguridad, tranquilidad y paz, siempre que se lesione un bien jurídico deben intervenir las autoridades en apoyo de una justa reparación al directamente ofendido, haciendo que se restituyan las cosas de cuya posesión se le haya privado, que se reparen los daños que se hayan originado, sean materiales o morales y que se indemnice de los perjuicios sufridos.

En el tema que escogí y que puse en si la esperanza de poder dar a conocer mis ideas a la luz pública y proponer reformas a nuestra legislación en lo referente a esta materia, ya que las normas que la rigen, no son lo demasiado claras y en la practica, es difícil, hacer efectiva la Reparación del Daño, por los distintos problemas que se presentan.

Este trabajo, como toda obra que aparece en la vida cotidiana, está sujeto a la critica sana, presenta imperfecciones debido a mi inexperiencia, por lo cual invoco la benevolencia de los miembros del H. Jurado Calificador, para que tengan a bien aprobarlo.

## **CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.**

La Reparación del Daño tiene su origen en la obligación de crédito, tomando en consideración que en los pueblos primitivos, todas las relaciones eran a base de trueque, y por lo tanto, carentes las relaciones humanas del fenómeno crédito, sin embargo existía la reparación del delito, que necesariamente provocaba una figura de crédito, ya que era inevitable, en un momento dado, que el obligado tuviera los elementos necesarios para satisfacer la reparación y como consecuencia el ofendido se hallaba en la necesidad de abrirle crédito. Es pues incuestionable que la reparación del daño, si no es anterior al derecho mismo de las obligaciones es por lo menos tan antiguo como el origen de las mismas.

Como consecuencia de lo anterior, podemos afinar que las primeras obligaciones de los hombres que vivían en sociedad, nacieron del delito.

Para darse cuenta de las Reglamentaciones Jurídicas actuales, en relación al tema de Reparación del daño, es necesario estudiar la forma en que fue reglamentado el Derecho a través de la historia.

## 1.1 Venganza Privada.

En este periodo la función represiva estaba en manos de los particulares. Como afirman los tratadistas si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender como la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza. Mas no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna, solo tiene relevancia como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

La venganza privada también conocida como venganza de Sangre, del Talión y de la Composición, por lo que en seguida daré la diferencia de cada una de ellas:

**VENGANZA DE SANGRE:** Esta por lo regular se da cuando se trataba de homicidios y lesiones, delitos por su naturaleza denominados de sangre esta venganza recibió entre los Germanos el nombre de blutrache generalizándose posteriormente a todos delitos. La pena nació como una venganza de grupo, cada individuo cada familia, en fin, cada organización social primaria se organizaba y se hacia justicia por si mismo a propia mano, en este periodo la función represiva estaba exclusivamente en manos de los particulares en esta lucha triunfa el mas fuerte y apto frente al débil.

**LEY DEL TALION:** por lo que respecta a esta como en ocasiones los vengadores al tratar de castigar a sus ofensores se propasaban en su acción, por lo que se limitó la venganza, subsistiendo esta pero hasta la dimensión exacta de la ofensa. El primer freno a este tipo de justicia, fue la figura antes referida (ley del talión) "ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura" con este sistema se restringió la venganza privada, significando que el grupo solo autorizaba a la víctima a causar un daño en la misma dimensión que la ofensa.

**LA COMPOCICIÓN:** o rescate de derecho de venganza, es otra limitación de la venganza por medio de la cual el ofensor podía comprar al ofendido o a sus parientes el derecho de venganza esta institución que en un principio era voluntaria, llegó a convertirse en obligatoria a un que con algunas restricciones, pues el delito como el adulterio se seguía permitiendo la acción del ofendido en muchos perjudicial al Estado. Juan José González Bustamante en su obra nos señala: "...sería con efecto absurda en el adulterio, en el rapto, en la violación y otros delitos: sería o podría ser dispendiosa en las heridas o golpes, pues podría hacerse al ofensor mayor mal que el que éste había hecho al ofendido, y dejarla por consiguiente, de ser Talión, sería por fin, dañosa al Estado, en la mutilación pues privarla de los medios de subsistir al delincuente, quien vendría a ser una carga para la Sociedad".<sup>1</sup>

1 ) - González Bustamante Juan José. Principio de Derecho Procesal Penal Mexicano. 8ª ed., Ed. Porrúa S. A. de C. V. México 1985. Pág

Propiamente una etapa del derecho penal, se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hundieron sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza lo que nos hace suponer el imperio de tales reacciones y donde no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la federación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales".<sup>2</sup>

En la legislación germana hasta el siglo XIII, y aún posteriormente, se castigaban todos los delitos con penas pecuniarias, y nunca en realidad reconoció esta medida, como pena propiamente dicha, pues las sumas de dinero que el delincuente le pagaba al ofendido, eran el precio de la paz, es decir de la renuncia que el agraviado o su familia hacían del supuesto derecho de vengarse. Y la suma que los delincuentes pagaban a los jefes de las tribus bajo el nombre de "Fedrum", era una retribución que aquellos le daban al jefe de la nación a causa de protección prestada contra venganza del ofendido. En consecuencia, la autoridad no defendió a los particulares contra los delincuentes sino a estos contra los particulares agraviados, a fin de que no ejercieran venganzas excesivas; por lo cual los pagos no se infringían como un verdadero concepto de pena. La cantidad de dinero que se les daba a los ofendidos y que se llamaba Wergeld, (que significa: componenda o composición) era una indemnización.

2 - Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano, 2a ed. Ed. Porrúa, S. A., México 1960, Pág. 24.

**SA VIGNY** nos dice: "Que en el sistema bárbaro el Wergeld, era siempre proporcionado al daño inferido". Como puede observarse en el sistema que séguían dichos pueblos germanos, ya aparece la reparación del daño, nada más que la teoría, de dicha reparación nos indica que se cubría no con el objeto directo de compensar el daño causado, sino con el objeto de evitar una venganza excesiva por parte del delincuente.

Esta etapa de venganza privada, también se conoció como **venganza de la sangre**, porque sin duda se origino por el homicidio y las lesiones, delitos que por su naturaleza, se denominaban de sangre. Esta venganza recibió entre los germanos el nombre de Blutrache, generalizándose posteriormente a toda clase de delitos.

Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su acción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la formula del Talión ojo por ojo diente por diente, para significar que el grupo solo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. "Este sistema Talional supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo considerable".<sup>3</sup>

Figura a la cual ya nos hemos referido con anterioridad y la cual pasa a ser una etapa de la venganza privada, para posteriormente llegar a la figura de la composición.

(3) - Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, s/e, Ed. El Argentino S.A., Buenos Aires Argentina, 1953. Pág 55

## **1.2. La Venganza Divina**

A este periodo también se le denomina teocrático (de teos-dios, cratos-poder) los conceptos de derecho y religión se confunden en uno, proyectándose todos los problemas hacia la divinidad los jefes de los grupos teocráticos tomaron en las manos la represión en nombre de los seres superiores de los que recibían la autoridad para hacer justicia.

En esta época se pensó que los delitos y faltas eran causas que ofendían a los dioses. Las penas consecuentemente estaban encaminadas a borrar el ultraje a la divinidad. Generalmente la represión de las conductas que ofendían a los dioses eran aplicadas por los sacerdotes.

## **1.3. La Venganza Pública**

Esta etapa se caracteriza por la intervención del Estado o de los detentadores del poder, en la sanción de los delitos. Deja de ser producto del odio y de la ira individual o familiar, para convertirse en una manifestación de solidaridad de los grupos sociales a favor del ofendido y en contra de su ofensor.

Caracterizan a esta etapa la injusticia y el fanatismo, principios en pueblos subdesarrollados y carentes de todo sentimiento altruista, en los que el poder de algunos hombres se hace sentir sobre sus

gobernados, siendo estos castigos ordenados por aquellos, un verdadero privilegio.

En ocasiones al no ser encontrado el delincuente el castigo se aplica a cualquiera de los integrantes del grupo ofensor; en el Código de Hamurabi, por ejemplo se puede leer: "Si el ladrón no ha sido encontrado, el robado perseguirá ante Dios lo que perdió, la ciudad y el Junque, en donde fue cometido el delito, deberá restituir lo pedido.

En la actualidad existe una figura jurídica dentro del Derecho Penal, que parece derivarse de lo antes expuesto; son los llamados "Delitos calificados por el resultado"; que tienen como espíritu no querer dejar sin castigo el delito, se procesa a todos los presentes en el momento del crimen, por no poderlo hacer sobre el delincuente.

Esta venganza pública, carece de regla y medida, mas que a la gravedad del mal producido por el delito el castigo es proporcional al grado de irritación del grupo social ofendido, por ello el sorprendido "in fraganti", era mas duramente sancionado que aquel que era detenido cuando el tiempo había enfriado esa ira.

En época mas avanzada, la venganza adquiere una regla fija, que casi llega a ser la expresión genuina del sistema, siendo su formula mas conocida: **"OJO POR OJO, DIENTE POR DIENTE"**, como dice la Biblia, y como en forma semejante la instituyen: Las doce tablas, La ley del Talión y el Fuero Juzgo, no siendo otra cosa que la manifestación del deseo de individualizar las penas y la lucha por la

justicia cuyos ordenamientos ya habían sido codificados por el poder público.

La primera manifestación del Estado en materia Penal, aunque rudimentaria, aparece en el momento en que la autoridad amenaza al delincuente con la pena del Tali3n, si no tiene con el ofendido un arreglo, notándose ya que el delito es considerado como una ofensa a la Sociedad.

Como modalidades de prueba en la venganza p3blica: las Instituciones propias de esta etapa son:

- 1.- Composici3n obligatoria.
- 2.- Las Ordalías.
- 3.- El juicio de Dios y
- 4.- El Tormento.

Como sanción: se trunco la composici3n Convencional, por la composici3n obligatoria controlada y tabulada por el Estado.

**Composici3n Obligatoria:** Es interesante el estudio de esta Instituci3n porque se cree que es el antecedente de la pena pecuniaria de las Legislaciones contemporáneas. La Ley del Tali3n qued3 dulcificada con la composici3n obligatoria, que en un principio fue fijada por la costumbre, aunque en algunas legislaciones al delincuente se le aplicaba la Ley del Tali3n y adem3s iba acompa3ada de venganza, como ejemplo citaremos, las disposiciones del Fuero Juzgo: "Si el omne franqueado faze alguna cosa al omne libre debe recibir otro mal en su cuerpo, cuerno el fizo e dem3s recibir azotes".

Composición y pena se combina de numerosas maneras: A veces se impone solamente la pena pública a falta de composición como antes el Talión; otras se declara la pena redimible mediante la composición, y no es raro tampoco que vayan unidas, por ello en la época medieval parte de la pena económica o composición era para el ofendido o querellante y parte para el Estado. Uno de los principales motivos por los cuales el Estado se adjudicaba parte de la sanción pecuniaria, es la necesidad de retribuir a los encargados de la administración de la Justicia, y que sea por cuenta del culpable o condenado. En Alemania la parte del ofendido se llama **WERGELD** y la del poder público **FREDUM**.

El principal adelanto de la reparación económica, del daño es la dulcificación de la pena, quedando la venganza del ofendido satisfecha por la cantidad de bienes que le eran entregados, sin embargo, resultaba repulsivo que alguna persona acumulara suficientes bienes con la mira de poder en lo futuro victimar a su enemigo; por ello esta reparación económica fue una espada de doble filo, permitiendo el arreglo pacífico, entre los hombres de buena voluntad, y por otra la conducta aviesa de los malhechores.

**Ordalías:** Eran medios de prueba, cuando se ignoraba quien era culpable y quien inocente, eran pruebas absurdas, solamente compatibles como las mentes primitivas de aquellas épocas. El fundamento filosófico de ellas era el siguiente: Todo poder viene de Dios, el Estado es el poder, luego el Estado representa a Dios; Dios conoce lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, luego él no permitirá que se castigue a un inocente.

Existían múltiples variedades de Ordalias, hierros candentes, tóxicos, precipitación al río, etc., salvándose el inocente de todas esas pruebas y muriendo o lesionándose el culpable.

**Juicios de Dios:** Consistían en torneos o duelos entre el ofensor y la víctima, tratando cada uno de ellos de vencer a su adversario, porque el vencido era declarado culpable y se le aplicaba la pena correspondiente al delito juzgado, si es que no había muerto como resultado del duelo.

En ocasiones no era el ofendido el que se enfrentaba a su ofensor, o viceversa, sino un representante, generalmente el más diestro en el manejo de las armas, por tener en esos tiempos la idea de que a pesar de la habilidad y el valor de cualquiera de ellos siempre triunfaría el inocente, por la ayuda de la Divinidad.

Tanto las Ordalias como el Juicio de Dios tuvieron origen en tiempos remotos que no pueden ser precisados, pues ya existían entre los vikingos y los chinos, etc., lo que es verdad es que su auge fue en la edad media en que por la religiosidad de las gentes fueron adoptadas como las pruebas ideales.

**El Tormento:** Esta etapa fue el resultado de las preocupaciones judiciales, por la inseguridad de los funcionarios sentían al sancionar a un posible delincuente, de su inocencia o de su culpabilidad. Al carecer de métodos científicos para saberlo, se implanto el tormento, que aunque de crueldad suma, llevo tranquilidad al ánimo de los

juzgadores por lograr la confesión de culpabilidad del indiciado, resultando muy cómodo dictar solamente la sentencia con la pena correspondiente.

Claro está que la confesión arrancada por este procedimiento no tenía validez alguna, pues el atormentado por no sufrir más, se declaraba culpable de cuanto le decían; desgraciadamente algunas policías todavía, apartándose de la Ley, utilizan estos procedimientos para lograr confesiones.

Hasta el fin de esta etapa, durante el lapso de iniciación del derecho primitivo, las penas no eran proporcionales al delito, y se caracterizaban además, por su crueldad, seguramente con la esperanza de intimidar a las gentes y disminuir de ese modo la criminalidad.

"Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha ya la venganza privada, cuando la ofensa se había consumado; y solo después, lógica y antológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otras cosas mediara muy corto intervalo". 4

(4) -Ignacio Villalobos Op Cit Pág.2

## 1.4. Grecia

En realidad son poquísimas las referencias existentes sobre el derecho Penal griego, y el conocimiento escaso de quien disponemos, nos ha llegado principalmente a través de filósofos y poetas. Se les considero sin embargo como un puente de transición entre el Derecho Oriental y el occidental, siendo como lo denomina Thonissen "el confin entre dos mundos".

Los Estados griegos conocieron los periodos de la venganza privada o de sangre y de la venganza divina, en sus inicios históricos pero más tarde, cuando se consolidan políticamente separan el principio religioso y fundan el derecho a castigar, a la soberanía del Estado, sobre ese particular dice Puig Peña: "... la nota saliente de este Derecho -que se determina principalmente en la época histórica, ateniense- es la transición al principio político, determinándose ello, en cuanto al ius puniendi, porque este poco a poco, va articulándose en el Estado en cuanto al delito, por que ya no es ofensa a la divinidad, sino ataque a los intereses de aquel "se perfila ya en Grecia la división de los delitos según ataquen los intereses de todos o simplemente un derecho individual reservado para los primeros, las penalidades más crueles en cuanto a la pena, por su finalidad esencialmente intimidativa, no expiatoria como en el derecho anterior". <sup>5</sup>

(5) - Petrocelli, Principi di Diritto Penale, s/e. Ed. Napilo. Italia 1950. trad. Nestor Cruz, México. Pág. 6

Notables legisladores dieron estructura política y jurídica a las Ciudades-Estado. En esparta, con Licurgo (siglo IX a de C.) se castigaba el celibato y cualquier acto pietista que se observara para el esclavo; declaraba impune el robo de objetos alimenticios realizado con destreza por adolescentes. Dracon (siglo VII a. de C.) en Atenas, estableció la diferencia entre delitos públicos que lesionaban la integridad estatal y los privados, que afectaban intereses individuales; los primeros eran castigados con suma crueldad mientras que para los segundos las penas eran suaves.

