



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

"ANALISIS JURIDICO DE LA REPARACION DEL DAÑO PREVISTA EN EL ARTICULO 319 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MEXICO"



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: SOCORRO HERNANDEZ OLIVAREZ

ASESOR: LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA

ENERO DEL 2001.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI HERMANO PEDRO, LE DEDICO ESTE
TRABAJO COMO UN PEQUEÑO TRIBUTO A
SU MEMORIA, GRACIAS POR ENSEÑARME EL
VALOR DEL TRABAJO, SIEMPRE TE LLEVARE
EN MI CORAZON.

A TODOS MIS SOBRINOS, JESSI, ALE, FANY, LILI,
MIRIAM, ISABEL, PEDRITO, GUSTAVITO,
RICARDITO Y LALITO POR SER UN ESTIMULO
QUE ME MOTIVA, LOS QUIERO MUCHO.

A LOS AMIGOS QUE HAN ESTADO
CERCA DE MI, EN DIVERSAS
ETAPAS DE MI VIDA, GRACIAS, POR
AYUDARME A CUMPLIR ESTA META.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO, Y A LA
ENEP ACATLAN, CON MI ETERNO
AGRADECIMIENTO POR LA OPORTUNIDAD
QUE ME BRINDAN.

A MI ASESOR, CON TODA MI ADMIRACION,
GRACIAS POR LA EXPERIENCIA COMPARTIDA EN
SUS CLASES Y POR TODO SU APOYO EN ESTE
TRABAJO.

A TODAS LAS PERSONAS QUE
CONTRIBUYERON DIRECTA O
INDIRECTAMENTE EN LA ELABORACION
DE ESTE TRABAJO.

OBJETIVO

La presente tesis se realiza en base a la inquietud que ha nacido en mí de la observancia de la aplicación del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México

Aplicación que a mi consideración resulta inconstitucional, por lo que respecta a que en el mencionado ordenamiento legal se exige a los inculpaos que para obtener el derecho de su libertad provisional, garanticen el pago de la reparación del daño mediante depósito en efectivo, situación ésta que en ningún momento establece nuestra Constitución, ya que si bien la misma estipula que el juez deberá tomar entre otras cosas los daños y perjuicios causados al ofendido también señala que el momento y forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpaado. Por lo tanto estimo que el exigirse dentro del Estado de México, depósito en efectivo para garantizar la reparación del daño se están conculcando las garantías individuales de los inculpaos y principalmente de los mas desposeídos, convirtiendo la aplicación del artículo 319 de esta Entidad, nuestra ley, en parcial, protegiendo unicamente a los afortunados económicamente y con liquidez disponible en cualquier momento, violándose entonces también la garantía de igualdad jurídica.

Conllevando lo anterior a diversos males tanto de la justa aplicación del Derecho, como para la Sociedad, por lo que mi propuesta concreta es ampliar en el Estado de México la forma de garantizar la reparación del daño. Beneficio de los inculpaos, de nuestra Sociedad y de la correcta aplicación de la ley fundamental.

GARANTÍA.- Jurídicamente el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado, los estudiosos de este origen coinciden que la palabra "garantía", proviene del término anglosajón "warranty" o "warrante", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o respaldar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia, su sentido lato a "aseguramiento" o "afianzamiento" pudiendo significar "protección", "respaldo" "defensa" "salvaguardia" o

la lengua Española, dice que la palabra garantía que a su vez tiene su origen en la palabra fianza y la define como la acción y efecto de garantizar o de lo establecido o de lo estipulado.

garantía y el verbo garantizar son derivados de fiar y de ellos las tomaron los franceses mediados del siglo XIX.²

consignado en la ley se llama garantía aún

plimiento de una obligación mediante el compromiso de pago por un tercero la misma por el deudor originario.¹

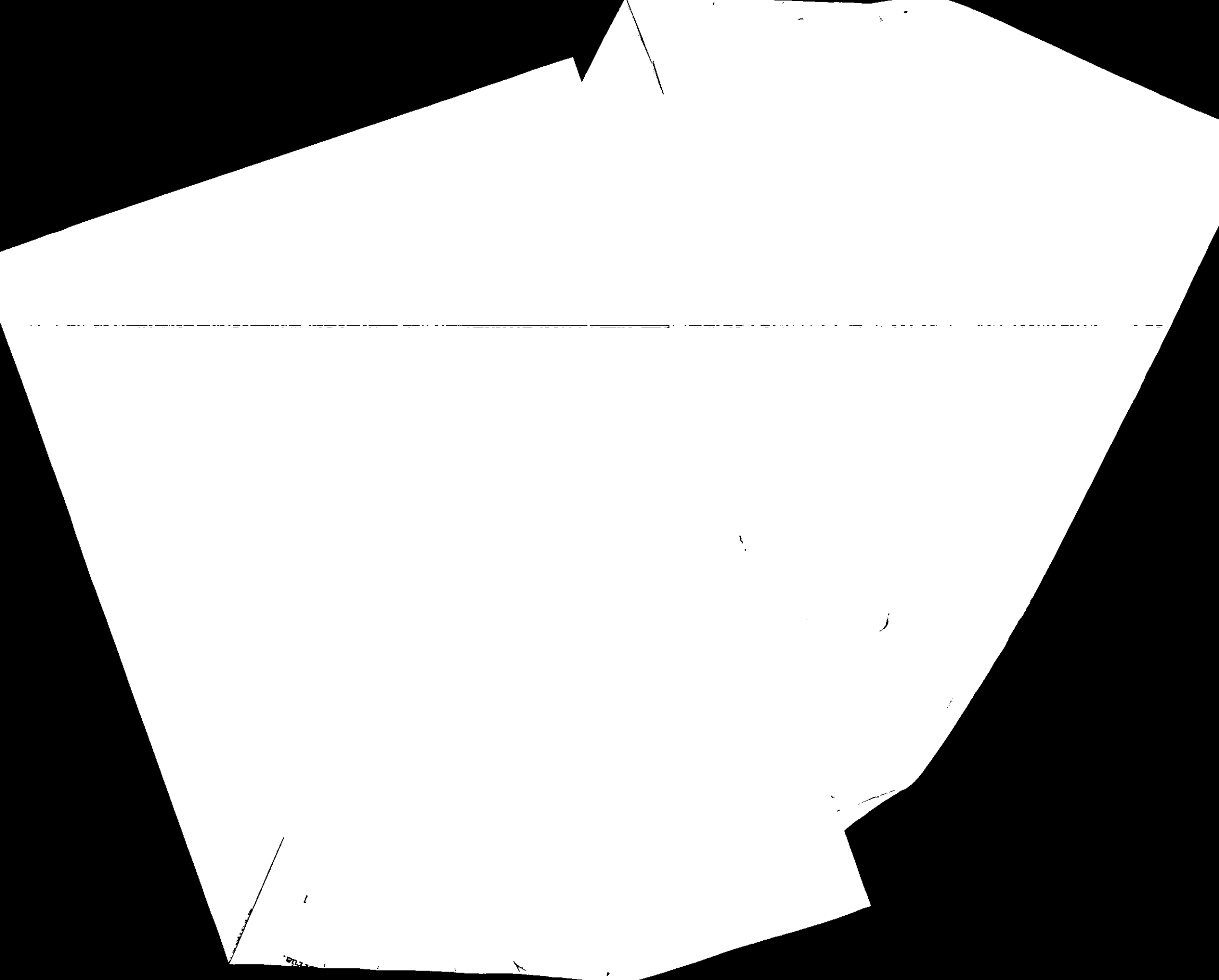
que "sólo pueden estimarse como verdaderas garantías jurídicas de hacer efectivos los mandatos legales cuando éstas en fundamentales como las establecidas

1. 135

Rafael y De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1964, pág. 58

2. pág. 299

Juicio, Juicio de Amparo, Edición 1964, pág. 58



C A P I T U L A D O

I.- DEFINICIONES

- a.- Garantía, Personal y Constitucional.
- b.- Fianza.
- c.- Caución.
- d.- Reparación del daño.
- e.- Breve antecedente histórico.

II.- NATURALEZA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

- 1.- Concepto de Reparación del daño.
 - a.- Daño patrimonial.
 - b.- Daño moral.
 - c.- Como obligación civil.
 - d.- Como pena pública.

2.- NATURALEZA

- a.- Finalidad de la Reparación del daño.
- b.- Características de la reparación del daño.
- c.- Sujetos con derecho al pago de la reparación del daño.
- d.- Personas obligadas al pago de la reparación del daño.

III.- PROCEDIMIENTO DE GARANTIA DE LA REPARACION DEL DAÑO

- 1.- Ante Ministerio público.
 - a.- Requisitos de Procedencia de la libertad poversional.
 - b.- Formas de garantía de la reparación del daño.
 - c.- Efectos de la garantía ante el Órgano Jurisdiccional.

2.- ANTE JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

- a.- Requisitos de procedencia de la libertad caucional.
- b.- Fundamentos para fijar la caución.
- c.- Efectos de la garantía de la reparación del daño al revocarse la . libertad

3.- LA REPARACION DEL DAÑO COMO SANCION.

- a.- Requisitos para condenarse en sentencia.
- b.- Efectos del NO pago de la reparación del daño.
- c.- Prescripción de la reparación del daño como pena.

IV.-PROPUESTAS PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

- a.- Requisitos para determinar la cuantía.
- b.- Formas de Garantizar la reparación del daño.
- c.- Formas de pagar el daño causado.
- d.- Beneficios para el inculpado o sentenciado.
- e.- Beneficios para la víctima u ofendido.
- f.- Beneficios para el sistema penitenciario.
- g.- Beneficios para la sociedad.

CONCLUSIONES

JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFIA

OBJETIVO

La presente tesis se realiza en base a la inquietud que ha nacido en mí de la observancia de la aplicación del artículo 319 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México

Aplicación que a mi consideración resulta inconstitucional, por lo que respecta a que en el mencionado ordenamiento legal se exige a los inculcados que para obtener el derecho de su libertad provisional, garanticen el pago de la reparación del daño mediante depósito en efectivo, situación ésta que en ningún momento establece nuestra Constitución, ya que si bien la misma estipula que el juez deberá tomar entre otras cosas los daños y perjuicios causados al ofendido también señala que el momento y forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para el inculcado. Por lo tanto estimo que el exigirse dentro del Estado de México, depósito en efectivo para garantizar la reparación del daño se están conculcando las garantías individuales de los inculcados y principalmente de los más desposeídos, convirtiendo la aplicación del artículo 319 de esta Entidad, nuestra ley, en parcial, protegiendo únicamente a los afortunados económicamente y con liquidez disponible en cualquier momento, violándose entonces también la garantía de igualdad jurídica.

Conllevando lo anterior a diversos males tanto de la justa aplicación del Derecho, como para la Sociedad, por lo que mi propuesta concreta es ampliar en el Estado de México la forma de garantizar la reparación del daño en beneficio de los inculcados, de nuestra Sociedad y de la correcta aplicación de la ley fundamental.

GARANTIA.- Jurídicamente el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado, los estudiosos de éste origen coinciden en que la palabra "garantía", proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia, garantía en su sentido lato a "aseguramiento" o "afianzamiento" pudiendo denotar también protección, "respaldo" "defensa" "salvaguardia" o "apoyo".¹

La Real Academia de la lengua Española, dice que la palabra garantía deriva del término garante, que a su vez tiene su origen en la palabra "werento" del antiguo alto alemán y la define como la acción y efecto de asegurar el cumplimiento o ejecución de lo establecido o de lo estipulado.

Para Sánchez Viamonte, la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX.²

Isidro Montiel y Duarte³, asevera que es todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía aún cuando no sea de las individuales"

GARANTIA. Aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario.⁴

Fix Zamudio,⁵ sostiene que "sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales", dividiendo éstas en fundamentales como las establecidas

¹ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S.A México, 1965, pág. 135

² Idem.

³ Ibídem.

⁴ De Pina, Rafael y De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1992. pág. 299

⁵ Fix Zamudio, Juicio de Amparo, Edición 1964, pág. 58

en los primeros veintiocho artículos de nuestra Carta Magna (destacando los artículos 14 y 16) y las de la Constitución como los procesos constitucionales establecidos (artículos 103 y 107) de carácter represivo y reparador.

La diversidad de definiciones o de opiniones sobre lo que debe entenderse por garantía en el derecho público, obedece a que los autores toman la idea respectiva en sentido lato, sin contraerla al campo de las relaciones entre gobernantes y gobernados.

El concepto garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridad o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

El aseguramiento, afianzamiento, o cumplimiento de algo se deriva evidentemente una obligación garantizadora accesoria de una otra principal, de la que es consecuencia natural o convencional, asegurándose la perfecta consumación o cumplimiento de aquella obligación principal.

Dichas garantías se traducen en un conjunto de prescripciones constitucionales de diferente índole, que supeditan todo acto de autoridad y de cuya observancia deriva la validez jurídica de éste y tienen como esfera de gravitación prerrogativas sustanciales para el ser humano, como *la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad.*

La garantía la podemos clasificar en las siguientes:

GARANTIA PERSONAL.- Es cuando se ofrece por una tercera persona ajena a la obligación, pero que se obliga a responder de su cumplimiento en el caso de que no lo haga el obligado principal, estableciéndose así la siguiente clasificación:

DIRECTA.- Es cuando el que resulta garante es al mismo tiempo el obligado principal.

INDIRECTA.- Se le llama así cuando en que garantiza responde del cumplimiento de una obligación que originalmente le es extraña.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.- Son limitaciones auténticas al poder público en beneficio de las libertades individuales y en pro del imperio del Estado de Derecho.

Dichas garantías alcanzan a algunos funcionarios públicos que impiden una persecución judicial directa afectando el órgano jurisdiccional.

Las garantías individuales en su acepción constitucional son Derechos fundamentales o libertades individuales que conforman la dignidad de la persona, que se recogen y expresan en la Constitución de un Estado como reconocimiento a los gobernados, éstos derechos fundamentales constituyen el estatuto personal de los individuos, por lo que son inalienables y están salvaguardados en las propias constituciones frente al Estado y sus órganos de gobierno.

En nuestro sistema constitucional, las garantías individuales y más bien los derechos fundamentales garantizados por la Constitución aluden no solo a las personas físicas, sino que involucran a todo gobernado, por lo que también son merecedores de aquellas las personas morales de derecho privado, las entidades de Derecho Social, las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados dado que todos estos sujetos o gobernados están expuestos a ser afectados en sus esferas jurídicas por actos de autoridad.

El concepto de garantía en la relación jurídica de supra y subordinación y de la que surge el llamado derecho público subjetivo del gobernado, que equivale en cierta medida al "derecho del hombre" de la Declaración francesa de 1789 y de nuestra Constitución.

Desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente las garantías individuales implican no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino lo que se ha entendido por derechos del gobernado frente al poder público. La relación entre ambos conceptos "garantía individual" y "derecho del gobernado", se deduce de la gestación parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857.⁶

Sin embargo no puede identificarse la "garantía individual" con el "derecho del hombre" o el "derecho del gobernado", como no se puede confundir el "todo" con la "parte".

Las garantías que con el Título de "Individuales", instituye nuestra constitución, propiamente se refieren a todo sujeto que tenga o pueda tener el carácter de gobernado.

Consiguientemente la denominación garantías individuales a que se atribuye a las garantías que debe tener todo gobernado no corresponde a la verdadera índole jurídica de éstas y sólo se explica por un resabio del individualismo clásico que no tiene razón de subsistencia en la actualidad y que por otra parte ha sido objeto de críticas destructivas injustificadas provenientes de ideologías socialistas y colectivistas.⁷

Son también Derechos que la Constitución de un estado reconoce a todos los ciudadanos.⁸

⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Pág. 139

⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantía y Amparo. Editorial Porrúa. México 1989, págs. 181 y 182.

⁸ Gran Larousse Universal Vol. 18, Plaza & Janes, S.A. Editores 1981, Alejandro Trabal

CLASIFICACIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES.

La garantía individual puede ser negativa, cuando impone al Estado y a sus autoridades un no hacer, una abstención una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar de no prohibir.

Será positiva en tanto que las autoridades estatales y el Estado por la mediación representativa de éstas están obligados a realizar en beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado una serie de prestaciones, hechos, actos etc., o sea a desempeñar un comportamiento activo, tal como la observancia de ciertos requisitos o formalidades, el desarrollo de un procedimiento previo para poder privar a una persona de la vida, de la libertad, etc.

Las garantías que imponga el Estado y sus autoridades se pueden clasificar en garantías materiales y garantías formales.

Dentro del primer grupo, se incluyen las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la igualdad y a la propiedad, comprendiendo el segundo grupo las de seguridad jurídica entre las que destacan la de audiencia y de legalidad consagradas primordialmente en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución.

En las garantías materiales los sujetos pasivos (estado y autoridades), asumen obligaciones de no hacer o de abstención (no vulnerar, no prohibir, no afectar, no impedir, etc.); en tanto que las formales las obligaciones son de hacer o sea positivas, consistentes en realizar los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria para que esta afecte con validez la esfera del gobernado.

En materia de Amparo, la Garantía es la cantidad que se fija por los tribunales para cubrir los posibles daños y perjuicios que se pudieran causar al tercero perjudicado con la concesión de la suspensión del acto

reclamado, en caso de que el quejoso no obtuviera una sentencia favorable en cuanto al fondo del amparo. ⁹

En relación con el proceso penal nuestra Constitución Política de 1917, contiene en los artículos 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21 las siguientes garantías constitucionales o fundamentales, mas aquí me interesa hacer un breve comentario sobre el 14 y 20 Constitucional a manera de mayor ilustración:

ARTICULO 14. - A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

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

La garantía de audiencia consagrada en éste precepto legal se integra por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica necesariamente concurrentes y que son el juicio previo ante tribunales previamente establecidos con las formalidades procesales esenciales ajustadas a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio, el objetivo de éstas seguridades jurídicas es el tutelar de la vida, la libertad, la posesión y los derechos del gobernado.

⁹ Chávez Castillo Raúl. Juicio de Amparo. Editorial Harla. México 1997. pág. 24

En el presente trabajo la libertad es nuestro tema de estudio, y ésta se encuentra protegida por la garantía de audiencia como facultad natural del individuo, extendiéndose a todos los medios para conseguirla y frente a cualquier acto de autoridad que importe su privación.

Las garantías involucradas en el artículo 20 Constitucional de nuestra Ley Fundamental, se refieren al procedimiento penal comprendido desde el auto judicial hasta la sentencia definitiva que recaiga en el proceso respectivo, son aplicables al gobernado en su calidad de indiciado o procesado, e imponen a la autoridad judicial que conoce del juicio correspondiente diversas obligaciones y prohibiciones a título de requisitos constitucionales que debe llenar todo procedimiento.

Las garantías contenidas en estos preceptos son objeto de regulación de los ordenamientos adjetivos en materia penal tanto del Código Federal de Procedimientos Penales como de los diversos Códigos locales, y aquellas están consiguientemente por encima de éstas leyes secundarias.

FIANZA

La palabra fianza, proviene del latín *fides* de *fido*, significa (fe, fidelidad, promesa, seguridad, patrocinio, defensa, auxilio, favor, creencia, etc.) *fide exhare* significa: faltar a la fe, a la prueba, a la promesa.¹⁰

FIANZA.- Es una obligación subsidiaria que se constituye para el cumplimiento de una obligación principal, puede constituirse por un tercero o bien por la persona sujeto del acto.

También se le ha definido como la garantía personal presentada para el cumplimiento de una obligación.¹¹

La fianza es un contrato por el cual una persona llamada fiadora, distinta del deudor y del acreedor en una determinada responsabilidad, se obliga con éste último a pagar dicha obligación en caso de que el primero no lo haga.¹²

La anterior concepción resulta semejante a la establecida por el artículo 2646 del Código Civil del Estado de México, el cual nos dice que la fianza es también un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

De la misma manera se denomina fianza el dinero y objeto que da en prenda el contratante para asegurar su obligación.¹³

¹⁰ De Miguel Raymundo. Nuevo Diccionario Latino Español Etimológico. Editorial Librería General Victoriano Suárez, Vigésima Octava Edición. pág. 376.

¹¹ De Pina Vara Rafael y De Pina Rafael. Diccionario de Derecho Editorial Porrúa. México. 1997. pág. 288

¹² Muñoz Cárdenas, Luis. Derecho Civil Mexicano. Editores y Distribuidores T. III. pág. 460

¹³ Idem.

La prenda lleva en el lenguaje corriente la denominación de fianza cuando toma la forma de un depósito de dinero o de títulos de renta exigidos a quien manejara fondos públicos.

Autores como Clemente Diego Felipe, la han definido como, el contrato por el cual una tercera persona distinta al acreedor y al deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal solidariamente, esto es, cuando el deudor o fiador anterior no cumple.

Concluyendo nuestro concepto diremos que la fianza es pues, la obligación que asume el fiador consistente en hacerse responsable de que el deudor principal ejecute o cumpla la obligación a su cargo, razón por la cual en este sentido, podría decirse que la obligación del fiador es una obligación de resultado.

