



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN

EL OFENDIDO COMO DEPOSITARIO DE LA
REPARACION DEL DAÑO

T E S I N A

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JESUS ANTONIO PACHECO FLORES

ASESOR, LICENCIADO JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO

ACATLAN, EDO. DE MEXICO

FEBRERO DEL 2008





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradezco y Reconozco:

En primer lugar a Dios, Por darme salud y vida.

A mi querida hermana y a mi familia, a quienes siempre llevo en mi corazón.

Al Licenciado Julio Antonio Hernandez Pliego, a quien la vida me permitió conocer y sin quien no hubiese podido concebir la presente obra.

A mi actual jefe, el Licenciado Julio Antonio Hernandez Barros, por ayudarme a entender lo vital de una constante preparación.

Por ultimo, pero muy importante, a los Licenciados Rangel, por quitarme la venda de los ojos y enseñarme los principios basicos de todo buen Abogado.

TITULO DE LA TESIS: EL OFENDIDO COMO DEPOSITARIO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA: Proporcionar mayor seguridad al patrimonio del ofendido por el delito, constituyéndolo como depositario de la caución para la reparación del daño, establecido como requisito constitucional para el indiciado que desee disfrutar de la libertad bajo caución.

OBJETIVO: Proponer la inclusión de esta novedosa alternativa, dentro del Libro Primero, Título Tercero, Capítulo VI, del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

CAPITULADO:

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO..... **1**

1.1. Acción Penal y acción reparadora. 1.2. Alcances de la reparación del daño. 1.3. Fundamento constitucional y legal. 1.4. Pena pública y responsabilidad civil. 1.5. Obligados a la reparación del daño. 1.6. Beneficiarios de la reparación del daño. 1.7. La reparación del daño exigible a terceros.

CAPÍTULO II.

EL SUJETO PASIVO DEL DELITO..... **18**

2.1. Análisis del sujeto pasivo, ofendido y víctima del delito. 2.2. Garantías individuales. 2.3. Representación de la víctima y del ofendido en el proceso penal.

CAPÍTULO III.

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN..... **35**

3.1. Prisión preventiva y pena de prisión. 3.2. Tratados internacionales. 3.3. Delitos graves y no graves. 3.4. Procedencia de la libertad provisional 3.5. La caución. 3.6. Causas de revocación de la libertad provisional.

CAPÍTULO IV.

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA QUE ENFRENTA EL OFENDIDO, PARA HACER EFECTIVO SU DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO.... **54**

4.1. En la Constitución Política del país. 4.2. En la legislación secundaria. 4.3. En la jurisprudencia.

CAPÍTULO V.

PROPUESTA PARA CONSTITUIR AL OFENDIDO COMO DEPOSITARIO DE LA CAUCIÓN QUE GARANTIZA LA REPARACIÓN DEL DAÑO, QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN COMO REQUISITO PARA QUE EL INculpADO DISFRUTE DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.... **65**

5.1. Propuesta.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.

Con la creación del Estado como una organización jurídico-política autorizada para ejercer la fuerza y tener el control sobre los individuos que conforman su población, poco a poco fue relevando de diversas funciones que inicialmente eran exclusivas de los gobernados, de tal suerte que en materia estrictamente penal el Estado hizo suyo el *ius puniendi* (que es la potestad de establecer los delitos y las penas), monopolizó la investigación y persecución de delitos y en consecuencia a todo el sistema de impartición de justicia, haciendo aún lado al ofendido por el delito en la solución de los conflictos penales, imprimiendo el carácter de público al proceso penal, erradicando por completo a la venganza privada y a la ley del talión; convirtiéndose de esta forma en una lucha exclusiva entre el “Estado y delincuente”

En estas circunstancias, el ofendido por el hecho delictivo se convirtió desde entonces hasta recientes fechas, en un mudo actor de todas las injusticias cometidas durante la tramitación del drama penal, en tanto que nunca tuvo acceso a la acreditación y resarcimiento de sus daños, ni mucho menos a la comprobación de la responsabilidad penal del inculpado, ya que lo único importante era que el infractor recibiera su castigo, sin que para ello fuera menester la presencia del ofendido.

La misma sociedad funge como factor en la incomoda situación en la que se haya el ofendido por el delito, ya que al grueso de los individuos le importa en mayor medida lo concerniente al delincuente y no al ofendido; esto al tenor de diversos razonamientos entre los cuales se encuentran el temor, la curiosidad, la morbosidad, aunado a que a lo largo de la historia se ha idolatrado a grandes delincuentes quienes se presentan como hombres fuertes y sin inhibiciones, mientras que las víctimas son fácilmente olvidadas ya que se estereotipan como personas trasgredidas o derrotadas; es en los zapatos en los que nadie quisiera estar.

Los razonamientos aducidos conducen a pensar que a lo largo de la existencia del sistema de impartición de justicia mexicano se ha victimizado al sujeto pasivo de doble forma, en primer lugar por haber resentido dentro de su esfera jurídica una lesión por parte del activo y posteriormente por la desconsideración y mal trato que recibe por parte de la autoridad a la que acude en busca de protección.

Tradicionalmente se ha hecho creer que el interés del ofendido queda satisfecho cuando el Ministerio Público ejercita acción penal en contra del inculpado instando al órgano Jurisdiccional que resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, solicitando de forma paralela la reparación de los daños a favor del ofendido. Pues en innumerables ocasiones esta solicitud es inatendida, por que la obligación del Juzgador se limita a sancionar al trasgresor y a pronunciarse sobre la condena o

absolución de la reparación de los daños, sin que el Juez pueda obligar al delincuente al pago condenado.

El escaso interés de nuestras leyes y de la sociedad hacia el ofendido, tal vez sea consecuencia de la deslumbrante luz que emana de los derechos consagrados a favor del inculpado, quien cuenta con un basto catálogo de garantías sobre las cuales gira el eje del proceso penal, luz que sin proponérselo ha opacado de forma considerable la figura del ofendido.

La evolución de las ciencias penales y de la dogmática penal han obligado al Constituyente y al Legislador secundario a mejorar las condiciones del ofendido en busca de un mejor trato, mas digno y humano, en ese camino evolutivo se ha concedido mayor participación al ofendido dentro del proceso penal positivo, se le proporciona ayuda medica y psicológica, complementada con la orientación legal necesaria, tratando de esta manera de hacer efectivo en la mayoría de los casos, el derecho a la reparación del daño. Pese a las mejoras enunciadas todavía encontramos algunos restos de la injusticia que pregnaba contra el ofendido y que ha logrado subsistir a través del transcurso del tiempo y de las seis leyes fundamentales que han existido en nuestro país.

En el presente trabajo analizaremos la posición actual que guarda el ofendido dentro del proceso penal en México y se formula una propuesta de mejora de los derechos consagrados a favor del ofendido, exponiendo la posibilidad de **constituir al ofendido como depositario de la suma de dinero destinado a caucionar la reparación del daño**, relevando de esta función al Juez o al Ministerio Público, con la finalidad de minimizar el estado de incertidumbre en que se encuentra el ofendido después de haber resentido dentro de su esfera jurídica una conducta lesiva, disminuyendo así un poco su calidad de víctima ya que al convertirlo en depositario de la reparación de su propio daño, se propiciaría de forma inmediata una mayor credibilidad de la sociedad hacia el sistema de impartición de justicia en México, aclarando desde este momento que la caución por cuanto hace a las obligaciones procesales y las multas seguirían quedando a disposición de la autoridad que otorgue la libertad provisional bajo caución.

CAPITULO I.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

1.1. La acción penal y la acción reparadora.

Como primer punto en la presente investigación, se considera necesario definir y conceptualizar a la acción penal y posteriormente a la acción reparadora, para que una vez que las tengamos plenamente identificadas, podamos establecer a través de un minucioso análisis sus características, semejanzas y diferencias.

Ribó Duran define a la acción penal como: *“La facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público”*¹

Ernesto Beling la precisa como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano Público (Ministerio Público), Ángeles Martínez Pineda dice, que la acción penal es: *“el deber jurídicamente necesario del Estado que cumple el órgano de acusación con el fin de obtener la aplicación de la ley penal de acuerdo con las formalidades del orden procesal”*²

De las definiciones arriba transcritas, entendemos a la acción penal como *“el ius puniendi,”* o la facultad que tiene el Estado para castigar las conductas que previamente han sido tipificadas como delitos por una legislación especializada, entendiendo por esta al código de justicia militar, o cualquiera de los treinta y tres códigos penales existentes dentro de la Republica Mexicana, (treinta y dos del fuero común y uno federal), en los cuales se previene la punibilidad o medida de seguridad para quienes cometan algún delito, siendo que el encargado de su investigación y persecución por designación constitucional es el Ministerio Público.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21, encomienda la aplicación del *ius puniendi* a la autoridad Jurisdiccional, y la actividad investigadora la delega al Ministerio Público el que se auxiliará con una policía que se encontrara bajo su autoridad y mando inmediato.

En este orden de ideas, el Ministerio Público cumple la función que le encomienda la Constitución a través del ejercicio de la acción penal, y se manifiesta cuando la Representación Social excita al órgano Jurisdiccional competente, para que en un caso específico resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, mediante la aplicación de la ley con la única finalidad de mantener en tranquilidad a los gobernados y lograr con ello un orden social.

Se le llama Representante Social al Ministerio Público, por que, es quien va a representar los intereses del ofendido y de la sociedad ante el órgano Jurisdiccional, ya que el Ministerio Público deja de ser autoridad una vez que ha

¹ Ribó Duran, Luis, *Diccionario de derecho*, 2ª Ed, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, p. 59.

² Martínez Pineda, Ángel, *Estructura y valoración de la acción penal*, México, Ed; Azteca, 1968, p. 37.

decidido ejercitar la acción penal que le confiere la Constitución, para convertirse en un sujeto dentro de la relación procesal, “parte”, y cuya participación es indispensable dentro de la substanciación del juicio, ya que esta institución es la que lleva la voz de la inculpación y defiende el derecho del ofendido y de la víctima del delito.

Naturaleza jurídica de la acción penal.- Se puede entender a la “acción penal” como un poder-deber del Estado que le es otorgado por la Constitución, y que en el mundo fáctico es aterrizado por el Ministerio Público, que requiere al órgano Jurisdiccional competente, para que aplique la ley penal al caso concreto y resuelva de esta forma un conflicto de intereses entre el órgano de la defensa y el de acusación.

Características de la acción penal.- De las características o principios de la acción penal, se hará una síntesis de las ideas de algunos autores mas destacados dentro del ámbito penal-procedimental, pues claramente se desprende coincidencia de criterios en la investigación realizada.

1. Es Pública.- Por el órgano que la ejercita y por que se encamina a poner del conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Publico, la realización de un hecho ilícito, a fin de que se castigue a quien lo haya cometido y aunque ese delito solo cause un daño privado, la acción penal siempre seguirá siendo pública, porque su fin es hacer valer un derecho publico.

Existen determinados delitos en donde el ofendido debe dar su consentimiento para que el Ministerio Público pueda iniciar la averiguación correspondiente; asimismo, en algunos casos también puede suspenderse el ejercicio de la acción penal si el ofendido le concede el perdón al inculpado. En estas condiciones, la querrela es una mera condición de procebilidad para poder ejercitar la acción penal, y una vez interpuesta, el Ministerio Público debe verificar que se encuentran reunidos los requisitos legales para su ejercicio, “por lo que no es el ofendido el que tiene en sus manos el derecho de castigar, sino sigue siendo el Estado mismo; el ofendido solo debe dar el consentimiento.”³ Por lo demás, como la acción para querrellarse forma parte de la esfera jurídica del ofendido, su ejercicio es potestativo, cosa que no ocurre con la acción publica que deberá deducir el Ministerio Publico ante el Juez, una vez que se encuentren satisfechos los requisitos constitucionales.

2. Carácter único de la acción penal.- Este principio quiere decir que solo debe existir una sola acción para todos los delitos, no existe una acción especial, sino que la acción penal debe envolver en su conjunto a todos ellos.

No puede existir una acción penal para cada delito que hubiere cometido el delincuente, de este modo es inadmisibile aceptar una acción penal distinta para

³ Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Publico en México*, México, Editorial UNAM, 1999, p.46.

cada uno de los delitos que integran el catalogo penal ya que la acción penal es única para todos los procesos, por lo que no trasciende la existencia de gran cantidad de tipos penales.

3. Carácter de indivisible de la acción penal.-Es indivisible por que su ejercicio procede en contra de todos los participantes del hecho delictuoso independientemente de su grado de participación, no se puede perseguir solo a uno o algunos de los responsables; esto obedece a un principio de utilidad practica y social, por la necesidad de perseguir a todos los partícipes del hecho delictivo no pudiéndose sustraer ninguno de ellos de la acción penal.

4. Es irrevocable.- Este principio consiste en que una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, y puesto en conocimiento del órgano Jurisdiccional no se tiene más que un fin, que es la sentencia. La Representación Social no puede disponer de ella, ni desistirse, como si fuera un derecho propio.

Debe entenderse esta irrevocabilidad en el sentido de que una vez deducida la acción penal ante el órgano Jurisdiccional, no se le puede poner fin de forma arbitraria.

5. Carácter intrascendente de la acción penal.- Es intrascendente, porque el ejercicio de la acción penal únicamente se dirige a la persona a quien se imputa la comisión del delito y nunca a sus familiares ó a terceras personas, esto en concordancia con el artículo 22 Constitucional que prohíbe la imposición de penas trascendentales. Sin embargo, en clara contravención a esa disposición, el artículo 10 del código penal para el Distrito Federal, en forma contraria, señala: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley”.

6.- Carácter inmutable de la acción penal.- Este principio consiste en que una vez constituida la relación procesal, la voluntad dispositiva de las partes se sustrae al desenvolvimiento del proceso, el principio actúa aun en los casos en que pudiera resultar acreditada la disposición de las partes, como en la querrela, que opera el perdón del ofendido, en estos casos también se pronuncia un fallo Judicial, aun que sea sobre el fundamento de la causa extintiva que produce la absolución.

7.- Carácter necesario, inevitable y obligatorio de la acción penal.- Para que el órgano Jurisdiccional pueda dar inicio al proceso es requisito indispensable que el Ministerio Público en primer termino ejercite acción penal, así mismo, este principio consiste en que no se puede aplicar ninguna pena, sino, previo ejercicio de la acción penal, seguido por la resolución del órgano Jurisdiccional.

En este sentido no puede someterse a ninguna persona a la imposición de una pena, sin que haya habido previamente un proceso, pues si se cometió un delito será necesario requerir al órgano Jurisdiccional para que este sea el que defina la responsabilidad del activo.

Ahora que ha quedado clara la definición y concepto de la acción penal, se analizara a la acción reparadora.

Ribó Duran define a la acción reparadora como: *“El derecho que tiene el ofendido a demandar el pago de la reparación de los daños causados, a la persona que se le atribuya el delito;”*⁴ Alberto David Granada la refiere como, el derecho del ofendido a ser resarcido en su patrimonio por la afectación causada por un hecho delictivo.

Del texto de las definiciones transcritas, se advierte que con independencia de que se cuestione a una persona sobre su responsabilidad penal en la comisión de un hecho delictivo que afecta a los intereses públicos y para lo cual existe una sanción previamente establecida en una legislación especializada (*la llamada acción penal*), además, debe demandársele al delincuente otra acción diversa, que satisfaciendo ciertos requisitos, se convierte también en una acción de carácter público, (por así contemplarse en las diversas legislaciones penales), consistente en el pago de la reparación del daño causado al ofendido ó a las víctimas del delito como consecuencia directa del nexo existente entre el delito y el daño, siendo esto lo que da origen a la “acción reparadora”.