Si bien Grecia no alcanzó un notable avance jurídico y concretamente en lo referente al derecho penal es de extraordinaria significación las progresistas ideas vertidas por sus egregios pensadores (Platón Sócrates Aristóteles, etc.) sobre política, ciencia y derecho, que posteriormente hubieron de reflejarse en las obras legislativas imperecederas de los prestigiados juristas romanos.

### **1.5. Roma.**

En el derecho Romano existía una tendencia igualitaria abstracta - centum, es decir, la estimatio objetiva absoluta, de acuerdo con ella un daño, una deuda pueden ser tazados simplemente, según el valor pecuniario de lo debido o dañado, sin que se consideren a los elementos individuales cada caso particular podría llevar a modificaciones, sin embargo, la estimación de tales elementos les es indiferente, llegando a su punto extremo en la clasificación o tarifa

pecuniaria de ciertos delitos aplicables a un pequeño . Número de casos.

"La satisfacción por parte del causante del daño es una pena y de quien la pide es una satisfacción que se le concede por la lesión personal, resultado de la violación de su derecho, mas que por la perdida material que ha sufrido, en esto último encuentra su naturaleza penal ya las que Von Ihering llama acciones unilaterales".<sup>6</sup>

Así el deseo natural de toda persona de ser indemnizada por los perjuicios sufridos se satisficieron de una manera indirecta, pues no era posible de una manera directa, ya que en este periodo la directa no es otra que la estimatio objetiva.

Los primeros sentimientos del derecho lesionado, consisten inevitablemente en una violenta reacción que origina la defensa privada y la venganza, aquí, quien tiene un derecho evidente no tiene necesidad de la autoridad para hacerlo reconocer y realizarlo, el conseguirlo corresponde solo al interesado.

La ordenación jurídica más antigua en materia de responsabilidad proveniente de daño, es la contenida en la Ley de las Doce Tablas. En dicha ley, en lo referente al daño cometido contra las personas, impera el principio ancestral del mal con otro mal de la misma entidad.

16) - R. Von Ihering. El Espíritu del Derecho Romano, versión española de Enrique Príncipe y Satorres cuarta tirada Ed. Madrid tomo II, 1963, nota 158.

Aunque ya existía la posibilidad de sustituirla por una composición pecuniaria, que las partes podían determinar en su importe -tab. VIII, 2-, las lesiones menos graves se sancionaban con penas fijas (que en la ley de las Doce Tablas reciben el nombre de poenas, y que posteriormente se extiende a todas las demás).

El legislador al fijar la cantidad debida por el causante no se ha fijaba, al menos en general, en la reparación del perjuicio; es una especie de composición legal con que tiene que conformarse la víctima. Así los daños causados en los bienes ajenos se median por el valor del objeto dañado.

Luego entonces, en el antiguo derecho, son dos las fuentes de las obligaciones, y esto, lo expresa Gayo cuando dice: "Obligatonum summa diviso in duas especies deducitur, vel ex delicto" (1), esto es en la Ley de las Doce Tablas además de las obligaciones nacidas por la voluntad e las partes, existe un cierto número de casos en los cuales surge una obligación del perjuicio a otro, sea a propósito o involuntariamente, pero siempre sin razón.

En las citadas Doce Tablas se encuentran fragmentos de esta naturaleza: el robo (furtum), el daño (damnum), la injuria (iniuria), estos casos de actos perjudiciales previstos por el derecho civil como capaces de producir una obligación y que se hayan provistos de una acción, constituyen lo que se llama daño a las personas.

(1) - Ortolan - Edificación Historica de las Instituciones, 97 ed., traducción de Don Francisco Perez de Anaya, s. e. Ed., Trillas S.A. 1997. P.e. 664

“La palabra injuria, en sentido lato significa todo acto contrario a Derecho; injuria maleficio (malefeciūm), delito (delictum) significa: el ataque a una persona - desprecio intencionado y manifiesto-.

Que difiere del *damnum injuria datum*, reprimido por la ley *Aquilia*; y es el daño injustamente causado a la cosa ajena. En la Ley de las Doce Tablas los atentados contra las personas se regulaban en forma limitada y casuística, así se concede acción contra las ofensas personales, la difamación pública *occentare*, y las Recitaciones de formulas de brujería para atraer el espíritu maligno hacia una persona, ataques a la persona física, golpes, heridas, el más grave es el de la mutilación -*nienbrun ruptum*. Tab. VIII, identifica con la venganza privada; Beckmann consideraba que estos dos últimos tipos de delito son idénticos, estimando que se trata de una prohibición de daño moral; pero si el ofendido lo desea, se puede dar lugar a una composición, para los demás casos se fija una sanción pecuniaria determinada”.<sup>7</sup>

La Ley de las Doce Tablas cayó en desuso, y son los pretores quienes asumen la tarea de transformar y adaptar las normas antiguas tutelando de una manera más amplia la integridad física y moral de las personas.

“Tomado por modelo en la regulación de las injurias la legislación Griega”.<sup>8</sup>

(7) - Beckmann Derecho Romano, W. K un k el, Trad. de la 2da. Edición alemana de L. Prieto Castro, ed. Geo. 1957. nota 2. Pág 367

(8) - Rodolfo Sohm: Instituciones de Derecho Privado Romano, traducción de Wenceslao Roces, s/e, 1951, nota 102. Pág 257.

**Época Clásica.** -Cuando los elementos individuales llegan a tener valor en el juicio, se trata de determinar el valor relativo de una prestación, calculando el perjuicio que resulta para un patrimonio determinado o para una persona; por el delito cometido o la inejecución de una prestación, estimación que varía según las circunstancias y modalidades del hecho litigioso. De este modo, ya no solo se obtiene el valor objetivo *centrum estimatio* objetiva, de la lesión sino además la reparación de los efectos perjudiciales sobre el patrimonio y su persona *incentrum*. La naturaleza íntima de las obligaciones que tendían a procurar un *centrum*, en el derecho antiguo, no se oponía en ningún modo a que se tuviera en cuenta al perjudicado, pues como ya se expresó, de una manera indirecta estaba satisfecha su demanda.

En este período del Derecho Romano, solo era posible el resarcimiento en los casos de daños patrimoniales, y como una sanción a los daños causados en los bienes jurídicos extrapatrimoniales.

La noción de injuria en su evolución sufre diferentes. Procesos y ella se encuentra restringida a la intención de dañar para la existencia del delito; pero se amplía desde el punto de vista de los hechos que constituyen la injuria. El pretor estableció una reparación pecuniaria en relación con la gravedad de la injuria -*actio injuriarum aestimatoria*-, ofendido debía hacer constar ante el pretor *in jure* la injuria él inferida y al propio tiempo pedir la indemnización en metálico, esto es para el caso de la injuria ordinaria y en la que el Juez puede aumentar o

disminuir la condena así fijada, la condena de la injuria grave era hecha por el magistrado.

La acción de la injuria se extingue por la disimulación o si no se ha manifestado ningún resentimiento por la injuria, en el momento de recibirla, en caso de resentimiento prescribe en un año, o si muere el causante sin haberla intentado.

La Ley Cornelia se cree que fue expedida bajo la dictadura de Cornelio Sila, la cual, aunque relativa principalmente a los homicidas, envenenadores e incendiarios, estatuyó también lo conveniente y de un modo secundario, lo referente a ciertas injurias graves, golpes, empujar con intención a alguien, y violación del domicilio, esta Ley permitió a la víctima de la injuria, escoger entre la acción injuriarum y una acción de persecución criminal. Disposición que posteriormente fue ampliada a todas las injurias.

La acción Civil es la estimatio peculiana, la acción criminal es la pena, y se diferenciaba de la pretoria aestimatoria, en la que esta se concedía por cualquier injuria verbal o real.

El periodo de la época postclásica, no es mas que una obra de adaptación del Derecho Clásico a las necesidades del momento, la originalidad se deja vencer, por la dependencia a las obras de los autores antiguos, la necesidad de simplificar y compendiar se hace sentir cada vez con mayor intensidad.

Legislación de Justiniano.- El derecho de la última época de Roma, se basa fundamentalmente en la literatura clásica, y en la legislación imperial. Se realiza una codificación con el fin de construir un derecho en consonancia con el tiempo, a la par que son suprimidas diversidad de instituciones anticuadas y atenuadas las disposiciones que se consideraban rigurosas.

En contraposición con la fijeza uniformidad y objetividad del derecho Civil, se nos presenta el Derecho Criminal, con una fluidez extrema y de una dependencia completa de la subjetividad, es en el sentimiento donde encuentra su base, pues sus exigencias son todas de orden moral interno, el pueblo con su manera de pensar y de sentir es el espejo en el cual se va a reflejar la existencia moral del delincuente, todo se verifica en la esfera del sentimiento.

**La Ley Aquilia-** Digesto Libro IX, Título n Instituta Libro IV, Título m,- que según Ulpiano es un plebiscito, que fue adoptado por los plebeyos a propuesta del tributo Aquilio, que deroga todas las leyes que habían regulado el daño causado sin razón -dando injuria-. Entre las acciones personales que examinó Triboniano aparecen en fondo especial las que se refieren al daño causado. Este se puede inferir por un hombre libre, por un siervo o por un cuadrúpedo, al primero se le conoce como un daño causado con injuria, al segundo noxia y al último pauperie.

En la Ley Aquilia por injuria se entiende todo lo realizado contra derecho, esto es todo dolo y culpa. Daño es toda disminución de nuestro patrimonio causada sin derecho de un cuerpo a otro, de donde

se manifiesta que esta acción proviene de un delito. No importa que el daño se haya causado con o sin intención o descuido, si se estaba obligado a la diligencia, también se es responsable por la ignorancia o insuficiencia que haya de perjudicar a otro. Luego no cabe contra quien no tiene culpa como un furioso, (aunque en algunas ocasiones se puede recurrir a los parientes, curadores, etc.), al demente, al impúber y al próximo a la infancia.

Como la ley se refiere a los daños y perjuicios causados de un cuerpo a otro, da lugar a las siguientes acciones: La acción directa si el daño ha sido inferido de cuerpo a cuerpo, la acción útil si el daño se infiere a un cuerpo más no por otro cuerpo, la acción in factum, cuando se hace daño de cualquier otro modo. Como estas acciones están dirigidas a la disminución del patrimonio no se comprende al daño inestimable, como son las heridas graves de un hombre libre, se puede pedir el resarcimiento por el daño ocasionado; por ejemplo, la cesación del trabajo, gastos de curación mas no la deformación y las cicatrices, aunque lo contrario se observa en la acción de injurias, en la cual se mira mas a la afrenta que al perjuicio.

Para que justamente se castigase al delincuente dispuso Aquilio que no se prestase solamente la justa estimación sino algo más, con ese objeto propuso tres capítulos: en el primero de los cuales cuando que al que matase a un siervo o sierva o cuadrúpedo ajeno fuese condenado a dar al señor cuanto más hubiere valido en aquel año. Matar injustamente es matar sin derecho, por ejemplo si se mata al agresor no por ofensa, sino por venganza. El mayor precio que ha tenido en el

año significa si muerto injustamente un esclavo que se encuentra manco, tuerto, etc., pero que en ese año había tenido la integridad de sus miembros, estará obligado el que lo mató, al valor más alto que hubiere tenido aquel año. La acción de esta leyes penal porque no solo se esta obligado al resarcimiento del daño causado, sino a veces mucho más. El Segundo capítulo cayó en desuso en los tiempos de Justiniano; se desconoce enteramente. El Tercer capítulo, disponía que si alguno perjudicaba a otro, quemando, rompiendo, o deteriorando algo, el causante abonaría al dueño el valor que tenía en los treinta días anteriores. De las injurias y libelos famosos, -Digesto Libro XL VIII, Título X, Instituto Libro IV, Título IV-.

La Instituta sólo se ocupa de los delitos bajo el aspecto de las obligaciones que producen, y de las acciones privadas que de ellos resultan para las personas ofendidas contra los delincuentes.

Hemos dejado sentado en párrafos anteriores, que injuria es todo ultraje inferido a otro con dolo malo, de ahí que puede cometerse injuria de cualquier modo: dando golpes con el puño, con varas o azotando, promoviendo contra de alguno un alboroto, escribiendo, componiendo o publicando un libelo o versos infamantes o haciendo que alguno haga esto malamente, siguiendo a la madre de familia, o a un joven o a una joven, atentado al pudor, aprendiendo aun hombre libre y tratándolo como esclavo fugitivo, si con el fin de insultar se hace comparecer a alguno ante un tribunal, si se rompe o mutila la estatua de vuestro padre colocada en su monumento, etc.

Para la existencia de la injuria es necesaria la intención, la voluntad. De ahí, que no se le pueda imputar al impúber, al furioso, ni al que dijo o hizo algo con el. Animo de enmendar o corregir, con tal de que no pase los límites de su oficio.

La injuria podía recaer sobre el que no al siente o la ignore, sobre el infante, el furioso o el ausente y también sobre el que la pruebe si la injuria repugna a las buenas costumbres o si redundaba en oprobio de un tercero.

La injuria se recibe directamente o por otras personas; la injuria hecha a los de la familia se puede reclamar, así el padre o el marido de la inferida a los hijos o a la esposa, esta última podía reclamarla cuando injuriado su esposo lo sea ella también. Propiamente hablando no se admite injuria persona, contra los esclavos pues solo se consideraban como tales la que tenían intención de ultrajar al señor, pero, el pretor no quiso dejar totalmente impunes las injurias cometidas a los esclavos sin intención de ofender al señor y estableció una acción de injuria *injussu domini* y *causa cognita*, para la fijación de la condena se tomaba en cuenta la ocupación y persona del esclavo.

La pena y la estimación de la injuria, como se ha podido apreciar, no fueron siempre las mismas, así vimos la acción estimatoria que concedió, el pretor, las acciones que concedió la Ley Comelia, la retorsión que es el acto extrajudicial de rechazar incontinentemente la injuria verbal, con otra, otra de las acciones es la que se concedía para hacer cantar la palinodia. Podían intentarse a la vez la palinodia y la

estimatoria, a la primera se le conoce también como persecutoria de la fama. Estas acciones son de tal modo distintas, que aunque se trate del mismo hecho injurioso la estimación de la condena no es la misma en todas, pues dicha estimación se funda en la consideración y dignidad de la persona ofendida, así era distinta respecto del padre, del hijo, de la esposa, etc.

La acción pretoria fenecía al año, la civil de la Ley Comelia a los treinta y la criminal de la citada Ley a los veinte años. Las acciones personales no pasan a los herederos no contra ellos, desaparece con la muerte de cualquiera de las partes a no ser que se hubiese contestado el pleito, también fenecía por la retorsión.

Las acciones penales no son mas que acciones del Derecho Privado, porque a titulo de pena privada, y en utilidad del demandante, la existencia de la condenación pecuniaria. Las acciones se dan en el tanto, en el duplo, en el triple o en el cuádruplo nunca en más. La intentio es la que se sirve de unidad y la condena es el tanto, el duplo, el triple o el cuádruplo del importe en que está apreciada la intentio.

**La acción noxal** -noxalibus actionibus-, es la acción que nace de los delitos cometidos por los esclavos o por los hijos de familia por ejemplo la acción injuriae ex lege Aquilia, que se da contra el dueño de un esclavo, si el esclavo ha injuriado, inferido un daño o cometido cualquier otro delito.

**La Ley Julia** -Digesto libro XL VIII, Título VI. De los delitos públicos- trata de los raptos de doncellas, viudas o monjas que impone la pena capital, y además los bienes del raptor se aplican a la robada o al monasterio, ni la suplica de la robada excusa al raptor.

**La ley Fabia** de los plagarios -Digesto Libro XL VIII. Título XV- llámense plagarios a los que retiene u ocultan al hombre libre o ingenuo contra su voluntad, había una pena pecuniaria aunque había otras mas graves.

Son los trabajos de unificación de los últimos tiempos del Derecho Romano los que dan el impulso definitivo para la elaboración de un sistema de responsabilidad, teniendo por base: Dolus culpa y casus; tanto en materia contractual como delictual. Paralela e íntimamente ligado a aquel el derecho a la reparación o satisfacción por el daño sufrido bien sea en los bienes patrimoniales o en los bienes extrapatrimoniales.