Para un mayor abundamiento en la comprensión de este concepto, daremos la siguiente:

CLASIFICACIÓN DE FIANZAS

Fianza Convencional.- Tiene su origen en un contrato.

Fianza Legal.- Es la impuesta directamente por la ley para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones o la gestión de ciertos cargos o encargos.

Fianza Judicial.- Es aquella que ha sido decretada por un juez o Tribunal.

Lo anterior significa que la fianza convencional no existe antes de celebrar el contrato, es decir, no hay obligación de otorgar fianza personal. En tanto que la fianza judicial o legal existe bien sea por resolución judicial, antes de celebrar el contrato y la obligación es otorgar garantía personal.

En la fianza judicial y en la fianza legal, el fiador debe acreditar su solvencia con bienes raíces inscritos su nombre en el Registro Público de la Propiedad; no goza de los beneficios del orden de excusión (y el obligado a otorgarles fianzas puede sustituir ésta por prenda o hipoteca) es la que nos ocupa por ser la única aceptable por el Código Penal del Estado de México.

Cuando se trate de fianza legal o judicial se tendera a lo dispuesto por los artículos 2702 al 2707 del Código Civil del Estado de México.

La fianza en su sentido estricto es sólo la personal afirma Prieto-Castro, aun cuando en ocasiones la palabra fianza se emplee un sentido tan amplio que llega a confundirse con la caución.¹⁴

Fianza en su sentido correcto es la llamada personal y acogida en nuestra ley en el artículo 406 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Algunas diferencias específicas entre el contrato de fianza desde el punto de vista del Derecho Civil del Proceso Penal, son las siguientes.

1.- La fianza otorgada ante autoridad penal, no constituye de ninguna manera un contrato desde punto de vista civil por tanto la remisión que hace el Código de Procedimientos Penales al Código civil es incorrecta, porque en el Código Civil cuando se constituye la fianza de acuerdo con la clasificación hecha de la fianza convencional, fianza legal y fianza judicial específica de ésta en la naturaleza jurídica de la fianza legal acerca de la fianza judicial porque esta decretado por un juez no es convencional

2.- En la fianza Civil, judicial o legal surge la obligación de un tercero para cumplir la obligación del fiado, en cambio en el Derecho

¹⁴ Prieto Castro, Leonardo. Derecho Procesal Penal, Editorial pág. 269

Procesal Penal, surge la obligación de un tercero no para cumplir las obligaciones del fiado, porque en este caso la única obligación que surge es la de presentar a su fiado, conforme al artículo 339 del Código de Procedimientos Penales, que dice: "Cuando un tercero haya constituido depósito, fianza o hipoteca para garantizar la libertad de un inculcado, las ordenes para que comparezca éste se entenderan con aquél. Si no pudiere desde luego presentarlo, el órgano jurisdiccional podrá otorgarle un plazo hasta de treinta días naturales, sin perjuicio de librar la orden de aprehensión si lo estima pertinente. Si concluido el plazo concedido no se obtiene la comparecencia del inculcado, se ordenara su reaprehensión y se hara efectiva la garantía en los términos del artículo 337 del mismo Código.

De lo anterior podemos destacar la perdida de la fianza otorgada al no verificarse la comparecencia del inculcado o procesado, esto en menoscabo del fiador, por lo que el legislador deberá también proveer dichos casos para no percutir en los derechos de terceros.

CAUCION

La palabra caución, proviene del latín CAUTIO (onis F., de reo, igual precaverse, sic), precaución prudencia, circunspección, cautela, caución, seguridad. garantía, promesa, cédula de obligación.¹⁴ Este vocablo denota garantía y significa que la misma debe ser dinero en efectivo.

El origen de la caución puede encontrarse sin dificultad en el Derecho Romano, donde el sistema de cauciones tuvo gran desarrollo en el campo privatístico, como garantía de abstención, de no hacer, en derecho hereditario destaca la cautio muciana.

Pena de Garantía la llamo el Código Napolitano, indicandó así su naturaleza preventiva y fianza de buena conducta la apellido nuestro primer Código Penal.

Como más próxima a nuestra disciplina se cita la cautio de bene vivendo. Sin embargo, donde alcanzo la institución un desarrollo típico fue en Inglaterra, donde se le conoce con el nombre de recognizance, y de dicho país la tomaron los Códigos penales de nuestro continente, la recognizance significa (reconocimiento, obligación, sumisión).

CAUCIÓN.- Conceptualmente, es toda medida encaminada a asegurar a garantizar el cumplimiento de una obligación.

Es la garantía que alguien otorga para dejar a otro exento de alguna obligación legal, la seguridad que se da para que cumpla con lo pactado, con lo prometido o con lo demandada.

Es también toda garantía del cumplimiento de una obligación, es la seguridad que se da al acreedor de que a falta o incumplimiento del deudor,

¹⁴ Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de la UNAM, A.C Derecho Procesal. Editorial Harla. México 1997. pág. 19 y 45

la deuda no quedara impagada, ya porque otro quede obligado a ello se afecten bienes para ese fin.

A las palabras caución y fianza comúnmente se les atribuye el mismo significado, no obstante caución denota garantía y fianza una forma de aquélla; por ende, caución es el género y fianza una especie.

La caución es personal en el caso de la fianza en materia penal y real en la prenda o depósito y en la hipoteca en materia civil.

La libertad bajo caución es el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a toda persona sujeta a un procedimiento para que, previa satisfacción de ciertos requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad.

El disfrute de la libertad mediante caución implica que una persona se constituya frente al Estado (a través del Ministerio Público o el Tribunal, como fiador de un proceso o potencial procesado, con la condición de que si no cumple con las obligaciones que el Estado impone, perderá el monto con que aseguro el cumplimiento de las mismas.

En este acto jurídico es posible identificar tres sujetos: El Estado, que es el fiado; el fiador y el beneficiario (el privado de la libertad).

Respecto a la naturaleza jurídica podemos plantearnos dos hipótesis: o se trata de un contrato de fianza o bien de un guión administrativo.

Silva Silva, nos dice que es la de un guión administrativo porque la libertad del fiador al celebrar el acto no tiene los mismos alcances que el de un contrato de fianza al ser de naturaleza administrativa y no civil, no es fácil imaginar la lesión del acto, además el fiador penal no es un deudor secundario, sino directo.

En consecuencia no es posible que (en el caso de darse) denuncie el pleito entre Estado y fiador a supuesto deudor principal (fiado); tampoco es un contrato accesorio, ni priva los beneficios de orden y excusión.¹⁵

Las cauciones o garantías tienen aplicación en todos los campos del Derecho, siendo varias las formas en que pueden prestarse.

La caución, en Derecho Penal es, al igual que en las demás ramas jurídicas, medida de prevención o de aseguramiento, con ella se trata de precaver la comisión de un delito. En los Tribunales Penales Mexicanos y especialmente en los del Estado de México, al emplear la palabra caución se quiere significar que la garantía debe ser dinero en efectivo; y fianza, la póliza expedida por una Institución de crédito capacitada legalmente para ello.

La caución, también es citada como sustitutivo de penas cortas de prisión.¹⁶

En el moderno derecho sancionador ve en la caución mas que una pena, uno de los sustitutos de las penas cortas de prisión, tan abominadas justamente por los penalistas y sobre todo contempla en ella una excelente medida de seguridad.

Como medida de seguridad, va ganando carta de naturaleza en los Códigos más modernos, por ejemplo el Código Suizo después de tratar de las penas y medidas de seguridad incluye a la caución preventiva bajo el nombre de otras medidas, siendo análogo el sentido que le dan algunos Códigos Sudamericanos, como en Colombia y Perú.

En el derecho español, se incluyen la multa y la caución como pena común a los delitos tanto graves como leves.

¹⁵ Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, México 1991. Octava Edición. pág. 519.

¹⁶ Sánchez Tijerina. Derecho Penal Español. Tercera edición. Editorial Madrid

Las cauciones o las fianzas previstas por el Código de Procedimientos Penales, referentes a la libertad personal del imputado y a la custodia de las cosas secuestradas tiene carácter de coerción procesal penal y no de providencias civiles, aunque en determinados casos puedan servir también para la satisfacción de intereses civiles.

La caución puede clasificarse de varias formas:

a) Por su origen, se dice que la caución puede ser convencional, legal, judicial o administrativa. En México resulta ser legal porque la misma proviene de la ley y no de concesión gratuita de algún funcionario o de acuerdo convencional.

b) Por su extensión. En cuanto a su monto, se dice que la caución es limitada o ilimitada, esto es que el fiador responde por cantidad fija o por cantidad ilimitada en el caso mexicano la acogida es la limitada

c) Por los sujetos ante los cuales se otorga, la caución puede ser previa o administrativa y judicial, en el sistema mexicano encontramos las dos especies, previa porque se puede constituir en ciertos casos ante el Ministerio Público (art. 135 CFPP) y judicial porque se constituye ante el Tribunal que conoce del caso, y es ésta la que se encuentra garantizada en la Constitución (art. 20).

d) Por lo que hace al tipo de caución ésta será personal o fianza (estrictu sensu), hipotecaria y pignoratícia.

La llamada caución personal o fianza (*fidare, fidere*), propiamente dicha en su sentido estricto es aquella que no ha menester de depósito, pues solo basta afirmar que se ha de cubrir el importe en dinero por el que va a responder el fiador en caso dado.

Caución Personal en efectivo.- Es el acto jurídico de depositar por parte del inculcado o de un tercero ante el Órgano jurisdiccional, la suma de dinero en efectivo, (moneda nacional), que la sea fijada para gozar de su libertad provisional artículo 3 C.P.P. Prieto Castro afirma que

pueden constituirse con dinero efectos públicos, acciones y obligaciones de ferrocarriles y obras publicas y demás valores mercantiles industriales cuya cotización en bolsa haya sido debidamente autorizada y cualesquiera otros bienes a juicio del juez ¹⁷

La caución en dinero es la acogida por México, puesto que los depósitos en prendas diversas de la del monetario no han sido legisladas en nuestro país.

Las cauciones hipotecarias deben diferenciarse en atención al sujeto que las constituye, en las primeras no existe impedimento alguno por nuestra ley, en las segundas cabe diferenciar a las personas morales cuyo objeto social sea precisamente el constituirse como fiadores que son el caso de las llamadas empresas afianzadoras y el otro tipo de personas morales cuyo objeto social no esta autorizado para constituirse como fiador, caso en el que a la luz del derecho mexicano no pueden ser fiadores al no estar autorizados de acuerdo con la Ley General de Instituciones de Fianzas.

En lo que toca a las Instituciones de Fianzas no es necesario que tengan bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad (artículo 407 del Código Federal de Procedimientos Penales) y las autoridades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas (rectius cauciones) aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas en los casos a que se refiere la propia ley de Fianzas sin calificar solvencia ni exigir la constitución de depósitos, otorgamiento de fianzas o comprobación de que la institución es propietaria de bienes raíces, ni la de su existencia jurídica, basta con que lleven las firmas de las personas autorizadas por los consejos respectivos las cuales se comprobaran con la publicación que haga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el Diario Oficial de la Federación.

Caución Personal Hipotecaria.- Es cuando se garantiza la libertad provisional de una persona con algún inmueble el cual queda afecto a la

¹⁷ Prieto-Castro, Leonardo. Derecho Procesal Penal, pag. 269.

garantía otorgada por el indiciado o un tercero libre de gravamen y sea mayor su valor cuando menos tres veces mas sobre el monto de la suma fijada, artículo 347 Código de Procedimientos Penales y 405 Código Federal de Procedimientos Penales.

Caución por Institución.- Es cuando una persona (física o moral) se obliga ante el Órgano Jurisdiccional como un tercero para responder por las personas (inculcado o procesado), para que pueda gozar de su libertad provisional, bajo caución, respaldando ésta con parte de su patrimonio o con la totalidad del mismo, según sea la cuantía por la que va a constituirse como caucionante, pudiendo ser en este caso la póliza que otorga la compañía afianzadora legalmente establecida, artículos 349 al 352 Código de Procedimientos Penales.¹⁸

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo II, pág. 857

Concepto de Reparación del Daño

A continuación daremos en forma somera un concepto de La reparación del daño ya que veremos esta en una forma más amplia y con todas sus singularidades en el siguiente capítulo.

Reparación de Daño, según Colín Sánchez, " es un derecho subjetivo del ofendido y de la víctima del delito para ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados como consecuencia del ilícito penal"¹⁹, resarcimiento económico a quien ha sufrido un menoscabo en su patrimonio por acto ilícito o delitos.

La reparación del daño es la sanción económica que se hace al ofendido o persona quien ha sido objeto de una conducta ilícita y que por esta circunstancia se ha ocasionado un perjuicio en su persona.²⁰

Consiste en una restitución del objeto obtenido por el delito en el pago del numerario que con el delito se hizo el delincuente o una reparación de carácter moral que también puede ser apreciada pecuniariamente a mas de los gastos del juicio, dicha reparación del daño solo es reclamables cuando la víctima inocente o culpables en culpa concurrente, aun cuando en diversa proporción en éste último caso.

La Reparación del daño debe comprender:

- a) la restitución de la cosa obtenida por el delito.
- b) el pago de lo obtenido por el mismo.
- c) el resarcimiento del daño moral.

¹⁹ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México 1995, pág. 723.

²⁰ Palomar de Miguel Juan, Diccionario para juristas Pág. 1175.

La reparación del daño es la sanción económica que se hace al ofendido o persona quien ha sido objeto de una conducta ilícita y que por esta circunstancia se ha ocasionado un perjuicio en su persona.²¹

Reparación de Daño: resarcimiento económico a quien ha sufrido un menoscabo en su patrimonio por acto ilícito o delitos

Reparación de Perjuicios: "Indemnización entregada a quien los ha sufrido por la persona que resulte responsable de ellos"²²

La restitución al ofendido en el goce de sus derechos de que ha sido privado el ofendido a consecuencia del delito, debe hacerse inmediatamente después de que el delito ha quedado comprobado y se inspira en el mas elemental principio de justicia, tiene como finalidad evitar un daño mas prolongado y no puede argumentarse que con esta restitución se este anticipando el cumplimiento de alguna sanción sino que aquella opera en virtud de que el derecho del ofendido no debe continuar perturbado, pues de lo contrario equivaldría a desvirtuar la tutela de la ley con pretexto de la condición sub-judice del hecho transgresor.

²¹ Idem.

BREVE ANTECEDENTE HISTORICO

En nuestro Derecho la reparación del daño es contemplada tanto en nuestra legislación civil como penal, es decir se considera como obligación civil y como pena pública, partiendo de esta concepción iniciaremos nuestro antecedente histórico, conociendo el origen de las penas, las leyes son condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla, sacrificaron una parte de ella, el completo de todas estas porciones en libertad sacrificadas forma la soberanía de una nación y el Estado es su administrador y legítimo depositario, pero era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, y para evitarlas se necesitaban motivos sensibles que contuvieran el ánimo despótico de cada hombre, estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes, llamándose motivos sensibles porque inmediatamente hieren en los sentidos y que de continuo se presenten al entendimiento para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal, no habiendo tiempo bastado la elocuencia las declamaciones y las verdades mas sublimes a sujetar por mucho tiempo las pasiones excitadas con los sensibles incentivos de los objetos presentes.

Toda pena dice el gran Montesquieu²³ que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica, todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránico, es aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos sobre la necesidad de defender la salud pública y tanto mas justas son las penas cuanto es mas sagrada e inviolable la seguridad, fue pues la necesidad quien obligo a los hombres para ceder parte de su libertad propia y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito publico sino la porción mas pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover los hombres para que la defiendan, el agregado a todas estas pequeñas porciones de

²² De Pina Vara. Diccionario de Derecho. Pág. 440

²³ Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas. pág. 9 Editorial Porrúa. México 1995.

libertad posibles forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho no derecho.

La palabra derecho no es contradictoria de la palabra fuerza, y por justicia se entiende el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad, todas las penas que pasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza, también es necesario precaverse de no fijar en esta palabra justicia la idea de alguna cosa real como de una fuerza física o de un ser existente, es solo una simple manera de concebir de los hombres, manera que influye infinitamente sobre la felicidad de cada uno.

Del sacrificio de ésta libertad en pos de la seguridad pública, surge el derecho a castigar por parte de la autoridad depositaria de nuestros derechos y además se dan las siguientes consecuencias.

1.- La primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y ésta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa a la sociedad unida por el contrato social, ningún magistrado que es parte de ella puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad o aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.

2.- La segunda es que si todo miembro particular se halla ligado a la sociedad ésta también con cada uno de ellos por un contrato, que de su naturaleza obliga a las dos partes, desde el hombre mas grande y al mas miserable y significa que el interés de todos esta en la observación de los pactos útiles al mayor número, la violación de cualquiera de ellos inicia la anarquía, la autoridad que representa a la sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros, cuando algún ciudadano viola el contrato social la Nación se divide en dos partes, una representada por el Soberano que la niega, es necesario entonces que un tercero juzgue de la verdad del hecho y esta ahí la necesidad de un juez, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechas particulares.

3.- La tercera consecuencia es que cuando se prueba que las penas son opuestas al bien público e inútiles para impedir los delitos, serian no solo contrarias a aquellas virtudes benéficas que son efecto de una razón iluminada y que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos en la cual se haga una perpetua circulación de temerosa crueldad, sino también a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social.

Los hombres en la época de las primeras sociedades creyeron siempre que habían previsto todos los casos, y todos los inconvenientes y dado las mejores leyes posibles, con arreglo a ésta idea, tan natural al hombre no dejaron de declarar que semejantes leyes serian irrevocables para siempre, aun llegaron hasta el extremo de prohibir toda especie de examen de ellas, y de revocación con mucha mayor razón.

I.- DERECHO ROMANO.

La fuente del Derecho positivo lo es el Derecho Romano, el cual encabeza una de las dos grandes familias del sistema jurídico y que a través de su estudio permite conocer la habilidad de los clásicos en el manejo de los conceptos jurídicos, la esencia de éstos y su valor.

Para algunos autores como Eugene Petit, requiere ser estudiado con criterio histórico antes que dogmático y otros como Floris Margadant, consideran que no debe confundirse con la historia pues posee temas con mucho más interés dogmático.

El Derecho Romano se regía por la costumbre de lo que surgió el Derecho escrito 453-454 A de C., redactándose el primer cuerpo legislativo al que se le denominó Ley de las Doce Tablas, a partir de ésta fecha se fueron sucediendo las leyes, las constituciones y las recopilaciones que dieron origen al referido Derecho Romano y esto fue la plataforma del Derecho Italiano, Francés, Alemán, Español y Mexicano.

En las Instituciones de Gayo y Justiniano se establecieron para el análisis del objeto del Derecho, las personas, las cosas y las acciones para abordar dentro de Derecho Romano a los delitos como fuentes de las obligaciones.

La obligación fue definida por las instituciones de Justiniano como (*iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*), el vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de cumplir alguna cosa, conforme a Derecho de nuestra comunidad política ²⁴.

La obligación romana nació dentro del terreno de los delitos ya que la comisión de tal hacía nacer en favor de la víctima o de su familia un

²⁴ Floris Margadant, Guillermo S. Derecho Romano. Editorial Esfinge. México 1991. Pág. 307.

derecho de venganza eventualmente limitado por la ley del Tali6n mediante una composici6n podfa transformarse en el Derecho de alguna v6ctima o de su familia a exigir cierta prestaci6n del culpable o de su familia.

Los elementos de la obligaci6n son por tanto, uno o m6s sujetos activos, uno o m6s sujetos pasivos, y un objeto, que debe consistir en un dar, hacer, prestar, o un no hacer.

Asi entonces, las fuentes de las obligaciones son los hechos jur6dicos, que dan origen a ellas, es decir los contratos y los delitos, aun y cuando desde las Instituciones de Gayo se mencionan como nuevas fuentes de las obligaciones, diversas causas tales como la paternidad, la vecindad, la tenencia de un testamento y la tenencia.

Los jurisconsultos romanos no trataron lo concerniente al Derecho Penal, con la misma superioridad de l6gica ni autoridad cient6fica que com6nmente se aprecia en sus estudios de Derecho Privado, ya que no cuentan con teorfas o doctrinas relacionadas con los actos il6citos, comprendidos aquf los delitos y cuasidelitos, por lo tanto no existe dentro de la Doctrina Romana un concepto de delito, pero es concebido como todo acto il6cito sancionado con pena.

Aunque dentro de las fuentes justinianas se trataba el delito como; un hecho humano contrario al derecho y castigado por la ley, el cuasidelito como un acto il6cito, pero que el derecho romano no trataba dentro de los delitos²⁵

El delito en Roma, muestra los siguientes caracteres:

- 1.- Es il6cito y antijur6dico, por lo que es opuesto al contrato.
- 2.- En cuanto a su objeto, desde la desaparici6n de las penas privadas corporales (venganza), todas ellas tienen como objeto una suma de dinero.