Lo anterior tiene su fundamento en que la comisión de un hecho delictivo además de afectar indirectamente a la sociedad y al orden público, repercute de forma directa en el patrimonio del pasivo, ocasionándole un daño susceptible de ser apreciado económicamente.

*“El Ministerio Público en México, esta obligado legalmente a ejercer ambas pretensiones que integran, de esta manera, la res juricanda”*⁵

Tratándose de la acción reparadora, basta la existencia de una sentencia condenatoria para que se dé vida por una parte, a la sanción y, por la otra, a la obligación de reparar el daño causado al ofendido, como consecuencia directa e inmediata del hecho delictivo; por tanto, constitucionalmente es menester que la solicite el Representante Social directamente al inculpado, para que el Juez resuelva lo conducente de acuerdo con las pruebas que haya obtenido durante el proceso.

Naturaleza jurídica de la acción reparadora.- La acción reparadora es una garantía individual que consagra la Constitución a favor del ofendido ó de la víctima del delito, pudiendo correr a cargo del sentenciado ó de un tercero distinto, y tiene como finalidad salvaguardar el patrimonio del pasivo, y regresar en lo posible, las cosas al estado que originalmente guardaban. A si lo expresa el artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política del país:

⁴ RIBÓ Duran Luis, *op.cit*, nota 1, p. 61.

⁵ Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de derecho procesal penal*, 14ª Ed., México, Editorial Porrúa, 2006, p. 134.

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

A. Del inculpado:

B. De la víctima o del ofendido:

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

La ley fijara procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.”

Semejanzas y diferencias entre la acción penal y la acción reparadora:

Semejanzas.- En algunos supuestos, ambas acciones son públicas y tienen como origen la comisión de un hecho delictuoso.

Diferencias.- La acción penal se encomienda a un órgano del Estado, tutela el bienestar colectivo (a la sociedad), es consecuencia de un daño público, da pie al inicio de un proceso, tiene como finalidad imponer penas ó medidas de seguridad previamente establecidas.

La acción reparadora se instituye a cargo de la persona lesionada, salvaguarda al patrimonio del ofendido, consecuencia de un daño patrimonial, da pie a acciones de carácter civil, su fin es conseguir que se repare el daño causado al ofendido, puede operar el desistimiento, la transacción, el arbitraje y convenios extrajudiciales.

1.2. Alcances de la reparación del daño.

Por “alcances” se debe entender a todo lo que se encuentra obligado a pagar al ofendido, la persona ó personas que sean responsables por la comisión del hecho punible. Esto quiere decir que el delincuente debe retribuirle al pasivo, todos los daños materiales y morales económicamente calculables y que se encuentren previamente acreditados durante la substanciación del proceso.

El pago por concepto de la reparación del daño, puede ser exigido al responsable del delito por dos diversas vías; una civil y otra penal, siendo la segunda de estas la de mayor trascendencia para los efectos del presente estudio, aclarando desde este momento que no existe ninguna intención de separar por completo una de la otra, ya que seria un hecho imposible, solo que por ser tan extensa esta figura

legal, mi análisis estará enfocado a la reparación del daño tal y como se regula en el ordenamiento penal federal y del Distrito Federal.

El código penal para el Distrito Federal en su artículo 42, nos señala de manera enunciativa, cuales son los alcances que tendrá la reparación del daño a favor del ofendido por un delito.

Artículo 42. “La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate.

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;*
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia del delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;*
- III. La reparación del daño moral sufrida por la víctimas o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;*
- IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y*
- V. El pago de los salarios y percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.”*

Es conveniente para la presente investigación, comentar de forma breve cada una de las hipótesis previstas en el artículo antes transcrito.

Lo establecido en la fracción I, en muchos supuestos es imposible de cumplimentar; ya que supongamos que el delito denunciado es el de homicidio, abuso sexual, violación, ó estupro, por mencionar algunos, desde mi particular punto de vista es físicamente imposible restituirle a la víctima las cosas al estado en que se encontraban hasta antes de la comisión del delito.

La fracción II, es muy clara en su texto, haciendo hincapié en la obligación que tiene el delincuente de restituir la cosa obtenida a la víctima del delito, y si no fuera posible el pago de su valor actualizado, obtenido en la practica a través de un perito valuador.

Según el Derecho civil se debe entender por fruto a todo lo que un bien produce, así como también aquello que se le incorpora natural o artificialmente.

Accesorio, es todo aquello que depende de lo principal y bienes fungibles los que pueden ser remplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

En su fracción III, el artículo transcrito hace referencia a la reparación del daño moral, entendiéndose a este, como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos ó bien en la consideración que de si misma tienen los demás; presumiéndose la existencia del daño moral cuando con el delito se vulnera ó menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

El responsable de tal daño tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia del daño material causado.

El resarcimiento de los perjuicios, establecido en la fracción IV del artículo multímentionado, se refiere a toda ganancia lícita que la víctima dejó de obtener como consecuencia directa del delito, por ejemplo, que por motivo de alguna lesión corporal causada a la víctima, esta haya estado imposibilitada para realizar sus actividades laborales y por ende de obtener la compensación por sus servicios.

Por último la fracción V, abunda en lo arriba explicado.

Para calcular económicamente el daño material, como el moral, ocasionado al ofendido ó a la víctima del delito, y saber a cuanto debe ascender el pago por concepto de reparación del daño, se debe estar a lo dispuesto por el artículo 43 del código penal del Distrito Federal y 31 del fuero federal, en dichos preceptos se establece el mecanismo para cuantificar su monto, el artículo estipula que la reparación del daño debe ser fijada por los Jueces según el daño o el perjuicio que sea preciso reparar y que estará de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso.

Es decir se debe condenar a pagar al delincuente los daños y perjuicios que se encuentren plenamente acreditados dentro del proceso penal y para el caso de no existir pruebas suficientes para que el Juzgador determine su monto, con o sin pruebas del *quántum*, se debe condenar a su pago en la sentencia relativa, dejando así a salvo el derecho Constitucional de la víctima u ofendido.

Lo anterior debido a que, por una parte se encuentra el derecho a la reparación del daño causado al patrimonio del ofendido como consecuencia directa de la comisión del delito, y cuestión distinta es su cuantificación ó fijación. Por tanto la sentencia definitiva que absuelva al delincuente de pagar la reparación del daño siendo evidente la existencia de este, solo por la falta de prueba sobre su cuantificación, será violatoria de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de nuestro país.

Al respecto, considero aplicable la siguiente jurisprudencia:

REPARACIÓN DEL DAÑO. ES LEGAL LA SENTENCIA CONDENATORIA QUE LA IMPONE AUNQUE EL MONTO CORRESPONDIENTE PUEDA FIJARSE EN EJECUCIÓN DE ÉSTA.

*El artículo 20, apartado B, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como garantía individual de las víctimas u ofendidos de un delito, la reparación del daño para asegurar de manera puntual y suficiente la protección a sus derechos fundamentales y responder al reclamo social frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre aquellos, garantizando que en todo proceso penal tengan derecho a una reparación pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, para lograr así una clara y plena reivindicación de dichos efectos en el proceso penal; destacando la circunstancia de que el Constituyente regule los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculcado una caución suficiente que garantice la reparación de los daños y perjuicios, lo cual confirma que en todo procedimiento penal debe tutelarse como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización por los perjuicios ocasionados por su comisión, a fin de reconocerle la misma importancia a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculcado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito. De lo anterior se concluye que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y, por ende, al ser parte de la condena impuesta en el procedimiento penal, deberá acreditarse en este y no en otro; sin embargo, **su cuántum no es parte de la sentencia condenatoria, sino que es una consecuencia lógica y jurídica de esta,** porque lo que se acredita en el procedimiento penal es el derecho del ofendido o la víctima para obtener la reparación de daño con motivo de ilícito perpetrado en su contra; de ahí que cuando el juez no cuente con los elementos suficientes para en el fallo el monto correspondiente, podrá hacerlo en ejecución de sentencia, por así permitirlo el citado precepto constitucional.*

Nº. de Registro: 175,459, Jurisprudencia, Materia (s): Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Marzo de 2006, Tesis: 1ª./J.145/2005, Página: 170.

1.3. Fundamento constitucional y legal.

Fundamento constitucional de la reparación del daño.- La reparación del daño encuentra su fundamento en el artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

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

B. de la víctima o del ofendido.

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

La ley fijara procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.”

En la transcripción del precepto constitucional se observan diversas cuestiones de relevancia:

Primera.- Que la figura de *la reparación del daño* a la víctima del delito tuvo un lugar preponderante en el animo del Constituyente, ya que fue elevada al rango de garantía Constitucional, y que la preponderancia y tutela que tuvo aquel, debe ser igual ó mayor a la que le deben prestar en la actualidad nuestros Legisladores y Juzgadores; ya que el verdadero valor de esta institución, radica en garantizar el bienestar de la sociedad a través de la protección al patrimonio de los gobernados, por lo que se debe buscar restituir al ofendido y a la víctima del delito en todos sus derechos tal y como se encontraban las cosas hasta antes de la comisión delictiva, ya que la expedita reparación del daño, suprime ó minimiza el animo de venganza en los victimados u ofendidos por un delito.

Segunda.- La reparación del daño debe ser procedente, esto es que *“debe estar acreditado plenamente en autos el daño ó perjuicio que haya sufrido la víctima en un derecho formal y existente, y no simplemente uno posible”*⁶

Tercera.- En todo proceso penal el Ministerio Público se encuentra obligado a solicitar en su caso, la condena relativa a la reparación del daño y también a acreditar su monto, a la vez, el Juez, se encuentra obligado a resolver lo conducente respecto a la petición hecha por la Representación Social, ya que el incumplimiento de estas obligaciones por cualquier autoridad, será sancionado con una multa que oscila entre los cincuenta y quinientos días de salario mínimo.

De lo anterior, me viene a la mente una pregunta de gran importancia para el presente análisis, exigir la reparación del daño ¿Es una obligación de la Representación Social o un derecho del ofendido?

Desde mi punto de vista, aunque la ley penal obliga al Ministerio Público a solicitar al Juzgador que se le repare el daño a la víctima u ofendido por un delito, *so pena*, de imponerle una sanción económica si así no lo hiciere, debe prevalecer por jerarquía de leyes, la corriente de que, esta solicitud mas que una obligación para la Representación Social, es un derecho que consagra la Constitución a favor del sujeto pasivo del delito.

Cuarta.- Se confirma el criterio de que la reparación del daño como parte de la sanción pecuniaria, tiene esencia de pena pública (cuando es exigida por el M.P. directamente al inculpado), debido a lo cual no es potestativo para el órgano Jurisdiccional dejar de imponerla al delincuente en caso de resultar sentencia condenatoria por un delito que claramente haya afectado el patrimonio de la víctima.

⁶ Vela, Alberto R. *La reparación del daño penal*, Colección especial, México 1954, p.11.

Fundamento legal.- La reparación del daño encuentra su fundamento legal en múltiples ordenamientos jurídicos, pero para el presente estudio me limitare a utilizar los siguientes:

1.- El código penal federal, en su libro primero, título segundo prevé la reparación del daño, en sus artículos (29, 30, 30 BIS, 31, 31 BIS, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39).

2.- Código penal para el Distrito Federal en los artículos (42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51).

3.- Código civil para el Distrito Federal en los artículos del (1910 al 1934); y

4.- Indirectamente es de gran utilidad la ley federal del trabajo en su título noveno, denominado de los “Riesgos del Trabajo” del artículo (472 al 515) ya que en caso de que el ofendido pierda alguno de sus órganos, disminuya su función, ó llegase a morir, como consecuencia directa del ilícito, el delincuente estará obligado a pagar al ofendido según la tabla de riesgos de trabajo de ley en mención.

En la realidad las cantidades que estipula la ley federal del trabajo por concepto de indemnización en caso de accidente ó muerte del trabajador, son insuficientes y fuera de toda realidad social, ya que por solo dar un ejemplo, esta ley en complemento con el código civil del Distrito Federal, estipulan que en caso de muerte del trabajador, a lo que podrían aspirar sus beneficiarios por concepto de gastos funerarios será a la cantidad de \$12,136.80 (doce mil ciento treinta y seis pesos 80/100 m.n.) y a \$147,664.40 (ciento cuarenta y siete mil seiscientos sesenta y cuatro pesos 40/1000 m.n.) por concepto de indemnización por el deceso del trabajador, lo anterior con independencia del pago por concepto de la reparación por daño moral, en el remoto caso de que esta se lograra acreditar.

Las cantidades indicadas se obtienen de la siguiente forma:

En su artículo 1915 el código civil para el Distrito Federal estipula como base para calcular la reparación del daño el cuádruplo del salario mínimo mas alto que se encuentre en vigor en el Distrito Federal, luego la ley federal del trabajo en su artículo 502, establece que la indemnización que corresponde por muerte del trabajador será el resultado de multiplicar el salario base por setecientos treinta, mas dos meses del salario base por concepto de gastos funerarios.

No se debe perder de vista de que se manejan estas cantidades como el promedio de lo que pueden aspirar los beneficiarios del finado, y no como una tarifa ya preestablecida y obligatoria para todos los casos de deceso del trabajador, ya que a veces esta cantidad puede sufrir variaciones.

En los ordenamientos citados y en sus respectivos procesales, se regula la procedencia, alcances, obligatoriedad, beneficiarios, exigibilidad y la cuantía de la reparación a la que tendrá derecho el ofendido por el delito. Recalcando en este

instante que lo más importante para el presente estudio será la reparación del daño, tal y como la regulan los ordenamientos penales indicados.

1.4. Pena pública y responsabilidad civil.

Ya se ha explicado que la reparación del daño tiene un doble carácter: uno de pena pública y otro de responsabilidad civil.

Si la acción reparadora es reclamada por el Ministerio Público, directamente en contra del inculpado al mismo tiempo que ejercito la acción penal, entonces ocupara esta, el objeto principal del proceso y junto con la multa se denomina por el código penal Distrital como “sanción pecuniaria” otorgándole el carácter de pena pública.

La reparación del daño deja de ser pena pública, para convertirse en responsabilidad civil, en tres casos:

- *) Cuando el Ministerio Público no solicito al órgano Jurisdiccional la reparación del daño al momento de ejercitar la acción penal.
- *) Cuando el ofendido o su representante legal solicita la reparación del daño a un tercero distinto al inculpado, este pago se debe promover vía incidental, ante el mismo órgano Jurisdiccional que conozca del juicio principal. Recordando que los objetos accesorios del proceso penal son *“aquellas otras cuestiones que surgen de manera marginal, al conflicto esencial sometido al conocimiento del juez;”*⁷ y
- *) Cuando la reparación del daño se solicita fuera del juicio principal, es decir cuando esta se reclama en sede civil.

La facultad para demandar civilmente el pago de la reparación del daño nacida de un delito, tiene su fundamento en el artículo 539 del código de procedimientos penales del Distrito Federal, que en síntesis dice: “Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviera el incidente al que se refiere el presente capítulo, después de fallado el proceso respectivo, podrá exigirla por demanda puesta en la forma que determine el código de procedimientos civiles”

Según el criterio judicial la reparación del daño puede reclamarse al responsable del delito, mediante juicio de responsabilidad civil proveniente de la comisión de un hecho ilícito en los siguientes casos: a) cuando el Ministerio Público no haya ejercitado acción penal; b) cuando habiéndose ejercitado acción penal el Ministerio Público se desista de ella, o no se hubiera logrado la aprehensión del acusado; c) cuando el proceso se suspenda por fuga del procesado o incapacidad de éste; ó

⁷ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. Cit*, nota 4, p. 12.

d) si la acción penal se extingue por una causa que no afecte o extinga la responsabilidad civil.