## **1.6. Edad Media**

En el derecho Penal antiguo se reconocieron dos instituciones primordiales; la venganza de la sangre (blutrache) y la pérdida de la paz (friedlasinkgeit). La primera originaba para el ofendido y sus familiares, un derecho de venganza hacia el ofensor o familiares de este. El derecho ejercitado en forma desmedida provocó cruentas luchas entre opuestos grupos familiares que culminaron en terribles guerras. Existían delitos que causaban o provocaban una ofensa a la

comunidad, colocando al infractor al margen del derecho y de la propia comunidad, lo cual se denominaba la "perdida de la paz", cualquier ciudadano podía capturarlo o inclusive en algunos casos, hasta matarlo.

Posteriormente, la venganza de sangre o privada fue limitada por la composición, que revistió tres formas "el Wergel", porción pecuniaria que era entregada. Al ofendido por concepto de la reparación del daño causado por el delito cometido "busse", cantidad que se pagaba a la familia de la víctima, rescatándose así el derecho a la venganza "friedegeld", complemento del "Wegel", que se imponía a nombre de la humanidad.

Los principios cristianos de perdón y caridad se reflejaron en el derecho penal canónico, influyendo este en la humanización impositiva penal en tiempo de crueles durezas.

Considero al delito como ofensa a Dios, por lo que era considerado como un grave pecado. La pena, consecuencia del delito pecado.

La consecuencia del delito-pecado cometido, adquiría el carácter de expiación y castigo, procurando la corrección del delincuente, mediante la penitencia y el arrepentimiento. "El delito es pecado, la pena penitencia" (San Agustín). Santo Tomas introdujo en el sistema penal, la pena privativa de la libertad, substituyendo a la pecuniaria, por considerar que esta última desnaturalizaba su finalidad, que era

precisamente la expiación y la enmienda del delincuente por medio del arrepentimiento y la penitencia.

El derecho penal Canónico no considero al delito preponderantemente en su aspecto objetivo, sino que revelo a la esfera jurídica, la culpabilidad (dolo y culpa). La imputabilidad y la voluntad constituían ingredientes básicos en la integración del delito; se exigía la existencia del "animus".

### **1.7. Época Colonial**

El Derecho Español, rige en la Nueva España, en la época Colonial a través de los partidos y recopilaciones de Leyes de Judías, para mencionar los principales, siendo en las postrimerías de la dominación Española cuando surgen en Europa las ideas humanitarias de Beccoria, que desligan la noción del pecado de la del delito y establecen como base de la Justicia Penal la utilidad común y que sirven de base a las nuevas ideas que tratan de desnaturalizar la pena y de las cuales sirvieron de fundamento.

El Derecho Español quedo como herencia al México Independiente. La legislación de éste en un principio es fragmentaria y dispersa, por la multitud. De leyes y decretos que sin un plan coordinador se expiden, y no ejercen ninguna influencia decisiva en el desenvolvimiento de la legislación penal, excepto si se nota que hay cierta tendencia de humanización de las penas, sin considerar las que tiene un carácter

político y leyes aisladas sobre el establecimiento de casas correccionales para los menores de edad.

En esta época, México se encontraba dominado territorialmente por España y consecuentemente era regido por ordenamientos de las mismas; como la Legislación de Castilla, conocida como Leyes del Toro, la legislación de Indias de 1596 que para el siglo XVII ya contaba con nueve libros (contenían disposiciones proteccionistas para el aborigen).

Villalobos y Castellanos Tena, nos hacen entrever que entre las leyes Españolas que entonces regían en la Colonia reinaba la confusión ya que también se aplicaban indistintamente, el fuero real, Las Partidas, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las de Bilbao, Los Autos Acordados, La nueva y Nobilísima Recopilaciones, a mas de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la Minería, la de Intendentes y la de Gremios.<sup>9</sup>

No existen, entre todas las leyes mencionadas, datos concretos acerca de las sanciones pecuniarias aplicadas al trasgresor de la Ley.

- probablemente- El Historiador se interesó únicamente en comentar los delitos y las penas corporales, por estimarlo más importante.

(9) - Villalobos citado por Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 26ª ed., Ed. Porrúa S.A. México 1975, Pág. 47.

**El Fuero Juzgo.-** "Desde luego, que entrañándonos en el tema referido; en la Antigua España, nos encontrarnos en las Leyes del Fuero Juzgo"<sup>10</sup> en vigor en el año de 681 (el más antiguo de los Códigos Españoles).

De acuerdo con el Fuero Juzgo, cuando un animal bravo le daba muerte a una persona, al dueño se le imponían **PENAS PECUNIARIAS**, que variaban según la edad de la víctima, como puede verse en el cuadro siguiente:

<b>Edad de la víctima</b>	<b>Pena pecuniaria en sueldos</b>
1 año	60
11 años	110
13 años	130
14 años	160
20 años	300
50 a 65 años	150

Es muy probable, que desde los primeros tiempos del Fuero Juzgo, se haya establecido la práctica de dividir el importe de la pena entre el Rey y los deudos de la víctima; costumbre que referiremos a continuación.

(10).- Manuel Brito Moreno, El valor económico de la vida humana en el Derecho Mexicano, s/e, Ed. Ángel, México 1961, Pág. 49.

De acuerdo con la Ley 3 del Título V (de las Penas), del Fuero Real de España<sup>11</sup> "como consecuencia de las heridas recibidas parecía el lesionado, el homicida debía pagar una pena de 500 sueldos, que deberían dividirse en la forma siguiente: 3 quintas partes para el Rey y las otras 2 quintas partes para los herederos del muerto.

También la Ley 141 de las Leyes del Estilo<sup>12</sup> disponía que cuando el Rey perdona al homicida, los querellantes (parientes del muerto) deban recibir su parte correspondiente pena pecuniaria, o sean, las dos quintas partes que representaban tradicionalmente la participación de los parientes de la víctima. En este Código a la reparación del daño se le da el carácter de Pena Pública.

Pues bien, como hemos visto, poco a poco entramos en materia y hasta entonces encontramos los antecedentes de la reparación del daño y sus primeras formas de aplicarla más no su efectividad antes de seguir adelante es pertinente poner atención, sobre la circunstancia de que, esta antigua práctica de cobrarle al homicida una sola indemnización y después dividirla entre la corona y los herederos, de la víctima, tiene importante relación y probablemente constituye el antecedente de la posición doctrinal adoptada por los autores del Código Mexicano de 1929 (penal), según el cual; no hay ninguna diferencia entre la multa y el importe de la reparación de los daños y perjuicios causados por la comisión de delitos, ya que ambas en realidad unidas, vienen a constituir la Pena que se impone al homicida.

(11).- I dem.

(12).- I dem.

Nótese que hemos hablado sobre antecedentes de la reparación del daño causado por el homicidio, porque de él; la Historia hace mayor referencia y consideramos que sus consecuentes daños materiales y morales- ocasionados, son de mayor trascendencia en la sociedad y más importantes que los originados por otros cometidos delictuosos; así como también su estudio resulta más interesante.

A mayor abundamiento, queda también consagrado por las Leyes Españolas que acabarnos de citar, el principio, de que la muerte de la víctima del homicidio les causa daños a sus parientes.

### **1.7.1. La Constitución de 1856**

El 5 de febrero de 1857 fue jurada la Constitución, primero por el Congreso integrado en esos momentos por más de 90 representantes, después por el presidente Comonfort. El 17 del mismo mes, la asamblea constituyente clausuró sus sesiones y el 2 de marzo se promulgó la Constitución. Los nuevos poderes federales quedaron instalados, el 8 de Octubre el Legislativo y el 2 de Diciembre el ejecutivo y el judicial. La presidencia de la República recayó en Ignacio Comonfort, cuya popularidad obligó a retirarse a D. Miguel Lerdo de Tejada candidato de los puros. Para presidente de la Suprema Corte, cargo que llevaba aparejado el de vicepresidente de la República fue elegido en los comicios de Benito Juárez.

"Es en los años de 1856 y 1857, cuando la legislación penal mexicana empieza a tomar consistencia con las leyes expedidas por Comonfort

y la promulgación de la Constitución de 1857, siendo sin embargo efímera la aplicación de dichas leyes penales. En 1871, estando en vigor la Constitución de 1857, se expide el Código Penal, denominado de Martínez de Castro en memoria de su autor principal, con base en la Constitución citada, individualista y liberal, y en la escuela clásica del Derecho Penal, surgida a partir de Beccaria".<sup>13</sup>

En esta Constitución no se encontraba contemplado el tema de reparación del daño.

### **1.7.2. La Constitución de 1917.**

Las leyes pueden ser modificadas de acuerdo con las necesidades de los pueblos o bajo el peso de las circunstancias. Pero los hombres es difícil que cambien porque para modificar sus actitudes han de sacrificar pasiones, ambiciones y perjuicios. Y pocos, muy pocos tienen el valor que se necesita para hacerlo. Pero aún es la dificultad para hacer que los grupos cambien sus actitudes.

De ahí el origen de las revoluciones: la intolerancia y la miseria. Desde el decreto de Septiembre de 16, que reformo el plan de Guadalupe para convocar al Constituyente, se hablo de reformar a la Constitución de 57 y no de expedir una distinta. "Proyecto de Constitución reformada", se llamó el del primer jefe y "reformas a la Constitución" fue la expresión que usó el Reglamento Interior del Congreso. Sin embargo, se había expedido de hecho una nueva Carta Magna; mas

(13).- Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, 23 ed., Ed Porrúa S.A., México, 1986. Pág. 82

para quedar dentro de la competencia que su norma creativa, había impuesto al órgano Constituyente, el instrumento constitutivo se llamó, haciendo alusión al de 57, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la del 5 de febrero de 1857".

Caso singular era éste en nuestros fastos constitucionales. Ni se trataba de un acta de reformas, como la del 47, que abrogaba, modificaba o adicionaba la Constitución de 24 en las partes en que diferían ambos instrumentos; ni tampoco reemplazaba a la constitución anterior que desaparecía, según lo hizo la de 57 con la de 24. La de 17 es sin duda una Constitución, por su contenido y por su nombre; pero por respeto a la de 57, se impuso el único cometido de reformarla. Es una Constitución que reforma a otra Constitución; la realidad mexicana no paró en esta sutileza y le reconoció a la Carta de 1917 un destino autónomo.

La Constitución fue promulgada el 5 de Febrero de 1917 y entro en vigor en mayo del mismo año. Durante los 40 años que lleva de vigencia ha sido tocada 121 veces, ya sea por haber sido afectado un mismo artículo en varias ocasiones sucesivamente, o por haber modificado un solo acto del órgano revisor a varios preceptos simultáneamente. Las 121 alteraciones se concretan en 104 reformas y 17 adiciones.

En cambio durante los 56 años en que estuvo en vigor la Constitución de 1857 (hasta el de 1913, en que se inicio el periodo preconstitucional), fue afectada 81 veces, que significaron 70

reformas, nueve adiciones y dos supresiones, en lo que interesa, la Constitución de 1917, señala en su artículo 20: En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el Juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo termino medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin mas requisito que poner la suma de dinero respectivo a disposición. De la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juez en su aceptación.

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado. (\*)

### **1.7.3. Época Actual.**

El ilícito penal puede lesionar bienes valubles en términos económicos. El derecho penal sustituye o refuerza las prevenciones sobre resarcimiento, según del derecho privado civil (obligaciones que emanan de un comportamiento ilícito) en el segundo sentido marchó el

(\*) - La fracción I del artículo 20 constitucional, originalmente decía así: "I - Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin mas requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla".

Código Penal de 1871; el de 1929 inicio el primero, mediante la acción principal del ofendido y la subsidiaridad del Ministerio Público. El Código Penal de 1931 extremó el carácter público de la reparación.

La reparación del daño consiste en la obligación impuesta al delincuente de establecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito.

El artículo 29 del Código Penal, consagra como penas pecuniarias la multa, la reparación del daño y la sanción económica Si esta incumbe a terceros, no se ve alterado su carácter de obligación civil emanada de un acto jurídico, conforme las regulan los artículos 1910 y siguientes del Código Civil. El Código Penal, señala que en tal caso la reparación se tramitará como incidente en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales.

Sí ella en cambio recae sobre el propio delincuente, la ley criminal le otorga el carácter de pena pública, dispone que habrá de exigirse de oficio por el Ministerio Público con el que podrá coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos penales, (artículo 34 Código Penal y la hace ceder a favor del Estado si el ofendido renuncia a su derecho a percibirla (artículo 35 Código Penal).

La hace en fin efectiva en su cobro del mismo modo que la multa (artículo 37 Código Penal), El último párrafo del artículo 34 faculta a "quien se considere con derecho a la reparación del daño que no

pueda obtener ante el Juez penal en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público sobreseimiento o sentencia absolutoria, para recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Esta elevación de la reparación del daño a pena criminal publica desdibuja la distinción entre las sanciones de derecho privado y la pena, en cuanto las primeras en sentido amplio importan la realización forzada del mandato jurídico en la eventualidad de que no se realice voluntariamente y la segunda representa una disminución de bienes a modo de un plus que hiere al delincuente en su persona.

El resarcimiento del daño dimana de una ilicitud de derecho privado, guarda proporción con el daño objetivo y no está sujeto a variaciones por la medida del elemento subjetivo, por concederlo la ley en interés de la persona perjudicada, es renunciable por ésta, y transmisible a otros. No ocurre así con la pena, que deriva de un delito y que proporciona a la gravedad de éste, está, sin embargo sujeta a variaciones en su quantum según el aspecto subjetivo del acto punible y su culpabilidad. Por imponer la ley en interés de toda la colectividad, no puede renunciarlas el Estado, y no es transferible ni transmisible.

La equiparación dispuesta por la ley responde sin embargo, a la misma relación en que ambas se hayan ya la solidaridad en que obran contra los actos ilícitos, dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad, de ahí la regulación privilegiada de la reparación del daño para asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que

corresponde a la víctima. Agréguese a ello el poder disuasivo, en el sentido de la prevención general, de este constreñimiento más enérgico, sobre el reo para obtener la inmediata reparación del daño. Todo ello implica que de esta se ocupe también el Código Penal superando cualquier barrera escolástica de topografía jurídica.

En lo sustancial la transformación de la reparación del daño en pena pública solo ha significado hacerla redimible por renuncia del ofendido sin modificar en lo demás su condición de sanción de derecho privado como lo demuestra la circunstancia de que la muerte del delincuente no extingue la acción penal ni la pena misma (artículo 91 Código Penal) y sobre todo, que mientras en este caso el plazo de prescripción es de un año (artículo 104 y 112), la responsabilidad civil por actos ilícitos no constitutivos de delitos penales (artículo 1161 del Código Civil) lo que, si no representa una antinomia flagrante, importa al menos un contrasentido frente a la reparación del daño a la categoría de pena pública.

La reparación del daño, conforme se expreso, comprende el restablecimiento de statu quo ante y el resarcimiento de los perjuicios. Por lo primero entiende la ley la restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, por lo segundo, la indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados, ambas obligaciones se amalgaman tratándose de los delitos de los servidores públicos, en que la reparación abarca dice la ley, la restitución de la cosa o de su valor, y además hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito.

Es al Juez a quien compete fijar el monto de la reparación del daño (sino está de antemano fijada por la ley como en el caso recientemente aludido) de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso. El Código Penal ordena al Ejecutivo de la Unión la dictación de un reglamento regulador de la forma en que debe garantizarse administrativamente la reparación mediante seguro especial, tratándose de delitos imprudentes.

La reparación del daño es preferente, y debe, junto con la multa cubrirse antes que cualquiera otra de las obligaciones personales contraídas con posterioridad al delito a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales. Prevalece sobre la multa si no logra hacerse efectiva la responsabilidad pecuniaria y se cubre en su caso a prorrata entre los ofendidos. En el **concursum deliquentium**, la deuda se tiene por mancomunada y solidaria (artículo 36 del Código Penal).