²⁵ Idem, p6g. 316

La diferencia entre delitos y cuasidelitos no residía como en la doctrina moderna en la existencia o ausencia de la intención de causar un daño, en el delito de la Lex Aquilia faltaba a menudo la intención y sin embargo era delito, mientras que el juez que dictaba dolosamente una sentencia injusta en el derecho romano cometía solo un cuasidelito, la diferencia entre ambas categorías era para este derecho que cuando ya se había petrificado en la práctica jurídica la lista tradicional de los delitos privados, el espíritu de equidad que predomina en la época clásica provocaba la introducción de nuevas figuras dolosas o culpables que requerían una sanción, éstas figuras más modernas iban a formar una nueva categoría la de los cuasidelitos.

La responsabilidad por los daños ocasionados por el delito se encontraba limitada a los que fueron consecuencia directa de él no obstante que el derecho canónico disponía que un delincuente responde de todas las consecuencias de su delito, desde los primeros siglos encontramos en Roma una distinción entre delitos públicos y delitos privados, los primeros eran originados por actos que afectaban al Estado, al culto religioso o a la malicia, ponían en peligro evidentemente a toda la comunidad en forma directa o indirecta, se perseguían de oficio o a petición de parte.

El estudio de los delitos públicos es singular al delito privado por lo que solo se trataron éstos como fuentes de obligación por cargo del culpable y en provecho de la parte lesionada, y se conocieron bajo la denominación de "CRIMINA".

Estos ponían en peligro eminente a toda la comunidad, se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas (decapitación, ahorcamiento en el arbor infelix, lanzamiento desde la roca de torpeya), tenían orígenes militares y religiosos.

Los delitos privados (delicta) originaban tres acciones Penales, tenían ganancia para el autor mediante las multas privadas, que por lo

general eran lo doble, triple, o cuádruple del valor del perjuicio, en caso de coautoría eran acumulativas.

Reipersecutorias, requerían la reparación del daño causado por el delito mediante la reincorporación en el patrimonio del autor del elemento perdido o de su equivalente en dinero, es decir se indemnizaba el daño mediante la restitución o la reparación del daño.

Las mixtas consistían en la imposición de la pena y de la indemnización del daño, es decir se aplicaba la multa privada resultado de la acción penal a la reparación del daño.

Los delitos privados causaban daño a algún particular y solo indirectamente provocaban una perturbación social, se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar además de la indemnización a la multa privada en favor de la víctima no obstante algunas disposiciones llevaban todavía las huellas de un estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía víctima ejerciendo la violencia sobre la persona del culpable, limitándose la ley en ciertos casos a regular la venganza, así fueron evolucionando desde la venganza privada, pasando por la ley del talión y por el de la composición voluntaria, hasta que alcanzo su forma pura el sistema de las multas privadas, aunque en la época clásica el magistrado fijaba a su arbitrio el monto de la multa privada, mas tarde se impuso la opinión de que los delitos privados eran actos que afectaban la paz pública, por lo que el Estado debía perseguirlos independientemente de la actitud adoptada por la víctima y que ésta tenía derecho a una indemnización, pero que no era lógico concederle ventajas como son las multas privadas.

La represión en Roma tenía las siguientes características:

A la parte lesionada correspondían el derecho de perseguir al autor del delito su acción da como resultado una cantidad pecuniaria, cuyo importe es atribuido.

La pena era medida por el resentimiento de la víctima mas que por la culpabilidad del agente, al fijarle la multa debida por el culpable no se atendía al perjuicio que era necesario reparar hasta que con el desarrollo de la jurisprudencia y de las leyes penales se procuro que la pena fuera proporcionada con el daño causado mismo que era necesario reparar.

La obligación era solidaria pues si varias personas cometían un delito la víctima podía reclamar de cada uno de los delincuentes la totalidad de la multa privada en cambio el delincuente que pagaba la indemnización del daño solo quedaba liberado de ésta respecto a sus codelincuentes.

Entre los antiguos delitos privados se distinguen tres del *ius civile* y cuatro del *ius honorarium*.

En las instituciones de Gayo y Justiniano, el *furtum* (robo), se definía como "llevarse cosas ajenas sin fundamento en un derecho",²⁶ entendiéndose posteriormente hasta llegar a considerarse "el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario con intención de sacar beneficio de la misma, de su uso, de su posesión", quedando comprendido el *furtum possessionis*, que se presentaba cuando el mismo propietario de una cosa la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho en poseerla.

El *furtum rei*, que consistía en todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar una cosa o *furtum usus*, daba lugar a dos clases de acciones la penal que se ejercitaba con el fin de obtener una ganancia, la multa privada y la *reipersecutoria* por medio de la cual la víctima trataba de recuperar el objeto robado o su precio a través de la indemnización correspondiente.

²⁶ *Ibidem*, pág. 433

La ley de las Doce Tablas, castigaba rigurosamente éste delito pues se decía que tenía ciertos rasgos de delitos públicos, si el hurto fuera manifiesto o flagrante, el culpable pagaba con la libertad si era un ciudadano libre, o la vida si era esclavo; en caso de que el robo no fuese flagrante debía pagar a la víctima una multa privada del doble de lo sustraído, posteriormente se torno mas benigna la sanción estableciéndose que el furtum era un delito netamente privado y por lo tanto se instituyo que no se creaba ninguna otra obligación que la de pagar una multa hasta el cuádruple del objeto.

La cantidad que debía ser duplicada, triplicada por formar parte de la condena representaba el interés de la víctima en no ser robada, no pudiendo ser la cantidad inferior al valor del objeto en el momento de los hechos y ni superior por la concurrencia de ciertos elementos como plusvalía, el interés o la estimación que tomaba como base la cantidad que resultaba entre el precio mas alto que haya alcanzado el objeto al momento del hurto y el ejercicio de la acción, la reivindicatio que se ejercía en contra de cualquier detentador inclusive terceros y que resultaba de una posible aplicación, cuando el objeto había perecido.

La AD EXHIBENDUM, que se podía ejercitar en contra del ladrón y sus herederos y de igual que la anterior hasta en contra del que ha dejado de poseer dolosamente cuando no era posible exhibir la cosa, su utilidad estriba en que cuando se exhibe la cosa, quedaba expedita al acción de reivindicación.

La condictio furtiva, que se ejercitaba en contra del ladrón o de sus herederos y puede a diferencia de la anterior ser ejercitada aun cuando la cosa haya perecido fortuitamente consiste en que el demandante sostiene que la propiedad de la cosa robada debe serle transferida aún cuando nunca ha dejado de pertenecerle.

Además de estas multas privadas, la víctima podía reivindicar el objeto robado o pedir una indemnización si el ladrón o sus herederos ya no tenían el objeto en su poder.

Desde antes de Justiniano, éstas penalidades cayeron en desuso, simplificándose el sistema y los ocultadores eran castigados como ladrones no manifiestos o no flagrantes, la responsabilidad de los herederos del ladrón no se extendía a la multa privada, pero si a toda venganza que hubiera obtenido como consecuencia del delito, sin embargo si el objeto se encontraba en poder de éstos procedía la acción reipersecutoria.

DAMNUM INJURIA DATUM (daño en propiedad ajena), según Floris Margadant, éste delito fue reglamentado en un plebiscito de probablemente 286 a de J.C., y acontecía cuando una persona causa sin derecho un perjuicio a otra atacando su propiedad la equidad quiere que haya reparación en provecho de la víctima, los romanos lograron llegar a su principio general, éste sentido solo existían disposiciones especiales para los daños mas frecuentes y graves.

La ley de las doce tablas, preveía algunos hechos de daño, pero como se carecía de sistematización de la forma en que surgía el daño en gran número de casos quedaba excluido, sin embargo el ofensor esta obligado en todos los casos de delitos y cuasidelitos al pago de daños y perjuicios. Así en el robo se pagan el doble de lo robado en los caso infraganti, en los demás será el triple" ²⁷

En la época clásica surge la Ley Aquila que demuestra un cierto esfuerzo que sino de abstracción por lo menos es de generalización pues atiende a establecer el delito como fuente de obligaciones esta ley es un resultado del plebiscito con fuerza de la ley lograda votada a propuesta del Tribuno Aquilio y como objeto tiene el castigo del perjuicio causado injustamente, se toma como base para la reparación el valor de la cosa en los treinta últimos días.²⁸

Para el cálculo del daño se tenía en cuenta, no solo el valor comercial general sino también las circunstancias especiales del caso, ésto

²⁷ Luis Rodríguez Manzanera, Victimología, pág.333

²⁸Idem, pág. 436

en razón de la importancia de las clases sociales que predominaba en la época romana.

Así todo quod interest entra en el cálculo del daño, pero sin incluir consideraciones puramente sentimentales.

Gayo y Justiniano apuntan que lo relevante de ésta ley, consistió en que se no aplicaba mas que cuando los daños eran causados por una acción física, pues debía haber contacto directo del causante con una persona o cosa perteneciente a otro, por otra parte el nexo causal se comprobaba con la simple verificación de que el hecho lesivo no le era extraño al acusado, apareciendo su voluntad de acusarlo típicamente obvio resultando inútil la búsqueda de su existencia en el uso específico.

El delito que reunía caracteres de la ley Aquila obligaba al pago de una cantidad de dinero igual al valor más elevado que el objeto dañado haya alcanzado en el año que precede al delito teniendo en cuenta solo el valor intrínseco de la cosa perjudicada, siendo creación de los jurisconsultos el que posteriormente se incluyera todos los prejuicios causados al propietario.

Las características que revestía la acción que surgía con motivo del DAMNIUM INJURIA DATUM vienen a constituir las obligaciones de los terceros a pagar la reparación del daño en nuestros días, puesto que ésta solo pertenece al propietario de la cosa o directamente al afectado y en contra del autor del delito y sus cómplices, además cada demandado debía pagar íntegro el importe de la reparación pues el pago efectuado por uno de ellos, no liberaba a los demás, Y la acción solo era concedido en contra de los herederos del culpables cuando se obtenía provecho del delito.

Posteriormente se extendió la ley Aquila donde se legitima la intervención de las personas que podían ejercitar la acción, la importancia de la Ley de Aquila radica en que la doctrina contemporánea ha creado de éste lo que conocemos como responsabilidad extracontractual

Otro de los delitos contemplados por el Derecho Romano, era INJURIA (lesiones.)- Significa en su acepción todo lo que se hace sin derecho".

El Derecho Romano fiel a su principio de dar a cada cual lo que le corresponde introdujo la *actio injuriarum*, primero en la ley de las Doce Tablas, luego en el Derecho honorario, reglamentándola posteriormente por la ley Cornelia y finalmente en al época postclásica por los emperadores severos.

Durante la República el pretor fijaba según la libre estimación del autor injuriado el límite máximo de la reparación pecuniaria en proporción directa del grado de la injuria inferior con una secuencia secundaria consistente en la infamia contra el reo condenado.

La ley Cornelia hacia las postrerías de la República, disponía que toda persona que sufría una injuria real podía proceder alternativa o con una acción civil, reclamando una pena pecuniaria (*multa*) determinada según la propia estimación o criminalmente.

En la época de los emperadores severos se reformo lo establecido por la ley Cornelia y se permitió ejercer solo civilmente la acción por toda injuria sea común o atroz.

Las penas que sancionaban a los injuriosos como a sus instigadores eran múltiples y diferentes como en las épocas en que fueron aplicados.

La ley decemviral, ordenaba para el restablecimiento de la situación anterior en injurias graves, la ley del *talión*; y en otros casos puede decirse que obligaba a la composición o conciliación pues establecía "si privo a uno de sus miembros y no hizo luego pacto (indemnizatorio) con el injuriado entonces aplíquese el *talión*".

Asimismo se determinan las cantidades a pagar por el concepto de indemnización, algunas veces eran tan bajas, que se provoco que ésta ley fuera careciendo de eficacia y con motivo de la desvalorización del dinero, la gente una vez de obligarse ante la ley, la doblegaban y ridiculizaban pues conocían la cantidad a pagar y estaban dispuestos a darla con tal de causar la injuria.

En todas las penas con efecto secundario a la condena procedía la infamia que disminuía el honor civil modificando sensiblemente la capacidad jurídica del condenado.

En términos generales las acciones fueron abandonándose por las acciones criminales que culminaban con castigo corporal por dos circunstancias básicas.

1.- Se consideraban que eran las únicas efectivas en contra de delinquentes insolventes.

2.- Se llego a la conclusión de que los delitos privados afectaban la paz pública y de que el Estado debía reprimirlas independientemente de la voluntad de las víctimas.

II.-DERECHO MEXICANO.

Históricamente las garantías individuales se han caracterizado como medios para asegurar los derechos del hombre, y es hasta el siglo XVIII, cuando estados Unidos y Francia consagran en textos legales diversas garantías, éstos no son derechos que el Estado confiere a los ciudadanos, sino que son derechos originarios del hombre que el legislador consigna para su observancia obligatoria por el propio Estado.

Los constituyentes de 56-57, influidos por la corriente jusnaturalista consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios, o los que la justicia natural acuerda a todos los hombres y que dada su amplitud y variedad no era posible enmarcar. Por ello dichos constituyentes se concretaron a instituir las garantías que aseguraran el goce de esos derechos y al consagrar las propias garantías en el fondo se reconoció al derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas, estableciéndose así la relación jurídica de supra a subordinación.

La relación jurídica de supra a subordinación, en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos a saber el activo o gobernado y el pasivo constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.

Las garantías individuales según la postura ideológica adoptada en las Constituciones que rigieron a nuestro país durante el siglo pasado se reputaron en términos generales como medios sustantivos constitucionales para asegurar los derechos del hombre.

En nuestro país, en la época prehispanica y por la gran diversidad de tribus, las sanciones que se aplicaban para quienes transgredían las leyes eran sumamente altas, y se aplicaba regularmente la pena de muerte, a la llegada de los españoles se considero como salvajismo el sistema de aplicación de sanciones de los conquistados.

El artículo primero de la Constitución de 1857, para cuyo ordenamiento tales derechos implicaron la base y el objeto de las instituciones sociales, es decir, la teleología estatal expresada en éstas.

La Ley 21, título 9°. Partida 7ª ordenaba "Cualquiera que reciba tierto o deshonra, que pueda demandar una de estas dos maneras cual mas quisiere". La primera que paga el que lo deshonre, enmienda de pecho de dinero. La otra es en manera de acusación, pidiendo que él que le hizo el tuero que sea escarmentado por ello. Era una de estas maneras se tuelle por la otra, porque de un yerro no debe ome recibir dos penas por nede, E desde que escçjió la una, no puede dexar é pedir la otra.

En el Código penal de 1871, se estableció una acción privada para la reparación del daño ocasionado por el delito, era ejercitado por el ofendido o sus sucesores como si se tratara de una acción civil común, generando una acción privada y era renunciable y susceptible de someterse a convenios y transacciones (arts. 301 y 308).

El sujeto que causa daños y perjuicios a otros, o le usurpa alguna cosa de su propiedad esta obligado a repararlos y a restituir la cosa al estado que guardaba al momento de su deterioro o menoscabo que es en lo que consiste la responsabilidad civil.

Asimismo se ordenaba hacer un descuento del 25% al producto del trabajo de los reos, para el pago de la responsabilidad civil (art. 85)

El Código Penal de 1871, dedica un capítulo a la computación de la responsabilidad civil y en los varios casos que prevé, solo estima los daños y perjuicios patrimoniales y establece en principio que cuando se reclame el valor de una cosa se pagara, no el de afección sino el común que tendría (arts 315 y 316).

En lo tocante a la reparación del daño moral, el Código resultaba muy conservador, pues la exposición de motivos apuntaba que la estuprada no

tiene derecho a exigir ninguna reparación pecuniaria a título de daños y perjuicios, porque pagar con dinero una cosa tan inestimable como la honra, es degradarla y envilecerla, éstos datos nos hacen saber que el Código de 1871 no reconoce el daño moral por regla general.

El Código Civil de 1884, después de haber definido el daño como menoscabo en el patrimonio (art. 1464), al tratar de la responsabilidad extracontractual no da a entender de manera alguna que el daño pueda ser meramente moral.

Este Código Penal estableció como excepción "el caso en que se pruebe que el responsable se propuso destruir o deteriorar la cosa, precisamente por ofender al dueño de ella en su afección, se valuara la cosa atendiendo al precio estimativo que tenía atendida esa afección sin que pueda exceder de una tercera parte mas del común".

En el mismo Código se previene además de los daños y perjuicios, la indemnización que señale el juez en casos de pérdida de algún miembro no indispensable para el trabajo, atendiendo a la posición social y sexo de la persona además de la parte del cuerpo afectada.

La regulación de 1929, había innovado a su vez a la que en su artículo 301 y 308 contenía el Código Penal de 1871, donde tal reparación se enfocaba expresamente como responsabilidad civil generadora de una acción privada patrimonial la cual no podía declararse sino a instancia de parte legítima, siendo renunciable y susceptible a convenios y transacciones.

El Código de 1929 cambia el sistema al indicar que la reparación del daño siempre formara parte de las sanciones (art.74), repitiéndose el concepto en el artículo 291 y agregando que el responsable tiene que hacer:

- 1.- La restitución
- 2.- La restauración.
- 3.- La indemnización.

En los artículos 319 y 326 de la misma ley, se indicaba que se exigiría de nullos convenios, cesiones, transacciones sobre ella, creo impresión por el artículo 320 que decía "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior los herederos del ofendido y éste podrán ejercitar por si o por separado de las acciones correspondientes, cesando en este caso la obligación que al Ministerio Público impone el artículo anterior, aunque no su intervención y sólo que el ofendido se retirara de la persecución de la acción reparadora o que falleciera sin dejar herederos según el artículo 321 actuaría el Ministerio Público debiéndose aplicar su importe al Supremo Consejo de Defensa y Prevención Social.

El texto original del artículo 1915 del Código Civil para el Distrito Federal establecía: "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello sea imposible en el pago de daños y perjuicios".

La doctrina de Rossel, fue la inspiración del anterior texto puesto que mencionaba lo siguiente " Las indemnizaciones de daños y perjuicios, no consistirán necesariamente en dinero, podrán afectar las formas mas diversas, pudiendo el autor del acto ser condenado a restablecer los bienes al estado anterior o a suprimir obras bajo reserva de las indemnizaciones de daños y perjuicios complementarios y aun y siempre bajo la misma reserva la parte lesionada podrá ser autorizada a ejecutar los trabajos de restablecimiento o de supresión a expensas del deudor o en fin éste podrá no ser condenado sino a pagar una indemnización en capital, pensión o renta, que representen el perjuicio causado, en cuanto al daño comprenderá la pérdida y la falta de ganancia ocasionadas por el acto ilícito, el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*"²⁹

El Código de 1931 sigue un concepto similar, ha sufrido una cantidad de reformas y actualmente las disposiciones referentes a la reparación del daño, conforman el siguiente sistema, continua siendo una pena pública como lo señala la ley penal, que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena y se exigirá de oficio por el Ministerio Público con el

²⁹ Ob. cit., T.I, núm. 112)

que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante en los términos que prevenga el Código de Procedimientos penales.

Cuando la reparación deba exigirse al tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitara en forma de incidente.

Al tratar como pena pública la reparación del daño a cargo del autor del delito, el legislador de 1931, atendió fundamentalmente a los fines de la defensa social que en interés de la colectividad reclama incorporar en la sanción la pena de reparación y proteger a los ofendidos tanto en el aspecto de establecer una vía mas fácil, la tramitación del proceso en sus fases cognoscitivas y de juicio como en el encargo al órgano persecutor del Ministerio Público que en el ejercicio de la acción penal incluya la petición correspondiente.

III.- DERECHO SUMERO ARCADIO O BABILÓNICO.

El estudio de la reparación del daño producido por una conducta ilícita es conocido desde tiempos pasados y lo encontramos en el Código de Hammurabi que tuvo su fase de esplendor durante la Primera Dinastía de Babilonia, cuando Hammurabi decreto las leyes de su compilación donde determinaba la divina soberanía sobre la totalidad del genero humano y señalando al príncipe piadoso proclamador del derecho de su país, para destruir al malvado y al perverso, para impedir que el fuerte oprimiera al débil y sobre todo para asegurar el bienestar de las personas.

Hammurabi en el prólogo de sus leyes proclama el principio de la competencia penal del Estado mediante la máxima de haber establecido su Código para administrar justicia a sus súbditos, la impartición del castigo pasaba de este modo a la plena jurisdicción estatal, con tribunales al efecto.

El estado aspiraba no solamente a imponer una pena concreta a un malhechor o culpables por la comisión de un delito o falta, sino también a utilizar la norma como elemento de intimidación o de disuasión, tendiente a evitar la comisión de abusos.

Todavía los ecos de la venganza de sangre, esto es el derecho que asistía al individuo de castigar por su cuenta al ofensor, se encuentran en la Ley del Talión (que se arrastraba del derecho amorreo), y que se recoge en el Código, si bien de modo clasista, toda vez que solo era aplicable cuando el ofensor o el ofendido pertenecían a la clase social superior. También las penas tanto las económicas como las corporales, variaban según la categoría de la persona contra quien se hubiese cometido un delito.