A mi punto de vista no puede sostenerse válidamente una distinción entre responsabilidad civil y la pena pública, ya que la responsabilidad debe ser única; y así como es único el concepto del hecho ilícito así también debe ser único el de sus consecuencias, para que siga siendo completa la reacción de defensa social, para que no sigan produciéndose los efectos nocivos del delito, debe confundirse en la pena pública que persigue al delincuente a la pretensión punitiva y a la acción reparadora.

1.5. Obligados a la reparación del daño.

Con el carácter de pena pública que el Legislador ha revestido a la reparación del daño, se ha logrado combatir la situación de abandono en que se había mantenido al ofendido por el delito, aunque como ya explicamos no en todos los casos se clasifica como pena pública a la reparación del daño, sino que el legislador hace diferencia de acuerdo a la naturaleza del obligado, distinguiendo entre sanción civil (que son todos los terceros obligados a reparar el daño) y la pena pública (es decir la reparación del daño exigida directamente al inculpado).

La doctrina dominante en este tema, se inclina a darle a la reparación del daño exigida a terceras personas, una connotación de responsabilidad civil, derivada como consecuencia del delito, en el entendido de que si fuese una pena, con fundamento en el artículo 22 Constitucional, no podría imponérsele a persona distinta al delincuente, por constituirse en una pena trascendental, por esa razón las personas físicas como morales, tanto del derecho público como del derecho privado, que deban hacer frente a la reparación del daño, no sufren la pena, sino que, por el vínculo que las une con el delincuente o con el sujeto que perpetró el delito, la ley los obliga a responder exclusivamente por los daños tanto materiales como morales, producidos por el actuar antijurídico.

La reparación del daño, en la mayoría de los casos debe ser pagada a la víctima del delito, por la misma persona que realizó el ilícito, es decir “el delincuente”, en la práctica eso es lo más común y frecuente, pero esta situación no significa que jurídicamente la persona que cometió el delito, sea la única obligada por la ley a resarcir los daños causados como consecuencia directa del ilícito, ya que para la reparación del daño no es estrictamente relevante la culpabilidad, pues solo basta que el hecho sea consecuencia de una conducta típica y antijurídica, aunque fuese estrictamente imputable a su autor, para que surjan las consecuencias de sanción a diversas personas, previstas y numeradas por el artículo 46 del código penal del Distrito Federal y 32 del mismo ordenamiento en materia federal, como obligadas a reparar el daño. Aunque los artículos en consulta no hagan mención alguna de que este obligado a la reparación del daño la misma persona que ejecuto el delito, situación que pudiese parecer absurda en atención de que el principal

responsable de resarcir los daños debe ser el sujeto que con su conducta antijurídica produjo el detrimento en la esfera jurídica de otra, en realidad esto encuentra su lógica en función de que el delincuente, en efecto, va a ser obligado a pagar la reparación del daño, y esta obligación se le impondrá en forma de pena pública, una vez que se compruebe su responsabilidad en la ejecución del delito.

Por cuanto hace a la reparación del daño, el código penal para el Distrito Federal contempla dos hipótesis, uno: que el Ministerio Público ó las personas dañadas por el delito exijan la reparación dentro del proceso penal, o, dos: fuera del proceso penal ante los tribunales civiles, tal y como lo previene el artículo 489 del código federal de procedimientos penales.

El ordenamiento federal citado, en su artículo 46 nos indica quienes se encuentran obligados a reparar el daño a la víctima del delito:

Artículo 46 “(Obligados a reparar el daño). Están obligados a reparar el daño:

I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

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

III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Queda a salvo el derecho del Gobierno del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable.”

En la primera fracción del artículo 46, el fundamento de la responsabilidad reside en el nivel de control que compete a los padres o tutores respecto a los peligros que puedan dimanar de los sujetos a su cuidado “*culpa in vigilando*”

En la fracción II, la teoría suele fundamentar la responsabilidad en una culpa de “*in eligiendo ó in vigilando*”. Sin embargo el código no exige la prueba de la infracción de un deber de diligencia fundamentándose mas bien, de acuerdo con la teoría de riesgo-beneficio, conforme a la cual, el titular de una empresa debe responder por los perjuicios causados por la puesta en funcionamiento de su actividad, incluidos los perjuicios por la comisión de hechos punibles por parte de sus obreros, empleados ó artesanos, se trata de un riesgo para la empresa que se compensa con los beneficios que le ofrece la actividad.

En cuanto a la fracción III, merece especial comentario la sociedad conyugal, quien según esta disposición estará obligada a responder por la reparación del daño a la que se encuentre obligado alguno de los cónyuges.

Según el Derecho civil, la sociedad conyugal es un pacto entre los cónyuges por medio del cual se confundirá la propiedad de todos los bienes adquiridos por los cónyuges antes y después del matrimonio

Esta responsabilidad cesará, según el código civil, si se demuestra que en la comisión del daño a la víctima, no se le puede imputar ninguna culpa o negligencia.

No deja duda el artículo en comentario en su fracción IV, ya que compromete solidariamente al Gobierno del Distrito Federal, a reparar el daño causado a la víctima u ofendido, por los delitos que cometan los servidores públicos, en relación con sus funciones. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que solo se podrá hacer efectiva en contra del Estado, cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes ó los que tengan no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados.

De lo razonado se desprende que el artículo 46 del código penal del Distrito Federal va mas allá de la responsabilidad atribuible al delincuente, dado, que la obligación de reparar el daño la trasmite a terceras personas, consideradas como obligados objetivamente, a resarcir los daños causados al ofendido del delito.

1.6. Beneficiarios de la reparación del daño.

El concepto de beneficiario es: “*Una persona que resulta beneficiada por algo*”⁸ y la persona que por excelencia debe tener derecho a recibir la indemnización por

⁸ Ribó Duran, Luis, *op. Cit*, nota 1, p. 159.

concepto de la reparación del daño es el propio ofendido por del delito, habiendo explicado ya con anterioridad, cuales son los alcances de esta; y en caso de fallecimiento del ofendido, la jurisprudencia tiene declarado que la reparación del daño consistirá básicamente en tres cosas: gastos funerarios, desamparo, y daño moral. La obligación de indemnizar surge con independencia del fenómeno sucesorio, por lo que el beneficiario de la indemnización puede no coincidir con los herederos del finado. En suma, el derecho a la indemnización pertenece a los dependientes económicos, tanto por gastos derivados del sepelio, como por la situación de desamparo que eventualmente sufran como consecuencia de la privación de la aportación económica del difunto, así como por la “*pecuniaria doloris*” derivada del sentimiento de afecto a la víctima.

El código penal federal en su artículo 30 Bis dice:

“A la reparación del daño tienen derecho en el siguiente orden: 1º El ofendido, 2º en el caso de fallecimiento del ofendido, su cónyuge supérstite, concubinario o concubina y los hijos menores de edad; y a falta de estos, los demás descendiente y ascendientes que dependieren económicamente de el al momento del fallecimiento”

El código penal para el Distrito Federal refiere:

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

I. La víctima y el ofendido; y

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

El artículo establece el orden y prelación, para el pago de la reparación del daño a sus titulares. El elemento normativo “tienen derecho a la reparación del daño” se hace en forma imperativa y alude a un derecho ya adquirido, como reconocimiento expreso que le hace el legislador a la víctima en todos los casos de delito donde este produzca como parte de su resultado una lesión patrimonial o moral. Y como dice Díaz de León “no se trata entonces, de algo que conceda el juzgador en su sentencia, ni menos que esté condicionado a que se tenga que probar en el proceso (tal derecho en si) para que el órgano jurisdiccional lo reconozca y le otorgue tal derecho al ofendido.”⁹

En consecuencia, donde los resultados del ilícito por su naturaleza denoten que si originaron daños o perjuicios, el Juez debe condenar a su pago, señalando la prueba que utilizó durante el proceso para hacer líquida la cantidad a la que condena.

⁹ Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal para el Distrito Federal comentado*, 2ª Ed. México, Editorial Porrúa, 2002, p. 149.

1.7. La reparación del daño exigible a terceros.

Naturaleza de la acción que origina la reparación del daño exigible a terceros.- El sistema de los ordenamientos penales en México, considera a la reparación del daño como una pena pública cuando se exige directamente a los reos de delito, y como una sanción dependiente de una gestión privada, si se aplica a terceros no responsables de la comisión del delito; pero en uno y otro caso la condena a la reparación del daño tiene como fundamento una sentencia penal que declara a cierta o a ciertas personas, como responsables de la comisión de un hecho delictivo, ya que sin una condena de tal naturaleza, no se acreditan los presupuestos legales, que tienen como finalidad imponer una sanción económica.

La reparación del daño exigida directamente al delincuente por el Ministerio Público, como ya hemos explicado, constituye una pena pública sobre la cual el Juzgador debe pronunciarse dentro de la sentencia definitiva que ponga fin al proceso penal, pero en cambio la reparación del daño que es exigida a terceras personas, tiene el carácter de responsabilidad civil, y deberá tramitarse en forma incidental ante el propio Juez penal que conozca del asunto, ó bien, en juicio especial ante los tribunales civiles.

Ósea que la reparación del daño puede exigirse tanto en vía penal en forma de incidente, como sede civil a través de un juicio ordinario.

En nuestros ordenamientos penales tanto del fuero común como federal, la reparación del daño asume el carácter de pena pública si la solicita el Ministerio Público directamente al inculpado y será responsabilidad civil cuando quien la demanda es el ofendido o su legítimo representante a un tercero de los previstos por el artículo 46 del código penal para el Distrito Federal y 32 en materia federal.

Ciertamente que constituye una ventaja demandar la reparación del daño en el mismo proceso penal que se instruye al inculpado, ya que las actuaciones están a la mano y el delincuente se encuentra a plena disposición de la autoridad Jurisdiccional.

La responsabilidad de terceras personas se fundamenta en la obligación que se tiene de reparar el daño al ofendido por el delito, causado con motivo de la realización de una conducta delictuosa, atento a lo dispuesto a los artículos 30 y 31 del código penal federal en los cuales se consagra una responsabilidad objetiva sin culpabilidad penal, fundada solo en el riesgo objetivo.

La responsabilidad civil a la que nos referimos en este inciso se deriva del artículo 539 del código procesal penal del Distrito Federal, que dice:

Artículo 539.- “Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviere el incidente a que se refiere el presente capítulo, después de fallado el proceso respectivo, podrá exigirla por demanda puesta en la forma que determine

el código de procedimientos civiles, según fuere la cuantía del negocio y ante los tribunales del mismo orden.”

Como se advierte del artículo transcrito al igual que el derecho civil, se funda en la culpa *“in vigilando o in eligendo”*, es preciso mencionar que el precepto arriba invocado se puede agrupar en dos:

En el primer grupo quedan comprendidas todas aquellas personas cuya obligación se funda en la falta *“in vigilancia”*, es decir la derivada de la patria potestad o de la tutela, todas aquellas que surgen debido a una superioridad en enseñanza.

El segundo grupo lo integran, todas aquellas personas que contraen esa obligación de responsabilidad civil, a través de una relación obrero-patronal, tornándose dicha responsabilidad en una culpa *“in eligendo”* que significa: culpa en la elección.

El código civil para el Distrito Federal en su libro cuarto, llamado de las obligaciones en general, previene lo concerniente a las obligaciones nacidas de los actos ilícitos, cuya reparación puede ser exigida a terceras personas extrañas a las que integraron relación penal.

En consecuencia debe concluirse, que la reparación del daño exigible a terceras personas tiene el carácter de responsabilidad civil, nacida como consecuencia directa de la comisión de un hecho delictivo, encontrando que cuando esta responsabilidad se quiera hacer exigible, debe tramitarse vía incidental precisamente a instancia del ofendido por el delito, o su representante legal y en contra no del inculcado, sino de los obligados en los términos de los artículos 29 del código penal federal, o el relativo 46 del código penal para el Distrito Federal y no de oficio ante el Juez o Tribunal que conoce del juicio penal, en cualquier estado del proceso, según el artículo 532 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

CAPITULO II. EL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

Dentro de este capítulo se analizarán los conceptos de sujeto pasivo, de víctima y del ofendido, se expondrán todas sus similitudes y diferencias, a través de un análisis minucioso de la Carta Magna, del código penal federal y de su homólogo del fuero común, obteniendo de esta forma su definición y naturaleza jurídica, dejando en claro que se trata de conceptos totalmente distintos y que desatinadamente en la práctica se utilizan como sinónimos, debido a la poca atención que existe sobre estas tres figuras penales, tanto en la ley suprema, como en los ordenamientos secundarios.

2.1. Análisis del sujeto pasivo, ofendido y víctima del delito.

Es importante distinguir y definir a los sujetos de la relación procesal penal, **resaltando que la denominación correcta para estos, es la de sujetos y no la de partes**, ya que la denominación de “parte” proviene del derecho civil, siendo esta “*quien defiende intereses que le son propios y que son antagónicos a los de su oponente en conflicto.*”¹⁰ Esto no sucede en materia penal, ya que ni el Juez, ni el Ministerio Público, ni el Defensor, tienen en disputa intereses materiales propios durante la substanciación del proceso penal.

Es sabido de antemano, que los sujetos procesales en materia penal se clasifican como:

1. Indispensables.- Se les denomina indispensables a estos sujetos por que sin ellos no podría existir la relación procesal; este grupo está integrado por:
 - a) El Juez como máxima autoridad dentro de la substanciación del proceso penal, el juzgador es un órgano Estatal imparcial, a quien la constitución le otorga el *ius puniendi*, es quien va aplicar la ley al caso concreto, resolviendo de esta manera un conflicto de intereses suscitado entre el órgano de la Defensa y el Ministerio Público.
 - b) Leopoldo de la Cruz Agüero, da un concepto detallado del Ministerio Público al definirlo como la *"Institución u organismo de carácter administrativo, perteneciente al Poder Ejecutivo Federal o Estatal, en su caso, cuyas funciones, entre otras son las de representar a la Federación o al Estado y a la sociedad en sus intereses públicos; investigar la comisión de los delitos y perseguir a los delincuentes, en cuya actividad tendrá como subordinada a la Policía administrativa; ejercitar la acción penal ante los Tribunales Judiciales competentes y solicitar la reparación del daño, cuando proceda; como Representante de la sociedad procurar la defensa*

¹⁰ Blanco Escandón, Celia, *Derecho procesal penal*, México, Editorial Porrúa, 2004, p.56.

de sus intereses privados cuando se trate de ausentes, menores o incapacitados, etc."¹¹

- c) Después tenemos al Inculpado, siendo este sujeto a quien se le imputa la comisión del hecho delictuoso, y constituyéndose como tal, desde el momento en que exista una imputación directa en su contra, ni antes ni después, siendo desde mi punto de vista el más importante de los sujetos procesales, ya que todo el proceso penal tendrá que girar a expensas de este.

Dentro del ámbito penal el activo recibe distintas denominaciones, dependiendo la etapa en que se encuentre el proceso:

En la averiguación previa: Probable responsable o indiciado.

Dentro del juicio: Procesado.

Dictada la sentencia: Sentenciado.

Ya que causo ejecutoria la sentencia: Juzgado o ejecutoriado.

- d) Por último, pero en un lugar muy importante dentro del proceso penal mexicano encontramos al Defensor, a quienes algunos lo consideran como un mandatario del inculpado, es decir como un representante del procesado, necesario para integrar de manera legal y correcta el órgano de la Defensa (constituido por la mancuerna entre inculpado y defensor).

En diversos actos, el defensor puede prescindir de la asistencia del inculpado, pero se estima que jamás podrá ser al revés, ya que el inculpado nunca podrá ser apto para sustituir la pericia de un buen defensor, y aunque la Constitución consagra en su artículo 20 fracción IX, *la defensa por sí*, ésta sólo se podrá ejercitar de forma legítima, cuando exista un abogado patrono, que asesore y supervise la defensa, para cumplir cabalmente con el mandamiento constitucional de contar con *una defensa adecuada*, por lo que se estima que el inculpado, únicamente puede enriquecer y complementar los actos realizados por su Defensor.