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

Además de erigir la reparación del daño a pena pública, si incumbe al delincuente, el Código Penal impone la obligación civil de repararlo a

ciertas personas, por el acto ilícito cometido por otra. La ley indica al efecto a los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad, a los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad y a los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten estos durante el tiempo en que se hallen bajo el cuidado de aquellos, es digno de notar que en estos tres casos, aunque se hable invariablemente de delitos, éstos se suponen cometidos por menores que no responderán penalmente de ellos.

Es indudable que en estos casos, la reparación de daño es obligación civil, que recae definitivamente sobre las personas designadas en estos tres números. Incluye el mismo además a los dueños de empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio, a las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que conforme a las leyes, se es responsable por las demás obligaciones que los segundos contraigan y finalmente al Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados.

Este segundo grupo de casos es diferente del primero, pues tratándose ahora de personas responden permanente por los delitos que han ejecutado, sufrirán en definitiva, por tanto, la pena de reparar el daño, y de ellas podrán repetir el pago las personas a quienes la ley

puede obligar a extinguir la deuda, mas no a la definitiva contribución a ella.

Conviene finalmente hacer notar que la reparación del daño no tiene solo repercusión penal en cuanto se le erige en pena pública sino en cuanto es un requerimiento, concurrente con otros, para la procedencia de la libertad preparatoria y tratándose de los delitos cometidos por los servidores públicos. <sup>14</sup>

## CAPITULO II. LA REPARACION DEL DAÑO COMO PENA.

### 2.1. Concepto de Reparación del Daño y la Teoría del Delito.

El delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"

El artículo 6 del código penal del estado de México, define al delito como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible y partiendo de esta descripción del delito, podemos afirmar que la punibilidad es un elemento esencial del delito en el estado de México, y toda vez que la reparación del daño se contempla como pena en el artículo 22 inciso A fracción III ya que a su letra dice .Son pena y medidas de seguridad que pueden imponerse con arreglo a este código , las siguientes :

a) penas.

- I. prisión
- II. multa
- III. reparación del daño
- IV. trabajo a favor de la comunidad
- V. suspensión, destitución , inhabilitación o privación del empleo cargo o comisión
- VI. suspensión o privación de derecho
- VII. publicación especial de sentencia
- VIII. decomiso de bienes producto por enriquecimiento ilícito
- IX. decomiso de los instrumentos objetos y efectos del delito.

b) Medidas de seguridad

I confinamiento

II. prohibición de ir a lugar determinado

III vigilancia de la autoridad

IV tratamiento de inimputables

V. amonestación

VI de no ofender

Por lo que para efecto de tener una noción amplia del delito y para poder entrar al estudio y comprensión de los elementos empezaremos por mencionar que la teoría del delito es la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar las características que debe detener cualquier delito

**Como elementos positivos del delito son**

La conducta

La tipicidad,

La antijuridicidad,

La imputabilidad,

La culpabilidad,

La punibilidad, y

Las condiciones objetivas de punibilidad,

**Como elementos negativos del delito son**

La ausencia de conducta,

Ausencia del tipo,

Causas de justificación,

Causas de inimputabilidad,  
 Causas de inculpabilidad,  
 Falta de condiciones objetivas de punibilidad  
 Excusas absolutorias,

### Los delitos se clasifican en función de su gravedad

Por la conducta del agente, de { a).- Acción.  
 b) Omisión.

Por el resultado, { a).- Formales.  
 b) Materiales.

Por el daño que causan. { a).- De lesión  
 b) Peligro.

Por su duración, { a).- Instantáneos  
 b) Continuos  
 c) Permanentes

Por el elemento interno o culpabilidad, { a).- Doloso.  
 b) Culposos

Por su estructura { a) Simples.  
 b) Complejos

Por el número de sujetos activos { a).- Unisubjetivos  
 b).- Plurisubjetivos

Por la forma de persecución. { a).- Oficio.  
 b) - Querrela

Por materia. { a).- Comunes.  
 b).- Federales.  
 c).- Militares  
 d).- Políticos.

Reparación fuerzas orgánicas perdidas y no recobradas, injurias sufridas, quebrantos ó daños originados ilícitamente, dondequiera que algún medio, instrumento, derecho o interés, pierde por cualquier causa su aptitud para el desempeño de las funciones a que se haya destinado, allí se ofrece inmediatamente la idea de lesión, o quebranto de los poderes o facultades del respectivo titular y la correspondiente idea, indivisible con la anterior, de poner el oportuno remedio. Tan precisa es la reparación de los desperfectos producidos en un patrimonio, por la tempestad, la intemperie, la inundación o el rayo, como la de los derivados de intervención humana; y tan precisa la de

los daños, hijos de la acción de un hombre calificado de irresponsable o incapaz, como la de los provenientes de la obra de uno de los llamados responsables y plenamente capaces. Por este lado no hay motivo de diferencia; la distinción entre unos y otros casos vendrá de otro lado a saber de la persona o personas obligadas a echar sobre sí la carga de la reparación debida. 15

Podemos agregar que la idea de reparación trae consigo necesariamente la de "daño", esto es, sin daño no hay reparación, y por ende no hay delito penalmente hablando, por lo cual, siguiendo los conceptos vertidos en la misma fuente en que estamos consultando, transcribimos:

Hay pues que distinguir, al ocuparse de la reparación entre estos dos aspectos: por un lado, el del origen o causa del mal reparable; por otro lado el de la reparación misma o remedio de ese mal, especie y cuantía de ella, modo de verificarla ya quien incumben las respectivas obligaciones. Debe sin embargo advertirse que aquí no va a hablarse del asunto en toda su generalidad y extensión, sino tan solo en uno de sus aspectos, que es el de la reparación por causa de daños de los llamados delictuosos.

La reparación dicha, por consecuencia de actos injustos, es considerada necesaria. Sin ella como antes se dice, el orden de las relaciones humanas queda quebrantado o menguado, y alguno de los intereses, bienes o derechos que lo integran y que contribuyen a la

vida de las respectivas personalidades resulta agraviado. Es preciso decir que sin la presencia de un daño más o menos exactamente apreciable y valorable, base de la correlativa reparación, también más o menos exactamente factible, no puede reconocerse la existencia real y verdadera de delitos. "El delito presupone forzosamente, a nuestro parecer, la presencia de un daño injusto causado por la acción humana, a lo que es igual, un ataque ilícito a las condiciones de la vida social legalmente garantizadas y protegidas con un círculo y momentos determinados, con ofensa visible y concreta de alguna de las mismas condiciones y por eso añadimos que allí donde un fallo, desperfecto o desorden efectivo no exista, aún cuando haya habido propósito, deseo y aun esfuerzo encaminado a producirlo allí no hay tampoco delito. <sup>16</sup>

La idea de reparación, o más bien, tomando en cuenta la naturaleza de la reparación puede reducirse a dos únicas clases, a saber: reparaciones materiales y reparaciones morales.

Luis Fernández Doblado afirma: "La palabra daño ha sido objeto de innumerables acepciones, aún dentro de la esfera restringida que se forma al relacionar su noción con la del delito. En efecto ya se le considera desde un punto de vista naturalístico, como formando parte del evento o resultado del delito; ya como daño resarcible, es decir como aquel perjuicio o desventaja particular que es objeto de resarcimiento, en fin cual lesión jurídica, logrando el contenido de la

(16).-Carranca y Trujillo Raúl Ob cit., Pág. 261.

antijuridicidad o bien, suele asignarse también esta expresión o hechos o fenómenos que ocurren más allá del delito, cuales son: la alarma perturbación social que aquél causa.<sup>17</sup>

Continúa diciendo el mencionado maestro, respecto de la noción de daño lo que a continuación se explica, e inclusive cita a diversos pensadores que también opinaron sobre lo que se entiende o ha entendido por "daño":

"Habla de la noción de daño, en tanto este fuere concebido como algo intrínseco e inmanente al delito, o sea como sinónimo de lesión, ofensa o mal, es decir, al daño que acompaña a la objetivación o exteriorización misma de la conducta punible y que resulta de contrastar ésta con los intereses o bienes tutelados por el derecho.

Los clásicos, y singularmente Carrara, habían considerado, al daño como un elemento o requisito esencial del delito. Romagnosi enseñó también que el daño entraba esencialmente en la noción del delito.

El ilustre Carrara incluye, dentro de su definición del delito el carácter políticamente dañoso del acto externo del hombre, daño que desenvuelve Carrara, al ocuparse de la fuerza física del delito, considerada en su resultado u objetivamente. Para este autor, el daño inmediato y directo es aquel mal sensible que el delito produce violando al derecho atacado y como un resultado directo de la acción.

(17) -Fernández Doblado Luis Delito y daño. Criminología, s/e, Ed. Civitas, S.A. Bogotá Colombia 1960, Pág. 1045.

Este daño es diferente al mediato o reflejo, consistente en la intimidación o alarma que surge en los hombres buenos por la consumación de un delito, y en el mal ejemplo que suscita en los mal inclinados. El daño inmediato se distingue a su vez en efectivo y potencial, según que ocurra realmente la pérdida del bien atacado, o no ocurra ésta, pero existiendo en el resultado del acto la potencia a causarla".<sup>18</sup>

"Rocco hace notar que el daño, más que un concepto jurídico, es un concepto psicológico y social, es todo aquello que produce o puede producir dolor a la persona humana y que priva o disminuye en el hombre los medios de placer." Rocco define el daño en forma general, como todo aquello que produce la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano y desde el ángulo jurídico, como la substracción o la disminución de un bien".<sup>19</sup> "Paoli concibe el daño en un sentido estricto como abolición o disminución aunque sea parcial o temporal de un bien de la vida".<sup>20</sup> Francisco Carnelutti, haciendo agudas observaciones que a la postre lo llevan a definir el daño con la simplista fórmula de "lesión de intereses" poniendo de relieve que el daño no se refiere tanto al bien en sí, sino a la situación de la persona respecto al bien, esto es, al interés pero considerado desde el punto de vista objetivo." Carnelutti no haya ninguna diferencia entre el daño ilícito o daño criminal, que constituye la esencia del delito y el daño resarcible. La diferencia está solo en la

(18)-Ibidem. Pág 1045.

(19) - Roco Hugo, citado por Luis Fernández Doblado ob. cit. Pág. 1046.

(20) - Raúl Carranca y Trujillo, Ob. Cit. Pág. 206.

sanción. El mismo hecho toma color de delito o de daño resarcible según que sobre él se proyecte una sanción jurídica (pena), o bien otra (resarcimiento).

## **2.2. Procedencia de la Reparación del Daño como pena.**

En realidad se ha escrito muy poco sobre las penas pecuniarias el legislador se ha preocupado por el delincuente, estableciéndose sistemas penitenciarios para su reeducación y readaptación al medio social, y han abandonado por completo la situación del ofendido y la protección de sus intereses. Respecto de las teorías que se han sustentado por lo que se refiere a dicha pena pecuniaria, son muy escasas. Desde hace mucho tiempo, se ha tenido un concepto de lo que es ésta, inclusive se ha llegado hasta pensar que pudiera cambiarse la penalidad por la reparación como sucedió con el pensamiento del famoso filósofo inglés H. Spencer, quien fundado en el libre albedrío y la consideración exclusiva de la unidad, lo llevó a proponer, el sustituir la penalidad por la reparación.

El maestro Luis Proal en su libro "El delito y la pena ", nos dice que la idea del filósofo Spencer no era nueva, ya que en el siglo XVIII fue enunciado por el filósofo alemán llamado Schultz, cuando dijo: "toda vez que no hay libertad, todas las penas que tienen por objeto el castigo, son injustas, sobre todo la pena capital: todas deben ser reemplazadas por la reparación y la reforma "El filósofo M. Littré, quien concebía que la idea de la pena dimanaba de la idea de indemnización, reconoce que la penalidad había constituido un progreso total en la

historia de la civilización. El objeto de su teoría era quitar a la noción de justicia, toda significación moral, y hacer de ella una noción pura y simplemente intelectual. Pero no desconocía los progresos de la sociedad, han hecho perder a la pena el carácter de indemnización, para darle el de castigo: "las poblaciones bárbaras, dicen, empiezan su justicia con la indemnización y los pueblos civilizados, la coronaron con la penalidad".

M. Foullié nos dice el jurista proal, creé también, que el fundamento real de la penalidad, es única y exclusivamente, el derecho de reparación que consiste en volver las cosas al estado anterior, y restablecer la justicia entre los hombres... "os he causado un daño no podéis pedirme sino una reparación, es decir una restitución, o sea una permuta igual". En todos los términos, el delito ha quebrantado la igualdad, la justicia la restablece, el Juez, es el guardián de la igualdad. El Juez se esfuerza en igualar la injusticia que no es sino una desigualdad.

Según el maestro Luis Proal la reparación del perjuicio causado a la víctima del delito, es uno de los fines de la justicia social, pero para evitar la repetición de actos dañinos que perjudican a la vez, el interés privado y el interés público.

Toda lesión grave a un derecho privado, contiene un atentado al orden social; la seguridad pública sufre con la comisión de un delito.

El castigo pues, debe acompañar a la reparación. La acción para obtener la reparación corresponde a la parte lesionada, así como la acción para la imposición de la pena corresponde a la sociedad. La primera no aspira sino a la reparación del perjuicio, la segunda con el castigo del culpable.

No es otra la idea del Licenciado Ángel Nava Santana, al sostener en clase, que tratándose de los delitos llamados privados, la ley únicamente debe conceder a los particulares el derecho de querrela necesaria, pero que, una vez formulada esta ante el Ministerio Público, y ejercitada la acción por este funcionario sale del campo del derecho de los particulares la persecución de los delitos para entrar en el campo de facultades que el poder público delega en su representante, para lograr su castigo, y como consecuencia, siendo facultad exclusiva del Ministerio Público por disposición de los artículos 21 y 102 Constitucionales la persecución de los delitos, por estar interesada la sociedad en su estabilidad y orden, no pueden ser ya motivo de perdón por parte de dichos particulares, o sea, que la acción penal no debe extinguirse por perdón del ofendido una vez ejercitada.

En el caso, del daño causado a un tercero son intención, por efecto de una imprudencia, puede bastar la obligación de reparar aquel daño pero esta reparación es insuficiente respecto al que obro con malicia y delinquiró.

Luis Proal no está de acuerdo con las doctrinas sostenidas por los filósofos H. Spencer, Schultz, M. Littre y M. Foullié, pues dice que la

pena es tan distinta de la reparación, que debe ser impuesta aunque se repare el perjuicio.

Así que la reparación no borra el delito y el Juez no podrá ver en ello sino una circunstancia atenuante. No se castiga al culpable, para establecer solo una igualdad, sino porque aquel merece ser castigado, y para que su castigo, sirviendo de ejemplo, intimide a los que tendrían la tentación de imitarle. Además, estando de acuerdo con el filósofo Aristóteles, comprende que el restablecimiento de la igualdad es el fin de la justicia civil, no de la justicia penal.

La sociedad puede penar, aun cuando no haya perjuicio material causado: Un ladrón es detenido en el momento mismo en que va a cometer un robo: esta tentativa es penada, como lo es el robo consumado, si la pena no tuviese otro objeto que la reparación, sería preciso según la teoría de Spencer, deja impune la tentativa.

Por otra parte, nos dice Proal, que no todos los delitos pueden tener reparación, solo es posible en los atentados contra la propiedad. (Pues no es posible la reparación de un homicidio, de un adulterio, de un atentado contra las buenas costumbres). Porque la reparación que se conceda, no puede resucitar la vida a un hombre, restablecer el ojo perdido, ni la inocencia, ni la salud a las víctimas de aquellos delitos.

La reparación de los daños y los perjuicios ocasionados por el delito no solo es de estricta justicia, sino hasta de convivencia pública, pues contribuye a la reparación de los delitos, porque su propio interés

estimulará eficazmente a los ofendidos a renunciar a estos y a coadyuvar a la persecución de los delincuentes, porque como observa Bentham el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó; tan es cierto esto, que bien puede atribuirse, en parte, la impunidad de que han gozado algunos criminales, a que no teniendo bienes conocidos, no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que había contraído, pues faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, era natural que se retrajeran de hacer acusación alguna y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de acudir a las Autoridades judiciales, que les hicieran perder su tiempo inútilmente.