El castigo fijado por el Estado y que tenía carácter público consistía fundamentalmente en las siguientes penas: pena de muerte, castigos corporales, composición económica, multa y gemonia.

La muerte (el Código la impone para casi cuarenta delitos) podía aplicarse entre otros modos por ahogo, fuego, o empalamiento, los castigos corporales consistían en la mutilación de miembros o de órganos así como en golpes y azotes, la multa en metálico y la composición económica era el grupo más amplio de castigos, variando su cuantía desde el doble del perjuicio ocasionado hasta el treintaplo del mismo.

Otro de los castigos fue el de la geminia o expulsión de un individuo de la comunidad, acarreando no sólo la infamia sino también la pérdida de los bienes.

Las leyes de Hammurabi, tenían en cuenta a la hora de determinar la punibilidad de un hecho o acción, no solamente el hecho en sí, sino también el daño producido y la intencionalidad del sujeto, para ser imputable un delito éste debía ser cometido conscientemente, pues el suceso casual y la fuerza mayor no eran punibles.

En este sentido y dejando a un lado la *lex talionis*, el Código de diferenciaba notablemente de las leyes anteriores y significaba un paso adelante en la concepción del derecho penal. Respecto a la eficacia practica de las leyes de Hammurabi ésta dependió lógicamente del procedimiento seguido para la aplicación de sus normas.

Hammurabi logro desplazar de los tribunales, si bien no del todo la presencia del clero, el cual hasta entonces había disfrutado de la prerrogativa de administrar justicia.

Bajo un Gobierno funciona un sistema de doble administración jurídica, centrado en tribunales eclesiásticos sin poder ejecutivo y en tribunales civiles, éstos últimos, estaban presididos are el alcalde local y formados primero por un grupo notable, para pasar luego a estar constituido por un numero variable de jueces entre cuatro y ocho y funcionario secundarios, no sabemos si los tribunales estuvieron o no remunerados, aunque si tuvieron serias responsabilidades.

En el juicio o proceso las partes litigantes se encargaban de su propia defensa (no se conoció la figura del abogado) aportando los documentos o pruebas referentes al caso y exponiendo primero el demandante y luego el demandado sus acusaciones y alegatos, tras ello los jueces dictaban su decisión la cual era fijada por escrito y firmada para garantizar su autenticidad, en todo este proceso los sacerdotes únicamente habían participado en el curso de la acusación y la defensa de las partes a la hora de tomarles el juramento.

En caso de no estar de acuerdo una de las partes, ésta podía apelar a un tribunal superior ("los jueces del rey") que radicaban en Babilonia y si aun no quedaba conforme podía incluso elevar recurso al propio rey.

Se aplicaban las siguientes penas de acuerdo al delito cometido, si lo robado pertenece a la religión o si pertenece al Estado, restituirá hasta treinta veces su valor; si pertenece a un subalterno lo restituida hasta diez veces, si el ladrón no tiene con que restituir será castigado con la muerte.

En el Código de Hammurabi se obliga al delincuente a compensar a su víctima, en caso de robo debía restituir treinta veces el valor de la cosa, cuando el delincuente era insolvente, el Estado (la ciudad) se hace cargo reparando el daño a la víctima o, a su familia en los casos de homicidio.

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

III.- EN EL DERECHO GERMÁNICO.

En el derecho Penal Germánico descansa en la idea de que quien rompe la paz se sitúa él mismo fuera de la paz, el quebrantamiento de la paz lo es de tal naturaleza que solo determina para el autor la enemistad de la víctima y de la sippe de ésta, (la llamada pérdida de la paz relativa) o bien le hace enemigo de la comunidad, en aquel supuesto es cosa de la víctima respectivamente de su sippe, procurarse la satisfacción.

El malhechor no es protegido por la comunidad ante la sippe contra la que ha roto la paz, sino que ipso iure queda expuesto a la enemistad y la venganza del contrario si éste no prefiere exigir el wergeld o multa. El derecho a la enemistad y a la venganza que comprende también a los parientes próximos del malhechor existe en los casos relativos a delitos de sangre o contra el honor.

La muerte dada, en el supuesto de que fuera procedente la venganza ha de manifestarse públicamente o llevarse a cabo en forma que por sí misma le dé publicidad, de no obrar así se considera como una muerte ilícita.

En casos leves está prohibido el derecho de venganza y existe solo una pretensión judicial a la reconciliación (composilio).

El wergeld sirve especialmente como reparación de la muerte violenta, en otras hipótesis la mayor parte de las transgresiones jurídicas se apreciaban por el pago de multas que, o bien resultaban de una división del wergeld o hacían referencia a una determinada cifra tipo, variable según los diferentes derechos, si la multa y el wergeld era exigidos judicialmente el culpable tenía que pagar al poder público o a la comunidad una cuota del total de la composilio, según algunos derechos, según otros una cantidad expresada en una suma fija, el dinero de la paz, fredus, como precio de quien lo percibía por su intervención en el restablecimiento de la paz.

En los delitos graves el delincuente incurre en la proscripción o pérdida de la paz, quien esta incurso en ella no solo queda excluido de la comunidad de paz y de la comunidad de derecho, sino que puede y debe ser muerto por cualquiera sin sanción alguna como enemigo del pueblo.

En la época primitiva la pérdida de la paz, no tuvo solo como suele oírse con frecuencia el contenido de que el comprendido en ella quedara expuesto a la posibilidad de ser muerto lícitamente, antes bien deber ser tratado por la comunidad como adversario suyo. La proscripción reclama su ejecución pero adviértase que ni organiza ni se lleva a cabo por la comunidad como tal, sino que la persecución de quien ha perdido la paz es deber publico de cada miembro del pueblo, aquel es tenido en la condición de animal dañino en libertad, como el lobo, wargus, "gerit caput lupinum".

Como consecuencia jurídica inmediata pierde su cualidad de miembro de la genealogía de marido y de padre, ni al sippe ni los parientes mas próximos pueden protergerle o albergarle, su patrimonio queda sujeto a la destrucción o a la confiscación, su casa en serruida o quemada y se destruye la obra de sus manos, su hacienda es confiscada, es decir, el poder publico la tiene por suya en tanto que la víctima no se haya procurado satisfacción sobre ella.

Posteriormente la pérdida de la paz se manifiesta en una forma rigurosa y en otra atenuada, aquella la mas antigua y primitiva no admite expiación, ésta concede la facultad de comprar la paz por una determinada prestación pecuniaria.

En los hechos ignominiosos y sacrílegos que afectaban directamente al pueblo y a sus divinidades, el culpable era sacrificado a los dioses para expiación de la comunidad.

La muerte propiciatoria se ofrece en esta aplicación como una pena de muerte publica, cuyo carácter sacral se exterioriza en que no es procedente un tipo cualquiera de muerte sino uno de clase bien determinada, que, de

acuerdo con las concepciones religiosas del pueblo era diversa en los diferentes crímenes.

Se comete delito (literalmente: *malum, factum, malfecho*) por la producción antijurídica de un mal, presupone pues un resultado dañoso, la responsabilidad penal es, consiguientemente responsabilidad por el resultado (responsabilidad por casualidad) no responsabilidad por culpa.

El derecho penal se atiene al hecho y si el concepto de la tentativa fue ajeno al antiguo derecho alemán, la tentativa no se castiga a no ser que los actos que la integren caracterizados por un supuesto de hecho determinado vengan a considerarse como transgresiones independientes de menos punibilidad o sea formalmente como delitos consumados (los llamados delitos de tentativa, a su vez en daños que por lo regular permiten apreciar como involuntario un supuesto de hecho típico cualificado en general, los llamados sucesos por caso fortuito o negligencia, ésta excluía desde luego a la enemistad y el precio de la paz, por hechos de tal índole se tienen los reconocidos por el ordenamiento jurídico como carentes de intención, si la concordancia entre el hecho y la voluntad, el momento volitivo no tiene en cuenta para el caso singular sino para un tipo general de supuestos de hecho en los que el Derecho popular admite bien la existencia de una voluntad antijurídica a pesar de no concurrir el daño o bien la inexistencia de tal voluntad no obstante haber sobrevenido el daño, presidiendo de esto los castigos se miden en graduación punitiva según el resultado del acto, así las circunstancias externas del hecho deciden sobre la naturaleza del delito, si la muerte violenta se caracteriza como asesinato si el autor procura borrar las huellas del delito, de otra parte el carácter típico de la voluntad maligna fue decisivo para el concepto de los crímenes e iniquidades, delitos graves que suelen cometerse con ánimo perverso.³⁰

³⁰ CL Von Schuwerin Brunner. Historia del Derecho Germánico. p.p., 21 a la 23

C A P I T U L O

S E G U N D O

NATURALEZA JURIDICA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Jiménez de Asúa³¹ dice que en la llamada pareja criminal al autor le corresponde una pena y a la víctima la reparación del daño.

De acuerdo con un principio básico en una convivencia humana organizada el agente de una determinada conducta debe responder de sus consecuencias, así lo establece el siguiente dogma.

Neminem Laedere, es el principio universal recogido por nuestro Código Civil que postula al referirse a la responsabilidad subjetiva u objetiva, que quien causa un daño tiene la obligación de resarcirlo.

Este principio de derecho basado en las normas fundamentales de la justicia y de la equidad, requiere que allí donde haya un daño sea convenientemente reparado, que donde exista una ofensa se compensa con una proporcionada y equitativa satisfacción, claro es que de éstos hechos ilícitos nace una responsabilidad para el que por culpa o negligencia cause daño a otro, y por eso la doctrina jurídica sentó como principio o regla consignada en los Códigos Civiles, cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa se ha producido a resarcir el daño.

El delito origina por lo general además de la lesión al bien jurídico tutelado por la figura que describe la conducta punible, otra de índole patrimonial es decir un daño, que viene a ser fuente de obligaciones de índole extracontractual y de ahí que para la mayoría de las legislaciones la ejecución de un delito origine dos pretensiones, la punitiva y la reparatoria de la cual nace la acción penal cuyo ejercicio compete al Estado y la civil susceptible de ser ejercitada por el ofendido o sus causahabientes.³²

³¹ Vázquez Sánchez, Rogelio. El ofendido en el delito y la reparación del daño. México, D.F. 1981. Pág.17.

³² Arilla Baz, Fernando. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Bogotá

CONCEPTO DE REPARACION DEL DAÑO.

Antes de dar el concepto de reparación del daño, veamos el significado de **REPARACION**, que etimológicamente proviene del latín "reparatio" que significa componer alguna cosa.

DAÑO.- Es un mal, perjuicio o deterioro causado a una persona por otra u otras, o por el hecho de las cosas.

También se le define como toda pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por un hecho ilícito, (*responsabilidad extracontractual*), o por el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato (*responsabilidad contractual*).³³

La diferencia entre ambas responsabilidades sólo estriba en que, en la responsabilidad contractual existe una obligación previa que es incumplida, dando lugar a la indemnización de daños y perjuicios, que puede regularse en el contrato (cláusula penal), mientras que en el hecho ilícito que produce daño no existe obligación previa que sea incumplida sino un deber moral y legal que obliga a determinado comportamiento conforme a la ley y las buenas costumbres, pudiendo no haber relación preexistente entre el agente dañosos y la víctima.

El concepto de daño (*damnus emergens*), va normalmente asociado al de perjuicio (*lucrum cesam*), o privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido del cumplimiento de la obligación.³⁴

En todo caso los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito extracontractual o del incumplimiento del contrato.

En ésta definición se contempla tanto el daño material como obligación civil por falta de cumplimiento, como el daño fortuito ocasionado por mero accidente, sin que exista intención para producirlo, pero que también debe ser resarcido.

Colombia 1990. Pág. 35

³³ Baqueiro Rojas, Edgard. Derecho Civil. Diccionarios Jurídicos Temáticos, Volumen I, Editorial Harla. México 1997. Pág. 29

³⁴ Idem.

El autor español, Córdoba Roda,³⁵ dice que el daño equivale al menoscabo o deterioro de una cosa, siempre que en virtud de la infracción cause el agente un tal resultado deberá pues, presentarse la reparación es decir, el resarcimiento del mismo.

La doctrina señala que a la víctima de un delito corresponde una reparación moral, a más de los gastos del juicio.³⁶

Ignacio Galindo Garfias, propone que en la definición de Daño en general se debería de incluir expresamente la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio o en el cuerpo de una persona, y los efectos psíquicos que la conducta de una persona produzcan en la víctima como consecuencia de un hecho ilícito, con ello quedarían comprendidos toda clase de daños causados sin derecho, patrimoniales y no patrimoniales como fuente de responsabilidad civil.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1744 del Código Civil de la entidad, la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y, cuando ello sea imposible en el pago de daños y perjuicios:

I.- Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte o incapacidad total y parcial o temporal, el monto de la indemnización se fijara aplicando las cuotas que establece la Ley del Trabajo, según las circunstancias de la víctima y tomando por base la utilidad o salario que perciba;

II.- Cuando la utilidad o salario exceda del mínimo general diario vigente en la zona donde se origine el acto ilícito, no se tomara en cuenta sino esa suma para fijar la indemnización;

III.- Si la víctima no percibe utilidad o salario, o no pudiere determinarse éste, el pago se acordara tomando como base el salario mínimo;

³⁵ Córdoba, Roda, Juan. Comentarios al Código Penal. Tomo II. EDITORIAL Ariel Barcelona 1972. Pág. 563. Obra citada, Tomo II, pág. 576.

³⁶ Vázquez Sánchez, Rogelio. El ofendido en el Delito y la Reparación del Daño. Pág. 18.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en forma de pensión o pagos sucesivos.

El Derecho Penal fundamenta en el daño la tipificación objetiva de múltiples delitos así como de su punibilidad por el Estado, entre éstos se encuentran el robo, el fraude, las lesiones, el homicidio, etc.

Así, conforme al artículo 26 del Código Penal del Estado de México:

La Reparación del daño debe comprender:

I. La restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y accesorios y el pago en su caso del deterioro y menoscabo.

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

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

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

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

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Así pues concluiremos diciendo que la reparación del daño consiste en la restitución del objeto obtenido por el delito, el pago del numerario equivalente al objeto, o la reparación moral que en determinados casos también puede ser apreciada pecuniariamente, debiéndose llamar entonces indemnización.

DAÑO PATRIMONIAL.- Es aquel que de una manera directa o indirecta afecta el patrimonio exclusivamente, por eso suele llamarse también daño material.

Para autores como Roman Lugo, el daño material consiste en el menoscabo directo que se ha sufrido en el patrimonio, lo mismo que las ganancias lícitas que el perjudicado deja de obtener.

Las indemnizaciones por el daño material, comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito, ya que cuando éste se comete hay un cambio de la situación jurídica de la víctima u ofendido, éste daño se debe establecer como resultado de la comparación entre la situación anterior al delito y la situación posterior.

El daño material se funda simplemente en la circunstancia de que el acto ilícito haya afectado o no el patrimonio de la víctima considerados como valores económicos, y dentro de esa esfera se encuentran también las capacidades y aptitudes para realizar el trabajo como fuente de riqueza y satisfacción de necesidades, además del prestigio comercial.

De esta exposición surgen dos tipos de daños, uno directo, que recae sobre bienes o cosas que componen el patrimonio de una persona y otro Indirecto, que se genera como reflejo del daño directo causado, afecta derechos, facultades y aptitudes, y es por lo que se dejan de recibir beneficios o ganancias a lo que se llama "lucro cesante".

El daño material es restituible y cuantificable mediante el pago de numerario equivalente al causado.

DAÑO MORAL.- El daño es moral si consiste y es causado solo como molestia producida a un tercero en su seguridad personal, en el goce de sus bienes o como lesión de sus afecciones legítimas, si la molestia o lesión se traduce materialmente por sus efectos en la actividad, crédito, etc., del afectado en su menoscabo de sus cosas o derechos éste es un daño material reparable como tal.³⁷

Eusebio Gómez,³⁸ dice que el daño moral es el sufrimiento psíquico producido por el delito en la persona del ofendido.

Tratándose de un daño moral por su naturaleza no patrimonial (lesiones a la dignidad de la persona a sus sentimientos de afección o de estimación, a su reputación y buen nombre, al uso de su propia imagen, etc.) no son susceptibles de restitución ni de reparación en el sentido estricto del vocablo, porque el daño causado no incide en el patrimonio económico de la víctima (o por lo menos no lesiona directamente ese patrimonio) sino en un valor de naturaleza inmaterial no equivalente en dinero, pero también el concepto de responsabilidad civil que tiene un sentido ético innegable, no excluye sino que admite la posibilidad de compensar mediante el pago de una suma de dinero no solo el menoscabo patrimonial sino aquellos valores que la víctima ya no puede obtener en especie como consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso.

Dos categorías de daños morales se oponen de manera muy clara, por un parte los que tocan a lo que se ha llamado parte social del patrimonio moral, hirien a un individuo en su honor, reputación, su consideración; Por otra parte los que tocan a la parte afectiva del patrimonio moral, hirien a un individuo en sus afectos, como el dolor por la muerte de una persona querida, y por lo tanto son los primeros son los que están siempre o casi siempre mas o menos ligados a un daño pecuniario.

Asi pues, el daño moral en casos de delitos tales como el estupro, la violación, lesiones y homicidio, no puede ser reparado, pero si cuantificado en dinero, "representante común de todos los valores" según sean los efectos que produzcan en la persona en lo que se refiere a gastos

³⁷ Nuñez, Ricardo C. Derecho Penal Argentino, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, pág. 563 a 565, obra citada por Rogelio Vázquez Sánchez, pág. 20.

³⁸ Gómez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, pág. 642 y 643.

médicos por posibles afecciones mentales de la víctima y en el caso de lesiones u homicidio, conforme a las respectivas cuotas de la Ley Federal del Trabajo.

Reparar un daño es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, por ejemplo el sufrimiento físico soportado puede encontrar un equivalente en un viaje o en distracciones que se procure la víctima con ayuda de la cantidad que le es pagada por el autor del daño y esto muestra claramente que el dinero en nuestros tiempos puede si la víctima quiere hacer un empleo juicioso de él, enriquecer su patrimonio moral, agregar a éste un valor moral nuevo susceptible de compensar el que ha desaparecido.

Son más numerosos los que rehusan toda indemnización por lesión de los sentimientos de afectos, por considerar que el daño moral esta muy frecuentemente limpio de toda mezcla, y que el dolor y la pena son los únicos perjuicios causados; que pecuniariamente la víctima no sufre ningún daño.

Por otra parte al lado de los daños que tocan la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral, hay otros que porque no son pecuniarios entran en la categoría de los perjuicios morales y para los cuales se plantea por consiguiente la cuestión de saber si deben ser reparados, como ejemplos podríamos ver los ataques a las convicciones y a las creencias y así todos los daños que hirien a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo, sufrimientos, cicatrices y heridas que afectan la estética y así también las condiciones para el pago de la misma.

La doctrina de manera uniforme señala que el daño moral reparable debe reunir los siguientes requisitos:

a) debe ser cierto, es decir requiere la prueba de que se ha causado efectivamente en la víctima una perturbación anímica seria como estados graves de angustia, congoja, temor.

b) el daño moral debe ser personal, es decir aunque el daño material pueda haberse realizado en otra persona, hay daño moral si la víctima sufre por ello la perturbación anímica señalada en los incisos a) y b).

c) el hecho generador del daño debe ser ilícito, se suele poner como ejemplo de este elemento el dolor de los miembros de la familia como consecuencia de un hecho que produce una enfermedad o la muerte de un ser querido.

REFUTACIÓN DE LA TEORÍA QUE NIEGA LA TEORÍA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Como apoyo a lo anterior veamos "la refutación de la teoría que niega la teoría de la reparación del daño moral"³⁹, en la cual refiriéndonos únicamente a los daños que forman la parte social del patrimonio moral de los individuos, podemos establecer que hay ciertos casos en que el dinero es perfectamente capaz de hacer desaparecer sea totalmente, sea en parte un perjuicio, aunque éste no tenga un carácter pecuniario, el pago de una suma importante permitirá por ejemplo a aquel que soporta sufrimientos que no disminuyen su capacidad de trabajo, acudir a un médico reputado cuya ciencia pueda aliviarlo, inserciones en los periódicos realizadas con la ayuda de la indemnización de daños y perjuicios pagada podrán atenuar las consecuencias de una difamación.

Pero si el dinero es bastante poderoso para poder algunas veces reparar aun en el dominio moral, hay que reconocer que hay casos en los cuales no podrá bastar para volver a poner las cosas en el estado en que estaban.