De esta forma se conceptualiza al Defensor, como un auxiliar ó medio eficaz para la correcta administración de la justicia penal.

¹¹ De la Cruz Agüero Leopoldo, *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 33.

2. Necesarios.- Son sujetos cuya presencia es requerida para la substanciación del proceso penal, porque con su concurrencia se armoniza y complementa la relación procesal, estos sujetos facilitan el camino hacia la verdad histórica de los hechos, que es el fin del proceso penal.

- a) Los Peritos.
- b) Los Testigos.
- c) Los Policías.
- d) Los Intérpretes.
- e) El Ofendido, sujeto importantísimo para el presente estudio, ya que ni éste, ni las víctimas indirectas del hecho punible, son indispensables para el desarrollo del proceso penal en México.

Los motivos para esta recurrente discriminación, encuentran sustento en que en algunos delitos es muy difícil determinar quién es el ofendido, también existe la muy frecuente justificación, de que la mayor parte de los delitos se perseguirán de oficio, aún en contra de la voluntad del ofendido, aunque el argumento más sólido con que se cuenta para esta discriminación procesal, es que los intereses del ofendido ya se encuentran representados en el proceso penal por el Ministerio Público, quien es perito en la materia y con seguridad podrá hacer valer de mejor forma sus derechos.

Esta postura se considera atinada, aunque una crítica que le pudiese realizar, es que, sólo se trata de una ilusión, ya que en la práctica no sucede así, porque en la mayoría de los juicios penales mexicanos, el Ministerio Público adscrito a los juzgados penales desempeña una función burocrática en donde los intereses de la víctima son olvidados y de ninguna manera la Representación Social logra cumplir cabalmente con todas las obligaciones que le son encomendadas por la ley penal, ni con las que tiene por el simple hecho de ser el representante del ofendido durante el juicio, encontrando el dependiente del Ejecutivo su justificación en el exceso de trabajo y en los bajos presupuestos que anualmente le son asignados.

A diferencia del inculpado, que debe reunir ciertas características en particular (*ser una persona imputable*), el ofendido puede serlo cualquier persona, como por ejemplo una persona incapaz, un grupo de personas físicas, una moral ó hasta el mismo Estado e incluso puede ser víctima del delito una persona aun no concebida.

3. Terceros.- Solo existirán para los efectos de la reparación del daño exigible a terceras personas y estos son los ya referidos en el capítulo anterior, dentro del tema 1.7.

Una vez hecha la distinción entre los sujetos de la relación procesal, bien podemos identificar qué lugar ocupa el ofendido y la víctima del delito, a los cuales la doctrina los coloca *como sujetos necesarios, pero no indispensables* dentro del proceso penal, lo que ahora corresponde, es desentrañar la naturaleza jurídica del sujeto pasivo, de la víctima y posteriormente la del ofendido, esto a través de un **análisis** de estos tres sujetos dentro de la Carta Magna, de la ley penal federal y la del Distrito Federal.

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

A. del inculpado:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

B. De la víctima u ofendido...”

De la Constitución no se advierte una clara distinción entre la víctima y el ofendido, mas aún pareciera que maneja a estos dos conceptos como sinónimos, según se advierte en el apartado B, del artículo transcrito, aunque, si ponemos un poco de atención en el apartado A. fracción I. del artículo en mención, el Constituyente ayuda un poco a nuestro análisis, al establecer, que se podrá negar la libertad bajo caución al inculpado en caso de que el Ministerio Público aporte elementos al Juez, para establecer que la libertad de este, representa un riesgo para el ofendido.

Esto se interpreta en el sentido de que, de manera remota la Constitución otorga la denominación de “OFENDIDO” a la persona que resintió directamente las consecuencias del delito y, por lógica según este razonamiento “VÍCTIMA” será toda aquella persona que resienta de manera indirecta las consecuencias del hecho punible.

Veamos qué información podemos obtener sobre este punto tan oscuro, en el código penal federal que en su artículo 30 bis, a la letra dice:

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

Este artículo robustece lo pensado, en el ordenamiento federal se otorga en primerísimo lugar el derecho a que le reparen el daño al ofendido (como titular del bien jurídico tutelado) y después enuncia de forma prelativa, a todos los demás que tendrán derecho a que se les repare su daño (y que según el criterio usado, serían las víctimas del delito) teniendo derecho a que se les repare su daño, en el supuesto de que muriese el titular del bien jurídicamente dañado

Para abundar, me permito transcribir el artículo 264 del código de procedimientos penales vigente para el Distrito Federal, que en lo que importa dice:

“Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastara que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este código. Se reputara parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de estos, a los hermanos o a los que representen a aquéllos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.”

Del texto transcrito se aprecia claramente el espíritu del legislador, que trata correctamente de distinguir ó particularizar a estas dos figuras, estableciendo que se reputara en general, parte ofendida: 1) a la víctima ó, 2) al titular del bien jurídico lesionado (ofendido).

Con lo cual se concluye, que el ofendido es el dueño del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por el inculpado y que la víctima será quien indirectamente resienta las consecuencias del hecho punible.

Por todo lo anterior se infiere la naturaleza jurídica del Ofendido como- El titular del bien jurídico tutelado, que se lesione ó se puso en peligro por el inculpado.

Naturaleza jurídica de víctima.- Es la persona que ha resultado dañada material o moralmente por el hecho punible, sin ser titular del bien jurídico tutelado.

En reiteradas ocasiones, en la práctica se suele confundir al sujeto pasivo, a la víctima y al ofendido, y esta es una confusión que existe no solo entre la población en general, sino incluso dentro de los peritos en derecho, como los son los Ministerios Públicos y Abogados y Jueces, por lo tanto es conveniente hacer la siguiente distinción:

SUJETO PASIVO.- Es una denominación utilizada exclusivamente dentro del derecho penal sustantivo, para referirse al sujeto que ha resentido una lesión de forma directa a su esfera jurídica, por la comisión de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

OFENDIDO.- Es una denominación utilizada dentro del derecho penal adjetivo, o derecho procesal penal, para referirse al sujeto que ha resentido una lesión de forma directa a su esfera jurídica, por la comisión de un hecho delictivo.

VÍCTIMA.- Es una denominación utilizada dentro del moderno derecho victimal, incluido por algunos dentro de la criminología, para referirse al sujeto que ha resentido en su esfera jurídica, una lesión de forma indirecta, como consecuencia de la realización de un hecho delictuoso.

Para dejar en claro estos conceptos, me permito ilustrarlos con el siguiente ejemplo:

“Soy dueño de una empresa transportadora de cerveza, denominada súper-cebada, que se encarga de distribuir cerveza por todo el Distrito Federal, y un mal día roban uno de mis camiones repartidores a uno de mis conductores. En este ilícito, él chofer sería la víctima del delito y mi empresa sería la ofendida, y quien tendría legitimación para querellarse por el robo sufrido, sería la ofendida: “súper-cebada,” a través de su apoderado legal”.

Por lo tanto, el concepto legal de víctima es mucho más extenso que el de ofendido, porque éste comprende a todas las personas que según la ley tienen derecho a la reparación del daño y que se reconocen dentro de los artículos 45 del código penal del Distrito Federal y el 30 bis en el fuero federal, mismas en las que ya no se abundará, porque ya fueron motivo de estudio (*dentro del tema 1.6.*).

La víctima del delito es un sujeto que siempre ha existido, a lo largo de la historia del derecho penal, y esta se presenta como una figura inadvertida, la cual en nuestro derecho solo tienen una participación limitada, (*en el mejor de los casos como coadyuvante del Ministerio Público*) y que desde hace tiempo ha sido un testigo mudo del desequilibrio generado dentro del proceso penal mexicano.

Al respecto de este tema, existe una rama del derecho penal enfocada exclusivamente al estudio de las víctimas del delito, a la que se le denomina “Victimología”, esta materia se avoca al estudio científico de las víctimas, no limitándose solo al estudio del ofendido por el delito, sino que se extiende a estudiar a todas las personas que resultan afectadas de algún modo por el hecho punible, permitiéndome proporcionar como datos interesantes los siguientes:

“El primer autor que da el tratamiento a la victimología como disciplina sistematizada es el profesor Benjamin Mendelsohn, a quien se le puede considerar como el padre de esta materia, comenzando a darle un tratamiento metodológico desde el año de 1937.

En México existe un enorme abismo en la atención a la víctima, el sistema jurídico, los servicios públicos, la política criminal y la política victimológica brindan soluciones poco favorables, existiendo falta de proporcionalidad en relación con los derechos del victimario.”¹²

2.2. Garantías individuales.

El artículo 20, apartado B, de la Constitución General de la República, adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de septiembre de dos mil, en vigor desde el veintiuno de marzo de dos mil uno, consagra como garantías de la víctima u ofendido del delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público, y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual se le reconoce constitucionalmente personalidad, dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como un sujeto necesario dentro del proceso, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente hablando, está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público.

En el año dos mil uno, en efecto, se enriqueció en buena medida al artículo 20 Constitucional en lo que respecta a los derechos del ofendido, que suma a la reforma del año mil novecientos noventa y cuatro, al artículo 21 Constitucional, mediante la cual "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional" y las recientes reformas a la ley de amparo que abren la posibilidad de ventilar en vía de amparo el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal.

¹² <https://www.bibliojuridica.org>

Por cuanto hace a la reparación del daño, la reforma al artículo 20 Constitucional recientemente aprobada faculta a la víctima u ofendido a aportar pruebas que acrediten el monto, se le garantiza su cobro y se le otorga el derecho a "que el Juez que conozca del procedimiento penal abra de oficio el incidente para hacer efectiva la reparación del daño, en la ejecución de la sentencia".

En la actualidad, el artículo 20 de la Carta Magna enuncia:

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

A. Del inculpado:...

B. De la víctima o del ofendido:

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho que tiene la víctima ó el ofendido a la reparación del daño constituye una garantía individual distinta a la de coadyuvancia con el Representante Social y

a las demás a que se refiere el apartado Constitucional en cita, por lo que la violación a ese derecho es susceptible de reclamarse a través del juicio de garantías, aun cuando de conformidad con lo estatuido por el artículo 10 de la ley de amparo, tal derecho esté limitado a los actos que emanen del incidente de reparación del daño o de responsabilidad civil, y a los surgidos dentro del procedimiento penal relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la indicada reparación o a la responsabilidad civil, pues, por un lado, el artículo 5o., fracción III, inciso b), de la ley de amparo reconoce el carácter de parte al ofendido o a las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño y, por otro, porque como se dijo, de conformidad con el último párrafo del artículo 20 Constitucional, está reconocida como garantía individual en favor de la víctima del delito y del ofendido, el derecho a la reparación del daño, por lo que debe concluirse que éstas se encuentran legitimadas para promover el juicio de amparo contra las sentencias dictadas en el proceso penal respectivo, si considera que la parte de la resolución que decidió sobre el tópico referido afecta ese derecho.

Los artículos 9 y 9-bis del código de procedimientos penales para el Distrito Federal vienen a complementar y a dar mayor practicidad a los derechos que se consagran el artículo 20, apartado B, de la Constitución, a favor de la víctima u ofendido, porque este ordenamiento dedica su capítulo I-BIS a enunciar los derechos de estos dos sujetos procesales, tanto en la averiguación previa, como dentro del proceso.

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

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

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

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

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

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

VI. A recibir asesoría jurídica por parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto de sus denuncias o querellas y, en su caso, a recibir servicio de intérpretes traductores cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígenas, no conozcan o no comprendan bien el idioma español, o padezcan alguna incapacidad que les impida oír o hablar;

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

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

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

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

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

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

XIII. A que se le preste la atención médica de urgencia cuando lo requiera;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para la presente investigación resulta de gran relevancia, el último párrafo de la fracción XXI, del artículo en mención, ya que estipula la existencia de un sistema de apoyo a la víctima del delito, mismo que dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, esto con fundamento en la ley de atención y apoyo a víctimas del delito y su respectivo reglamento, de donde se obtiene que el objetivo de ambas legislaciones es *“Otorgar apoyos económicos a las víctimas u ofendidos de un delito, a través del Consejo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, con la finalidad de disminuir el impacto ocasionado por la comisión del Ilícito”*

El fundamento legal, para el otorgamiento de los apoyos económicos se encuentra dentro de la ley de atención y apoyo a las víctimas del delito para el Distrito Federal en sus artículos 23, 24 y 25; y dentro del reglamento de la ley de atención y apoyo a las víctimas del delito para el Distrito Federal, en sus artículos 2, 32, 36 y 37.

De conformidad en el artículo 23 del reglamento de la ley de atención y apoyo a las víctimas del delito para el Distrito Federal, los requisitos que debe reunir cualquier persona que requiera algún tipo de apoyo económico, son los siguientes:

- Solicitud de apoyo económico;
- Copia certificada de la averiguación previa o causa penal;
- Original del estudio socio-económico;
- Original Impresión diagnóstica sobre el estado Psicoemocional;
- Copia de identificación oficial;
- Demás documentación que el Consejo determine; y
- Opinión de procedencia y propuesta del tipo de apoyo a otorgar.

Cómo se debe tramitar.

- Las víctimas u ofendidos por un delito, deberán acudir a la Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad, a la Secretaria Técnica del Consejo y/o a los Centros que integran el Sistema de Auxilio a Víctimas, a recibir la información correspondiente al apoyo económico.
- La víctima u ofendido deberá llenar la solicitud de apoyo, misma que contendrá los siguientes datos: nombre, edad, nacionalidad, estado civil, domicilio, número telefónico, número de averiguación previa y/o causa penal en la que se encuentra

relacionada la víctima, la Fiscalía, Unidad Investigadora o Juzgado donde se encuentre radicada la indagatoria o causa penal, la narración sucinta de los hechos, así como el destino y uso del apoyo económico.

- Realizado el estudio de las constancias, documentos, pruebas y demás datos que integren el expediente de la solicitud de apoyo, el Secretario Técnico del Consejo de Atención y Apoyo a Víctimas, dará cuenta al Consejo con la documentación que obre en el expediente, en la sesión correspondiente, para su evaluación y determinación, emitiendo la opinión de procedencia correspondiente en relación al otorgamiento del apoyo económico.
- Cuando se trate de casos de emergencia en delitos de alto impacto social, el Secretario Técnico pondrá a consideración del Presidente del Consejo la solicitud de apoyo de la víctima u ofendido del delito y de ser procedente, se otorgará el apoyo económico de manera inmediata.

Quién determina el apoyo económico.

El Consejo para la Atención y Apoyo a Víctimas del Delito, el cual se encuentra integrado:

- Por un Presidente que será el Procurador General de Justicia del Distrito Federal y;
- Titular de la Comisión de Derecho Humanos;
- Titular de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal;
- Titular Secretaría de Salud del Distrito Federal;
- Titular de la Subprocuraduría de Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad.

Este órgano colegiado previa valoración de la solicitud, emitirá opinión de procedencia, tomando en cuenta el daño psicoemocional y patrimonial sufrido por la víctima u ofendido, así como el tipo de apoyo, que en su caso requiera para disminuir el impacto del delito; tratándose de apoyo económico y al determinarse el otorgamiento del mismo, deberá fijarse su importe en cantidad líquida.

El apoyo económico se fijará de acuerdo.

- A la naturaleza del delito.
- A las condiciones individuales de la víctima u ofendido
- Al Impacto del delito.

Monto de los apoyos económicos.