Para Eugenio Cuello Calón, "la reparación del daño del delito, apacigua el resentimiento de la víctima, evitando la venganza y contribuyendo así al mantenimiento del orden jurídico".<sup>21</sup>

Es de tomarse en cuenta el pensamiento de algunos juristas, para quienes la pena pecuniaria siendo cualquier disminución de nuestras riquezas, sancionada por la ley como castigo de un delito, debe estar siempre despojada de la idea de indemnización, y ser distinta de ésta. Pues influye dice él, sobre las consecuencias jurídicas de la transmisión de las penas a los herederos, sobre la solidaridad y sobre la responsabilidad de terceros, todo lo cual puede admitirse cuando la multa por contravenciones, impropriamente llamada pena, no sea en sustancia sino una reparación de perjuicio; pero repugna, cuando la pena se impone como verdadera pena, ya que, (aunque sea pecuniaria), no debe dejar de ser personal.

(21).-Carranaca y trujillo Derecho Penal conforme al Código Penal de 1944 ed. 9, Ed. Nacional. México. 1961, Pág. 156.

Algunos penalistas señalan, cuando se refieren a la pena pecuniaria, que esta es la verdadera pena cuyo fin es herir al delincuente, en su patrimonio; en consecuencia al igual que las demás penas es personal; que en tratándose de la multa, dice, es inaceptable el pago de la multa por un tercero, y no hay solidaridad entre varios obligados ni puede heredarse la obligación de pagarla. Agrega el jurista argentino, que la pena pecuniaria presenta la ventaja de sustituir, con eficacia, muchas penas privativas de la libertad, de corta duración, y que uno de los caracteres que la hacen más oportuna es el de adecuarse muy justamente a los delitos cometidos por móvil de lucro. Que el límite superior es indeterminado, pues algunas disposiciones de la parte esencial del Código lo hacen depender del monto del daño pecuniario causado por el delito.

### **2.2.1. Legislación Actual.**

Nuestra Carta Magna, en su capítulo correspondiente a las Garantías Individuales se preocupa en dar al acusado, una serie de beneficios como son: que sea escuchado en defensa y defendido por una persona de su confianza, que el propio Estado designa asimismo se establece que en un término de tres días, se determinara sobre su situación jurídica, se le concede la oportunidad de obtener su libertad bajo caución, cuando el término medio aritmético de la pena corporal que se le pudiera imponer no exceda del término de cinco años de prisión pero por desgracia para las víctimas del algún delito, no existe ninguna defensa ni garantía que el Estado está obligado a

proporcionar pues no se especifica categóricamente la obligación de reparar el daño en beneficio de las víctimas.

Concretamente en el artículo 20 Constitucional, están plasmadas todas las garantías que le otorga la Carta Magna al acusado al decir: En todo juicio del orden criminal, 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;

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 estos 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...

VII.- Le serán facilitados todos los datos que soliciten para su defensa y que consten en el proceso...

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses, si se tratara de delitos cuya pena máxima no exceda dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo...

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...

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o por otro motivo análogo...

## **B.- De la víctima o el 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 se cuente tanto en la averiguación previa como en el proceso ya que se le desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de las diligencias, deberá fundar y motivar su negativa.

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

IV.-A que se le repare el daño. En casos de 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 fijara 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 inculcado cuando se trate de los delitos

de violación o secuestro. En estos casos, se llevara 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.

Manuel Brito Moreno, desprende de los artículos 5 y 22 primer párrafo; 27 segundo párrafo; 11 y el inciso X del 107 Constitucionales, la preocupación del legislador primario de garantizar para las víctimas del pago de la reparación del daño causado proveniente del delito, pero esa preocupación, dista mucho de ser categórica, como lo es la contenida en los artículos 20 y 22 Constitucionales a favor del delincuente; pues el primero de esos artículos en su fracción X, expresamente reconoce la responsabilidad civil, pero en sentido negativo a la víctima y en beneficio exclusivo del acusado, al determinar que "en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago a defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo". 22

Esta disposición aún cuando se refiere a la responsabilidad civil, beneficia al acusado o en su caso al sentenciado, al cual no podrá prolongarse su detención o su prisión por falta de pago a causa de la responsabilidad civil esto es desde luego, por lo que se refiere al acusado se desprende que tampoco podrá prolongarse la prisión o

(22) Cuello Calón Eugenio, El valor económico de la vida humana en el Derecho Mexicano, s/e, Ed. Nueva Época, México, 1976. Pág. 82

detención, ya que según la última frase de la fracción X que estamos comentando y que dice: o algún otro motivo análogo, se refiere que el acusado no se le puede prolongar su prisión por haber dejado de cumplir estrictamente el pago de la reparación del daño, lo que significa que hay que utilizar otros medios distintos de la privación de la libertad, para hacer efectivo el pago de dicha responsabilidad que se origine de un delito.

Si el espíritu de los preceptos Constitucionales está claro en cuanto a la protección que se deba dar a los acusados del delito, no existe en cambio una disposición precisa, clara, categórica que beneficie a los ofendidos.

Continuamente se encuentra que si bien es cierto el Juzgador al momento de dictar la correspondiente sentencia, condena al sentenciado al pago de la reparación del daño, también lo es que en muchas ocasiones no llega a ejecutarse el mandamiento del Juez, entre otros motivos por que el acusado o el tercero, según el caso, no tienen la capacidad económica para efectuar el pago respectivo.

Por lo que respecta al Código Penal, del Estado de México este hace mención a la reparación del daño en el capítulo III, del subtítulo primero, del Título tercer, artículos del 26 a 38; los cuales a la letra refieren:

Artículo 26. **“La reparación del daño comprende:”**

I.- La restitución del bien obtenido por el delito, como sus usufructos y accesiones y el pago en su caso del deterioro menoscabo.

La restitución se hará aun en el caso de que el bien hubiere pasado a ser propiedad de terceros; a menos que se irreivindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán oídos en un incidente tramitado en la forma que lo señala el Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

II.- El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiere ser restituido.

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

El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa, y será considerando las circunstancias objetivas del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre el ofendido y,

IV.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Artículo 27.- La reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma incidentales en los términos que fija el código de procedimientos penales del estado de México.

Artículo 28.- Los comprendidos en el artículo 16 estarán obligados en todo caso a la reparación del daño con forme a las disposiciones de este capítulo si fueren insolventes, responderán de dicha reparación los que los tengan bajo su patria potestad, tutela o guarda."

Artículo 29.- La reparación del daño proveniente del delito que deba cubrir el sentenciado tiene el carácter de pena pública se exigirá de oficio por el Ministerio Público quien deberá acreditar su procedencia y monto. Tratándose de delitos patrimoniales será siempre por la totalidad del daño. El ofendido o sus causahabientes podrán aportar al ministerio público o al órgano jurisdiccional en su caso los datos y pruebas que tengan para tal efecto en los términos del código de procedimientos penales.

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

Artículo 30.- En caso de lesiones y homicidio y a la falta de pruebas especificadas respecto del daño causado, los jueces tomarán como base el doble de la fabulación que fija la ley Federal del Trabajo y el salario más alto del Estado. Esta disposición se aplicará aun cuando el ofendido fuere menor de edad o incapacitado. Si los delitos antes mencionados se cometen por la conducción por vehículos de

transporte de servicio público, el monto de la reparación será el triple de la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo en el supuesto antes señalado.

Artículo 31.- En casos de delitos contra el ambiente el derecho a la reparación del daño se instituye en beneficio de la comunidad y a favor del fondo financiero a que refiere la ley de la materia.

El órgano jurisdiccional tomara en cuenta para la determinación del daño causado en materia ambiental el dictamen técnico emitido por la autoridad estatal correspondiente que precisara los elementos cuantificables del daño.

Artículo 32.- En orden de preferencia, tienen derecho a la reparación del daño:

I.- La víctima.

II.- El ofendido

III.- Las personas que dependieran económicamente de el

IV.- Sus descendientes cónyuge o concubinario

V.- Sus ascendientes

VI.- Sus herederos

VII.- El Estado a través de la institución encargada de la asistencia a las víctimas del delito.

Artículo 33.- Son terceros obligados a la reparación del daño

I.- Los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su autoridad

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, por los delitos que estos ejecuten durante el tiempo que se halle bajo el cuidado y dirección de aquellos

IV.- Las personas físicas o jurídicas por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos, o artesanos, con motivo y el desempeño de sus servicios.

V.- Las personas jurídicas colectivas, por los delitos de sus socios, agentes, o directores en los términos en que conforme a las leyes, sean responsables de las demás obligaciones que aquellas contraigan

VI.- En el caso de la fracción III inciso c) del artículo 15, la persona o personas beneficiadas por la afectación del bien jurídico

VII.- El Estado, los municipios y organismos descentralizados subsidiariamente por sus servidores públicos, cuando el delito se cometa con motivo o en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Artículo 34.- "Los responsables de un delito están obligados solidariamente a cubrir el importe de la reparación del daño"

Artículo 35.- “El sentenciado cubrirá de preferencia la reparación del daño y en su caso, se distribuirá proporcionalmente entre los ofendidos, por los daños que hubieren sufrido, y una vez cubierto el importe de esta reparación se hará efectiva la multa”

Artículo 36.- “Si las personas que tienen derecho a la reparación del daño no lo reclaman dentro de los treinta días siguientes de haber sido requerido para ello, su importe se aplicara en forma equitativa a la procuración y administración de justicia”

Artículo 37.- “Cuando el procesado se substraiga a la acción de la justicia los depósitos que garanticen la reparación del daño se entregaran al ofendido a sus causahabientes inmediatamente después del acuerdo de reprehensión o revocación de libertad que corresponda”

Artículo 38 “Los objetos uso ilícito con que se cometa el delito y sean propiedad del inculpado o de un tercero obligado a la reparación, se aseguraran de oficio por el ministerio publico o por la autoridad judicial para garantizar el pago de la reparación del daño y solamente se levantara el aseguramiento si los propietarios otorgan fianza bastante para garantizar el pago.”

Por su parte el Código de Procedimientos Penales del Estado de México en el tema que nos ocupa en sus artículos que continuación se citaran:

Artículo 319.- Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional, todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite el punto que se establece en la fracción primera.

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño tratando se de delitos que afecten la vida o la integridad corporal se observaran las disposiciones establecidas en el Código Penal del Estado de México.

Artículo 322.- "A petición del inculpado o de su defensor la caución que garantice su libertad provisional excepto la reparación del daño, se podrá reducir en la proporción que el órgano jurisdiccional estime justa y equitativa."

Artículo 325.- "Con excepción de la reparación del daño la naturaleza de la caución quedara a la elección del inculpado que al momento de solicitar la libertad será conforme al artículo 322 fracción V."

Incidente Civil de Reparación del Daño se toca en los artículos siguientes:

Artículo 394.- "La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado de acuerdo con el artículo 36 del código penal puede ejercitarse por quien tenga derecho a ello ante el órgano

jurisdiccional penal, mientras dure el proceso. Concluido este deberá intentarse en la vía civil correspondiente.”

Artículo 395 “La acción a que se refiere el artículo anterior, se tramitara y decidirá conforme a lo que disponga el código de procedimientos civiles sobre incidentes”.

Artículo 396 “Si el incidente llega al estado de resolución antes de concluya la instrucción, se suspenderá hasta que el proceso se declare visto de dictar sentencia, esta se pronunciara resolviendo sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado.”

Artículo 397.- “En el caso de hallarse prófugo el inculpado, se suspenderá la tramitación del incidente, si se hubiere iniciado, dejando salvo los derechos del interesado para que los ejercite en la vía civil. En caso de que no sea entregado a la víctima o al ofendido, por acuerdo propio.”

Artículo 398.- “Las providencias precautorias que pudiere intentar quien tenga derecho a la reparación se regirán por lo que disponga el código de procedimientos civiles, sin perjuicio de las facultades que las leyes concedan.”

### 2.3. Relación Procesal Criminal.

La Escuela Clásica de derecho Penal, centra su interés en el delito como ente jurídico, importa básicamente el hecho delictuoso, y la justa retribución al responsable del mismo.

Aquí tenemos de entrada, un problema de niveles de interpretación; a la escuela Clásica le interesa el nivel conductual y por lo tanto se desinteresa por el nivel individual, es decir se centra en la teoría del delito, dejando en el segundo plano al delincuente, y con mayor razón a la víctima.

Es justa aquella frase de que la escuela clásica (iniciada por Beccaria) le dijo al hombre "observa el derecho", en tanto que la escuela positiva (originada por Lombroso) le dijo al derecho "observa al hombre".

La escuela positiva se centra en así en el estudio del hombre antisocial; fundando así la criminología, pero en su esfuerzo por la integral comprensión del criminal olvida a la víctima.

No es tanto que ignoran el problema, es más bien un caso de prioridades, en que era más urgente redondear el estudio del criminal, trabajando en el nivel básicamente individual.

Así el delincuente es estudiado, protegido, tratado, explicado, clasificado, sancionado, auxiliado en tanto que a la víctima escasamente se le menciona.

Se organizan grupos interdisciplinarios, para estudiar al criminal, se construyen instituciones especiales para su observación, tratamiento y custodia, se elaboran leyes cada vez más sofisticadas para regular su conducta, se escriben miles de paginas tratando de explicar su personalidad y sus reacciones, en tanto la víctima queda marginada, en el drama penal parece ser tan sólo un testigo silencioso, la ley apenas la menciona, la literatura científica la ignora, y por lo general queda en el más completo desamparo, lo que representa una sobre victimación.

Las razones por las cuales sucede este fenómeno tienen que ser profundas, no podrían explicarse simplemente como un problema de niveles de interpretación.

Una tentativa de niveles de explicación consiste en el miedo que se le tiene al criminal: el sujeto antisocial es naturalmente temido por la colectividad es el pánico que sienten las ovejas frente al lobo, pero ¿quién teme a un cordero? es la víctima propiciatoria, es inocuo, es manso, no es peligroso. La fiera salvaje produce pánico, llama poderosamente la atención; en los zoológicos son los animales más frecuentados, ¿quien va al zoológico a ver a los corderos?

Pero parece haber algo más, ya que los criminales pasan a la historia, en tanto que las víctimas rápidamente caen en el olvido. ¿Quién no recuerda a Jack el destripador, a Landní, a Al Capone, el tigre de Santa Julia, al Goyo Cárdenas? pero, ¿quien sería capaz de mencionar a sus víctimas?

La víctima pasa excepcionalmente a la historia, y solo lo logra en crímenes del tipo del magnicidio, o por alguna razón verdaderamente insólita. Así, Abel logra su lugar en la historia con el único merito de ser la primera víctima.

En proporción macro criminológica, los criminales escriben la historia, esto es valido para el crimen de crímenes: la guerra. Los vencedores escriben, por lo general, la historia (es decir, su historia) el nombre de los victoriosos queda escrito en los monumentos y en los libros, los vencidos no. son mas que víctimas. Los ejemplos son múltiples, las excepciones confirman la regla Waterloo será siempre la derrota de Napoleón, pero Napoleones no hay muchos.

Una interpretación más puede intentarse para explicar el fenómeno de la tardía aparición de la victimología, y esta es que nos identificamos con el criminal y no así con la víctima. El criminal es en mucho un sujeto sin inhibiciones cuando desea algo lo realiza, sin importarle la norma, la sociedad o la víctima. Es decir, en cierto aspecto el criminal es alguien que se atreve a hacer algo que el no criminal no osaría a realizar, pero que desearía hacerlo.