En los casos en los que el daño toca la parte afectiva del patrimonio moral, el dinero no tiene el mismo papel satisfactorio, puesto que se trata únicamente de encontrar un equivalente al elemento perdido, imposible en la muerte de un ser querido y en efecto aun cuando el juez evalúa el perjuicio material se deja impresionar por la gravedad de la falta cometida, razón por la cual varios autores son partidarios de fundar la reparación del daño moral en la idea de una pena privada pues ven en ella una sanción contra el autor del daño así como una reparación, admitiéndose por tanto la reparación del daño moral en materia delictuosa y cuasidelictuosa.

³⁹ Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las obligaciones. Editorial Porrúa, México 198 - Pág. 372.

COMO OBLIGACION CIVIL

Neminem Laedere, es el principio universal recogido por nuestro Código Civil, que postula al referirse a la responsabilidad subjetiva u objetiva, que quien causa un daño tiene la obligación de resarcirlo.

El derecho de las sociedades modernas civilizadas deberá propender sobre todo a garantizar la persona humana y realzar la dignidad de la misma en la forma mas completa posible, toda vez que el derecho ha sido creado por el hombre y para el hombre (*hominum causa omne ius constitum est*).

La noción de responsabilidad significa estar a las consecuencias de nuestros actos, ya se trate de efectos que deriven directamente de un determinado comportamiento humano (responsabilidad subjetiva) o de efectos que se desprenden del uso de cosas peligrosas o de la creación de un riesgo (responsabilidad objetiva), con independencia de la naturaleza material o inmaterial de la lesión causada.

No hay responsabilidad civil sin daño causado, por ello la teoría del daño causado viene a constituir el pivote sobre el que gira en definitiva la obligación de reparar prescrita en la norma como medio creado por el Derecho Privado para proteger la integridad biológica y social de los seres humanos que (individualmente o agrupados en colectividades), constituyen los núcleos de la personalidad jurídica.

En el daño a las cosas existe como contraprestación la reparación a aquellos valores espirituales y sentimientos o afecciones del individuo como son el ataque a la personalidad al honor, a su honorabilidad a su honra a su reputación y a su prestigio, la reparación deberá consistir en un equivalente como lo es el pago de una suma de dinero ya que no es posible lograr una restitución para que las cosas vuelvan a su estado primitivo.

El artículo 1739 del Código Civil del Estado de México en concordancia con el Código Civil del Distrito Federal, dispone: "El que obrando ilícitamente y contra las buenas costumbres causa un daño a otro, esta obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, éste

artículo no hace distinción alguna acerca de la naturaleza del daño que se causa a otra persona, para obligar al responsable a repararlo.

Paralelamente a esta normatividad del Derecho Privado nuestro Código Penal en sus artículos 27 y 33 establece como responsabilidad civil objetiva exigible a terceras personas, para aquellos hechos delictivos cometidos por sus dependientes únicamente presunciones jure et de jure.

Así pues la responsabilidad civil comprende la restitución de la cosa, si el hecho dañoso consiste en un acto de desposesión o despojo de un bien, en la reparación de la cosa que ha sufrido un daño por la conducta ilícita del agente y en el pago de una suma equivalente en dinero en el caso de que no sea posible la restitución o reparación de la cosa que debe cubrir el responsable la víctima en la medida del menoscabo patrimonial sufrido por ésta y de la falta de ganancia lícita que hubiere podido obtener el perjudicado, de no haberse realizado la conducta dañosa.

La responsabilidad civil además de los efectos reparatorios comprende consecuencias restitutorias y efectos compensatorios, representados por un equivalente en dinero (*id quod interest*) en el caso de que no sea posible la restitución ni la reparación.

El artículo 1945 del Código Civil del Estado de México, se refiere a la reparación moral, como prestación accesoria a juicio del juzgador y únicamente en el caso de que se haya causado la muerte a la víctima, basándose para su cuantificación en la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil y exceptuando al Estado de éste pago.

A diferencia de lo anterior el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, si establece como una obligación el pago de la reparación del daño moral causado, independientemente de haber causado o no un daño material, al establecer que "Cuando un hecho u omisión ilícito (no necesariamente delitos), produzcan un daño moral, el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual, de lo cual se desprende que el daño moral causado directamente comprende la responsabilidad civil del autor, aunque no se haya producido daño material alguno.

Quintano Ripolles⁴⁰, destaca que "la responsabilidad civil dimanante del delito que comprende la restitución y la reparación del daño moral además del pago de costas, es de origen privatista y que, no es rigurosamente personal aun cuando, " la norma básica es que la persona responsable de una infracción en lo criminal lo sea automáticamente en lo civil".

Por lo que hace a la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación voluntariamente contraída (culpa contraída), la cuestión debe ser analizada desde un doble ángulo a saber:

- a) si el incumplimiento de una obligación voluntariamente contraída origina responsabilidad por daño moral.
- b) si en materia de responsabilidad contractual, como ocurre en la responsabilidad extracontractual, es indispensable haber incurrido en culpa para comprometer la responsabilidad del auto del daño.

La concepción civilista del daño, afirma que sólo es la víctima quien lo sufre, mientras que en los delitos penales el daño se causa eminentemente a la sociedad, por lo cual asevera que la reparación del daño no tiene esencia de pena pública, puesto que se trata de una sanción civil derivada de la obligación de restituir y resarcir el daño causado.

De lo antes expuesto podemos concluir que el tratamiento que da nuestro Código Civil a los hechos ilícitos y la obligación de reparar su daño queda comprendido en un punto de vista puramente civil con exclusión de los ilícitos penales; esto es, el derecho privado regula los hechos ilícitos ya sean dolosos o culposos y así también la responsabilidad meramente objetiva, ciertamente dentro de la teoría de la culpa extracontractual o aquiliana, señala este ordenamiento civil como fuentes de obligaciones a los delitos y cuasidelitos, según exista intención o no de producir un daño o bien cuando se obra contra las buenas costumbres.

⁴⁰ Quintano Ripolles, Antonio. Compendio de Derecho Penal. Volumen I. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid. 1958. Pág. 485.

COMO PENA PUBLICA

Para iniciar nuestro análisis, veremos la definición de pena como el castigo que impone el Estado con fundamento en la ley al sujeto responsable de un delito.⁴¹

Conforme al artículo 29 del Código Penal vigente en la Entidad, la reparación del daño que deba cubrir el sentenciado, y que como tal solo puede ser declarada al dictarse sentencia respectiva tiene carácter de pena pública y se le confiere al Ministerio Público la obligación de exigir su pago de oficio, abriendo la posibilidad de que el ofendido o sus causahabientes aporten al Ministerio Público o al juez los datos o pruebas para tal efecto

A continuación veremos el pensamiento de algunos tratadistas en cuanto a considerar la reparación del daño como pena pública.

Bettioli comenta, que la infracción al Código Penal, prevé también las sanciones civiles, ya que puede violar a un mismo tiempo una norma penal, produciendo así agravio a un interés penalmente protegido, y una norma de derecho civil afectando un interés civilmente tutelado.

Rocco, acuñó la expresión y algunos se han adherido a ella aun recientemente, de que el derecho criminal abarca todas las consecuencias de las infracciones y que por eso comprende también las sanciones civiles; Sin embargo al aceptar este criterio nos salimos de los límites del derecho penal entendido en sentido estricto y penetramos en el campo del derecho criminal concedido en sentido lato.

También se ha señalado que la teoría del ofendido en el delito así como su derecho a la reparación del daño corresponden a la sistemática del derecho penal, toda vez que en virtud de la elevación de pena pública a dicha reparación del daño, quedo la misma sustraída del derecho civil contrariamente a como acontecía anteriormente con la vigencia del Código Penal de 1871 en que era ésta una institución de carácter privatista aunque se regulaba en el propio ordenamiento punitivo.

⁴¹ Amuchategui Requena, Irma G. Derecho Penal. Colección Textos Jurídicos Universitarios Editorial Harla México 1996. Pág. 108

De igual forma y al considerarse la reparación del daño pena pública que deba cubrir el sentenciado, podemos suponer que al dictarse por un juez penal una sentencia absolutoria o un sobreseimiento, en virtud de una excluyente de culpabilidad, pero no de ilicitud, si el comportamiento ha sido injusto, aunque no para efectos penales, la ilicitud subsiste y el autor puede y debe responder por el daño que ha causado, luego entonces el ofendido puede demandar el pago de la reparación del daño en la vía civil, por lo que debe dársele a la reparación del daño el carácter de sanción civil.

Guillermo Borja Osorno,⁴² señala "Es erróneo, en primer término que se hable de "pena pública", como si todavía existieran en contraposición las penas privadas, cuando no puede haber delitos privados. Si la reparación del daño es pena, debe serlo en toda su extensión y en todas sus consecuencias, y si a pesar de ello puede ser impuesta a los herederos del muerto, lógicamente se concluye que nos encontramos en el caso de la aplicación de una pena trascendental de las se prohíben terminantemente por el artículo 22 de la Constitución.

Afirma éste autor que sería una pena trascendental si se aplicara como tal en todas sus consecuencias, porque caprichosamente se divide la esencia misma de la reparación del daño, declarándose que cuando deba exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil, si se considera así a la reparación del daño, unas veces como pena y otras como responsabilidad civil para lograr un objetivo de mero procedimiento, y gracias a ésta división de la naturaleza esencial de la sanción-reparación se llega a evitar al extremo absoluto de que se establezca una pena trascendental.

Sin embargo ya el afirmar que la reparación del daño es una pena pública, había un error puesto que las sanciones civiles y las penas, tiene cada una su naturaleza propia, diversa una de la otra, y no es dado pensar en una omnipotencia legislativa que pudiera reducir una esencia a otra esencia, pero ante la necesidad de conceder acción en contra de los ascendientes en ejercicio de la patria potestad, tutores, directores de

⁴² Borja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Editorial José M. Cajica Jr. S.A. México. 1969.

talleres, internados etc. y experimentando seguramente la sensación del absurdo creado, se creyó resolver el problema "Cuando la reparación del daño deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil

En consecuencia la infracción no solo causa un daño penal, sino también uno civil que debe resarcirse al perjudicado, gravitan así en torno de la infracción toda una serie de intereses y de disposiciones no penales, las cuales por referirse a un delito podrán agruparse bajo la denominación de derecho criminal civil, criminal en cuanto se refieren a una infracción y civil, en cuanto se constituyen normas de carácter civil.

La reparación del daño para algunos es una sanción penal, para otros mantiene carácter civil, para unos debe resolverse en el proceso penal, para otros puede resolverla el tribunal penal o puede acudirse a la vía civil, existen entonces dos problemas, el de su naturaleza (civil o penal) y el de la competencia (únicamente penal o facultativamente penal), a tal confusión nos lleva la legislación de nuestra entidad y más aun tratándose del daño moral, puesto que aún y cuando en las reformas de nuestro Código Penal se habla del pago de la reparación del daño moral, en el mismo no se establecen las bases para saber cuando se causo un daño moral, sin poder acudirse a la supletoriedad ya que el Código Civil del Estado de México no da la definición de éste, así pues el legislador abre unas puertas dejando el camino cerrado.

La reparación, en el fondo siempre es un problema de reparación de daños o de perjuicios, siendo importante y decisivo determinar si existe o no un interés publico en que se haga efectiva por la comisión de un delito.

Como remedio a lo anterior se podría sugerir y tomando en consideración el carácter de pena pública que en nuestro sistema se le da a la reparación del daño, que debiera estructurarse dentro de la penología, mayormente si se mira la importancia que debe tener la graduación de la sanción corporal que ha de corresponder al delincuente por el delito cometido, sin embargo esta disciplina no la comprende pues tradicionalmente se ha ocupado solo del estudio de las penas corporales y medidas de seguridad, no obstante nos atrevemos a proponer que la reparación del daño deje de considerarse como pena pública y así se ocuparía de ella la victimología, de esta forma quizá serian mas latentes los beneficios que el

legislador pretende conceder a las víctimas de la omisión de un delito que
menoscabe su patrimonio o sus afecciones.

FINALIDAD DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Las corrientes contemporáneas de la política criminal, sostienen que la reparación del daño es importante como medida de pacificación social, considerando que en muchos casos será la efectiva y concreta reparación del bien jurídico, siendo éste el interés directo de los derechos humanos, para llegar a nuestra conclusión veremos las dos facetas en los siguientes puntos:

Neminem Laederem, es el principio universal recogido por nuestro Código Civil, que postula al referirse a la responsabilidad subjetiva u objetiva que quien causa un daño tiene la obligación de resarcirlo.

La norma jurídica cumple su función protectora de los seres humanos (individuos o conjunto de individuos) a quienes ha acordado la personalidad de dos maneras distintas aunque íntimamente vinculadas una a la otra, en una forma primaria determina la conducta externa que deben observar los sujetos sometidos a sus preceptos y amenaza con imponer una sanción a aquél que infrinja lo ordenado en la misma, el derecho trata ante todo de que las prescripciones normativas se cumplan de primera intención y para ello hace conocer de antemano en que forma procederá el aparato coercitivo que el Estado pone a su disposición en el caso que las mismas sean violadas, para que la norma secundaria contenida en la misma entre a funcionar, necesita que el precepto normativo primario haya sido desconocido o violado.

El derecho de las sociedades modernas civilizadas deberá propender sobre todo a garantizar la persona humana y realzar la dignidad de la misma, en la forma más completa posible, toda vez que el derecho ha sido creado, para el hombre y éste, en última instancia es su único destinatario (*hominum causa omne ius est*), y para que esa función protectora del Derecho sea eficaz, la persona humana debe estar amparada en su doble condición de ser biológico y social, de manera que pueda subvenir a sus necesidades de orden material y espiritual, para lo cual la norma deberá garantizar no solo su vida e integridad física, sino también la utilización y empleo de aquellos bienes materiales e inmateriales, mediante los cuales los individuos satisfacen las exigencias que les impone su vida vegetativa y de relación.

El objeto de la aplicación de la pena tiene por fin la restauración del orden jurídico injuriado.

Cuando se afirma que el fin de la responsabilidad civil es asegurar la reparación de los daños causados a otro, jamás se ha querido decir que la víctima no tenga derecho a nada si la reparación en naturaleza no puede obtenerse, a menudo semejante reparación es irrealizable, sin embargo el hombre frecuentemente se contenta con un equivalente y el mas apropiado generalmente es el dinero, porque con el la víctima tiene un campo de acción casi ilimitado, ciertamente el dinero no lo puede todo, pero en la actualidad es el modo mas eficaz de reparación en el verdadero sentido de la palabra.

En la concepción civilista del daño sólo es la víctima quien lo sufre, mientras que en los delitos penales el daño se causa eminentemente a la sociedad, éste puede ser material o moral y producirse en las personas o en las cosas y existe como contraprestación la obligación de repararlo, cuando es material conforme a la sistemática positiva civil debe restituirse totalmente y cuando es moral solo en forma parcial, pero en el daño moral que comprende aquellos valores espirituales y sentimientos o afecciones del individuo como son el ataque a la personalidad, al honor, a su honorabilidad a su honra a su reputación y a su prestigio.

CARACTERÍSTICAS DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Nuestro derecho penal, da a la reparación del daño el carácter de pena pública, y como tal se encuentra revestida con las características de la pena.

Intimidatoria, lo que significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca.

Aflictiva. Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.

Ejemplar. Debe ser un ejemplo en el ámbito individual y general para prevenir otros delitos.

Legal. Siempre debe provenir de una norma legal, previamente debe existir la ley que le de existencia.

Correctiva. Puesto que toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.

Justa. La pena no debe ser mayor, ni menor, sino exactamente la correspondiente en medida al caso de que se trate, tampoco debe ser excesiva en dureza o duración, ni menor, sino justa.

En cuanto a la primera característica, es el fin general de toda penal, pues intimidando al individuo el Estado pretende cortar los impetus de los quebrantadores del orden social.

La segunda característica, es propia de la que en este trabajo nos ocupa, puesto que la reparación del daño se caracteriza por causar una afectación en el patrimonio del sujeto activo en la comisión del delito.

En cuanto a la tercera de las características, es lógica jurídica de los principios de derecho, en particular a aquel que nos dice nullum pena sine lege, ya que si nuestro derecho no la establece, es inaplicable.

La corrección es algo que nuestro sistema penal no ha logrado, en gran parte por la inexacta aplicación de las leyes, y esto es un problema común en nuestros tiempos, puesto que en los centros penitenciarios en lugar de corregirse a los delincuentes la mayoría de las veces se forma un profesional del delito, aunque éste concepto lo veremos mas adelante como también el problema de la incorregibilidad característica inexacta de la pena a nuestro entender, por lo que respecta a la reparación del daño, tampoco estamos de acuerdo en que esta sea una pena correctiva, ya que si así se considerara se estaria cayendo en un error mas grave al conceder que teniendo los recursos suficientes para el pago de la reparación del daño se contaría con un margen para la comisión de ilícitos.

La reparación del daño siempre debe ser justa, puesto que si bien es cierto ha quedado establecido que toda víctima u ofendido tienes derecho a obtenerla, también lo es que ésta en ningún caso debe consistir en una ganancia para la víctima, sino únicamente la justa retribución al daño causado.

La reparación del daño como pena accesoria de la principal debe ser proporcional al delito, ya que no se puede atender a la peligrosidad del delincuente, pues a ésta ultima se debe dedicar la pena corporal por significar mas agravio para la sociedad en general.

Existen diversos criterios bajo los cuales se clasifica a la pena por sus consecuencias, por su aplicación, por la finalidad que persigue y por el bien jurídico que afecta.

Por sus consecuencias la pena conlleva las siguientes características.

Reversible La afectación dura el tiempo que dura la pena, pero depues el sujeto recobra su situación anterior y las cosas vuelven al estado en que se encontraban, por ejemplo la pena pecuniaria, ya que si se concluye con una sentencia absolutoria, las cantidades exhibidas por el sujeto le son devueltas. La irreversibilidad solo tiene cabida en las penas corporales o la capital, puesto que en estas es imposible volver las cosas al estado en que se encontraban.

Por su aplicación se dividen en:

Principal Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia, es la pena fundamental.

Accesorias Es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal.

Complementaria Es adicional a la principal y deriva también de la propia ley, se podría establecer aquí a la reparación del daño pues como vimos antes debe ser legal, es decir derivar de nuestro derecho positivo, aunque también es una consecuencia directa y necesaria de la principal, por el referido principio de que quien cause un daño está obligado a repararlo.

Por el bien jurídico que persigue se divide en:

Capital Afecta directamente a la vida del delincuente y se conoce como pena de muerte, antiguamente fue la pena por excelencia, pues importaba eliminar al sujeto, ahora se trata de corregirlo.

Por la finalidad que persigue se divide en correctiva de la que hablamos líneas arriba y la que no se logró en nuestro sistema penal, así también en intimidatoria o preventiva y eliminatoria de manera temporal (prisión) o definitiva (capital).

La pena también se divide en **corporal**, entendida como una afectación directa al cuerpo del delincuente, dolorosa y rudimentaria, comúnmente se dice que la prisión es una pena corporal, pero no lo es, sino que se trata de una pena privativa de libertad mas no corporal, ésta última se encuentra prohibida por el artículo 22 Constitucional.

Laborales, consiste en castigar al sujeto mediante la imposición obligatoria de trabajos, antiguamente forzados, hoy prohibidos en el sistema penal mexicano, aunque el artículo 50 de la ley fundamental párrafo tercero, habla indebidamente de "trabajo impuesto como pena", al referirse a la libertad de trabajo; en cambio el artículo 18 Constitucional contempla

que para lograr la readaptación social del sujeto, el tratamiento penitenciario deberá basarse en el trabajo y la educación.

Pecuniarias Implican el menoscabo patrimonial del delincuente, por ejemplo, multa, decomiso, **reparación del daño**.

Infamantes Causan descrédito, deshonor y afectación a la dignidad de la persona, fueron aplicadas comúnmente en la inquisición, ahora son prohibidas por nuestra carta magna.

Restrictivas privativas de libertad Afecta directamente al bien jurídico de la libertad, el ejemplo por excelencia es la prisión, la actual legislación penal mexicana contempla que la duración mínima de la libertad será de tres días y la máxima de cincuenta años de acuerdo con las nuevas reformas.

De acuerdo a lo anterior la reparación del daño es una pena pecuniaria, y tiene como características ser legal, justa, aflictiva, reversible, accesoria complementaria y le agregaremos judicial, ya que es el órgano jurisdiccional el encargado de hacerla efectiva, aun y cuando la ejecución de la pena dictada con motivo de la sentencia corresponde al ejecutivo

La reparación del daño conforme a los principios vigentes del derecho civil consiste en la restitución si el daño fue ocasionado a las cosas y si a las personas el pago de una cantidad de dinero conforme a las cuotas señaladas en la ley Federal del Trabajo.

Por lo que hace a la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación voluntariamente contraída (culpa contraída), la cuestión debe ser analizada desde un doble ángulo a saber:

- a) si el incumplimiento de una obligación voluntariamente contraída origina responsabilidad por daño moral.
- b) si en materia de responsabilidad contractual, como ocurre en la responsabilidad extracontractual, es indispensable haber incurrido en culpa para comprometer la responsabilidad del auto del daño.