De acuerdo al artículo 32 del reglamento de ley de atención y apoyo a víctimas del delito, el apoyo económico se otorgará de la siguiente manera:

De diez hasta cincuenta salarios mínimos;
De cincuenta hasta cien salarios mínimos;
De cien hasta ciento cincuenta salarios mínimos;
De ciento cincuenta hasta doscientos salarios mínimos

“Apoyos otorgados:

*En el año de 2006 se han otorgado 298 apoyos
En el año de 2007 se han otorgado 22 apoyos.”*¹³

2.3. Representación de la víctima y del ofendido en el proceso penal.

Mucho se ha resaltado dentro de la presente investigación, que el encargado por excelencia de representar los derechos del ofendido por el delito dentro del proceso penal será el Ministerio Público, por tener éste la designación constitucional y legal de ser el Representante de los intereses Sociales dentro de la famosa trilogía procesal formada por el Juez, el Ministerio Público y el Inculpado y que la única forma en que el ofendido podrá ser participe del mismo, es a través de la coadyuvancia; bueno pues en la exposición de motivos de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve, que sustenta la reforma del artículo 20 Constitucional, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como sujeto necesario dentro del proceso, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente hablando, está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 21 Constitucional, el ejercicio de la acción penal se encuentra reservado al Ministerio Público, quien en términos de lo dispuesto por el artículo 31 bis del código penal federal, está obligado a solicitar la condena en lo relativo a la reparación del daño, por otro lado, el artículo 20 Constitucional en su apartado "B", fracción II, establece como garantía de la víctima u ofendido de un delito el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público, a

¹³ <https://www.pgjdf.gob.mx/transparencia>

fin de poner a disposición de éste todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y en consecuencia justificar la reparación del daño, derecho que se encuentra tutelado en el artículo 141, fracción II, del código federal de procedimientos penales y 9, fracción X, del homologado para el D.F., siendo la coadyuvancia la figura mediante la cual el ofendido, puede ejercer las garantías que le otorga el apartado "B" del artículo 20 Constitucional, relativas a la reparación de daño.

Por su parte la ley de amparo establece en su artículo 5, fracción III, inciso b), que será parte en el juicio de amparo (*tercero perjudicado*), el ofendido que tenga derecho a la reparación del daño o exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, **"exclusivamente contra actos judiciales"** de orden penal, siempre que estos afecten a dicha reparación o responsabilidad civil, texto que vulnera la garantía Constitucional del ofendido, en virtud de que lo deja sin la posibilidad de intervenir en los juicios de amparo que pudiesen promoverse por el probable responsable dentro de la "averiguación previa" y que pudiesen afectar la referida reparación o responsabilidad del inculcado, razón por la cual se considera necesario reformar el referido precepto con la finalidad de que la víctima u ofendido se encuentren en condiciones de ejercer plenamente las garantías individuales que se le otorgan en las fracciones II y IV, apartado "B" del artículo 20 de nuestra Constitución, mismas que se transcribieron con antelación (*tema 2.2*).

En ese mismo orden de ideas, y atendiendo al contenido del artículo 10 de la referida ley de amparo, la víctima u ofendido solamente puede promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; y, contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional, de lo que se desprende, que el referido artículo limita considerablemente lo establecido en la fracción II, apartado "B", del artículo 20 Constitucional arriba transcrito, en virtud de que el mismo contempla la coadyuvancia así como el derecho a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente la víctima u ofendido, tanto, en la averiguación previa como en el proceso, de ahí que si dentro de alguna de estas instancias le son vulneradas alguna o algunas de estas garantías, es claro que la citada víctima u ofendido se ubica en un estado de indefensión absoluto, en razón de que con las limitantes contenidas en el citado artículo 10 de la ley de amparo, se violenta lo establecido por los artículos 103, fracción I y 107 de nuestra Constitución, en relación con el artículo 1º fracción I de la citada ley de amparo, razón por la cual, y a fin de salvaguardar las garantías individuales relativas a la reparación del daño, se considera necesario adicionar el texto del artículo 10 del ordenamiento legal antes citado, a efecto de que la víctima u ofendido este en condiciones de recurrir al amparo contra actos generados tanto en averiguación previa, como en actos judiciales del orden penal, siempre que estos puedan

afectar la reparación del daño, y que evidentemente afecten cualquiera de las garantías que le consagra el apartado "B" del artículo 20 Constitucional.

CAPITULO III. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

El presente capítulo resulta de gran relevancia para nuestra investigación, ya que **es justo en este acto procesal (la libertad provisional bajo caución) cuando el inculpado debe caucionar el pago correspondiente a los daños morales y materiales, que se encuentren acreditados en autos a favor del ofendido** por el hecho delictivo.

Según Marco Antonio Díaz de León, la prisión es: *“Una pena privativa de la libertad ambulatoria, a purgarse mediante el encierro del condenado en la cárcel.”*¹⁴

En otro concepto la prisión es la privación de la libertad corporal durante un lapso de tiempo previsto en la ley, y cuya duración puede ser temporal o definitiva. En el caso de México la pena de prisión es temporal ya que la ley establece una duración determinada para su cumplimiento.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 33 del código penal para el Distrito Federal, *“La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevara acabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en al legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.*

En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computara el tiempo de la detención o del arraigo.

Si se trata de dos o mas penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas se mayor de cincuenta años.”

3.1. Prisión preventiva y pena de prisión.

Prisión preventiva.

La prisión preventiva *“Es una medida cautelar, que consiste en privar temporalmente de la libertad al procesado durante la substanciación del juicio”*¹⁵

De acuerdo con la doctrina, la prisión preventiva es una medida cautelar cuya función es asegurar el normal desarrollo del proceso penal y, eventualmente al concluir este, la aplicación de una pena privativa de libertad. Sin embargo, en la práctica, se le ha dotado de connotaciones sustantivas de penalización inmediata.

¹⁴ Díaz de León, Marco Antonio, *op cit*, nota 8, p. 125.

¹⁵ <http://www.wordreference.com>

Este uso de prisión por parte del Estado es la medida más radical de su actuación, ya que después del derecho a la vida, es la libertad el derecho fundamental y el presupuesto de todos los demás derechos.

Algunas de las causas que motivan la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal mexicano, son: 1) el peligro de fuga, y 2) que la prisión preventiva se encuentra en sintonía con los objetivos del proceso, debido a que no es posible la aplicación de la ley penal sin la presencia del imputado, indicando que no se puede condenar a un sujeto en su ausencia o en rebeldía, visto que existe el derecho de audiencia el cual se deriva a su vez en el derecho a la defensa.

Estas causales son muy controvertidas, debido a que las dos colisionan con el principio de la presunción de inocencia.

Con el dictado de la prisión preventiva en base al peligro de fuga, se observa la posibilidad de cometer desde el principio una irreparable injusticia en contra del inculpado, en virtud de que el proceso pueda terminar con un sobreseimiento o incluso una sentencia absolutoria. Pero además con este pensamiento se parte de una presunción de culpabilidad y no con la presunción de inocencia que protege al imputado, con lo cual se entiende que dicha postura resulta muy peligrosa ya que se parte de que el imputado es culpable.

Cuando a la prisión preventiva se adjudica como finalidad el aseguramiento de la ejecución de la pena, pienso que se está desvirtuando su naturaleza por razón de que las medidas cautelares solo tienen como finalidad el aseguramiento de una fase del proceso y que cuando cumpla con esta finalidad entonces dicha medida debe cesar.

Consideramos, que no hay forma racional de justificar la prisión preventiva frente al principio absoluto que representa la presunción de inocencia; a pesar de esto, se puede proponer que durante el proceso no se considere la prisión preventiva en la legislación como regla general y dejar que sean los jueces los que individualicen, en cada caso, si existe riesgo de fuga del inculpado. O bien, determinar si concurre alguna otra circunstancia grave al caso concreto que aconseje la aplicación de alguna medida cautelar. Lo que no se puede aceptar, es la regla general que establece que los procesados por delito grave, siempre deben permanecer en la prisión preventiva durante la substanciación de su juicio, imponiendo de esta forma una norma general y abstracta, que impide a los Juzgadores conceder al inculpado por delito grave algún tipo de beneficio.

La prisión preventiva no debe ser regla general, porque constituye una grave injusticia del proceso penal mexicano privar de su libertad a personas cuya responsabilidad penal no ha sido comprobada, lo que equivale a anticipar una sentencia condenatoria y una pena, violando de manera flagrante el principio de inocencia.

Cabe resaltar, que en la pena de prisión que se imponga en una sentencia condenatoria, se deberá computar el término de la detención, o del arraigo, así como el tiempo que el sentenciado haya estado recluido con el carácter de procesado en algún centro penitenciario, mientras se dictaba su sentencia.

Pena de Prisión.

Como ya se ha explicado la prisión es una privación de la libertad ambulatoria a purgarse mediante el encierro del condenado en la cárcel.

La prisión como “*pena*” se diferencia de prisión preventiva, porque ésta siempre sucede a una sentencia condenatoria y además por tener la certeza de la culpabilidad de quien la sufre, de tal suerte que la pena de prisión persigue entre otros fines, la readaptación social del delincuente y su reinserción a la sociedad.

Al respecto, la Constitución establece en su artículo 18. “Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

La Constitución establece que la prisión preventiva y la pena de prisión, se compurgaran en lugares distintos y completamente separados, esto con la finalidad de no igualar las condiciones de los individuos que se presume cometieron un delito (*los todavía inocentes*), con los individuos que se tiene la certeza de su culpabilidad (*los ya juzgados*). Sobre este punto el reglamento de reclusorios y centros de readaptación social, dice:

Artículo 12.- “Son reclusorios las instituciones públicas destinadas a la interacción de quienes se encuentren restringidos en su libertad corporal por una resolución judicial o administrativa. El sistema de reclusorios y centros de readaptación social del distrito federal se integra por:

I.- Reclusorios preventivos;

II.- Penitenciarias o establecimientos de ejecución de penas privativas de libertad;

III.- Instituciones abiertas;

IV.- Reclusorios para el cumplimiento de arrestos; y

V.- Centro medico para los reclusorios.”

A lo que interesa, la fracción I del citado reglamento establece, que el sistema de reclusorios y centros de readaptación social en el Distrito Federal se integra por los reclusorios preventivos, que como su nombre indica, serán los lugares

destinados para cumplimentar todas las prisiones cautelares o preventivas que sucedan a una consignación ministerial por delito grave, o una resolución judicial. Los reclusorios preventivos en el Distrito Federal son cuatro:

- 1) Reclusorio Preventivo Varonil Norte
- 2) Reclusorio Preventivo Varonil Oriente
- 3) Reclusorio Preventivo Varonil Sur; y
- 4) Centro Femenil de Readaptación Social de Santa Martha.

Artículo 13.- “La internación de alguna persona en cualquiera de los reclusorios del Distrito Federal se hará únicamente:

I.- Por consignación del ministerio publico;

II.- Por resolución judicial.”

Artículo 15.- “Los reclusorios para indiciados y procesados serán distintos de los destinados a sentenciados y de aquellos en que deban cumplirse arrestos.

Las mujeres serán internadas en establecimientos diferentes de los destinados a hombres.

Los internos sentenciados y ejecutoriados, no permanecerán en un reclusorio preventivo por más de 15 días para realizar los trámites relativos a su traslado a las instituciones destinadas a la ejecución de penas.

En ningún caso los indiciados y procesados podrán ser trasladados a las penitenciarias. Así también los sentenciados y ejecutoriados, que se encuentren en las penitenciarias, por ningún motivo podrán regresar a los reclusorios preventivos, aun en el caso de la comisión de un nuevo delito.”

Las Penitenciarias o establecimientos de Ejecución de Penas, en el Distrito Federal se integran por:

- 1) Penitenciaría Varonil de Santa Martha Acatitla; y
- 2) Penitenciaría Femenil de Tepepan

El artículo 15 del reglamentó de reclusorios y centros de readaptación social se adhiere al criterio del constituyente, prohibiendo de manera tajante la mezcla entre procesados y sentenciados, ya que establece, que ningún procesado por

ningún motivo podrá ser trasladado a una penitenciaria, y viceversa que ningún sentenciado en ningún caso, podrá ser reingresado a algún reclusorio preventivo.

3.2. Tratados Internacionales.

En relación con el tema de la prisión preventiva y los derechos del inculcado durante la substanciación del juicio penal, encontramos a los Tratados Internacionales, mismos que fueron creados para dar mayor protección y certeza jurídica a los inculcados por algún delito dentro de los países que convengan la aplicación de ese tratado en su territorio nacional. Entre los Tratados Internacionales de mayor importancia en materia de “Reos Criminales,” encontramos a “La Declaración Universal de los Derechos Humanos”, creada en París, el 10 de Diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Declaración de los Derechos Humanos en sus artículos 9, 10, 11 y 12 otorga las siguientes garantías procesales a los inculcados por algún delito:

Artículo 9.- “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.”

Artículo 10.-“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Artículo 11.

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

Artículo 12.- “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Diverso tratado que resulta de gran importancia para nuestro estudio, es la Convención Americana sobre derechos Humanos, denominada como el “Pacto de San José” creado el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José Costa Rica. Este tratado internacional fue promulgado en nuestro país el 30 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la federación el 7 de mayo de 1981.

Los artículos relativos a los derechos de los inculcados, son los siguientes:

Artículo 5. "Derecho a la Integridad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
2. *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*
3. *La pena no puede trascender de la persona del delincuente.*
4. **Los procesados deben estar separados de los condenados**, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. *Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.*
6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."*

El artículo arriba transcrito, al igual que nuestra Constitución Política en su artículo 18, y el reglamento de reclusorios y centros de readaptación social en su artículo 15, establecen que por ningún motivo se podrán mezclar a los procesados con los sentenciados, y que los centros de reclusión y de ejecución, serán distintos y completamente separados.

Artículo que sin duda resulta relevante para el presente tema es el 7, que textualmente dice:

Artículo 7.- "Derecho a la Libertad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. **Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.**
4. **Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.**
5. **Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta**

en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”

Por último, pero no menos importante tenemos al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado, abierto a firma, ratificación y adhesión el 16 de Diciembre de 1966. Fue suscrito por México el 23 de marzo de 1976, promulgado el 30 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, que en su artículo 9 refiere:

Artículo 9

“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

*3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. **La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”***

En su artículo 14, párrafo segundo, este Pacto reconoce y acepta el principio de inocencia, que expresa:

Artículo 14

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”

Como puede advertirse, si bien nuestra Constitución no contiene de manera expresa el principio de presunción de inocencia, este se halla consagrado en los diversos instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, los cuales tienen el valor que les asigna la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

*El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, **se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional.** En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in idem). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17,*

segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23).

Registro No. 177538, Tesis aislada, Materia (s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Agosto de 2005, Tesis: 1a. LXXIV/2005, Página: 300.

No se ignora la diversa Tesis del propio Alto Tribunal que expresa:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Nº Registro: 186185, Tesis aislada, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Agosto de 2002, Tesis: 1ª. XXXV/2002, Página 14.

3.3. Delitos graves y no graves.

La importancia de la clasificación de un delito, consiste en que ningún procesado por delito grave será beneficiado por la libertad provisional bajo caución prevista por la Constitución Política de nuestro país, en su artículo 20, fracción I, por que este ordenamiento primario prohíbe la concesión del beneficio a los procesados por delito grave, así clasificado por la ley penal aplicable al caso concreto.

Originalmente, la fracción I del artículo 20 de la Constitución de 1917 estipulaba que el acusado sería puesto en libertad bajo caución siempre que el delito atribuido “no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión.” Este artículo fue interpretado de forma benévola por la jurisprudencia y examinado con intención proteccionista por los juristas, resultando de esta forma la reforma constitucional de 1948, que autorizó la libertad provisional para “aquellos cuya término medio aritmético, no sea mayor de cinco años de prisión”.

La reforma Constitucional de 1948 aparejó una consecuente mejora jurídica para el inculpado, ya que en el primer caso se trataba de que el máximo de la pena, no rebasara cinco años y en la reforma constitucional, se habla de que el termino medio aritmético (*obtenido por la suma de la pena mínima y máxima dividido entre dos*) no rebase los cinco años.