Todos hemos deseado (y por lo menos en la imaginación realizado), cometer algún delito: robar algo, lesionar al enemigo, poseer a la mujer del prójimo, evadir los impuestos, etc. Es por esto que existe una identificación (consiente o inconsciente) con el criminal, con aquel que se atreve a ejecutar lo que nosotros no osaríamos realizar. No hay identificación con la víctima, se desearía ser criminal, pero no víctima,

nadie desea que lo roben, lo hieran, lo injurien, lo violen. Esta identificación con el criminal podría explicar el éxito de la novela negra, de la página roja en los periódicos, de las revistas amarillistas dedicadas al "crimen", de las películas de gánsteres de las series policíacas en la televisión.

Y puede explicar también el porqué del interés por el criminal y el desinterés por la víctima. Por último cabe preguntarse si efectivamente el Estado tiene interés por las víctimas. En múltiples casos el criminal es un "chivo expiatorio", y representa la parte desviada de la comunidad que puede poner en peligro la seguridad del gobierno y el orden social.

La víctima, en tanto, significa en mucho el fracaso del Estado en su misión de protección y tutela de los intereses de la comunidad. En un momento dado, la víctima puede exigir al gobierno una compensación por el abandono en que ha sido dejado.

Además hay ciertas víctimas que es necesario dejar en el olvido, porque su atención y estudio pueden representar un serio costo político. Tales son las víctimas de injusticia social, de abuso de poder, de violación de derechos humanos, de marginación, de segregación racial o religiosa, de fraude electoral, de delito transnacional, de criminalidad dorada, etc.

### **2.3. 1. Que comprende el pago de la reparación del daño según nuestra legislación.**

Como se señaló en líneas anteriores el artículo 26 del Código Penal señala:

Artículo 26. La reparación del daño comprende:

I.- La restitución del bien obtenido por el delito, como sus usufructos y accesiones y el pago en su caso del deterioro menoscabo.

La restitución se hará aun en el caso de que el bien hubiere pasado hacer propiedad de terceros; a menos que se irreivindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán oídos en un incidente tramitado en la forma que lo señala el Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

II.- El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiere ser restituido.

III.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperaron de la salud de la víctima.

El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa, y será considerando las

circunstancias objetivas del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre el ofendido y,

IV.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

### **2.3.2. Medidas precautorias para la reparación.**

Las medidas precautorias, no son otra cosa que el aseguramiento que ordena el Órgano Jurisdiccional, de los bienes del inculcado que ha cometido un ilícito, esto con el fin de que éste no pueda venderlos o enajenarlos argumentando después que no tiene medios económicos para cumplir con las obligaciones que le imponga el Juzgador como consecuencia del delito cometido.

#### **2.3.2.1. Durante el proceso.**

Conforme el artículo 405 del Código de Procedimientos Penales cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público, el ofendido, o la víctima del delito, en su caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes. Para que el juez pueda dictar el embargo precautorio, bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida.

A menos que el inculcado otorgue fianza suficiente a juicio del juez, este decretará el embargo bajo su responsabilidad.

### 2.3.2.2. Durante la sentencia.

Al momento de que la autoridad jurisdiccional dicta la correspondiente sentencia condenatoria, y al haberse cuantificado el monto del daño ocasionado por el inculpado, en detrimento de la parte ofendida o victima el juzgador asentará en el cuerpo de su sentencia, así como en uno de sus resolutivos, que se condena al inculpado, al pago de la reparación del daño; siempre y cuando se trate de delitos patrimoniales, que permitan la cuantificación del daño causado; asentándose claramente que el inculpado debe cumplir en primer plano con la sanción pecuniaria, es decir, debe pagar la multa impuesta, asimismo cumplir con la reparación del daño, y posteriormente cumplir con el resto de la sanción impuesta.

En este rubro cabe hacer mención que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto **a excepción de la reparación del daño.**

Artículo 27.- "La reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma incidentales en los términos que fija el código de procedimientos penales del estado de México."

Artículo 33.- "Son terceros obligados a la reparación del daño

I.- Los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su autoridad

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, por los delitos que estos ejecuten durante el tiempo que se halle bajo el cuidado y dirección de aquellos

IV.- Las personas físicas o jurídicas por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos, o artesanos, con motivo y el desempeño de sus servicios.

V.- Las personas jurídicas colectivas, por los delitos de sus socios, agentes, o directores en los términos en que conforme a las leyes, sean responsables de las demás obligaciones que aquellas contraigan.

VI.- En el caso de la fracción III inciso c) del artículo 15, la persona o personas beneficiadas por la afectación del bien jurídico.

VII.- El Estado, los municipios y organismos descentralizados subsidiariamente por sus servidores públicos, cuando el delito se cometa con motivo o en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones"

## **CAPÍTULO III. QUIENES TIENEN DERECHO A RECLAMAR EL PAGO DE LA REPARACION DEL DAÑO, SEGÚN EL CÓDIGO PENAL.**

### **3.1. Artículo 32 del Código Penal del Estado de México.**

Artículo 32.- “En orden de preferencia, tienen derecho a la reparación del daño:

I.- La víctima.

II.- El ofendido

III.- Las personas que dependieran económicamente de el

IV.- Sus descendientes cónyuge o concubinario

V.- Sus ascendientes

VI.- Sus herederos

VII.- El Estado a través de la institución encargada de la asistencia a las víctimas del delito.”

#### **3.1.1. Concepto de Víctima.**

(Etimología). Viene del latín víctima, y con ello se designa a la persona o animal sacrificado o que se le designa al sacrificio. (\*)

En este sentido se hace referencia al concepto original de sacrificio, del hebreo Korbán aunque esta palabra tiene ahora un significado más amplio, en cuanto representa al individuo que se sacrifica a sí mismo, o que es inmolado en cualquier forma.

(\*) - En este concepto coinciden: Diccionario de la Real Academia, Diccionario Sopena, Petit Larousse, Oxford English Dictionary, Vocabolario della lingua italiana, The Random House Dictionary, Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa, Etc.

Sobre la autenticidad de su origen latino los estudiosos no están muy acordes. Por ejemplo, Ernout y Millet ponen en duda esa presencia y aluden a la posibilidad de que los etruscos la hubiesen tomado en préstamo de alguna lengua indo-europea y la hubiesen transmitido al latín, mientras que Littré a pesar de que la hace provenir del Latín se refiere a la divergencia de los mismos ecologistas latinos en cuanto al origen del término.

"Como la víctima era sacrificada al retorno de la victoria, basan su significado en la palabra vincire que significa atar. Otros, en cambio, la atribuyen a viger: ser vigoroso, pues la víctima era un animal robusto y grande en comparación con la ostia, que era un animal pequeño".<sup>23</sup>

Sin embargo, la similitud de origen etimológico es clara, pues si en latín es víctima, pasa idéntico al español, para convertirse en víctima en portugués. En Italiano es vittima, en francés victime y en inglés victim. Independientemente de la discusión etimológica, es indudable que el concepto de víctima ha evolucionado, como ya lo hemos mencionado, desde aquel que podía vengarse libremente, hasta el que tenía como límite el talión, para llegar a conceptos como sujeto pasivo del delito y, mas actualmente, . Víctima principiante o participante.

En la evolución de la humanidad, el concepto de víctima ha cambiado, según el lugar y la época, según si el hombre ha sido creyente o ateo, libre o esclavo, nacional o extranjero, etc.

(23)- Rodrigo Ramírez González, La victimología! s/e, Ed Temis, Colombia, 1983, Pág. 4

Actualmente en diversos diccionarios de diferentes lenguas consultados, encontramos múltiples significados, entre los que destacan: el ya mencionado, de animal destinado al sacrificio (de carácter religioso), y por extensión, también el ser humano destinado al sacrificio.

- La persona que se sacrifica voluntariamente.
- El que sufre por la culpa de otro.
- El que sufre por sus propias faltas.
- La persona que se ofrece o expone a un grave riesgo en obsequio de otra.
- El que padece daño por causa fortuita
- El que sufre por acciones destructivas o dañosas.
- Persona que es dañada o defraudada. -Sujeto pasivo de un ilícito penal.
- Persona sacrificada a los intereses o pasiones de otro.
- Quien se siente o quiere parecer perseguido o abandonado.

Como puede observarse, son múltiples las acepciones del vocablo víctima; en términos generales podríamos aceptar que víctima es el sujeto que padece un daño por culpa propia, ajena o por causa fortuita

Este sentido es el que ha sido tomado en principio por una buena parte de victimólogos, algunos de los cuales lo amplían aún más así por ejemplo, para Benjamín Mendelsohn, víctima es: "la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que esta afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento determinado por

factores de origen muy diverso físico, psíquico, económico, político o social así como el ambiente natural o técnico."24 Paúl Separovic dice que: "cualquier persona física o moral., que sufre como resultado de un despiadado designio, incidental o accidentalmente, puede considerarse víctima." 25

Para otros, el sentido es más restringido; "V. Stanciu nos señala que la víctima es un ser que sufre de una manera injusta, los dos rasgos característicos de la víctima son por lo tanto el sufrimiento y la injusticia, aclarando que lo injusto no es necesariamente lo legal".26

"Desde el punto de vista jurídico, una persona es victimizada., cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado por actos deliberados y maliciosos"27

"Así, víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción ". 28

Von Henting agrega un elemento, al referirse a personas que han sido lesionadas objetivamente en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos, y que experimentan subjetivamente el daño con malestar o dolor.

(24).- El origen de la Victimología Criminológica, s/e, Ed. Barcelona S.A. España, 1956 vol. 3, 1963, Pág. 239-244

(25).- Victimología. una nueva ciencia social aprobada, 3° ed., Ed Nacimiento. Alemania, .1973, Pág. 56

(26).- La víctima en la civilización. Etudes Internationales de Psychosociologie Criminelle, Trad. Juan García, México. 1975, núms. 26-28.

(27).- Hugo Bedau, Are there really crimes Without Victims? en Victimology. Lexington Books, USA, Trad. Juan Garcia, México. 1975, Pág.31.

(28).- Henry Pratt Farchild, Diccionario de Sociología, s/e, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1980.

La Organización de las Naciones Unidas se preocupó por el problema del concepto de víctimas, y tanto en el VI Congreso (Caracas 1980), como en las reuniones preparatorias del VII Congreso (Milán, 1985), se planteó que el término "víctima" puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que:

- a) Constituya una violación a la legislación penal nacional.
  
- b) Constituya un delito bajo el derecho internacional que constituya una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente.
  
- c) Que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.

La víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas.

### **3.1.2. Concepto de Ofendido.**

Del latín ofenderé, participio pasado del verbo "ofender". Ofendido es quién ha recibido en su persona, bienes ó en general, en su status jurídico, una ofensa, daño, ultraje, menoscabo, maltrato o injuria.

Dentro del proceso penal reciben el nombre de ofendido la víctima del hecho delictivo, así como quienes a causa de la muerte o de la incapacidad ocurrida a la víctima a resultas del ilícito penal, le suceden legalmente a sus derechos y les corresponde su representación legal.

Las funciones que al ofendido se asignan dentro del enjuiciamiento penal derivan, fundamentalmente, del sistema que se adopte en materia de acusación. En México, de modo claro a partir de la Constitución de 1917, la facultad de acusar ejercicio de la acción penal se ha reservado al Ministerio Público, en su carácter de órgano estatal el cargado de la "persecución de los delitos".

Dado que tal facultad constituye un "monopolio", y que la reparación del daño se concibe como "pena pública", el ofendido tiene en nuestro proceso penal un papel limitado. No reconociendo hoy día la posibilidad de que el particular ofendido por un hecho delictivo ejercite ante los tribunales competentes la pretensión punitiva, la ley le asigna funciones procesales de carácter secundario. Suele justificarse lo producido en su papel aduciendo que el otorgarle mayores facultades que las que hoy se le asignan contribuirá a introducir en el proceso el afán de la venganza.

A pesar de lo limitado de su función y de lo mal encuadrada que se encuentra la figura dentro de nuestra legislación procesal penal, el ofendido es un interviniente en el proceso a quien le corresponde ejercitar diferentes facultades en las varias etapas en que se compone el enjuiciamiento penal.

Por lo que hace a la fase de averiguación, el ofendido se encuentra facultado por la ley para denunciar los delitos de que se estima víctima. Debe tenerse presente sin embargo, que esta facultad se le reconoce no en razón de haber sufrido en su persona o en su patrimonio los efectos del hecho ilícito, sino en cuanto que la facultad de denunciar se reconoce a todo individuo que tiene conocimiento de tales hechos.

En la práctica debe reconocerse que son precisamente los ofendidos, quienes más frecuentemente intervienen ante las autoridades con el carácter de denunciante aportando la Notitia Criminis, sobre la que habrá de realizarse la averiguación previa.

Además de poder presentar denuncias, nuestra legislación procesal penal confiere al ofendido el "monopolio de la querrela", cuando se exige el cumplimiento de tal requisito de procedibilidad, como una condición sine qua non para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público., tal y como sucede respecto a los delitos de estupro, rapto, difamación etc.

Dentro de la propia averiguación previa el ofendido, sea que intervenga como denunciante, como querellante o como simple ofendido puede poner a disposición del Ministerio Público los daños que contribuyan a establecer la culpabilidad "rectius presunta responsabilidad del indiciado" así como aquellos que permitan al órgano de la acusación reclamar la reparación del daño moral o material resultante de la conducta atribuida al presunto responsable.

Dentro de la instrucción el ofendido cuenta con una mayor cantidad de atribuciones. De modo particular, tratándose de la reparación del daño, la ley procesal lo considera como coadyuvante del Ministerio Público en cuanto a la responsabilidad civil directa; como tal tiene derecho a que se le notifique por parte del juzgador sobre las resoluciones que en materia de responsabilidad se dicten y puede poner a disposición del juzgador cualesquiera elementos relevantes para la determinación de la responsabilidad y de su monto. Si la reparación del daño derivado del hecho ilícito, se hace valer en contra de persona distinta del indiciado, en razón de estarse en alguno de los supuestos previstos por el artículo 33 del Código Penal, el ofendido adquiere el carácter de actor en el sentido pleno de la expresión, dentro del incidente de reparación que se contempla en el Código de Procedimientos penales del estado de México artículo 394.

Al ofendido corresponde, igualmente, el solicitar ante el juzgador el embargo precautorio de bienes del presunto responsable a fin de asegurar la reparación del daño, tal facultad se confiere al ofendido y al propio Ministerio Público en forma indistinta, no existiendo, por tanto, subsidiariedad (artículo 405 del Código de Procedimientos Penales) con independencia de que en el proceso se reclame responsabilidad civil, el ofendido puede solicitar al juzgador que se le restituya en el goce de sus derechos cuando los mismos han sido menoscabados por el hecho delictivo previene que el ofendido puede solicitar , dentro de la instrucción, la acumulación de procesos en cualquier caso en que se dé alguna de las hipótesis prevenidas por el artículo 2 del Código Penal.

De mayor relieve resultan las facultades atribuidas al ofendido dentro de la audiencia. Dentro del procedimiento ordinario, la ley reconoce a favor del ofendido el derecho de comparecer a la audiencia en que se tendrá por vista la causa, contando con la facultad de formular en ella los alegatos que estime pertinentes, (artículo 189, del Código de procedimientos Penales).

Debe tenerse presente que no obstante que su facultad de intervención se reconoce en términos análogos a la del defensor y del Ministerio Público, es solo este último quien puede hacer valer la pretensión punitiva; si se trata de un delito perseguible solo a instancia de parte agraviada (querella), el ofendido puede otorgar su perdón en dicha audiencia, y aún en segunda instancia.

Nuestra legislación reconoce a favor del ofendido dos facultades mas: una primera consistente en la posibilidad de solicitar la revocación de la libertad provisional del reo cuando este le amenaza artículo 334 fracción III Código de procedimientos Penales, y una última relativa a la posibilidad de solicitar se tenga por extinguida anticipadamente la pena impuesta al sentenciado, siempre y cuando se trate de delitos perseguibles a instancia de parte agraviada (querella).

En términos generales, el sistema de monopolio acusador del Ministerio Público por el que ha optado nuestra legislación procesal penal da origen a una muy reducida intervención del ofendido dentro del proceso. Si se extenúan las hipótesis referidas a la reparación del daño ya la querella, el papel del ofendido es esencialmente pasivo.