Ignacio Villalobos,⁴³ manifiesta, que cuando se logro distinguir la sanción penal de la civil y se caracterizo la primera por tutelar el orden y la paz pública, dando lugar a las acciones de que solo es titular el Estado, por valerse de penas que tienen caracteres afflictivos, ejemplares, intimidatorios, correctivos o eliminatorios y que deben imponerse sólo a los responsables penalmente, variando su cuantía de acuerdo con la personalidad del reo a quien se aplican, aun cuando no se hayan causado daños sino peligros y aún cuando se trate de un simple atentado sin consumación, que se agravan o se atenúan por datos netamente subjetivos, como el haber actuado con dolo o con imprudencia y las sanciones civiles fueron señaladas como aquellas que tratan de mantener el derecho en el caso concreto obligando al pago de lo debido, a la restitución, la reparación y la indemnización y valiéndose de medios que no llevan propósito alguno de intimidación ni responden a la peligrosidad del sujeto, sino que se adaptan a la situación objetiva, a la importancia del derecho desconocido del daño causado, que puedan hacerse valer contra terceros que se hallen ligados con el obligado patrimonialmente o por lazos civiles y el ejercicio de cuyas acciones corresponde al acreedor, al dañado o perjudicado o al beneficiario de los pagos o las reparaciones que han de hacerse, entonces tales adelantos impusieron en materia de delitos el paso de lo homogéneo confuso a lo heterogéneo coordinado, o el reconocimiento de que tales delitos pueden dar nacimiento a las dos acciones, una represiva, pública de carácter penal y correspondiente al Estado y la otra privada, satisfaciente de intereses y derechos particulares y cuyo ejercicio corresponde a quien ha sufrido directamente los daños o los perjuicios que han de ser reparados.

⁴³ Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México 1960, pág. 596.

SUJETOS CON DERECHO AL PAGO DE LA REPARACION DEL DAÑO

La Constitución política de un Estado es la ley suprema que señala las bases de la estructura política y social del país y a las cuales habrán de ajustarse todas las instituciones jurídicas que de ella deriven o las nacidas conforme a la dinámica del desenvolvimiento social.

Los perfiles jurídicos de la institución del ofendido y la reparación del daño que nos ocupa, no aparecen claramente delineados en la Constitución, pero su nacimiento y desarrollo si se desprende del sistema procesal que soporta esa ley fundamental.

Las disposiciones constitucionales vigentes que se relacionan al régimen del ofendido y a la reparación del daño encuentran antecedentes en la Constitución de Cádiz de 1812, cuando en su artículo 294 prescribe lo siguiente "Sólo se hará embargo de bienes cuando se proceda por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria y en proporción a la cantidad a que ésta pueda extenderse".

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal reformado en el Estado, y en orden de preferencia tienen derecho a la reparación del daño:

- I. La víctima
- II. El ofendido
- III. Las personas que dependieran económicamente de él;
- IV. Sus descendientes Cónyuge, O concubina
- V. Sus ascendientes;
- VI. Sus herederos; y
- VII. EL Estado a través de la institución encargada de la asistencia a las víctimas del delito,

Al respecto de dichas reformas, cabe hacer mención que el orden que se establece resulta un poco repetitivo, y por lo tanto obsoleto, o el legislador quiso ser tan explícito que cayó en redundancias, puesto que en la comisión de un ilícito considerado como delito por nuestras leyes penales, tienen derecho a la reparación del daño en primer lugar la víctima como persona donde directamente recae el daño causado, en segundo lugar el ofendido, como persona que resiente los efectos del daño causado, y puesto

que generalmente ésta es el cónyuge o concubina cuando existe una relación de pareja y en caso de no tenerla, los padres, siendo éstos los ascendientes y aquella la ofendida, resultando encontradas aquí las fracciones II Y IV, asimismo los hijos serán por lógica y regularmente siempre los dependientes económicos de la víctima, además de ser sus descendientes de lo que se desprenden las fracciones III y IV, aunque en esta parte la legislación penal es muy general, puesto que no hace distinciones sobre la edad o personalidad de quien pudieran depender de él, es decir, aquí podrían estar comprendidos parientes tanto menores como mayores de edad, consanguíneos en línea recta y colateral, en último término se habla globalmente de herederos en esta concepción quedarían comprendidos todos y cada uno de los individuos a que se ha hecho referencia siempre y cuando se establezca éste carácter, para lo cual nos debemos que remitir a la ley civil, lo que implicaría un procedimiento mas en la vía civil, y por ende un gasto mas para quien supuestamente va ser resarcido de un daño, es por lo anterior que nos parece que el legislador estatal además de pecar de redundancia sobrepasa los estándares posibles de aplicación de la protección que pretende dar a la víctima y sus derechohabientes de la reparación del daño proveniente de la comisión de un delito.

Además de lo anterior surge la problemática de hacer efectivo el pago de dicha prestación, ésto tomando en consideración la acción a ejercitar, ya que en la mayoría de los casos las personas a que hemos hecho referencia son incapaces para llevar a cabo el procedimiento necesario ya que debe estar pendiente de pruebas y términos para hacerla valer, que aunque se menciona debe estar asesorada por un profesional, el Ministerio Público casi siempre se limita a pedir el pago de la reparación del daño, sin fundamentar procesalmente su pedimento ésto en materia penal en la que generalmente en la práctica predomina como interés la aplicación de la sanción corporal y no la pecuniaria, y en materia civil, como ya lo dijimos se tendría que dar un procedimiento civil, desgastador en el cual para iniciar debe pre-existir una sentencia condenatoria como base de su acción, además de proveer las pruebas necesarias para la acreditación del monto y el cumplimiento de una serie de términos improrrogables y fatales.

Conforme al derecho civil sustantivo, quienes tienen derecho a la reparación del daño son justamente las víctimas o a falta de ésta la

familia tal y como lo dispone el artículo 1745 del Código Civil de la entidad que establece lo siguiente "independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la **victima** de un hecho ilícito o de su familia si aquella muere una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagara el responsable del hecho, pero en estos casos aun se verán inmersos en los dilemas a que nos hemos referido y en otros provenientes de la inexacta aplicación de nuestras ya tan profanadas leyes.

PERSONAS OBLIGADAS AL PAGO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

La responsabilidad de terceros esta fundamentada en la teoría de la culpa ajena, y estriba en la necesidad de garantizar a la probable víctima del delito el resarcimiento del daño que se le haya causado e los casos en que el autor material de tal conducta sea una persona incapaz, menor de edad, dependiente de otra, o que se encuentre bajo la custodia y responsabilidad de otra persona.

Las reglas de responsabilidad nos dicen que en principio el propio autor de esa conducta es el responsable, pero así como la ley les da a esas personas el carácter de incapaces y les designa otra persona como responsable, también señala cuando y quienes son responsables de sus conductas por tener encomendada su cuidado y custodia, así como también señala la responsabilidad de algunas personas respecto a las conductas que puedan cometer los que estén bajo su mando por razón de trabajo u otra análoga.

Los antecedentes de los obligados al pago de la reparación del daño los encontramos en el artículo 305 de la propia Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 estatuye " Ninguna pena que se imponga para cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció".

El artículo 51 de la Constitución del Régimen de Santa Anna decía: "Toda pena, así como el delito, es precisamente personal del delincuente y nunca será trascendental a su familia"

El artículo 33 del Código Penal de 1871: " La responsabilidad criminal no pasa de la persona y bienes del delincuente aun cuando sea miembro de una sociedad o corporación. Si la pena impuesta en sentencia irrevocable es pecuniaria se pagará de los bienes del delincuente los cuales pasan a sus herederos con ese gravamen"

El artículo 91, del Código Penal de 1931 establecía.- La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieran impuesto a excepción de la reparación del daño y la de decomiso de

los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él".

Conforme a la redacción de los artículos anteriores aparentemente trascendería la obligación de reparar el daño a los herederos del delincuente, mayormente si se toman en cuenta los antecedentes constitucionales legislativos, solo que el pago debe efectuarse con bienes del propio delincuente fallecido ya que de otra forma se heriría la conciencia de equidad y de justicia en la hipótesis de que los herederos del delincuente se pudieran enriquecer a costa de las víctimas.

El actual Código Penal en sus artículos 29 y 32 establece como responsabilidad civil objetiva exigible a terceras personas, para aquellos hechos delictivos cometidos por sus dependientes únicamente presunciones jure et de jure.

El que ejecuta un hecho delictuoso es responsable civilmente, al respecto el derecho francés dice que además de que ese hecho le sea imputable a su autor, "ninguno es responsable de sus faltas sino en tanto que se encuentra en estado de comprender el alcance de sus actos, es decir capaz de discernimiento, o sea que el niño que no ha llegado a la edad de la razón, el idiota, el loco no se obligan cuando cometen un acto perjudicial a otro".

En nuestro Derecho no es lo mismo, ya que se establece que los que se hallen privados de la razón y los menores que obran sin discernimiento, sólo serán responsables cuando a las personas que los tienen a su cargo no les resulte responsabilidad civil o no tengan bienes con que cubrirla. Pero si no se hallaren en tutela ni bajo la patria potestad, ellos serán los únicos responsables.

En la exposición de motivos de nuestra ley civil, al tratar de las personas civilmente responsables se examinó si lo son o no los que causan algún daño hallándose en estado de enajenación mental y los menores que obran sin discernimiento. Los que sostienen que son irresponsables se fundan en que aquéllos obran sin dolo y sin culpa pues no tienen voluntad ni conocimiento de lo que hacen. Sin embargo a la Comisión le pareció injusto que se quede reducido a la miseria el que sin culpa suya sufrió un

grave daño tan solo porque el que se lo causo no supo lo que hacia, cuando éste puede repararlo fácilmente, pues tanto puede ser que él que causo el daño tenga bastante para repararlo como que él afectado sea de un pequeño patrimonio fácil de reparar con la inmensa fortuna, así también existe el caso de que al reparar el daño causado venga la ruina del que inculpablemente lo causo y eso tampoco seria justo, por lo cual la Comisión estableció el beneficio de competencia para evitar todo inconveniente.

Cuando es exigible a terceras personas, la propia ley procesal penal señala que supletoriamente es aplicable el Código de Procedimientos Civiles en cuanto al procedimiento que señala y de una manera autónoma también indica la ley procesal penal que a elección del ofendido puede éste reclamar su derecho de resarcimiento del daño a través del procedimiento que regula el derecho procesal civil positivo, esto último en la hipótesis de que previamente exista ya una declaratoria de responsabilidad penal dictada por la potestad represiva y no se haya intentado en dicha vía penal.

Cuando la reparación del daño se exige a terceras personas, y la ley expresamente la considera como responsabilidad civil, ya no puede por lógica consecuencia ser considerada como pena pública ni tener porque estar sujeta al procedimiento penal, puesto que en tales casos nuestra ley señala presunciones *jure et de jure* de responsabilidad objetiva, pudiendo entonces directamente reclamarse ésta ante los tribunales civiles correspondientes ya se deriven de un delito penal o civil pero sin tener que sufrir las consecuencias de un procedimiento penal que no resuelve con suficiente claridad todas las hipótesis que se presentan, debiendo únicamente probarse en dicha jurisdicción civil la relación causal entre el hecho y el daño producido además de la autoría.¹⁴

Si bien puede decirse entonces que el Derecho exige como requisito de carácter general que el hecho haya sido querido por el sujeto, para responsabilizarlos por sus consecuencias, no hay que olvidar que la voluntad jurídica es una construcción normativa que puede coincidir con la voluntad psicológica real pero que también puede diferir de la misma como ser, verbigracia en el caso de un hecho ilícito perpetrado por un menor de

¹⁴ Ob. cit., Colin et Capitant, t II, núm 188 y Jossierand, tomo II núm 455-457) Borja Soriano, Manuel. Idem.

diez años de edad, que es imputado al padre, no obstante no haber realizado éste la acción cometida por su hijo.

La responsabilidad civil, no puede declararse sino a instancia de parte.

El beneficio de la competente es el derecho que tienen algunos deudores por razón de parentesco, relaciones, estado, liberalidad o desgracia para no ser reconvenidos u obligados a más de lo que pudieren hacer o pagar después de atender a su precisa subsistencia. ⁴⁵

Antes de las reformas, el procedimiento establecido por la ley para hacer efectiva la reparación del daño exigible a terceras personas resultaba ilusorio ya que cuando el delincuente se sustraía de la acción de la justicia se paraliza el procedimiento y no puede por ende dictarse condena alguna por ese concepto, por motivo de que tal sanción pecuniaria solo es dable imponer al resolverse en la sentencia de la causa penal sobre el delito y la responsabilidad. Igualmente tampoco la jurisdicción civil, por mandato legal, puede dictar sentencia sin estar previamente declarado delito y responsabilidad, ahora el legislador en su afán de protección a la víctima, establece en el artículo 37 del Código de Procedimientos Penales, que cuando el delincuente se sustraiga a la justicia, los depósitos que garanticen la reparación del daño, se entregaran al ofendido o a sus causahabientes, inmediatamente después del acuerdo de reaprehensión o de revocación de libertad que corresponda, la pregunta ahora es ¿cual debe ser el procedimiento a seguir?, ¿el juez penal reconoce el carácter de causahabiente de la víctima?, ¿se está saltando el procedimiento civil, no se están violando las garantías del justiciable al ser privado de su patrimonio sin mediar juicio seguido?.

Varios tratadistas coinciden en postular que la reparación del daño como obligación nacida de la comisión de un delito debe trascender en caso de fallecimiento del autor o terceros obligados a sus herederos de igual manera que los herederos de la víctima pueden reclamar tal reparación del daño como causahabientes, pero debería analizarse los beneficios y desventajas que atraería para ambas partes, pues el principio básico a atenderse es el no vulnerar los derechos de alguno de ellos.

Si como consecuencia de un riesgo creado se producen lesiones o sobreviene la muerte de una persona por el uso de aparatos, instrumentos, mecanismos o dispositivos peligrosos, además de la obligación de reparar el daño material a la víctima o a su familia, el responsable debe compensar el daño moral que deriva del menoscabo patrimonial inferido a la víctima o a sus deudos.

⁴⁵ Borja Soriano, Manuel. Idem pág 350 y 351.

C A P I T U L O

T E R C E R O

PROCEDIMIENTO DE GARANTIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO ANTE MINISTERIO PUBLICO.

Los historiadores nos hacen saber que en etapas rudimentarias el ofendido por el delito gestionaba la reparación del agravio ante el jefe de la tribu, y mas tarde al cambiar las formas de vida se acudía ante la autoridad para que administrara la justicia, posteriormente cualquier ciudadano solicitaba ésta ante la autoridad y finalmente el Estado represento al ofendido por medio del ejercicio de la acción penal, provocando la intervención de un juez para que substanciados los actos correspondientes a un *proceso*, resuelva la litis planteada.

La acción puede ser civil o penal, la primera puede ser iniciada por un particular o representante legal de una persona moral, mientras que la segunda surge al nacer el delito, su ejercicio esta encomendado al Estado por conducto de uno de sus suborganos, y tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal.

La acción penal como Institución del Derecho de Procedimientos Penales, está encomendada al Agente del Ministerio Público por mandato expreso establecido en el artículo 21 Constitucional, la excepción se encuentra contenido en el artículo 111 de la misma, cuando se trata de delitos cometidos por los servidores públicos, siendo ejercitada la acción penal por los integrantes del Senado de la República.

Para el válido ejercicio de la acción penal deberán darse los siguientes requisitos, la comisión u omisión de un hecho considerado por la ley como delito, realizado por una persona física, que medie denuncia o querrela, cuando el hecho no se persiga de oficio.

Estudiosos como Eugenio Florián consideran la acción penal como "el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal", cuando se infringe una disposición de las que integran el derecho penal debiendo ser definida con una condena o absolución, previa satisfacción de algunos requisitos como la intervención de un juez, quien al no proceder de oficio, necesita de la excitación del poder jurídico sobre esa situación.

La acción penal es obligatoria, siempre y cuando este integrado el cuerpo del delito y existan razones fundadas para suponer que una persona determinada es responsable de un delito, es indivisible porque produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos o para quienes les auxilian, sin trascender a sus familiares o terceros.

La acción penal es irrevocable porque si se ejercita para iniciar un proceso, éste debe concluir con la sentencia, aun y cuando existe el desistimiento en casos en los que iniciado el proceso, falta algún requisito de procedibilidad.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

En el Derecho Mexicano por disposición del legislador los requisitos de procedibilidad son: la querella, la excitativa y la autorización, elementos que trataremos mas adelante.

En México el proceso solo puede darse si existe un impulso que lo provoque, la acción penal es la fuerza que lo genera.

Para que se inicie la averiguación previa necesitamos la noticia del delito (notitia criminis), denuncia, querella, excitativa y autorización.

La primera puede ser directa e inmediata, presentada por cualquier persona, sin importar raza, sexo, o edad salvo algunas excepciones, es un medio informativo por medio del cual se hace sabedor al Ministerio Público de un hecho considerado como delito, no es un requisito de procedibilidad porque al conocer de la noticia el Ministerio Público esta obligado a practicar las diligencias necesarias para concluir si el hecho resulta delictivo y ubicar al responsable.

El artículo 97 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México señala " El Ministerio Público esta obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común de que tenga noticia por alguno de los medios señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, excepto en los casos siguientes.

I.- Cuando se trate de delitos que solamente sean perseguibles mediante querella necesaria, si ésta no se ha presentado;

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha cumplido.

Si el que inicia una averiguación no tiene a su cargo la función de proseguiría dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

La Querella es el derecho o la facultad que tiene una persona (víctima, agraviado o Representante de éstos), para hacerlo del conocimiento del Estado a través de sus órganos (Ministerio Público), y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o el hecho y

persecución del probable autor para que se lleve a cabo el proceso correspondiente.

De la anterior definición concluimos que Ministerio Público se encuentra impedido para proceder de oficio en los delitos perseguibles por querrela, por ser ésta un requisito de procedibilidad.

Algunos estudiosos del Derecho, se muestran inconformes con la querrela por considerarla un peligro para la sociedad al dejar al arbitrio de particulares la sanción o condena de un hecho delictivo, propiciando la inmoralidad de la aplicación de la justicia, estiman además que si solo afectan intereses particulares deberían desaparecer del Derecho Penal que tiene un carácter Público, y único titular de la facultad punitiva.

Una concepción mas humanista, afirma que dada la naturaleza de algunas infracciones penales lo correcto es dejar que los particulares otorguen su anuencia para la investigación y persecución de dichos delitos, puesto que al lesionar éstos el aspecto íntimo del ser humano no debe proscribirse la voluntad de los particulares, consideran también a la querrela como un medio pacifista encaminado a lograr la concordia y el desenvolvimiento armónico de los seres humanos, inclino mi criterio por ésta ultima idea, tomando en consideración que si el Derecho es un fruto humano al servicio de los humanos, no se tome en consideración a éstos que es a quienes se aplica, además de que no queda al arbitrio del particular si se aplica o no la pena, aún en los casos de desistimiento de la querrela.

La formulación de la querrela puede hacerse por escrito o verbalmente, por el ofendido considerado éste como la víctima o tutelar del bien jurídico lesionado, su representante en los casos de incapaces y facultados expresamente por la ley, o apoderado general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, (con excepción de los casos de estupro, raptó o adulterio); deberá contener una relación de los hechos, y ser ratificada ante la autoridad correspondiente.

El derecho de querrela se extingue con la muerte del agraviado (siempre y cuando no se haya ejercitado), por perdón (en cualquier momento de la averiguación previa, aún satisfechos los requisitos para el ejercicio

de la acción penal, durante el proceso hasta antes de pronunciarse sentencia), por consentimiento, por muerte del responsable y por caducidad.

El perdón solo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga, solo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga a menos que el ofendido y una vez otorgado el perdón en cualquier fase no existirá posibilidad de interponer nuevamente la queja por los mismos hechos y en contra de la misma persona.

En la practica el perdón, puede llegar a ser un medio de presión para quien privado de la libertad acceda a situaciones o exigencias indebidas, además existe el caso en que el "ofensor", no acepta el perdón puesto que equivaldría a aceptar su culpa, entonces el juez podría resolver no considerar culpable al procesado por no llegar a la etapa de probarlo ni de emitir sentencia, habiendo cabida aquí para señalar que no debe fabricarse una norma para los menos casos sino para los más casos.

La caducidad extingue el derecho de querrela, y es la sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona que dentro de un plazo convencional no realiza voluntariamente y conscientemente una conducta positiva pactada (convencional) o que determina la ley, sanción que consiste en no dejar que nazca o bien en no permitir que se mantenga vivo un derecho sustantivo procesal ⁴

La muerte del ofensor también extingue el derecho de querrela por falta del objeto y finalidad.

Los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y para la mayoría de los Estados de la República, señalan que el procedimiento consta de cuatro periodos o etapas.

- I.- Averiguación Previa.
- II.- Instrucción.
- III.- Juicio
- IV.- Ejecución de Sentencia

El Código Federal de Procedimientos Penales, incluye además de los anteriores, la Preinstrucción, Primera Instancia, Segunda Instancia,

procedimiento para inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos (art 1°).