En el año de 1985 se realizo otra importante enmienda a este artículo constitucional, ya que se sigue advirtiendo la posibilidad de otorgar la libertad bajo caución al procesado, siempre y cuando “el delito imputado, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no rebase los cinco años de prisión.”

Posteriormente por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, se modificó por tercera vez la fracción I, del artículo 20, Constitucional, para quedar de la siguiente forma:

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

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

Como resultado de la reforma en estudio, resulta ser, que todo procesado tiene derecho a la libertad provisional bajo caución, con excepción de aquellos casos en que la ley aplicable al caso concreto, prohíba expresamente conceder este beneficio, en virtud de la gravedad del delito imputado.

Con esta reforma, el artículo 20 de la Carta Magna, concede la libertad a cada legislación penal de establecer a su libre albedrío, cual será el criterio para establecer cuando se trata de un delito grave. En el código de procedimientos penales del Distrito Federal, se consideran como delitos graves según el artículo 268, fracción III, párrafo quinto:

“Son graves, los delitos sancionados con pena de prisión cuyo termino medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto, en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El termino medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.”

El código federal de procedimientos penales no comparte el criterio de clasificación de delitos que previene el código de procedimientos penales para el Distrito Federal, ya que clasifica como delitos graves (*sin importar la punibilidad de su media aritmética*), los previstos en su artículo 194, que a la letra dice:

*“Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, **por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad**, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:*

I. Del código penal federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;*
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;*
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;*
- 4) Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;*
- 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;*
- 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;*
- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;*
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;*
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;*
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;*
- 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;*
- 13) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen*

- capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 BIS; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Trata de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 205; Trata de personas, previsto en el artículo 207.
- 14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;
 - 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;
 - 16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;
 - 17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;
 - 18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;
 - 19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
 - 20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;
 - 21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;
 - 22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
 - 23) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;
 - 24) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;
 - 25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;
 - 26) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;
 - 27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;
 - 28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
 - 29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;
 - 30) Los previstos en el artículo 377;
 - 31) Extorsión, previsto en el artículo 390;
 - 32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y
 - 32 Bis) Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.
 - 33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.
 - 34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.
 - 35). En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

- 1) *Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;*
- 2) *Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;*
- 3) *Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;*
- 4) *Los previstos en el artículo 84, y*
- 5) *Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.*

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

- 1) *Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y*
- 2) *Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.*

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96. La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

XV. De la Ley General de Salud, los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter.”

Al analizar el artículo arriba transcrito y según la clasificación de delitos graves del Distrito Federal, se concluye que en la actualidad la gran mayoría de los delitos se califican como graves y consecuentemente sin derecho a la libertad provisional bajo caución.

3.4. Procedencia de la libertad provisional.

“La libertad es uno de los mayores bienes de jerarquía axiológica. Solo la vida lo supera y, dado que en la legislación mexicana no impone ya la pena de muerte, podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso de cuantos se debaten en tribunales, y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal.”¹⁶

En el momento que el inculcado solicita la libertad provisional bajo caución, entran en pugna dos intereses completamente distintos; por un lado la libertad (*que es un interés jurídico concreto de una persona*), por otra parte se encuentran los intereses públicos que caracterizan al proceso penal; por esta razón el Constituyente y el legislador secundario, establecieron una serie de requisitos que debe cumplir cualquier persona que desee acceder a este beneficio.

Son tres los requisitos que el inculcado debe cumplir para poder gozar de la libertad provisional bajo caución, que es uno de los derechos supremos que la Constitución de nuestro país consagra a su favor: 1) que exista prisión preventiva, previa solicitud de la libertad provisional, ya que un sujeto prófugo de la justicia no puede ser acreedor de este derecho Constitucional; 2) que no se trate de delito grave y que el Ministerio Público no aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculcado represente por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad; 3) que el solicitante otorgue la caución impuesta por la autoridad ante la cual promueve (*autoridad Jurisdiccional o Ministerio Público*)

Como ya se explico anteriormente (*en el tema 3.1*), el individuo puede ser privado de su libertad de dos diversas formas:

¹⁶ Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 9ª Ed, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 171.

1.- Como consecuencia inevitable de una sentencia condenatoria, antecedida por un juicio penal, en donde se haya demostrado la culpabilidad del sentenciado y se le imponga una pena privativa de libertad (*prisión*); y

2.-Puede perder su libertad con antelación, como consecuencia de la prisión preventiva, que antecede al proceso y contraviene al principio de presunción de inocencia.

Otro requisito que debe concurrir para que el inculpado pueda gozar del beneficio de la libertad bajo caución, es que el delito que se le impute no sea calificado por la ley penal (aplicable al caso concreto) como grave, atendiendo a la clasificación de delitos graves que ya estudiamos dentro del capítulo 3.3.

Por último, el requisito que debe cumplir el inculpado que desee gozar de la libertad provisional es, otorgar la caución impuesta por la autoridad ante la que promueve, ya sea que la solicite ante el Ministerio Público o ante la autoridad Jurisdiccional.

Según el artículo 562 del código de procedimientos penales del Distrito Federal, la caución puede ser otorgada por el inculpado o por un tercero y puede asumir diversas formas, entre las cuales encontramos:

- I. El depósito en efectivo, hecho por el inculpado o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello.
- II. En hipoteca otorgada por el inculpado o por terceras personas
- III. En prenda, cuyo caso el bien mueble deberá tener un valor de mercado de cuando menos dos veces el monto de la suma fijada como caución.
- IV. En fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente; y por ultimo.
- V. En fideicomiso de garantía, formalmente otorgado.

Una crítica que se podría realizar al sistema adoptado por la legislación penal mexicana para otorgar la libertad bajo caución, sería, que el dinero adquiere un puesto tan importante como la libertad, ya que la situación invocada provoca en todas las personas de escasos recursos una fuerte protesta contra de la institución de la libertad bajo caución, en la cual ven un producto de la llamada “justicia para ricos.” Los expertos consideran que la caución monetaria es uno de los más inaceptables aspectos de la justicia penal mexicana, argumentando que es discriminatoria por atentar directamente contra las personas de escasos recursos.

Para atemperar estas críticas, el legislador secundario estableció la libertad provisional bajo protesta, donde se substituye el dinero por la palabra de honor del

procesado, este incidente se encuentra regulado por el código de procedimientos penales para el Distrito Federal en los siguientes términos:

- I. El acusado deberá contar con domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso, y su residencia en dicho lugar deberá ser de un año cuando menos.
- II. No debe existir temor de que se sustraiga a la acción de la justicia.
- III. Deberá protestar presentarse ante el Tribunal o Juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene.
- IV. Que el inculcado no haya sido condenado anteriormente por delito intencional; y que se trate de un delito cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión.

Además, tratándose de personas de escasos recursos, el Juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cinco años.

3.5. La caución.

Previo al estudio de la caución, es menester explicar que las medidas cautelares se dividen en: principales y secundarias:

Las principales ó primarias, son todos aquellos medios que garantizan la posibilidad de ejecutar una sentencia en caso de que esta sea condenatoria, garantizan la seguridad del proceso penal.

Las secundarias, son todas aquellas que evitan que se materialice o ejecute a las medidas cautelares primarias, son una especie de contragarantía.

En atención a dicha clasificación, queda claro que la prisión preventiva, es un medio cautelar principal, que garantiza la conclusión del proceso penal en caso de que este concluya con una sentencia condenatoria, en consecuencia la prisión preventiva es una medida cautelar primaria, y con fundamento en lo explicado la caución que otorga el inculcado que desea gozar de la libertad provisional y evitar la prisión preventiva, tiene la naturaleza de contracautela o contragarantía, convirtiéndose en un medio cautelar secundario.

Por caución, se debe entender a la garantía o la seguridad personal de que se cumplirá con lo pactado.

*“Es un objeto que se da a manera de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación.”*¹⁷

¹⁷ <http://www.wordreference.com>

El texto original de la fracción I del artículo 20 Constitucional, estipulaba que el acusado sería puesto en libertad bajo fianza de hasta diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, “sin contemplar ningún otro requisito”.

El tiempo, las variaciones económicas y lo inconveniente de fijar una cantidad específica, entre otros factores llevaron a reformar a la ley suprema, en 1948 y la fracción I del artículo en mención, pasó a tener dos párrafos, en el primero indicaba que la garantía conducente a asegurar la libertad del inculcado quedaba bajo la responsabilidad del Juez, y en el segundo párrafo establecía que en ningún caso la fianza o caución sería mayor de \$250,000.00 doscientos cincuenta mil pesos, a no ser que se tratase de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause un daño patrimonial al ofendido, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.

La reforma de 1984 modificó ampliamente esta materia, por una parte conservó el tradicional vínculo entre el monto, la garantía, las circunstancias personales y la gravedad del delito, abrió la puerta para el funcionamiento de diversas especies de garantías patrimoniales, estableció una nueva forma de referencia para determinar la cuantía y abandonó la fijación en pesos. El tercer párrafo de la fracción se refería a la caución en los delitos intencionales y el cuarto a los imprudenciales y preterintencionales.

En la reforma de 1993 el tema de la libertad provisional bajo caución, quedó regulado en los párrafos primero y segundo del artículo en mención, el primero ordenó que se otorgara la libertad bajo caución, “siempre y cuando se garantice suficientemente el monto de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al acusado”, y el segundo párrafo a partir de aquella reforma establecía: “el monto y la forma de caución que se fije deberá ser asequible para el inculcado. En las circunstancias que la ley determine la autoridad judicial pondrá disminuir el monto de la caución inicial”.

En la actualidad, la fracción I, del artículo 20 Constitucional, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre del dos mil, a la letra dice:

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

A. Del inculcado:

- I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.*

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinara los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.”

El párrafo segundo, de la fracción primera del artículo transcrito, en relación con el 556 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal establece, que en el derecho penal positivo, la caución debe ser suficiente para garantizar tres rubros:

- 1) **En primer lugar, la caución debe garantizar el monto de la reparación del daño sufrido por el ofendido como consecuencia directa del hecho delictivo (daño material y moral).**
- 2) Garantizara el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso pudiesen imponérsele.
- 3) Y por último, debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso.

No existe cantidad máxima, en cuanto al monto que deberá garantizar el inculpado por concepto de la reparación del daño, ya que la caución debe ser bastante para garantizar la totalidad del pago por los daños morales y materiales causados al ofendido por la comisión del hecho delictivo, mismos que deberán encontrarse previamente acreditados en autos.

El artículo 562 del código procesal penal para el Distrito Federal, previene que cuando la caución se garantice en efectivo y el inculpado no cuente con recursos económicos suficientes para realizar el pago en una sola exhibición, el Juez podrá

autorizar que el inculpado cubra la caución a través de una serie de parcialidades, estableciendo que en ningún caso el monto de la primera exhibición será menor al quince por ciento del monto total de la caución fijada.

Además el artículo 562 establece, que el certificado que expidan las instituciones de crédito “con el cual se garantiza la caución” se depositara en la caja de valores del Ministerio Publico o el Juez recibirá la cantidad exhibida y la mandara a depositar en las instituciones de crédito el primer día hábil, igualmente resguardando en la caja de valores del juzgado el certificado que expida la institución de crédito autorizada, esto por supuesto quiere decir que el depositario de la caución que garantiza el pago de las posibles multas, de las obligaciones procesales y de la reparación del daño al ofendido por el delito será la autoridad ante la cual se garantice la caución, ya sea ante el Ministerio Publico o ante Juez, debiendo cumplir estas autoridades con todas las obligaciones inherentes a las de un depositario, recordando que según Garrido-Zago *“El contrato de deposito se verifica, cuando alguna de las partes (depositario) se obliga a guardar gratuita u onerosamente un bien mueble o inmueble que la otra parte (depositante) le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa, al termino del contrato”*¹⁸

Además del depósito en efectivo, encontramos que el mismo artículo en mención previene como formas de garantizar la caución:

- *) La hipoteca de un inmueble libre de gravámenes, cuyo valor fiscal no sea menor al que resulte de la de la caución mas la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía, el gravamen del inmueble ante el Registro Público de la propiedad y comercio será al igual que el deposito en efectivo a favor de la autoridad ante la cual se este tramitando al libertad provisional bajo caución.
- *) La prenda de un bien mueble, que como mínimo deberá tener en el mercado, el doble del valor del monto fijado como caución al inculpado quedando el bien inmueble a disposición de la autoridad.
- *) La fianza personal (constituida por tercera persona) ante la autoridad que se promueva (Ministerio Público o Juez), si la cantidad a garantizar excede de 100 veces el salario mínimo, el fiador deberá acreditar que cuenta con bienes raíces inscritos en el registro publico de la propiedad, cuyo monto no sea menor al que resulte la suma de la caución mas la cantidad necesario para hacer efectiva la garantía.
- *) El fideicomiso de garantía formalmente constituido, otorgado igual que las anteriores hipótesis a beneficio del Ministerio Público o Juez.

La naturaleza de la caución quedara a elección del inculpado, y aunque según vemos son variadas las formas que la ley prevé para garantizar la caución la

¹⁸ Garrido-Zago, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos aires, Universidad, 1993, Tomo II, 643.

realidad es que en la práctica dos son las mas frecuentes y cotidianas; el billete de deposito en efectivo expedido por el Banco del Ahorro Nacional de Servicios Financieros (BANSEFI) y la fianza de compañía autorizada.

La disminución del monto a caucionar, es la modificación (*vía incidental*) que el Juez podrá realizar a favor del inculpado, reduciendo la suma que inicialmente señalo, con el fin de que el inculpado pueda acogerse al beneficio de la libertad caucional, su fundamento legal se encuentra en el párrafo segundo, fracción I, del artículo 20 Constitucional, regulado por el artículo 560 del código procesal distrital y 400 del federal, que en síntesis prevén “que a criterio del Juez, la caución del inculpado podrá ser reducida en los siguientes casos”.

- Por el tiempo que el procesado lleve privado de su libertad.
- Cuando hayan disminuido los efectos de delito.
- Por imposibilidad económica del procesado
- El buen comportamiento del procesado, entre otras.

Cabe resaltar que la disminución de la caución se aplicará, sin afectar la cantidad fijada para garantizar el pago por concepto de la reparación del daño a que tenga derecho el ofendido, esto quiere decir que solo serán susceptibles de disminuir: la multa y las obligaciones procesales.

3.6. Causas de revocación de la libertad provisional.

Según el párrafo tercero, fracción I, del artículo 20 Constitucional, la autoridad que otorgo la libertad provisional al inculpado puede proceder a su revocación, cuando el procesado incumpla de forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso; es de importancia saber que antes de la reforma de 1993, la posibilidad de revocar la libertad provisional al inculpado únicamente se encontraba regulada en los códigos procesales penales, por lo que, si por incumplimiento de sus obligaciones se revocaba la libertad provisional al inculpado, se hacia efectiva la caución y este era reaprehendido; con posterioridad podía gozar nuevamente del beneficio de la libertad provisional bajo caución porque la Constitución no establecía nada sobre la revocación de la libertad provisional y nuevamente al ser reaprehendido el inculpado se encontraba en lo previsto por la fracción I del artículo 20. Esta situación pudiese cambiar con la inclusión de esta figura dentro de la Carta Magna, adquiriendo de esta manera la revocación un carácter definitivo, según criterio del Juzgador.

Es evidente que si existen motivos para conceder al inculpado la libertad provisional bajo caución, también existen motivos para revocarla, ya que como su nombre lo indica solo es “provisional” seria ilógico pensar que esta contragarantía durara para siempre y máxime **si se incumple de forma grave** con alguna de las obligaciones contraídas con motivo del proceso, esto quiere decir que no todo

incumplimiento amerita la revocación del beneficio, solo las faltas o incumplimientos graves, que permitan estimar al Juez, que el inculpado pretende sustraerse de la acción de la justicia .