Carece de facultades requirentes propias y su posibilidad de aportar pruebas y formular alegatos depende en buena medida del grado de coadyuvancia que en el caso concreto el Ministerio Público este dispuesto a otorgarle. "De lege ferenda se ha venido insistentemente propugnado por una mayor intervención del ofendido en el proceso; las propuestas van desde la de otorgarle la facultad de acción en forma paralela a la hoy reconocida al Ministerio Público tal y como ocurrió entre nosotros durante la constitución de 1857 hasta aquellas que se limitan a reforzar su posición de coadyuvante haciendo que ciertas determinaciones y decisiones que el Ministerio Público toma durante el proceso resulten invalidas si no se recaba el consentimiento del ofendido. De particular importancia resultan los casos en que el órgano acusador opta por el no ejercicio de la acción penal. En los que al particular ofendido no se confiere recurso alguno de modo que pueda iniciar por sí el proceso". 29

### **3.1.3. Distinción entre Víctima y Ofendido.**

Las definiciones de corte jurídico, en que se toma en cuenta que el bien afectado esté jurídicamente tutelado o que el comportamiento

En este tipo de enfoques jurdicistas a contribución de la víctima no parece tener relevancia y lo que distingue a una víctima de una no victima es la tipificación de la conducta agresora por la ley penal.

(29).- Henry Pratt Farchild, Ob. Cit., Pág. 1865 del victimizador este tipificado por la ley penal nos llevan a una victimología sumamente limitada.

Es lógico que no podamos tomar como punto de partida la definición jurídica de la víctima, es decir no parece ser válido confundir el concepto de víctima con el del sujeto pasivo del delito o del ofendido.

Se pueden sufrir serios daños, por conductas no previstas por la ley como delitos y sin embargo existir victimización, en este punto nos parece acertada la observación de Stanciu en el sentido de que lo injusto no es por fuerza lo ilegal.

La víctima ofrecida en cumplimiento de una promesa o un mito religioso, sea hombre o animal, no tendría aparentemente correlación con la criminología pero como bien lo recuerda Drapkin, "esos sacrificios ante los altares para evitar infortunios o las iras de los dioses que parecían pertenecer al pasado, siguen efectuándose y no solo por aborígenes aislados en alguna remota e infranqueable selva, sino en países que han alcanzado niveles de civilización; pero la víctima que interesa, es la que sufre el perjuicio: El ser humano que padece daño en los bienes jurídicamente protegidos, vida, salud propiedad, honor, honestidad, etc., por el hecho de otro e, incluso, debido a factores humanos, mecánicos o naturales, como ocurre en los accidentes e trabajo".<sup>30</sup>

(30).-Israel Drapkin, El Derecho de las víctimas, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 3ª ed., Ed. Nueva Época, Madrid, 1980, Pág. 368-

### 3.2. Formas de pago por parte del Sentenciado.

"Los depósitos que garanticen la libertad caucional, se aplicaran como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia " y el importe de la sanción pecuniaria se distribuirá ente el Estado (la multa) y el ofendido (la reparación).

En cuanto a la prelación de obligaciones patrimoniales del infractor, la "obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de la referente a alimentos y relaciones laborales" . Esta graduación no puede regir sobre la restitución de la cosa obtenida por el delito, aunque estén pendientes los créditos alimenticio y laboral de lo contrario, se afectaría el derecho de propiedad o posesión de tercero.

La reparación tiene preferencia sobre la multa.

No obstante sus plausibles motivos, es discutible el sistema del Código Penal. No hay duda sobre la necesidad de mejorar la suerte de la víctima. Esto puede obtenerse sin alterar la naturaleza privada de la reparación del daño, (que claramente identifica el artículo 22 Constitucional, cuya interpretación rigurosa pudiera desembocar, inclusive, en la inconstitucionalidad del tratamiento de la reparación como pena).

Durante mucho tiempo se debatió la posibilidad de que el ofendido obtuviese la satisfacción de su interés patrimonial cuando el, Ministerio Público no ejercitaba acción penal, e inclusive cuando recaía sentencia absolutoria.

Esto no implica, necesariamente, irresponsabilidad civil del agente. Se estipula 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 por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en términos de la legislación correspondiente.

Habrà que tomar en cuenta lo que derive de la reglamentación sobre la posibilidad que reconoce el artículo 21 Constitucional, reformado en 1994, para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal.

Se establece que el ejecutivo federal reglamentará la forma en que, mediante seguro especial, se garantizará la reparación del daño causado con motivo del tránsito de vehículos.

Como en el caso de la multa, la insolvencia del obligado frustra el resarcimiento.

Para aliviar esta situación, el Estado de México expidió en 1968 una Ley sobre Auxilio a la Víctima del Delito (entendida en amplio sentido: quien quiera que resienta daño con motivo del comportamiento

delictuoso). Esto es, prevé la formación de un "fondo de resarcimiento desde hace por lo menos un siglo existe una fuerte corriente favorable reforzamiento de la reparación.

El mismo Garófalo solicita el cuidado en este último sentido, y denunciaba el uso inmoderado y decepcionante de la prisión. La apertura a la auto composición en el procedimiento penal, y la activa intervención del Ministerio Público como conciliador en caso de delitos sujetos a querrela más el establecimiento de órganos internos, al nivel de subprocuraduría, a cargo de la protección a las víctimas-, mejora notablemente el horizonte de la reparación.

Es cierto que lo que más necesita el ofendido; sin embargo, hay quienes se preguntan si no se requiere además la imposición de una verdadera pena, que satisfaga los demás objetivos de ésta; la simple reparación, elevada a la calidad de regla general de reacción contra el delito, podría acarrear consecuencias negativas.

### **3.2.1. Por parte de la persona ajena a juicio.**

Los legisladores de tuvieron a la vista el desvalimiento del ofendido. En tal virtud, el Código Penal determinó que "la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública"; no así, en cambio, la que corresponde a terceros, que posee carácter civil. De aquí se siguen consecuencias sustantivas y procesales: si la reparación es "pena .", solo puede ser requerida por el Ministerio Público; el ofendido puede actuar como coadyuvante del

Ministerio Público (coadyuvancia notablemente reducida con respecto a la del enjuiciamiento civil y hoy incorporada, a título de garantía individual del ofendido, en el último párrafo del artículo 20 Constitucional).

En contraste si la reparación se exige a terceros, tiene naturaleza de "responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales".

La responsabilidad de terceros no nace en el derecho penal, sino en el civil. En la parte en donde nos habla de las obligaciones la relación que existe entre ciertas personas desplaza la obligación reparadora; se traslada del autor del acto ("el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro", señala el artículo 7.145 al 7.178 del Código Civil), amerita especial referencia una plausible ampliación de medidas tutelares para el ofendido, por medio de la reparación del daño, Este artículo resuelve quienes son los terceros obligados a reparar el daño causado por el agente; "El Estado responderá, subsidiariamente, por sus funcionarios y empleados". En consecuencia la reclamación debía enderezarse, en primer término, contra el responsable personal del ilícito, y solo cuando no fuera posible obtener de este el resarcimiento, dicha reclamación se reorientaría hacia el Estado. Merced a la innovación producida en esa fracción permite al ofendido actuar directamente contra el Estado en caso de dolo del infractor de esta suerte amplía (por lo menos relativamente) la posibilidad de obtener el resarcimiento: está obligado a reparar el daño "el Estado solidariamente, por los delitos dolosos de

sus servidores realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos " El concepto de ...reparación del daño " abarca restitución de la cosa obtenida por medio del delito, o si no es posible, pago de su precio; 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", Diversas normas atienden al propósito de asegurar la reparación del daño y el perjuicio causados por el delito. En este sentido, destaca la fracción I del artículo 20 Constitucional, acerca de la caución para la libertad provisional. Ahora bien la reforma a esa fracción, practicada en 1993, trajo consigo diversos desaciertos notorios; entre ellos, el olvido del perjuicio; sin embargo, no olvido asegurar el pago de la multa al Estado: existe mayor celo en la protección del erario que en la tutela del ofendido.

Otros errores evidentes son la supresión de cualquier potestad jurisdiccional que reconocía la ley procesal para ponderar la pertinencia de la libertad provisional; y la vinculación de la garantía exclusivamente con la reparación, y no con los deberes del inculgado en el proceso que son la razón de ser, la raíz misma de esta figura; los Códigos de procedimientos han querido salvar esta laguna, pero al hacerlo incurren en flagrante inconstitucionalidad, porque restringen el alcance de una garantía del inculgado.

Afortunadamente, la Tefonna constitucional del 2 de julio de 1996, llegó a corregir estos desaciertos. Efectivamente, emprendió el camino

correcto al asignar al Juzgado mayores atribuciones con la consecuente responsabilidad, claro está para valorar la pertinencia de conceder o negar la excarcelación; esto solo sucede en el supuesto de delitos no graves cuando se trata de delitos graves, la libertad está excluida ope lebris. Asimismo, repuso en la escena el concepto de perjuicio, junto al de daño. Además dispuso que el juzgador tomase en cuenta, para definir el monto y la forma de caución, los datos que paladinamente ignoró el texto anterior de la fracción I; naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, características del inculpado y posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesan a su cargo.

El penúltimo párrafo del artículo 111 Constitucional estatuye que las sanciones penales que se impongan a los funcionarios mencionados en este precepto, "deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.

### **3.2.2. Formas de pago en caso de que el sujeto activo se niegue a realizar el pago.**

El Juzgador está obligado a regular su arbitrio en materia de reparación del daño, atendiendo a la extensión de este pruebas existentes y capacidad del obligado a repararlo; por lo que infringe garantías cuando condena excediéndose a la suma señalada por el propio ofendido. Aunque normalmente se habla de ilícito civil e ilícito penal, lo cierto es que la antijuridicidad de un hecho se precisa cuando a través de un juicio de apreciación objetiva se concluye teniendo

como contrario a las normas o lesivo a los bienes tutelados por el derecho; de que se afirme que el campo de la antijuridicidad es solo uno y que es impropio hablar de ilicitud civil e ilicitud penal, ya que un acto traer consecuencia de uno u otro orden, según la consecuencia que la ley asocia al mandato de obrar o abstenerse.

Si la reparación del daño se exige a terceros conforme a lo que establece el Código Penal, están obligados a hacerlo, se tramitará en forma incidental. Aquella en ese caso, no tiene carácter de pena pública, sino de responsabilidad meramente civil.

El ofendido por el delito, demandara la reparación ante el Juez que conozca del proceso, antes de que se encuentre cerrada la instrucción, si se trata de un delito del orden común o antes de que se dicte sentencia revocable en el proceso, si fuese un asunto federal; en este último supuesto, se tramita en los términos que el Código Federal de Procedimientos, fija para los juicios sumarios.

Conforme el Código de Procedimientos Penales, en lo que se refiere a el tema de incidentes el procedimiento a seguir para la reparación del daño consiste en la demanda antes de que se sierre instrucción y en la cual se expresaran sucintamente y enumerándolos todos los hechos y circunstancias que han originado el daño, se deber precisar el monto del mismo, así como exponer los conceptos por los que proceda.

De este escrito y documentos que se acompañen, se da vista a la parte a quien se exige la reparación, para que dentro del término de

tres días exprese lo que a su derecho convenga, transcurrido el cual se abrirá a prueba el incidente por el término de quince días si alguna de las partes lo pidiere y si no comparece el demandado o transcurrido el término a prueba, el juez a petición de parte dentro del término de tres días oírlo que en audiencia verbal quisieran exponer las partes para fundar su derecho. En la misma audiencia se declarará cerrado el incidente que se resolverá al mismo tiempo que el proceso o dentro de ocho días si es que en esta ya se hubiera pronunciado sentencia. Las notificaciones deberán hacerse de acuerdo con lo dispuesto sobre ellas por el Código de procedimientos civiles.

Las providencias precautorias se regirán igualmente por este ordenamiento legal, así como por lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales, que reglamenta el embargo precautorio. La resolución que se dicte en este incidente, será apelable en ambos efectos pudiendo interponer el recurso las partes que intervengan.

El incidente de reparación del daño por parte de terceras personas, que conforme a la ley están obligadas a hacerlo, no debería incluirse dentro del ámbito del derecho penal, en virtud de que se trata de una responsabilidad meramente civil, debiéndose tramitar ante los tribunales de este orden, como si se tratase de algún otro caso de responsabilidad civil extracontractual, ya que además de constituir, como ya se indico, una responsabilidad exclusivamente civil en los juzgados civiles en virtud de la clase de asuntos que en ellos se tramitan, son mas indicados para tramitar y resolver sobre esos casos y para no restar actividad a los juzgados penales, haciendo que estos

resuelvan asuntos civiles cuando hay pendientes de fallo gran cantidad de procesos en los que esta de por medio la libertad de seres humanos (\*).

En la práctica nos encontramos que son muy raras las ocasiones en que se promueve el incidente de reparación del daño en contra de terceros ante los juzgados penales, pues generalmente se exige esta clase de responsabilidad por la vía civil y ante los tribunales de esta índole.

Debemos hacer notar, además la circunstancia de que en los casos en que sea necesario exigir la reparación a terceros cuando el delito sea cometido por un menor de edad, tendría que hacerse en la vía civil, ya que el tribunal para menores ante quien se deberá promover el incidente respectivo de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales.

### **3.2.3. Quienes tienen derecho a la reparación del daño.**

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 persona que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes reparación del daño, en las provincias del derecho penal. El derecho penal tiene únicamente compromisos con los intereses sociales y no con los particulares.

(\*).- En este sentido se pronuncia Rivera Silva en su obra El Procedimiento Penal es de hacerse notar el indebido acomodo de este incidente.

### **3.3. La Acción Civil.**

La responsabilidad civil proveniente de delito, es una consecuencia ineludible de la penal, y si esta no existe, tampoco puede existir aquella, pues hay que tomar en cuenta que faltando la causa, no pueden existir los efectos. .

### **3.4. Concepto de Acción Civil.**

Del latín actio, movimiento, actividad, acusación. Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal puede centrarse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.

El derecho de exigir alguna cosa, y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro o se nos debe por otro, en la primera acepción pertenece al segundo objeto del derecho, y con especialidad a las cosas incorporales y en la seda al tercero, que es el que nos manifiesta los medios de reclamar o defender nuestros derechos ante los tribunales competentes.

La acción entendida en el primer sentido, esto es, como un derecho que nos corresponde para pedir alguna cosa puede considerarse mueble o inmueble por razón de su objeto aunque no sea uno ni otro por su naturaleza. Será mueble si se dirige a la consecución de una

cosa mueble y ser inmueble si se dirige a la consecución de una cosa inmueble o raíz.

La acción entendida en el segundo sentido trae su origen del derecho de gentes, pues sin su uso habría de perder cada cual sus derechos cediendo, ó tendría que valerse de la fuerza para conservarlos, siendo consiguiente la ruina de la sociedad civil.

No se viola el artículo 21 Constitucional, cuando la autoridad judicial impone una multa en sentencia a un obrero, pues las multas a que se refiere el precepto constitucional citado, corresponden a las que imponen las autoridades administrativas en castigo de las infracciones administrativas.

#### **3.4.1. Formas en que se hace valer la reparación del daño.**

Cuando ha habido violación de un derecho y la víctima de esta violación sufre un daño, ya en su persona, ya en su patrimonio, ese daño muchas veces no se puede remediar, haciendo volver las cosas a la situación que tenía antes de producirse el hecho que genera el daño, entonces se tiene que aceptar la violación a ese derecho y el único camino que queda es buscar una solución por virtud de la cual se atenúen los efectos del daño.

Si bien hay muchos casos en que el daño sufrido puede ser borrado completamente, habiendo una reparación integral de ese perjuicio.

Ya dijimos que un daño puede repararse exactamente cuando las cosas se pueden hacer volver al estado anterior al hecho dañoso. Y que cuando esto no es posible hay reparación por equivalente, donde propiamente no hay reparación ya que el daño no se puede borrar, solo queda otorgar a la víctima una indemnización que le compense por el daño sufrido.