La Averiguación previa, es la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal, el Estado a través de sus sub-órganos (Procurador, Ministerios Públicos, Policía Judicial), quienes practicarán las diligencias necesarias para ejercer la acción penal, debiendo acreditar los elementos del cuerpo del delito, y la probable responsabilidad.

El inicio de dichas diligencias tendrá lugar cuando el ofendido, o querellante o denunciante hacen saber los hechos a través de un escrito o directamente ante el Agente del Ministerio Público Investigador.

En el primer caso se mandara citar al signante del escrito para que se presente a ratificarlo y se continúen las diligencias, en el segundo caso, el Ministerio Público escuchara la narración de los hechos y los hará constar por escrito en una acta, dictando todas las providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas, para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo, para saber que personas fueron testigos del hecho, y en general, impedir que se dificulte la averiguación y, en los casos de flagrante delito, para asegurar a los responsables.

En el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece el término del que dispone el Ministerio Público para realizar las diligencias necesarias para ejercer la acción penal, "...Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevé como delincuencia organizada..."

La duplicidad del término, se justifica por la complejidad de las averiguaciones en delitos graves cometidos por pluralidad de sujetos organizados bajo reglas de disciplina y jerarquía.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Si como vimos en los apartados anteriores la denuncia, o querrela se realiza, encontrándose el probable responsable detenido o habiéndose presentado voluntariamente se procederá conforme a lo dispuesto por el artículo 109 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Se hará constar la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos, el nombre y carácter de la persona que dio noticia de ellos y su declaración, la de los testigos cuyos dichos sean más importantes, la del inculpado si se encontrare presente, la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular, los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar, el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos en las personas que en ellos intervengan, las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.

El Ministerio Público podrá citar a las personas que participen en los hechos que se averiguen o tengan datos sobre los mismos, haciéndose constar en el acta quien menciona a la persona a citar o los motivos del Ministerio Público para hacer dicha citación.

Si alguna autoridad distinta al Ministerio Público realiza las diligencias de averiguación previa las remitirá a éste dentro de tres días de haberla iniciado, en el caso de no encontrarse detenida alguna persona; Si se encontrare detenido lo deberá de hacer dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, mismo tiempo del cual dispone el Ministerio Público investigador para remitir la averiguación al Tribunal competente, cuando no exista detenido y sea indispensable que el Ministerio Público retenga las diligencias para una mejor averiguación, siendo practicadas éstas se hará la consignación correspondiente.

El Ministerio Público que practique las diligencias de averiguación previa, determinará en cada caso, que personas quedaran en calidad de detenidas y en que lugar, haciéndolo constar en el acta respectiva, esto en razón de que en ocasiones se llega a internar a alguna persona en algún hospital o similar.

La averiguación se reserva en varias circunstancias, por ejemplo cuando no ha comparecido alguna persona citada, o se manda a archivo, por

no existir elementos para proceder en contra del indiciado, o de éstos se desprende claramente que no se configura ningún delito.

En todo caso la resolución del Ministerio Público por la que se reserve será revisada por el Procurador General de Justicia del Estado o Subprocurador que corresponda, a quienes dentro del término de cuarenta y ocho horas se remitirá la indagatoria, el ofendido dentro de los diez días siguientes contados a partir de que tenga conocimiento de la determinación podrá solicitar revisión de ésta y, el Procurador General de Justicia del Estado, deberá resolver dentro de un plazo de quince días hábiles.

La determinación de archivo, no significa que: por haber resuelto así ya no es posible hacer nada, pues en cuanto aparezcan nuevos elementos, el Ministerio Público queda obligado a continuar la averiguación porque carece de funciones jurisdiccionales y sus determinaciones no causan estado.

Anteriormente las diligencias de averiguación previa se practicaban secretamente y solo podían tener acceso a ellas el defensor del detenido cuando lo hubiere, dejando en estado de indefensión a quien no contaba con éste, las reformas señalan ahora que las partes tendrán acceso a dicha indagatoria.

El Ministerio Público, deberá procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como fundamento del ejercicio de la acción penal y del proceso penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando este justificada la existencia de los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada el delito una comprobación especial, reza el Artículo 126, que el Ministerio Público y los tribunales gozaran de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes con apego a las disposiciones legales

Artículo 141. El Ministerio Público, bajo su responsabilidad, al practicar diligencias de averiguación previa, está obligado a proceder a la detención de los probables responsables de un delito, sin necesidad de orden judicial en los siguientes casos

- I.- En caso de flagrante delito, y
- II.- En casos urgentes.

El artículo 143 de Código en consulta, nos señala que habrá caso urgente, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de delito grave, así calificado por la ley;
- b) Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, entendiéndose por tal cuando, en atención a las circunstancias personales del indiciado, sus antecedentes penales, sus posibilidades de ocultarse para no ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho, o en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda sustraerse a la acción de la justicia y;
- c) El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razones de la hora, lugar u otras circunstancias.

El Ministerio Público ordenara la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores, debiendo estar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

La orden de detención será ejecutada por la Policía Ministerial, la que deberá sin dilación alguna, poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado, la denominación de ministerial, se ha discutido mucho, puesto que aún y cuando dicha corporación es auxiliar de la justicia, ha quedado establecida a cargo de la Institución del Ministerio Público, y no del Poder Judicial.

Para la determinación de las penas, el legislador mexicano ha seguido un criterio cuantitativo, y por tal motivo no procederá la orden cuando se trate de delitos sancionados con pena no corporal.

Cuando un particular detuviere a un inculpado en caso de delito flagrante, deberá ponerlo sin demora a disposición del Ministerio Público; cuando no lo hubiere en el lugar, a la autoridad mas inmediata quien con la misma prontitud lo entregara a la representación social.

La violación de esta disposición hará plenamente responsable al Ministerio Público o funcionario que decreta individualmente la detención y la persona así detenida, será puesta en inmediata libertad.

El Código Procesal, expresa que delito flagrante se entiende cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el hecho o bien cuando el indiciado es perseguido material, ininterrumpida e inmediatamente después de ejecutado el delito, se equipará ésta situación cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos, o por quien hubiera participado con ella en su comisión, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el hecho, siempre y cuando el mismo pueda ser constitutivo de delito grave, y no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos probablemente delictivos.

La fracción I, del artículo 142, nos dice que "el Ministerio Público no podrá retener por mas de cuarenta y ocho horas, o de noventa y seis cuando se trate de delincuencia organizada, plazo en que deberá ordenarse su libertad sin perjuicio de continuar la indagatoria o ponersele a disposición de la autoridad judicial.

El artículo 145, prevé "Cuando el indiciado sea detenido o se presente voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido, el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público se asentara o se agregara en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido;

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante;

III. Será informado de los derechos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna en su favor en la averiguación previa.

Estos derechos son:

- a) Que se le permita comunicarse con quien lo desee, por teléfono o cualquier otro medio disponible.
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de confianza, o si no quiere o no puede designar defensor se le designata uno de oficio.
- c) Que debe estar presente su defensor cuando declare;
- d) Que no podrá ser obligado a declarar;
- e) Que se le designe traductor, si se trata de persona que no hable o entienda suficiente el español,
- f) Que se le conceda inmediatamente su libertad caucional si procede conforme al artículo 146 de éste Código;**
- g) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;
- h) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal dicha averiguación;
- i) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que tengan relación directa con el hecho que se investiga, siempre que no constituya dilación o entorpecimiento de la averiguación previa.
- j) Cuando no sea posible desahogar las pruebas ofrecidas por el inculcado y su defensor, el Juez de la causa resolverá en su oportunidad sobre la admisión y práctica de las mismas.

Se hará constar en la averiguación previa la información que se le dé sobre todos los derechos mencionados.

Como hemos visto dentro de éstos derechos se encuentra la libertad caucional otorgada por el Ministerio Público, por lo que abordaremos los casos en los que puede concederse, previo el siguiente concepto:

La libertad bajo caución es el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que previa satisfacción de los requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión.**

Con las últimas reformas, el numeral 146 del Código de Procedimientos Penales de nuestra Entidad establece que la libertad caucional procede siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio, pudiendo negarsele cuando el indiciado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave, o cuando existan datos fehacientes para establecer que la libertad del indiciado representa por su conducta precedente, por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Anteriormente se atendía al término medio aritmético de la pena que correspondiera al delito, al extenderse el catálogo de delitos graves se instituyó que los incluidos en éste serían los que no alcanzarían dicha garantía constitucional, posteriormente la negación de la libertad caucional debía ser a solicitud del Ministerio Público, quien se encontraba obligado a aportar elementos al Juez para resolver dicha situación, ahora se suprime tal circunstancia, dejándose al arbitrio del juez, sin embargo no hay que olvidar la calidad con que actúa éste y la representación de aquél como guardian social.

Tratándose de delitos castigados con pena alternativa, o no privativa de libertad y habiendo detenido el Ministerio Público solamente debe concretarse a tomarle su declaración, sin hacer limitación alguna a su libertad, pues es terminante que será hasta la sentencia cuando se sepa la pena que habrá que aplicarle y si los requisitos legales están satisfechos la consignación se hará sin detenido.

** Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Decimosegunda Edición. Editorial Porrúa, México 1990. Pág. 520

El Ministerio Público fijara de inmediato la garantía correspondiente, con los elementos existentes en la averiguación previa, una vez que le sea solicitada la libertad del probable responsable.

Cuando se deje libre al probable responsable, el Ministerio Público notificara personalmente al indiciado para que comparezca ante él mismo para la practica de diligencias de averiguación, en su caso y concluida ésta ante el Juez a quien se consigne la causa, dentro de los tres días siguientes, quien ordenara su presentación y si no comparece dentro de ese termino, se ordenara su aprehensión, haciendo efectiva la garantía.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el probable responsable desobedeciere, sin causas justificadas las ordenes que se le dicten y deberá mandarla depositar en los lugares que para tal efecto designe el Procurador de Justicia.

La garantía se cancelara y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal

En esta fase se esta dando al Ministerio Público, un excesivo poder para que a su criterio y como Juez fije una caución en efectivo al indiciado con el objeto de que éste no se sustraiga de la acción de la justicia, y aun cuando aparentemente lo que pretenda es garantizar la posible reparación del daño, se contraviene y ataca además de lo dispuesto en la fracción I, del artículo 20 Constitucional, la garantía consagrada en el artículo 14 Constitucional porque se esta efectuando el patrimonio de una persona sin haber sido oída, ya no digamos en juicio sino por una autoridad administrativa como el Ministerio Público, a quien se le sigue aumentando el poder, entrañando graves peligros sobre todo en un medio como el nuestro en donde el Ministerio Público al gozar de facultades tan amplísimas se ha venido a convertir en el factótum del procedimiento penal, consolidando abusos, exacciones económicas y desvío de poder, por lo que dicha reforma es hasta cierto punto sectarista y discriminatoria, y si bien es cierto las legislaciones procesales gozan de amplio criterio en materia de libertad provisional, dicha reforma debe hacerse de manera integral para que en estas condiciones alcance justificación sin olvidar jamas la supremacía de las garantías constitucionales.

FORMAS DE GARANTIA DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Durante la averiguación previa ha lugar a conceder la libertad caucional conforme a lo dispuesto en el artículo 146 del Código Procesal Penal vigente, que dispone lo siguiente: "El Ministerio Público durante la averiguación previa, deberá conceder al indiciado inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; pudiendo negarsele cuando el indiciado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado por la ley como grave o cuando existan datos fehacientes para establecer que la libertad del indiciado representa por su conducta precedente, por las circunstancias o características del delito un riesgo para el ofendido o para la sociedad. El monto y la forma de la caución se fijaran conforme a lo dispuesto por el artículo 319 del mismo código.

Anteriormente el artículo 154 establecía como requisito para la concesión de la libertad provisional por el Ministerio Público, previo depósito en efectivo que se tratara de delitos *culposos, siempre que no concorra abandono de la víctima u otro delito doloso y el inculpado no se halle bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos, bebidas embriagantes o sustancias tóxicas, y con arreglo a lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Como podemos observar las reformas han acentuado las facultades del Ministerio Público para otorgar la libertad provisional de únicamente delitos *culposos* a limitarse a no concederla en los graves, cuestión ésta que resulta muy interesante, pues si bien es cierto existen delitos en los cuales el denunciante, ofendido o querellante persigue más que el castigo para el sujeto activo, la recuperación del objeto dañado, también debemos estar concientes que el Ministerio Público es una Institución perseguida por delitos y no cuenta con facultades discrecionales como las que cubren al Juez.

Además la última parte del citado artículo 146, remite como reglas para conceder el beneficio constitucional a lo dispuesto en el artículo 319 y en éste se contienen dispositivos que igualmente requieren las facultades del juzgador como ente imparcial y justo para calificar las circunstancias

en que es dable el otorgamiento de la garantía constitucional, amén de que dicho precepto también resulta a mi juicio inconstitucional, toda vez que antes de las reformas se establecía que la concesión de la libertad será con arreglo a lo dispuesto por la Constitución, por diversas situaciones que señalaremos mas adelante.

Nuestra legislación penal en lo referente a las reglas a observar para la concesión de la libertad provisional, establece en el artículo 325 del Código Procesal Penal que: "Con excepción de la reparación del daño, la naturaleza de la caución quedara a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestara la forma que elige para los efectos de la fracción V del artículo anterior".

En el caso de que el inculpado o su defensor no hagan la manifestación mencionada, el Juez o el Tribunal de acuerdo con el artículo que antecede fijara las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución.

Los sujetos procesales facultados para solicitar la libertad caucional son/ el procesado, acusado, o sentenciado, empero no existe ningún impedimento para que la gestión en el orden señalado, la lleve a cabo cualquier persona, ya que todo formulismo encaminado a entorpecer la gestión pertinente para hacer efectiva esa garantía sería contrario al espíritu mismo de nuestra Carta Jurídica Fundamental.

Para resolver sobre la forma y monto de la caución 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.

El dilema entonces es porque si nuestra ley penal, establece como formas de garantía, la fianza, la hipoteca e incluso la prenda, nuestros tribunales aceptan únicamente como forma de garantía el depósito en efectivo.

Aquí podemos observar la vulneración que se hace de la **garantía**, consagrada en la fracción I, del artículo 20 Constitucional, puesto que el espíritu de lo que el legislador estableció aunado al principio general del indubio pro reo, en ningún momento indica forzosamente una forma de caución y si bien es cierto que deja al arbitrio del juzgador el monto y la forma, lo es también que las facultades concedidas al Juez no son bastantes como para extralimitarse, porque es el Organismo legislativo estatal quien estableció caucionar la reparación del daño forzosamente en efectivo, y el juez únicamente aplica las disposiciones correspondientes, sin embargo deberían atender primeramente y en razón de la materia que se aplica lo dispuesto en la Carta Magna antes de lo dispuesto en la una ley secundaria como es el caso del Código de Procedimientos Penales de la Entidad, atendiendo a la pirámide de Kelsen, por consagrarse en la primera las garantías no solo de los ciudadanos, sino de los ciudadanos sujetos a las leyes penales.

En la actualidad y debido principalmente a la actividad de los "coyotes" ante las facilidades que representan las cauciones otorgadas por las afianzadoras, el procedimiento de las cauciones personales ha caído en desuso y rara vez la gente se vale de ellas ante los tribunales, aunque el Código la siga contemplando como una forma de garantizar la libertad provisional, es necesaria una mejor apertura por parte de los Tribunales hacia el inculpado, para la obtención de las formas en que puede obtenerse la libertad y evitar así que caigan en manos de gente sin aprecio por dicha garantía que solo piensa en obtener beneficio personal a costa de la libertad muchas veces de gente inocente.

Cabe hacer notar que dentro ya del proceso, es decir ante el Juez, el Gobierno Estatal a través de la Defensoría de Oficio, cuenta con fianzas otorgadas por el Estado que garantizan el pago de las sanciones pecuniarias que se le pudieran imponer al procesado únicamente en casos de delitos que conforme a la ley alcancen el beneficio de la libertad bajo fianza, para la concesión de éstas se atiende al estudio socioeconómico practicado por el personal del Centro de Readaptación Social en el cual se encuentre interno el procesado, y aunque éste es un avance en comparación con las legislaciones de otras Entidades de nuestro país, pues representa una excelente ayuda para los inculcados de delitos

que alcancen el tan preciado beneficio, sin embargo ésta ilusión se desmorona al darse cuenta de que la situación real es mas dura, cuando no se cuenta con la disponibilidad efectiva e inmediata para garantizar dicho pago, por tanto la lucha social en beneficio de una mayor justicia no puede detenerse, sino es deber de toda la sociedad seguir trabajando en la aplicación de la justicia y no solo del aumento de las penas que contempla nuestro Código Punitivo.

Si bien es cierto el dinero ha tomado un papel demasiado importante en la economía nacional y casi todo es posible teniéndolo, no es justo que lo que mas parece un negocio judicial se convierta en un impedimento para que personas sujetas a proceso puedan obtener el beneficio constitucional de su libertad caucional, mientras que aquellos encargados de administrar los depósitos que se exigen en efectivo obtengan beneficios personales.

Tomando en consideración que la ley procesal no ha sido modificada de acuerdo al nuevo texto de la constitución, resulta que en la practica son realmente escasos los elementos de juicio con que cuenta la autoridad para aplicar dicho precepto, por tanto el importe de la caución se encuentra sujeto al monto del daño económico causado por el delito, situación esta inconcebible en la etapa de averiguación previa pues aun no se tiene la certeza de la responsabilidad del inculpado, entonces no es posible que para obtener la libertad caucional se atienda a éste procedimiento.

En capítulos anteriores hemos revisado la funcionalidad de todas las garantías señaladas, sin embargo parece que su estancia en nuestra legislación penal es obsoleta, pues su aplicación no se da en la practica, en perjuicio de las personas sujetas a un procedimiento, pues la privación de su libertad acarrea muchos mas problemas que los que intenta resolver.

EFFECTOS DE LA GARANTIA ANTE EL ORGANO JURISDICCIONAL.

En cuanto a los efectos de la garantía que se fije, las opiniones de los estudiosos se han conferido hacia dos áreas.

González Bustamente afirma que la caución tiende a garantizar que el inculpado no se sustraiga a la acción de la justicia y Colín Sánchez agrega que es para que el acusado comparezca a participar en los actos procedimentales, cuantas veces sea requerido.

En lo penal se podría afirmar que funciona como una especie de sanción al incumplir condiciones que se imponen y aparecen al otorgarse la libertad bajo caución, de manera que si se incumplen esas condiciones paralelas, se pierde en favor del Estado el monto de la caución depositada.

El artículo 156 del Código de Procedimientos Penales del Estado, dispone: "Tan pronto como aparezca en la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante el órgano jurisdiccional, señalando circunstancialmente el hecho o hechos delictivos, los motivos y los fundamentos legales en que apoye su pliego de consignación.."

Cuando se deje libre al probable responsable, el Ministerio Público lo prevendrá para que comparezca ante el mismo para la practica de diligencias de averiguación, en su caso y concluida ésta ante el Juez a quien se consigne la causa quien ordenara su presentación y si no comparece el indiciado, ordenara su aprehensión, mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

Al consignar ante la autoridad judicial, en caso del artículo 146 de éste Código, junto con la consignación, deberá remitir al Juez la caución que garantiza la libertad del inculpado, *se notificara personalmente al indiciado para que comparezca ante ella dentro e los tres días siguientes a aquel en que el Agente del Ministerio Público haga la consignación, haciéndole saber la fecha de la misma y que de no comparecer dentro de ese*

término, el Juez revocará la libertad, ordenará su aprehensión y hará efectiva la garantía.

El Juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención estuvo apegada al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de ser así ratificará la detención, y en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley.

En circunstancias que la ley determine la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución, así como los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

Asimismo en estricto apego al contenido del artículo 16, tratándose de delitos que se sancionen con pena alternativa o no privativa de libertad, ni el Ministerio Público, ni el órgano jurisdiccional están facultados para restringir la libertad del indiciado, mientras no exista sentencia que así lo determine.

Por tanto la inconstitucionalidad de garantizar obligatoriamente el pago en efectivo de la reparación del daño para obtener la libertad, quebranta aun más las garantías de los indiciados, advirtiéndose pues que la libertad del hombre "garantizada" tan ampliamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una especie de objeto del cual el Ministerio Público puede disponer a su libre arbitrio, al actuar no como autoridad administrativa sino como un juez con poderes omnímodos y que la persona que no cuenta con recursos económicos líquidos queda privado de su libertad, sin haber sido oído en juicio, aun y cuando posteriormente se determine que no existen elementos suficientes para siquiera ejercitar la acción penal por un delito de pena alternativa.