El artículo 568 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal, establece:

“El juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualesquiera de las obligaciones previstas en el artículo anterior. Asimismo, se revocará la libertad caucional en los siguientes casos:

I. Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectuó las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito en parcialidades;

II. Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria;

III. Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al agente del ministerio público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca de su causa;

IV. Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente a su juez;

V. Si durante la instrucción apareciere que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves; y

VI. Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia.”

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA QUE ENFRENTA EL OFENDIDO, PARA HACER EFECTIVO SU DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

4.1. En la Constitución Política del país.

Quizá el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sea el más rico en cuanto a contenido de los 29 que integran el capítulo denominado “*de las garantías individuales*”, por que este artículo consagra dentro de su apartado A. Los derechos del inculpado y en su apartado B. Los derechos de la víctima u ofendido. Durante el desarrollo del presente tema expondremos parte de la evolución histórica del artículo en mención y el vía crucis del que ha sido víctima el ofendido, hasta llegar a nuestro actual artículo 20 tal y como lo conocemos.

El primer gran avance constitucional en apoyo al ofendido por el delito, fue la reforma de 1948, donde se adicionó un segundo párrafo a la fracción I, del artículo 20 de la carta magna, obligando al inculpado que deseara gozar de la libertad provisional, a caucionar hasta en tres tantas partes la reparación del daño; con esta reforma el ofendido obtuvo un gran beneficio, ya que la Constitución le reconoció un derecho público subjetivo, aunque inexplicablemente sólo obligaba al inculpado a garantizar la reparación del daño en los delitos patrimoniales, como si en los demás delitos no ocasionaran daños morales o materiales susceptibles de indemnización. El párrafo en comento rezaba:

“En ningún caso la fianza o caución sería 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 esos casos la garantía será, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado.”

Esto quiere decir que el inculpado que solicitaba la libertad provisional por la probable comisión de un hecho delictivo que atentara contra la vida, la libertad personal o sexual, por mencionar algunos, solamente debía caucionar lo relativo a sus obligaciones procesales (*sin exceder la cantidad de \$250,000.00*) y no así lo relativo a la reparación del daño.

En 1993 se incorporaron por primera vez a la Constitución las expresiones de víctima y ofendido, elevando de esta forma a nivel de garantía constitucional la protección de los derechos del inocente; además se condiciona atinadamente la concesión de la libertad provisional, a que el inculpado garantice el monto estimado de la reparación del daño, dejando de limitar esta garantía exclusivamente a los delitos patrimoniales.

Cuando la reforma de 1993 adiciona a la fracción I, del artículo 20 Constitucional, como requisito para que el inculpado goce de la libertad provisional, la obligación de garantizar el monto estimado de la reparación del daño, hace pensar que como sucede con las obligaciones procesales, la reparación del daño se podrá hacer efectiva a favor del ofendido en caso de fuga del inculpado, cuestión que inmediatamente fue atendida por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*tema 4.3*), en el sentido de que, cuando el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia solo deberá hacerse efectiva la garantía que responda por las obligaciones procesales, por ser las que se incumplieron con motivo de la fuga del inculpado y no así lo que respecta a las otras dos garantías (*las sanciones pecuniarias y la reparación del daño*), ya que ellas sólo podrán hacerse efectivas cuando exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, y si el inculpado se encuentra sustraído a la acción de la justicia el proceso se suspenderá y no habrá sentencia que, en su caso, condene al inculpado a pagar los daños ni la multa.

Según el criterio de nuestro máximo tribunal, la caución que garantiza la reparación del daño al ofendido, aún en caso de fuga del procesado, deberá seguir quedando a disposición de la autoridad que concedió su libertad provisional hasta que se logre nuevamente su captura y se finalice el proceso con una sentencia, por lo que de esta forma quedan pospuestos indefinidamente los intereses del ofendido, vulnerando su derecho Constitucional a ser resarcido por la comisión del hecho punible.

Recientemente fue adicionado el apartado B, artículo 20 del Pacto Federal, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de septiembre de dos mil (*en vigor desde el veintiuno de marzo de dos mil uno*) este apartado consagra como garantías de la víctima u ofendido del delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público, y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual se le reconoce constitucionalmente personalidad, dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (*de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve*) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como un sujeto necesario dentro del proceso con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de aportar los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpado y la reparación del daño en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente hablando, está legitimado para la interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público.

Por cuanto hace a la reparación del daño, la reforma al artículo 20 Constitucional recientemente aprobada faculta a la víctima u ofendido a aportar pruebas que acrediten el monto; se le garantiza su cobro y se le otorga el derecho a "que el juez que conozca del procedimiento penal abra de oficio el incidente para hacer efectiva la reparación del daño, en la ejecución de la sentencia".

No podríamos pasar inadvertido otro gran avance en materia de la reparación del daño, en pro del ofendido por el delito, que es lo establecido por el artículo 22 Constitucional, que previene "**no se considera confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecho por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito**", lo que quiere decir que este artículo autoriza al órgano jurisdiccional (*en casos de incumplimiento*) a rematar los bienes del sentenciado, con la finalidad de costear al ofendido el monto que corresponda a la reparación de los daños.

4.2. En la legislación secundaria.

Son bastos los problemas que enfrenta el ofendido cuando pretende hacer efectivo su derecho constitucional a la reparación del daño, por ejemplificar algunos, tenemos que la ley de amparo establece en su artículo quinto:

Artículo 5.- "Son partes en el juicio de amparo:

I.- El agraviado o agraviados;

II.- La autoridad o autoridades responsables;

III.- El tercero o terceros perjudicados, pudiendo intervenir con ese carácter:

A).- La contraparte del agraviado cuando el acto reclamado emana de un juicio o controversia que no sea del orden penal, o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento;

B).- El ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que estas afecten dicha reparación o responsabilidad."

La ley de amparo establece que el ofendido con derecho a la reparación del daño tendrá el carácter de tercero perjudicado, "**exclusivamente contra actos judiciales**" del orden penal siempre que estos afecten a dicha reparación o responsabilidad civil, texto que vulnera la garantía constitucional del ofendido, en

virtud de que lo deja sin la posibilidad de intervenir en los juicios de amparo que pudiesen promoverse por el probable responsable dentro de la "averiguación previa" y que pudiesen afectar la referida reparación o responsabilidad del inculpado, razón por la cual se considera necesario reformar el referido precepto con la finalidad de que la víctima u ofendido se encuentren en condiciones de ejercer plenamente las garantías individuales que se le otorgan en las fracciones II y IV, apartado "B" del artículo 20 de nuestra Constitución.

En ese mismo orden de ideas, y atendiendo al contenido del artículo 10 de la referida ley de amparo, la víctima u ofendido solamente puede promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; y, contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional, de lo que se desprende, que el referido artículo limita considerablemente lo establecido en la fracción II, apartado "B", del artículo 20 constitucional, en virtud de que el mismo contempla la coadyuvancia, como el derecho a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente la víctima u ofendido, tanto en la averiguación previa como en el proceso, de ahí que si dentro de alguna de estas instancias le son vulneradas alguna o algunas de estas garantías, es claro que la citada víctima u ofendido queda en estado de indefensión absoluto, en razón de que con las limitantes contenidas en el citado artículo 10 de la ley de amparo, que dice:

“La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover amparo:

I.- Contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil;

II.- Contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; y,

III.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.”

Por esta razón se violenta lo establecido por los artículos 103, fracción I y 107 de nuestra Constitución, en relación con el artículo 1º fracción I de la citada ley de amparo, razón por la cual, y a fin de salvaguardar las garantías individuales relativas a la reparación del daño, se considera necesario adicionar el texto del artículo 10 del ordenamiento legal antes citado, a efecto de que la víctima u ofendido este en condiciones de recurrir al amparo contra actos generados tanto en averiguación previa, como en actos judiciales del orden penal, siempre que estos puedan afectar la reparación del daño, y que evidentemente afecten

cualquiera de las garantías que le consagra el apartado "B" del artículo 20 Constitucional.

Otro ejemplo de los obstáculos que se presentan al ofendido cuando pretende hacer efectivo su derecho a la reparación del daño, podría ser lo establecido por el artículo 489 del código federal de procedimientos penales:

Artículo 489.- "La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, debe ejercitarse por quien tenga derecho a ello ante el tribunal que conozca de la pena; pero deberá intentarse y seguirse ante los tribunales del orden común, en el juicio que corresponda, cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intente fuere un particular. Esto último se observará también cuando, concluida la instrucción, no hubiere lugar al juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil."

Según este artículo, cuando el ofendido por el hecho delictivo exija el pago (*por concepto de reparación del daño*) a una tercera persona, distinta al inculpado (*tema 1.7*), deberá demandar dentro del juicio penal y en forma de incidente, extraordinariamente el artículo autoriza al ofendido para tramitarlo en sede civil, cuando se reúnan dos requisitos, 1) que en el proceso penal se dicte sentencia con carácter de irrevocable; y 2) que el ofendido o su legítimo representante no hubiesen intentado acción para resarcir sus daños durante el trámite del juicio principal.

También se autoriza al ofendido para reclamar la reparación del daño en sede civil, cuando concluida la instrucción del juicio penal, el Ministerio Público decida formular "*conclusiones inacusatorias*," debido a que del material probatorio desahogado durante la substanciación del proceso estimara que no se hubiese logrado acreditar el delito o acreditado éste no se demuestre la plena responsabilidad del procesado.

Sólo en estas dos hipótesis la ley penal federal autoriza al ofendido por el hecho delictivo o a su legítimo representante, a demandar en sede civil el pago de la reparación de los daños sufridos por el pasivo con motivo de la comisión del hecho delictivo, ocasionando en consecuencia una severa restricción a las opciones con las que cuenta el ofendido, cuando pretende hacer efectivo su derecho Constitucional.

Además de estos dos ejemplos, encontramos una falla diversa por parte del legislador secundario en el Distrito Federal, ya que en materia de reparación del daño al ofendido por el delito, dentro del código penal y dentro de la ley de ejecución de sanciones penales, no se consagra la concesión de algún concesión

de algún beneficio para los procesados o sentenciados que cubran de forma anticipada, o, **que simplemente paguen** el monto que resulte acreditado a favor del ofendido por concepto de reparación de daños, esta errata, podría catalogarse como un “*error de omisión*”.

Actualmente el sistema penitenciario mexicano se encuentra en crisis, debido a la sobrepoblación de las cárceles, lo cual es un fenómeno evidente; el saturamiento de las prisiones y centros de readaptación ha sido ocasionado por diversos factores, entre los que encontramos: el crecimiento de la delincuencia, el endurecimiento de las penas y la reducción de las posibilidades para que los inculcados sean procesados en libertad. Aunado a esto, existen evidencias de que el incremento de las personas en reclusión no ha estado acompañado de una disminución en la delincuencia.

Creemos que una posible solución al problema de sobrepoblación que presentan los centros penitenciarios en México, sería, la reordenación del régimen jurídico de los beneficios de libertad previstos en la ley de ejecución de sanciones penales, para sustituir a las tres figuras jurídicas que actualmente regula, las cuales son: la remisión parcial de la pena, la libertad preparatoria y el tratamiento preliberacional.

En su lugar se podría establecer que únicamente sean dos los beneficios, y que ambos se empleen en pro de cumplimentar la reparación del daño al ofendido: 1) la remisión parcial de la pena; y 2) la bonificación de la pena por pago de la reparación del daño.

Diversa propuesta consiste en reformar al código de procedimientos penales, con la finalidad de sustituir (*en algunos casos*), la prisión preventiva a la que se somete al inculcado, canalizándolo a nuevos esquemas de readaptación social, como lo podría ser la capacitación e inscripción del procesado a programas reglamentados de trabajo remunerado, aplicado a favor de la reparación del daño del ofendido, llenando además, el vacío que actualmente existe sobre los beneficios otorgados a favor de los sentenciados que cumplan el pago de la reparación del daño al que fueron condenados, incentivando su cumplimiento en pro del ofendido.

Al respecto, valdría la pena analizar la iniciativa presentada por el diputado plurinominal del partido Convergencia, **Luis Maldonado Venegas** quien en el año de 2003 propuso un proyecto de ley de ejecución de penas y readaptación social del sentenciado, iniciativa que a lo que interesa reza:

“Clasificación de las cárceles, internos y tratamientos:

TIPO DE CÁRCEL	POBLACIÓN OBJETIVO	MODALIDADES DEL TRABAJO Y ATENCIÓN
<i>MÁXIMA SEGURIDAD</i>	<i>PERSONAS DE ALTA PELIGROSIDAD: Que cumplen por regular con sentencias de un mínimo de 5 años o hasta una acumulación indefinida, con un promedio de 20 años aproximadamente</i>	<i>Trabajo industrial carcelario</i>
<i>MEDIANA SEGURIDAD</i>	<i>MEDIANA PELIGROSIDAD: Individuos que cometieron delitos graves; reincidentes susceptibles de una labor efectiva de readaptación.</i>	<i>Trabajo con proyección industrial y alternativas de trabajo comunitario. El individuo, desde que es internado, es candidato, a recibir el beneficio de preliberación; debe ser económicamente productivo para que de sus ingresos se haga la siguiente distribución: 60% para la reparación del daño, 20% para el mantenimiento de la familia, 10% como cuota de recuperación de su propio sostenimiento en la prisión y 10% para sus gastos personales o para ahorro.</i>
<i>BAJA SEGURIDAD</i>	<i>BAJA PELIGROSIDAD: Sentenciados por delitos no graves, con penas que compurguen en régimen de semilibertad o estén en la fase final de la ejecución de la pena</i>	<i>Se trata de cárceles abiertas que permitirán a los reos desarrollar trabajo en la comunidad o en empresas, saliendo a cumplir sus jornadas y regresar a la cárcel el resto del día.”¹⁹</i>

4.3. En la jurisprudencia.

Previamente al análisis de la problemática que acarrea para el ofendido algunos de los criterios sustentados por los órganos jurisdiccionales en México, se considera indispensable en primer término, aludir a la definición, naturaleza y alcances de la jurisprudencia de nuestro país.

La jurisprudencia es la correcta interpretación y alcance de los preceptos jurídicos que emite un órgano jurisdiccional al resolver los asuntos que son puestos a su consideración, resultando obligatoria a otros órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. El sistema jurídico mexicano prevé la figura de la jurisprudencia en los artículos 192 a 197-B, ambos de la Ley de Amparo, como una figura procesal relativa al juicio de amparo y que tiene como finalidad crear certidumbre jurídica para que casos que son puestos a consideración de juzgadores sean resueltos en igual sentido y así evitar criterios contradictorios.

La jurisprudencia puede ser formada a través de dos medios: 1) *por reiteración de tesis*, o 2) *por contradicción de tesis*.

¹⁹ *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, México, 5 de noviembre de 2003.

El primero de ellos consiste en que cinco sentencias sobre el mismo tema sean resueltas en el mismo sentido de manera ininterrumpida, adicionalmente, las sentencias deberán ser resueltas con una votación idónea; en el caso de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la votación idónea para integrar jurisprudencia es de cuatro votos a favor de un total de cinco; en el caso de asuntos resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la votación deberá ser de ocho votos a favor, permitiendo tres votos en contra. La jurisprudencia emitida por Tribunales Colegiados de Circuito sobre cuestiones de su competencia (cuestiones de legalidad, procedimiento o Constitucionalidad de leyes locales, entre otros) deberá ser por unanimidad de los tres magistrados.

La jurisprudencia por contradicción de tesis tiene su cabida cuando se denuncian criterios divergentes o contrarios por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por Tribunales Colegiados de Circuito, la contradicción puede ser denunciada por los magistrados integrantes de los Tribunales Colegiados, los ministros de las salas, o las partes que intervinieron en el juicio que dio lugar a la contradicción, además del Procurador General de la Republica.