Al producirse un daño como supuesto se produce esta consecuencia, una penal (si el hecho es constitutivo de delito), imponiendo al causante una pena o una sanción civil, consistente en la reparación o indemnización del daño.

Al hablar del daño moral la indemnización debe consistir en una suma de dinero, pero creemos que muchas veces se podrá entregar otra cosa distinta por ser menos oneroso al obligado y de mayor beneficio para la víctima.

En la indemnización podemos distinguir dos situaciones:

Primera: Cuando hay daño patrimonial y por lo tanto él puede ser valuado en dinero, hay reparación propiamente dicha, el pago tiene por efecto compensar a la víctima.

Segunda: Cuando existen daños extrapatrimoniales o morales y por lo tanto no admiten apreciación en dinero, no pueden repararse, el pago adquiere el carácter de satisfacción a la víctima.

De lo cual vemos que hay dos formas de reparación:

La reparación en especie, que es la reposición de las cosas al estado que tenían, que borra totalmente al daño, por ejemplo al ladrón que roba un objeto y posteriormente lo devuelve, como vemos es la forma perfecta de reparar el daño, por esto mismo la víctima no puede pedir que en vez de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes, se le indemnice con alguna cantidad de dinero.

La reparación por equivalente, cuando el daño no se puede hacer desaparecer, que consiste en otorgar a la víctima una indemnización proporcional al daño sufrido. Podemos incluir aquí la cantidad que se otorga por concepto de satisfacción por haber causado un daño no patrimonial.

Por ser la finalidad de la reparación del daño borrar el perjuicio y poner a la víctima en el estado que tenía anteriormente siempre se debe buscar la reparación en especie y solo cuando no sea posible debe conceder la reparación por equivalente.

Lo mismo debe decirse respecto a al responsabilidad contractual, cuando el deudor no quiera, o no pueda pagar, se resuelve la obligación quedando obligado a pagar daños y perjuicios.

Estas ideas las acepta expresamente nuestro derecho y así el Código Civil, donde se establece que "la reparación del daño debe consistir en

el resarcimiento de al situación anterior a él y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios”:

Para los hechos que causan un daño calificados de delitos, se aplica el Código Penal, el cual dispone que "La reparación del daño comprende:

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

Al aceptarse la indemnización o satisfacción del daño moral el Código Civil fija que "...El monto de la indemnización la determinara el Juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima así como las demás circunstancias del caso”.

Respecto de la responsabilidad contractual se establece que "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare .de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios..." y que "La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrampas, en su caso importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

Pero no todo incumplimiento da lugar al pago de daños y perjuicios, si el deudor se vio impedido a cumplir con su obligación por caso fortuito o fuerza mayor no será responsable, al menos que antes del incumplimiento hubiera incurrido en mora. Por su puesto que en este caso toca al deudor demostrar el caso fortuito o la fuerza mayor.

El monto de la indemnización debe ser equivalente a la extensión del perjuicio, debiendo hacer caso omiso el Juez de la culpa o la intención del obligado. De esta manera ni el causante debe intentar librarse de su obligación o pagar menos de lo que debe.

Cuando el daño se causa en la persona de la víctima y se le ocasiona la muerte o la incapacidad, hay indemnización parcial aplicándose las cuotas que ofrece la Ley Federal del Trabajo.

El ordenamiento Civil dispone que: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el. Establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible o en el pago de daños y perjuicios.

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

Así que el Código Civil remite a la Ley Federal del Trabajo, para determinar el monto de la indemnización como si se tratara de riesgos profesionales pero fijando el limite que es de cuarenta pesos diarios.

Creemos que es injusto dicho principio, ya que imposibilita al Juez para cumplir con la función social de la reparación del daño; tratar de poner a la víctima en el estado que estaba antes del daño, y tratándose de la Indemnización, de que el importe del monto de ésta esté acorde con el perjuicio sufrido, ya que la indemnización debe ser proporcional al daño que sufre la víctima, cuyo monto mímicamente el Juez está en posibilidad de fijar, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, y al imponerse un límite, en muchísimos casos el Juez no podrá obligar al causante a que indemnice el daño que se causó, sino únicamente en parte y que con el alza en el costo de la vida, aún tomando como base los cuarenta y seis pesos diarios, son insuficientes para solventar los gastos de una familia. Además de

que el salario mínimo, pronto rebasara los cuarenta y seis pesos diarios que fija la ley.

Por lo tanto creemos que se debe dejar en libertad al Juez para que determine el monto de la indemnización, tomando como base las circunstancias concretas de cada caso, así como las posibilidades del obligado y las necesidades de la víctima o sus herederos.

Por lo que respecta a la reparación es decir satisfacción por daño moral, la ley también fija un limite que consiste en la tercera parte de lo que impone la responsabilidad civil, que como ya vimos faculta al Juez para condenar a una satisfacción por daño moral, pero exigiendo como requisito previo la existencia de un daño patrimonial o en la persona de la víctima.

Si el hecho que causa un daño no constituye delito sino únicamente un ilícito civil.

## PROPUESTAS

1.- Como lo señala Franck la conmutación de la pena por cárcel, tenida comúnmente por una necesidad indispensable, es sin embargo siempre dura, propone que, antes de llegar a la excarcelación del deudor insolvente, se le ofrezca la manera de pagar su deuda, mediante jornadas de trabajo en beneficio del Municipio; cabe aclarar, que muy pocos autores, de los que hacen proposiciones para hacer efectiva la pena pecuniaria, no refieren su sistema a la reparación del daño, pero estimo que este sistema puede ser aplicable a dicha reparación; y entonces, tendríamos que agregar en cuanto al sistema propuesto por Franck que debería ofrecérsele al insolvente, la manera de pagar su deuda mediante jornadas de trabajo en beneficio del ofendido.

2.- Se propone un sistema por medio del cual el Juez fije, según la condición económica de cada sujeto, el monto diario de multa que le corresponde, de manera que dos sujetos sometidos a procesos semejantes, pero en situación económica distinta, uno pobre y otro rico, serían condenados a igual número de días multa, pero el día multa será económicamente distinto para cada uno. En todo caso, ese día multa, podrá aplicarse en mi concepto, dedicando un aparte al pago de la Reparación del Daño, en los casos en que se hubiera causado hasta que se pague el total de dicha reparación del daño.

3.- Como en la escuela positiva italiana con Ferri, ha tratado el problema y para hacer efectiva la reparación del daño propone que el estado sea quien cubra al agraviado la reparación del daño, que sufrió con motivo de un delito fundándose para ello, en que todo ciudadano, siendo contribuyente, paga los impuestos para obtener entre otros servicios el de seguridad pública, y propone al mismo tiempo que el Estado se reserve el derecho de repetir contra el delincuente para que cubra la responsabilidad civil.

4.- La Reparación del daño a favor del perjudicado, de una hipoteca sobre los bienes inmuebles del reo, y la de un crédito privilegiado sobre los restantes bienes, a partir de momento en que se dicte auto de formal proceso, a fin de que el reo no tenga tiempo de hacer desaparecer sus bienes, este sería un sistema muy seguro, para obtener la reparación del daño cuando el reo es solvente, y cuando el ofendido renuncie a la indemnización podría obligarse al delincuente a entregar la cantidad correspondiente a dicha indemnización a una caja de multas, destinadas a hacer anticipos a los indigentes, perjudicados por los delitos.

5.- En caso de insolvencia del delincuente, se obligaría a los responsables civilmente a entregar en beneficio del Estado, y de las personas ofendidas, o en caso de renuncia de estas, en la caja de multas, la parte de su salario, que exceda de lo absolutamente indispensable para atender a su subsistencia, y cuando se tratase de vagos y ociosos, serían obligados a trabajar por cuenta del Estado y percibirían un salario equivalente al de los obreros; el Estado no les

entregaría más que lo necesario para subvenir a sus necesidades, y el resto se ingresaría en la caja de multas para indemnizar al perjudicado.

6.- Por lo que corresponde al pago de la reparación del daño no es justo que el Estado esta establezca un tiempo, muy corto para que el ofendido o la victima puedan pasar a recoger el monto de la reparación del daño y yo opino que haya un tiempo de un año para que puedan recogerlo por que no me parece que después de que sufrieron la agresión ya sea en cual quiera de sus bienes jurídicos tutelados, aparte sufran la agresión por parte del estado, ya que para mi el daño que estarían sufriendo seria en doble proporción, y mi sugerencia seria que se les notificará personalmente, para que tuvieran el conocimiento de que pueden pasar a una oficina especial para este tipo de situaciones que para mi se llamaría fiscalía especializada del pago de la reparación del daño del ofendido o la victima.

7.- Obligar al delincuente a trabajar en beneficio de la víctima, tanto en la cárcel, así como cuando recupere su libertad, hasta la completa satisfacción de los daños, exigir su reparación como condición para la concesión del indulto, de la condena condicional, de la libertad condicional y de la rehabilitación.

8.- El mejor sistema y el más eficaz según Garófalo es la creación de una caja de multas la cual subsistirá con las que sean pagadas a consecuencia de sentencia judicial y con una parte de los salarios de

los insolventes o vagos a quienes se obligará a trabajar .Al dictarse auto de formal prisión quedará constituida hipoteca sobre los bienes inmuebles del procesado y crédito privilegiado sobre futuros, a fin de garantizar la reparación que se fije en la sentencia esta hará efectiva a los ofendidos, tan pronto como la sentencia judicial lo fije, el importe de la reparación que se les reconozca, pasando desde luego a ser cesionario de sus derechos; si el ofendido renuncia a la reparación, su importe quedará a beneficio de la caja.

## CONCLUSIONES

Primera.- A través de la experiencia adquirida, me he percatado del desamparo en que se encuentran las víctimas del delito, cuando se les causa un daño, ya sea físico, moral o patrimonial; casi nunca se les indemniza por el daño sufrido, siendo que el Agente del Ministerio Público tiene la obligación de exigir el pago de la reparación del daño, ante el Órgano Jurisdiccional, tal y como se lo ordena la ley.

Segunda.- El Agente del Ministerio Público se concreta a aportar pruebas para la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal del delincuente, más en contadas ocasiones promueve el incidente para exigir el pago de la responsabilidad civil proveniente del delito, y mucho menos se preocupa por aportar pruebas con ese fin, y de este modo lograr para la víctima del delito el pago del daño sufrido.

Tercera.- El Ministerio Público, al no aportar pruebas necesarias para demostrar la responsabilidad civil, el Juez en algunas ocasiones, absuelve en su sentencia del pago de dicha responsabilidad, arguyendo que no se aportaron elementos necesarios para condenar al pago de la responsabilidad civil proveniente del delito resolviendo lo propio, porque el ofendido no siguió el correspondiente incidente ante el Órgano Jurisdiccional y que siempre sucede por su ignorancia, y por que el Ministerio Público., nunca le hace saber que tiene ese derecho en su calidad de parte ofendida conformándose el sujeto pasivo del ilícito, a mantener ante la Representación Social, estas afirmaciones:

"quiero que me hagan justicia".- "solo pido que se me paguen mis daños".- "solo quiero que se me paguen mis curaciones"; por lo general, la víctima es gente de pocos recursos, y por lo consiguiente de escasos conocimientos, y por lo regular no se le hace caso, siendo que el Agente del Ministerio Público, con esta sola petición debería de exigir la indemnización correspondiente, ya sea ante el Juez penal, o bien ante el juez civil, según el caso, ya que se le considera como representante legal de la víctima del delito, actuando como se lo exige la ley, de ser institución de buena fe y un verdadero representante social.

Cuarta.- El legislador se ha preocupado por el delincuente, estableciéndose sistemas penitenciarios para su reeducación y readaptación a] medio social, y han abandonado por completo la situación del ofendido y la protección de sus intereses.

Quinta.- Las teorías que se han sustentado por lo que se refiere a dicha pena pecuniaria, son muy escasas. Desde hace mucho tiempo, se ha tenido un concepto de lo que es ésta, inclusive se ha llegado hasta a pensar que pudiera cambiarse la penalidad por la reparación como sucedió con el pensamiento del famoso filósofo inglés H. Spencer, quien fundado en el libre albedrío y la consideración exclusiva de la unidad, lo llevó a proponer, el sustituir la penalidad por la reparación.

Sexta.- Las penas impuestas por el Órgano Jurisdiccional, que tienen por objeto el castigo, son injustas, sobre todo la pena capital: todas

deben ser reemplazadas por la reparación, pero que efectivamente repare el daño causado a la víctima, no solo la consuele, porque el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó.

Séptima.- Tan es cierto que el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó: que bien puede atribuirse, en parte, la impunidad de que han gozado algunos delincuentes, a que no teniendo bienes conocidos, no se puede hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído.

Octava.- La reparación de los daños y los perjuicios ocasionados por el delito no solo es de estricta justicia, sino hasta de convivencia pública, pues contribuye a la reparación de los delitos, porque su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a renunciar a estos ya coadyuvar a la persecución de los delincuentes.

Novena.- Faltando a los perjudicados el aliciente de la reparación, es natural que se retraigan de hacer acusación alguna y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de acudir a las autoridades judiciales, que les hagan perder su tiempo inútilmente.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Beckmann) Derecho Romano W. K un k el, Trad. de la 2da. Edición alemana de L. Prieto Castro, Ed Geo, 1957.
- 2.- Bedau, Hugo, Tare there reallv crimes Without Yictims? en vÍctimology , Lexington Books, USA, Trad. Juan García, México 1975,1975.
- 3.- Brito Moreno Manuel, El valor económico de la vida humana en el Derecho Mexicano, s/e ag Ed. Angel, México 1961.
- 4.- Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, 23 ed., Ed. Poma S.A., México 1986.
- 5.- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 26° ed., Ed. Porrúa S.A., México 1975.
- 6.- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal conforme al Código de 1944.ed. 9, Ed. Nacional, México 1961.
- 7.- Drapkin Israel, El Derecho de las víctimas. en " Anuario de Derecho Penal V Ciencias Penales". 3° ed. Ed. Nueva Época, Madrid, 1980.
- 8.- Fernández Doblado Luis, Estudio, Delito v daño. Criminalia. s/e, Ed. Civitas S.A., Bogota Colombia,1960.
- 9.- González Bustamante .Juan José, Principio de derecho Procesal Penal Mexicano. 8° ed., Ed, Porrúa, S. A. de C. Y., México 1985.
- 10.- Henry Pratt Farchild, Diccionario de Sociología s/e, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1980.
- 11-- Ortolán., Explicación Histórica de las Instituciones, ed. 97, traducción de Don Francisco Pérez de Anaya.
- 12.- Mendelsohn Benjamín, The origen of Victimology Excerta Criminologica, s/e., Ed. Barcelona, España 1956.

- 13.- Petrocelli, Principi di Diritto Penale, s/e, Ed. Napilo, Italia 1950, trad. Néstor Cruz, México.
- 14.- Ramírez González, Rodrigo, La victimologia, s/e, Ed. Temis, Colombia, 1983.
- 15.- Separovic, Z. Paul, Victimology. a new Addroach in social sciences, 3° ed., Ed. Nacimiento, Alemania, 1973.
- 16.- Sohrn Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano, traducción de Wenceslao Roces, s/e, 1951.
- 17.- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, s/e, Ed. El Argentino S.A., Buenos Aires Argentina, 1953.
- 18.- Stanciu, V. V ., Etat victimal et civilization. Etudes Intemationales de Psychosociologie Crirminelle, Trad., Juan Garcia, 1975.
- 19.- Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano.23 ed., Ed. Porrúa S. A., México 1960.
- 20.- Von Ihering R., El Espíritu del Derecho Romano, versión española de Enrique Príncipe y Satorres, Ed. Madrid, cuarta tirada, tomo II, 1963.

## **LEGISLACIONES CONSULTADAS.**

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed, Sista, México 2001.
- 2.- Código Penal para el Estado de México, Ed, Sista, México 2004.
- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México Ed, Sista, México 2004
- 4.- Código Civil para el Estado de México, Ed, Sista, México 2004
- 5.- Ley Federal del Trabajo, Ed, Sista, México 2004.