La contradicción de tesis entre Tribunales Colegiados de Circuito puede ser resuelta por las Salas o por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cambio, la contradicción de tesis entre Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación únicamente podrá ser resuelta por el Pleno de ésta.

Para que exista contradicción de tesis, es necesario que se suscite entre órganos de igual jerarquía, por lo que no puede tener lugar entre una Sala de la Suprema Corte y un Tribunal Colegiado. A diferencia de la jurisprudencia por reiteración, la jurisprudencia por contradicción de tesis no requiere que exista votación idónea para su formación.

Un ejemplo de jurisprudencia creada por contradicción de dos tesis, (*y que además afecta a la figura procesal del ofendido*) sería la siguiente:

“FIANZA PENAL. CUANDO SE REVOCA LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN POR QUE EL INDICIADO INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES PROCESALES, PROCEDE HACERLA EFECTIVA ÚNICAMENTE EN RELACIÓN CON ESE CONCEPTO. *De lo dispuesto en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que todo inculpado tiene derecho, durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite y siempre que se satisfagan diversos requisitos legales, entre otros: que se garantice el monto de la reparación del daño ; el de las sanciones pecuniarias que pudieran imponérsele, y la caución relativa al cumplimiento de las obligaciones procesales. Ahora bien, cuando se revoca la libertad provisional por el incumplimiento de las obligaciones a que se sujeto el procesado, la caución se otorgo para gozar de tal beneficio deberá hacerse efectiva únicamente respecto del monto relativo al cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso. Ello es así, toda vez que por elemental lógica jurídica, el incumplimiento de una*

obligación derivada de la causa propicia la reaprehensión y hace efectiva la garantía exhibida, pero solo por ese aspecto, y no respecto a conceptos diversos, tales como la reparación del daño y la multa, las cuales constituyen sanciones que se imponen hasta que se dicta sentencia, y se elucida que se llevo acabo una conducta que constituye un delito por parte del procesado.”

Nº de Registro: 181,332, Jurisprudencia, Materia(s) Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIX, junio de 2004, Tesis: 1ª./J.24/2004, Pag.98.

Contradicción de tesis 50/2002-PS. Entre las sustentadas por el primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 31 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto.

Tesis de Jurisprudencia 24/2004. Aprobada por la Primera Sala del este Alto Tribunal, en sesión de fecha treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

La jurisprudencia arriba transcrita fue creada en el año de 2004 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que resolvió, que en caso de fuga del inculpado que haya garantizado su libertad provisional, únicamente deberá hacerse efectiva la garantía que concierne a las obligaciones procesales (*mismas que incumplió con su fuga*), y no así por lo que respecta a la multa ni a la reparación del daño, ya que estas constituyen sanciones inherentes a la sentencia que comprueba el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del inculpado; y por lógica, si el inculpado se sustrae del proceso antes de que se compruebe su responsabilidad penal, no habrá lugar a condenarlo al pago de las multas ni a la reparación del daño, aunque estos dos se encuentren previamente garantizados y a disposición de la autoridad que concedió la libertad provisional.

La concesión otorgada por el procesado quedara indefinidamente a disposición de la autoridad judicial y el ofendido con derecho a la reparación del daño guardara estado de zozobra hasta que se logre la reaprehensión del inculpado sustraído de la acción de la justicia; y una vez reaprehendido, podrá gozar nuevamente el inculpado del beneficio de la libertad bajo caución, por ser un derecho constitucional, y así mismo volverse a sustraer del proceso, convirtiéndose ésta en una historia sin final feliz para el ofendido.

Otro ejemplo del criterio del órgano Jurisdiccional, que resulta dañino para el ofendido por el delito que busca resarcir sus daños, seria el siguiente:

“REPARACIÓN DEL DAÑO, TERMINO PARA CUMPLIR CON LA. VIOLA LAS GARANTÍAS CUANDO AFECTA AL BENEFICIO DE LA SUSTITUTIVA DE PRISIÓN.

Viola las garantías el termino perentorio que impone el juzgador, al sentenciado para que satisfaga la reparación del daño, como condicionante para que pueda disfrutar de los beneficios de la sustitución de la pena de prisión, toda vez que el articulo 76 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en materia de Fuero Federal no establece plazo como condicionante de dejar sin efectos tal beneficio, por lo que fijarlo en tal sentido resultaría injusto, ya que desnaturaliza las sustitutivas contenidas en el articulo 70 del dispositivo legal antes mencionado, pues ello conduce a que en caso de incumplimiento, por insolvencia o por cualquier otra causa deje de surtir efectos la sustitutiva, debiendo por ello eliminarse de la sentencia el citado plazo, en aquellas hipótesis en las que atenta contra el beneficio concedido.”

Nº de Registro: 197,414. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Noviembre de 1997. Pagina: 417.

Si bien es cierto que el beneficio de la sustitución de la pena de prisión contemplado en el titulo tercero, capitulo VIII, del código penal para el Distrito Federal, es diverso al de la libertad provisional bajo caución, no hay duda que para gozar de cualquiera de ellos, es menester garantizar a satisfacción del órgano jurisdiccional, el pago que cubra la reparación del daño.

En ese orden de ideas y según la jurisprudencia transcrita, es correcto exigir el pago de la reparación del daño como condicionante para otorgar al sentenciado el beneficio de la sustitución de la pena, lo que es ilegal y contrario a la ley, seria, exigir el pago dentro de un termino perentorio como condicionante para otorgar el beneficio, **aun cuando, en realidad el animo del Juzgador sea el de agilizar el resarcimiento de los daños al ofendido por el delito.** Este criterio afecta sin duda, el derecho Constitucional del ofendido.

En el mismo sentido (*en perjuicio del ofendido*), encontramos la tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Segundo circuito con el siguiente rubro:

“DAÑO EN PROPIEDAD AJENA, CONDENA INDEBIDA A AL REPARACIÓN DEL DAÑO SINO SE EJERCITA ACCIÓN POR EL DELITO DE, Y SE SANCIONA POR DIVERSO ILÍCITO.

Es indiscutible que todo delito de daño da vida, por una parte a la sanción, y por otra, a la obligación de reparar el daño causado como consecuencia directa y necesaria de dicho ilícito, siendo por ello que si el delito no llega a consumarse no tendrá existencia la sanción ni la obligación reparadora de daño. Y, para que el órgano jurisdiccional este en posibilidad de llegar a imponer sanciones, previo el proceso correspondiente, es indispensable que el Ministerio Público, ejercite acción penal, y formule acusación, después. En tales condiciones, si los daños aun inmueble se causaron en forma independiente al delito de robo de un bien existente en el mismo lugar, es decir, por hechos diversos que constituyen de manera autónoma el delito de daño en propiedad ajena, si el Ministerio Público no

ejercito acción penal, ni formuló acusación por este ilícito, resulta evidente la violación a las garantías del acusado consistentes en haberlo condenado a pagar la reparación del daño”.

Nº de Registro: 654,014. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Noviembre de 1994. Pagina: 607.

Aunque es severa para los intereses del ofendido, la tesis transcrita aplica la lógica jurídica, al establecer que para que el órgano jurisdiccional se encuentre en posibilidades de condenar al pago de la reparación del daño al inculpado es requisito indispensable que la Representación Social formule acusación y ejercite la acción penal correspondiente por todos los delitos cometidos en agravio del ofendido (*concurso real del delito*), *so pena*, de encontrarse imposibilitado para requerir la reparación de los daños al inculpado, y ejemplifica:

Si se causan daños a un determinado inmueble de forma independiente al delito de robo de un bien existente en ese lugar, y el Ministerio Público ejercito acción penal exclusivamente por el delito de robo y no por el daño en propiedad, resultaría evidente la violación de garantías del acusado, en caso de condenarlo a pagar el daño de la propiedad, delito por el cual la Representación Social omitió ejercitar la acción penal.

CAPÍTULO V. PROPUESTA PARA CONSTITUIR AL OFENDIDO COMO DEPOSITARIO DE LA CAUCIÓN QUE GARANTIZA LA REPARACIÓN DEL DAÑO, QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN COMO REQUISITO PARA QUE EL INculpADO DISFRUTE DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

5.1. Propuesta.

Nuestra propuesta obedece al afán de mejorar la situación jurídica que guarda el ofendido por el delito dentro del proceso penal en México, para dejar de victimizarlo de doble forma, en primer lugar por la afectación causada a su esfera jurídica como consecuencia directa de la comisión del hecho delictivo y después por las injusticias (*legislativas y jurisprudenciales*), aunado a los malos tratos que le proporciona la autoridad ante la cual acude en búsqueda de su protección.

Atento a este ideal, es que **proponemos, que en el supuesto de que el procesado que goce de la libertad provisional bajo caución incumpla con sus obligaciones procesales, es decir, si el inculcado llegase a sustraerse de la acción de la justicia, la autoridad que haya concedido el beneficio Constitucional, deberá revocarlo, e inmediatamente hacer efectiva la caución no solo en lo que respecta a las obligaciones procesales, sino también lo que concierne a la reparación del daño.** Lo anterior con el fin de que actualizado este supuesto se ponga a inmediata disposición del ofendido, en calidad de depósito, la parte proporcional de la caución que garantice la reparación del daño sufrido con motivo y como consecuencia directa del hecho delictivo.

De implementarse la aplicación de esta novedosa propuesta, dentro del libro primero, título tercero, capítulo VI, del código penal vigente para el Distrito Federal, se daría al ofendido por el delito una mayor certeza sobre la reparación del daño a la que le da acceso el Pacto Federal y que según el ordenamiento secundario en cita debe consistir, en restablecer las cosas al estado que originalmente guardaban hasta antes de la comisión del hecho delictivo. **Si con motivo de la fuga del procesado se entrega al ofendido, aunque sea en depósito, la parte proporcional que corresponda a la reparación del daño, se cubrirá en parte la deuda que tiene con él la sociedad y el sistema de impartición de justicia y además se le salvaría del estado de incertidumbre que generalmente guarda con respecto al pago de de sus daños que en la mayoría de los casos queda insatisfactoriamente cubierto, cuando no de plano impagado.**

Se deben puntualizar cuales serian las reglas a seguir al momento de constituir al ofendido como depositario de la reparación del daño que a manera de caución otorga el inculpado:

1.- Únicamente se podrá constituir al ofendido como depositario de la reparación del daño en caso de que el inculpado que goza de la libertad provisional bajo caución se sustraiga de la acción de la justicia. Lo que respecta a la posible multa y a las obligaciones procesales, seguirá haciéndose efectivas a favor del Estado en los supuestos en que proceda.

2.- Las formas de garantizar al ofendido por el delito, el pago de la reparación del daño, serán las que previene en la actualidad la ley penal, (tema 3.4 y 3.5).

3.- Una vez constituido el depósito, el ofendido contraerá todas las obligaciones inherentes a las de un depositario por mandato judicial.

4.- En caso de que lograda la reaprehensión del inculpado exista sentencia de condena y esta quede firme, la caución entregada en depósito al ofendido, se entenderá aplicada hasta donde alcance, como pago de la reparación del daño.

5.- En caso de que lograda la reaprehensión del inculpado la autoridad Jurisdiccional absuelva al inculpado, ó lo condene por la comisión del delito absolviéndolo de pagar la reparación del daño, exista supresión del tipo penal o indulto, el ofendido que funja como depositario de la reparación del daño será requerido por el Juez para que devuelva la suma depositada por el sentenciado, de no ser así, la devolución será exigible en sede civil y penal.

Nos encontramos plenamente convencidos, de que la incorporación de nuestra propuesta al código penal del Distrito Federal, significará un enorme avance en materia de “los derechos del ofendido y la víctima del delito.”

Además seguramente constituirá una reivindicación del sistema de impartición de justicia en México ante estos sujetos procesales, que tradicionalmente han sido los parientes pobres de la relación penal.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La comisión de un hecho delictivo genera dos tipos de acciones, la acción penal y la acción reparadora.

SEGUNDA.- En el derecho penal positivo, existe una gran confusión sobre la diferencia que existe entre el sujeto pasivo, el ofendido y la víctima del delito, confusión causada en gran medida por la poca atingencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del código penal federal y del D.F; sobre el tópico en cuestión.

TERCERA.- No debe considerarse a la prisión preventiva como regla general, son los Jueces los que en cada caso deben individualizar, si existe o no, el peligro de fuga.

CUARTA.- Son bastos los problemas que enfrenta el ofendido por el delito cuando pretende hacer efectivo su derecho Constitucional a la reparación del daño, ya que la legislación y la jurisprudencia indudablemente disminuyen las posibilidades del ofendido a ser resarcido por los daños ocasionados como consecuencia directa del hecho delictivo.

QUINTA.- Consideramos grave la **inexistencia** de alguna concesión o beneficio para los procesados que no tengan acceso a la libertad provisional bajo caución y que aun así garanticen el pago por concepto de la reparación del daño, por que, esta circunstancia propicia de forma considerable que el procesado incumpla con sus obligaciones en este rubro.

SEXTA.- Constituir al ofendido como depositario de la reparación del daño, causaría una verdadera revolución en los derechos del ofendido dentro del proceso penal mexicano, ya que con la aplicación de esta propuesta recuperaríamos en gran medida la confianza de la sociedad al sistema de impartición de justicia en México, y de ninguna forma se afectaría el normal desarrollo del proceso.

BIBLIOGRAFÍA.

- Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, Editorial Porrúa, México 2000.
- Blanco Escandón, Celia, *Derecho procesal penal*, Editorial Porrúa, México 2004.
- Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2003.
- Brebbia, Roberto, *El daño moral*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1950.
- Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, Editorial UNAM, México 1992.
- Castro V., Juventino, *El ministerio publico en México*, 11ª edición, Editorial Porrúa, México 1999.
- De la Cruz Agüero Leopoldo, *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, Editorial Porrúa, México 2004.
- Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal para el Distrito Federal Comentado*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2002.
- García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México 2003.
- Garrido Zago, *Contratos civiles y comerciales*, Tomo II parte especial, editorial Universidad, Buenos Aires 1993.
- Hernández Pliego, Julio Antonio, *El proceso penal mexicano*, Editorial Porrúa, México 2002.
- Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de derecho procesal penal*, 14ª edición, Editorial Porrúa, México 2006.
- Martínez Pineda, Ángel, *Estructura y valoración de la acción penal*, México, Ed; Azteca, 1968.
- Ribó Durán, Luis, *Diccionario de derecho*, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona 1998
- Sainz Cateno Caparros, Ma. Belén, *La reparación del daño ex – delito*, Editorial Comanes, Granada 1977.

Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, Editorial Harla, México 1990.

Vela, Alberto R. *La reparación del daño penal*, Colección especial, México 1954.

Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 9ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.

LEGISLACIÓN.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial SISTA, México 2006.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL, 1ª edición, Editorial SISTA, México 2006.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 15ª edición, Ediciones fiscales ISEF, México 2006.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 15ª edición, Ediciones fiscales ISEF, México 2006.

CÓDIGO PENAL FEDERAL, 15ª edición, Ediciones fiscales ISEF, México 2006.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 15ª edición, Ediciones fiscales ISEF, México 2006.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 24º edición, Editorial Limusa, México 2006.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, 15ª edición, Ediciones fiscales ISEF, México, 2006.

OTRAS FUENTES.

GACETA PARLAMENTARIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, México, 5 de noviembre de 2003.

JURISPRUDENCIAS Y TESIS AISLADAS IUS 2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2006.

REVISTA DEL ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS DE MÉXICO, A.C.,
Año 5, Nos. 19-20, México, 2006.

<https://www.wordreference.com>

<https://bibliojuridica.org>

<https://www.pgjdf.gob.mx/transparencia>