Respecto a lo anterior Javier Piña Palacios opina que "derecho garantizado se ha transformado, de derecho garantizado a quien se encuentra sujeto al procedimiento penal, por derecho garantizado al ofendido del delito",⁴⁷ puesto que si la caución debiera servir para garantizar la libertad del procesado consagrada en nuestra Constitución, éste beneficio

⁴⁷ Ob cit por Guillermo Colin Sanchez, no 32

no se puede obtener si no se cumple primero en garantizar el derecho que como víctima u ofendido de un delito debe obtener, sin embargo no hay que olvidar que este beneficio será a resultas de un procedimiento.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD CAUCIONAL ANTE JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

Al iniciar este capítulo y para su mejor comprensión, daremos una definición de procedimiento, proceso y juicio, conceptos que generalmente confundimos erróneamente.

El término proceso deriva de *procedere* cuya traducción es "caminar adelante", mientras que procedimiento puede señalarse como el método o la forma en que han de llevarse los actos de cuya aplicación dependerá la mutación de un estado a otro (proceso).

El juicio no deber ser sinónimo de lo anterior, pues es la etapa *procedimental* en la cual mediante un enlace conceptual se determina el objeto del proceso.

La mayoría de las concepciones consideran al delito como el acto u omisión típico, antijurídico, culpable y punible.

Instrucción en el aspecto jurídico alude a impartir conocimientos al juzgador independientemente de que éste tome iniciativa para investigar lo que a su juicio no sea suficientemente claro para producirle una auténtica convicción, también es la etapa procedimental en donde se llevaran a cabo actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del delito y al conocimiento de la responsabilidad o inocencia del supuesto sujeto activo.

El órgano jurisdiccional a través de las pruebas conocerá la verdad histórica y la personalidad de procesado, para estar en aptitud de resolver en su oportunidad la situación jurídica planteada.

Este período se inicia cuando ejercitada la acción penal, el juez ordena la radicación del asunto, iniciando así la trilogía de actos que lo caracterizan, acusatorios, de defensa y decisorios.

El auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación

procesal pues tanto el Ministerio Público como el ahora procesado quedan sujetos a la jurisdicción de un tribunal determinado.

Al dictar el auto de radicación el juez tomara en cuenta si los hechos ameritan una sanción corporal o si por el contrario se sancionan con una pena alternativa, puesto que ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes, en el primer caso previa la satisfacción de los requisitos del artículo 16 Constitucional procederá la orden de aprehensión, en el segundo el libramiento de cita, comparecencia u orden de presentación para lograr la presentación del sujeto ante el juez.

En el proceso penal la función del Ministerio Público, se bifurca en dos formas de actuación, una de autoridad en la fase persecutora del delito en que actúa por sí y ante sí para determinar si existen los elementos que requisita el artículo 16 Constitucional para consignar los hechos presuntamente delictuosos ante la autoridad judicial competente y otra en su fase acusatoria cuando una vez hecha la consignación incoado el proceso y surtido por lo mismo el fuero judicial, no habrá de actuar ya por sí y ante sí, sino a través del órgano jurisdiccional.

Iniciado el proceso es de competencia del órgano jurisdiccional determinar con base en las leyes, cuando procede la libertad caucional, por ello habrá de tener presente en primer lugar lo ordenado por la Constitución Política en la fracción I, del artículo 20 y acto seguido lo que al respecto indica en Código de Procedimientos Penales.

La declaración preparatoria es el acto a través del cual comparece el procesado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el Ministerio Público ejercito la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos de defensa y el juez resuelva la situación jurídica dentro del termino constitucional de setenta y dos horas y en ella se le harán saber los derechos que establece la Constitución en su artículo 20.

ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.- En todo proceso del orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías:

1. - 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 inculcado 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 inculcado 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 inculcado**. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado 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 inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional; en nuestra Entidad la Legislación Penal, enumera los delitos considerados como graves en el artículo, 8-bis, siendo los ahí señalados los que no alcanzan libertad bajo caución.

Iniciaremos nuestro estudio desglosando el primer párrafo de la fracción primera del artículo 20 Constitucional para una mejor comprensión de los requisitos de procedibilidad de la libertad bajo caución.

Así pues el primer requisito para obtener dicha libertad lo es NO haber cometido ninguno de los delitos aquí señalados, siendo un gran aliciente el creer que encontrarse en este supuesto nos "garantiza" la obtención de tan preciado bien.

Como siguiente requisito debemos prever que el inculcado aun y cuando se le impute la comisión de un delito no calificado como grave no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito calificado como tal, de aquí se desprende el pavor a los antecedentes penales, trámite administrativo del Centro Penitenciario que obliga a fichar a toda persona

que ingresa ahí y si bien es cierto que el Juzgador debe tomar en consideración dichos antecedentes para establecer la viabilidad de la libertad caucional lo es también que a menos que el inculpado regrese al mismo Centro o incluso Juzgado, se retrase el trámite con exceso del término de cuarenta y ocho horas del que dispone el juzgador para otorgar el preciado bien, por lo que en la mayoría de casos no se toma en consideración, a veces en beneficio del inculpado, aunque no deja de ser inobservancia de la ley.

Pero retornando a nuestro análisis, considerando que aun cuando no se pueden crear leyes particulares, la aplicación de éstas si debe ser individualista puesto que si una persona condenada injustamente por un delito calificado como grave (en la práctica existen bastantes) que injustamente este acusado de un delito menor, lo haya cometido imprudencialmente, se encuentre imposibilitado para la obtención de su libertad bajo caución por un error tal vez de la propia autoridad llámese Ministerio Público, Juez o quizá una mala actuación de cualquiera de ellos.

Resulta mas adecuada la ultima parte de dicho párrafo puesto que menciona valorar la conducta precedente del inculpado, y ésta jamas se toma en consideración porque aun y cuando una persona haya observado buena conducta anteriormente el estudio psicológico o las cartas de recomendación no deber ser suficientes en la determinación de la libertad caucional, por lo tanto debe hacerse un estudio más amplio de la vida social que ha desarrollado el indiciado.

Precisada la actividad e iniciada desde el momento en que el procesado fue puesto a disposición del juez, éste al fenecer el término de setenta y dos horas, tendrá que resolverá la situación jurídica planteada dictando auto de formal prisión, auto de libertad por falta de elementos para procesar o auto de sujeción a proceso cuando la consignación se efectuó sin detenido, por delito sancionable con pena no corporal o alternativa.

Auto de formal prisión, es la resolución pronunciada por el juez para resolver la actuación jurídica del procesado al vencerse el termino constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes

para presumir la responsabilidad, siempre y cuando no este probada a favor del procesado una causa de justificación o que extinga la acción penal para así determinar el delito o delitos por lo que se ha de seguir el proceso, el cual deberá contener requisitos medulares y formales, los primeros previstos en el artículo 19 constitucional y los segundos tales como que deberá ser por escrito, indicar la hora y fecha, numero de causa, nombre de la persona, una relación de los hechos contenidos en las diligencias de averiguación previa, y de las practicadas durante el término de setenta y dos horas, análisis y valoración jurídica de los hechos imputados al sujeto.

Los efectos jurídicos del auto de formal prisión, son que el sujeto queda sometido a la jurisdicción del juez, justifica la prisión preventiva, pero "no revoca la libertad provisional concedida" excepto cuando así se determine en el propio auto, ésta situación sólo se justifica cuando durante el término de las setenta y dos horas se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta o hecho a una o mas delitos distintos de aquellos por los que se llevo a cabo la consignación y que se tomaron en cuenta para conceder el beneficio de la libertad caucional, es obvio que si el auto de formal prisión se dicta por hechos cuya sanción rebasa el término medio aritmético a que se refiere la Constitución, la libertad que se había concedido, tenga que revocarse, o bien si del material probatorio aun procediendo la libertad fuese necesario incrementar la caución, así se determinará en dicho auto; precisa los hechos por los que ha de seguirse.

Auto de sujeción a proceso, es la resolución dictada por el juez, por medio de la cual tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo de delito y de la probable responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que deber seguirsele, los requisitos de esta resolución son los mismos del auto de formal prisión así como también sus efectos, excepto el de la prisión preventiva pues ya anotamos la prohibición constitucional para restringir la libertad cuando se trata de listos sancionados con pena no corporal o alternativa,

Auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso, es la resolución dictada por el juez al concluir el termino constitucional de setenta y dos horas en donde se ordena que el procesado sea restituido en

el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad o que habiéndose dado lo primero no exista lo segundo, la falta de esos requisitos provoca esta determinación, sin embargo si el Ministerio Público posteriormente aporta nuevos datos que satisfagan las exigencias legales se procederá nuevamente en contra del supuesto sujeto activo del delito, ordenadores su captura, observándose nuevamente las disposiciones de los artículos 19 y 20 Constitucionales.

Tratándose de aspectos negativos del delito (causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias), la libertad que se concede en el auto de término constitucional es "con las reservas de ley", tal proceder es indebido porque si ya se han agotado las pruebas que sirvieron para resolver la situación jurídica lo procedentes es decretar la libertad absoluta.

La resolución judicial en los casos señalados debe producir los efectos de una sentencia absolutoria porque no resulta lógico ni admisible que pudiera volver a iniciarse un proceso en contra del mismo sujeto por esos hechos, o que se pretendiera con posterioridad continuar el proceso, ni en uno ni en otro caso existen bases jurídicas de sustentación.

Ahora atenderemos lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales y comenzaremos con el artículo 319 materia de la presente investigación y el cual a la letra dice: *"Desde el momento en que quede a disposición del órgano jurisdiccional todo inculcado tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:*

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, se observaran las disposiciones establecidas en el código penal,

II.- Que garantice las sanciones pecuniarias fijándose al efecto el medio aritmético de la que corresponda al delito.

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

IV.- Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en la ley penal.

La garantía a que se refiere la fracción I, deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, y las señaladas en las fracciones II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Después de haber analizado las disposiciones relativas a la inmediatez con que debe concederse la libertad provisional en concordancia con las garantías constitucionales establecidas para los sujetos a proceso, realizaremos las siguientes observaciones en cuanto a la primera fracción que integra dicho precepto, habremos de señalar que con motivo de las reformas sobre reparación del daño, el monto de la reparación será fijado atendiendo lo establecido en el Código Penal, específicamente en el artículo 30 que consigna, "que en caso de lesiones y homicidio y a falta de pruebas específicas respecto al daño causado, los jueces tomaran como base el doble de la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo y el salario mínimo más alto del Estado. Esta disposición se aplicara aún cuando el ofendido fuera menor de edad o incapacitado. Si los delitos antes mencionados se cometen por la conducción de vehículos de transporte de servicio público el monto de la reparación del daño será el triple de la tabulación de indemnizaciones que fija la ley federal del trabajo en el supuesto antes señalado".

De lo anterior podemos destacar el incremento del monto que como pena pretende dar el legislador a la reparación del daño, ya que anteriormente se establecía que dicho monto no podía ser menor del que resultara aplicándose las disposiciones relativas de la ley federal del trabajo en cuanto se tratara de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, señalándose ahora en el capítulo tercero del título tercero de la multicitada ley penal, también en referencia a la ley laboral que para fijar el monto de la reparación del daño se tomara como base el doble de la tabulación correspondiente a las indemnizaciones fijadas por ésta última, y el salario mínimo mas alto en la Entidad, es decir se atenderá a lo dispuesto en el título noveno de la ley federal del trabo, sin embargo a mi parecer dichas reformas mas que buscar el aumento del monto de la reparación del daño ocasionado en la víctima de un delito, debieron haber estado enfocadas a poder hacer efectivo el pago de dicha sanción.

Por cuanto hace a la segunda fracción, se elimina el "criterio del juez para determinar el monto de las sanciones pecuniarias" volviendo al termino medio aritmético de la pena que merezca el delito por el cual se acusa, es decir el órgano jurisdiccional estará sujeto a un mínimo y un máximo establecido en la propia ley penal.

En la determinación que dicte el juez fundara y motivara el otorgamiento o negativa de libertad, así como la revocación de ésta en su caso tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables.

De lo anterior concluimos que los órganos jurisdiccionales para determinar sobre la procedencia o improcedencia de la libertad caucional deberán tener debidamente acreditado el monto estimado a que asciende la reparación del daño, pero que pasa cuando no se pueden aplicar las disposiciones indemnizatorias contenidas en la ley laboral, he aquí el problema, pues en primer lugar se deben llevar a cabo diversos estudios para determinar el monto de la reparación del daño, lo que casi nunca ocurre pues la legislación procesal penal no establece forma alguna para realizar dichos estudios aunado a la ineficacia del Ministerio Público como representante social para la aportación de las pruebas específicas que acrediten la reparación del daño como lo señala el artículo 30 del Código Penal y la impericia en general de las personas afectadas, el monto de dicha sanción queda al arbitrio del juez, quien en su imperfecta humanidad puede llegar a perjudicar al indiciado en el goce de su libertad provisional al establecer cuantiosas sumas en las mas de las ocasiones imposibles de garantizar o mas bien dicho de pagar como se establece en nuestra Entidad por varias razones que a lo largo de este trabajo se han mencionado.

En líneas anteriores se ha apuntado el concepto de garantía, sin embargo en este apartado quiero volver a recalcar la contravención a la fracción I del artículo 20 Constitucional que se hace en los tribunales mexiquenses al establecer que la reparación del daño deberá ser siempre mediante depósito en efectivo, pues considero que dicha norma no cuenta con ningún fundamento que justifique la privación de la libertad aun provisional y para tal aseveración se realizan diversas consideraciones en los siguientes capitulos.

FUNDAMENTOS PARA FIJAR LA CAUCION.

La Constitución no determina procedimiento alguno para fijar el monto del daño causado, ni tampoco cómo debe precisarse éste, y si bien es cierto se refiere a la obtención de un beneficio económico como elemento que debe tenerse en cuenta por el juez para fijar la caución; también lo es que no precisa el alcance que debe darse a esos términos ni tampoco como fijar el monto de ese beneficio económico.

El Artículo 324. dispone: "El monto de la caución que garantice la libertad provisional del inculcado será fijada por el órgano jurisdiccional, tomando en consideración:

- I.- Los antecedentes del inculcado
- II.- La gravedad y circunstancias del delito imputado.
- III.- El mayor o menor interés que pueda tener el inculcado en sustraerse a la acción de la justicia.
- IV.- Sus condiciones económicas.
- V.- La naturaleza de la garantía que se fije
- VI.- En su caso, la satisfacción previa de la garantía del monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que puedan imponérsele.

En cuanto a los antecedentes del inculcado, se atiende principalmente a los que el indiciado pueda presentar en el informe rendido por el Departamento de Servicios Periciales, éste se solicita por el Ministerio Público, pues se supone es el interesado en acreditar el historial delictivo del acusado y por tanto el órgano jurisdiccional encargado de tomar en consideración ésta circunstancia para fijar el monto de la caución se basa en la ficha sinaléctica que le proporciona el Centro Penitenciario.

Las particulares circunstancias del imputado, a pesar de que en el párrafo segundo de la fracción I, del artículo 20 Constitucional se hable de las características del inculcado a nuestro juicio dichas características encuentran justificación únicamente en cuestiones concernientes a las posibilidades económicas de quien debe otorgar la caución, si atendemos a las estadísticas encontraremos que la mayoría de las personas recluidas son de escasos recursos económicos, concluiremos sin

afirmar que aunque los pobres no son los únicos que cometen delitos, si son la mayoría de los que no cuentan con los recursos necesarios para garantizar un derecho a resultas todavía de la eventualidad de una sentencia condenatoria, de realizar un depósito en efectivo como garantía de la reparación del daño.

El presente trabajo no trata de vulnerar el derecho que llegare a tener la víctima de un delito a la reparación del daño que se le cause, sino hacer posible que si ésta lo merece, realmente lo llegue a obtener y la cárcel para su agresor muchas veces no representa la obtención del mencionado derecho.

En cuanto a los daños y perjuicios causados al ofendido, deberá atenderse también a la intencionalidad del delito, porque aunados éstos dos elementos resulta una base importante para determinar el monto de la caución, dejándose atrás que deberá ser tres veces mayor al beneficio económico que aun no se encuentra confirmado, ya que al vigilar únicamente el valor del agravio convierte a la caución en garantía para la reparación del daño y no en garantía propiamente dicha para conceder la libertad del procesado.

Es improcedente negar la libertad caucional por la sola circunstancia que partiendo de simples presunciones se considere que el delito merece una pena mayor, así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación agregando también que la duda en esas condiciones conduce a dos consecuencias absurdas o se niega el beneficio sin un verdadero motivo o se espera a que por sentencia se defina la gravedad del delito que se imputa al acusado, lo que haría nugatorio el beneficio que se alude.

Para el otorgamiento de la libertad caucional no se puede por el simple hecho de la eventualidad de esa determinación aceptar lo más perjudicial al reo, contrariando con ello el principio de que debe estarse a lo más favorable para el acusado; principio que es de aplicación no solo en la Sentencia Definitiva sino en otras situaciones propias de la instrucción que pueden implicar un perjuicio grave para el inculpado tal cual es la relativa a la libertad caucional.

El Tribunal al fijar el monto de la garantía debe hacer señalamiento específico sobre los daños y perjuicios y esto solo será posible si se realizan estudios como peritajes para estimar el monto de la reparación del daño.

En todo caso el legislador solo ordena que para la fijación del monto de la caución penal se tenga en consideración el valor del daño, pero no que lo garantice.

Así las cosas, es importante resaltar que como fundamento para fijar el concepto que como reparación del daño se deba garantizar, es de vital importancia tomar en consideración las condiciones económicas del inculpado pues resulta ilógico exigir a alguien que cometió un delito patrimonial por falta de recursos, el pago en efectivo de la reparación que importe el daño que causo.

El presente trabajo no pretende desvirtuar las obligaciones de los delincuentes en la comisión de los delitos, ni mucho menos privar a las víctimas del derecho a recuperar lo perdido en la comisión de un acto delictivo del que fueron objeto, sino hacernos comprender que la privación de la libertad del inculpado por falta de garantizar o de pagar la reparación del daño mediante depósito en efectivo no es la solución para obtener dicho pago, ya que muchas veces la situación económica del obligado a resarcir el daño causado no es lo suficiente para realizarla, por tanto estoy convencida que sería factible y muy benéfico ampliar las formas de garantizar dicha prestación y reflexionar que el pago de la misma no es motivo suficiente para retener la libertad del inculpado, procesado o sentenciado, pues su detención producirá mas perjuicios que beneficios.

EFFECTOS DE LA GARANTIA DE LA REPARACION DEL DAÑO AL REVOCARSE LA LIBERTAD.

La caución funciona como un sustituto de la prisión o detención preventiva, que, (sin tener en cuenta las sanciones) garantiza precisamente la detención o prisión sustituida.

La caución dice Calamandrei ⁴⁸ funciona en calidad de cautela de la cautela o como se ha dicho autorizadamente de contracautela.

También puede afirmarse que la privación provisional de la libertad física por un lado y por el otro la caución, el arraigo, o la palabra empeñada funcionan de manera opuesta, como si buscaran el equilibrio interpartes.

La libertad provisional no desniega el procesamiento sino solo la detención, es decir se excarcela mientras se sigue el proceso, dicho de otra manera la contragarantía sustituye a la detención provisional.

Dentro del derecho procesal penal nos referimos básicamente a tres medios de contracautela o contragarantía como medios para obtener la libertad provisional.

- a) caución
- b) arraigo, y
- c) palabra

La libertad provisional o cualquiera de las contragarantías que a ella dan lugar, no constituyen un proceso autónomo y tampoco son proceso, en ellos no se plantean conflictos y por tanto tampoco son un proceso incidental, se trata simplemente de una contramedida, de una contragarantía que restituye la libertad (excarcela), si retomáramos la idea de que la libertad provisional es un incidente o que la caución, el arraigo o la palabra son incidentes, volveríamos aun mas atrás de las ideas de Carnelutti, cuando centro su atención en lo que llamó procesos cautelares.

⁴⁸ Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Ed pág 64.

García Ramírez, ⁴⁹asienta que no lo son, pues la libertad bajo caución a que se refiere debe darse de inmediato, si se diese carácter incidental al otorgamiento de la libertad provisional bajo caución se violaría la garantía constitucional al desconocer la inmediatez que ésta dispone.

En realidad la caución depositada dentro del proceso penal puro no garantiza el pago del daño, que es objeto o materia del proceso civil derivado del delito.

El Código de Procedimientos de nuestra Entidad señala como motivos para la revocación de la libertad caucional los siguientes:

Artículo 333. Al notificarse al inculcado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae, ante el órgano jurisdiccional las siguientes obligaciones:

I Presentarse ante él los días fijados que estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado, o requerido para ello.

II Comunicar los cambios de domicilio que tuviere y;

III No ausentarse del lugar sin su permiso, el que no se le podrá conceder por tiempo mayor de un mes.

También se le harán saber las causas de revocación de la libertad caucional.

En la notificación se hará constar que se hicieron saber al acusado las anteriores obligaciones y las causas de revocación, pero la omisión de este requisito no librara de ellas ni de sus consecuencias al inculcado, es decir no es necesario hacer saber al procesado las causas de revocación de la libertad.

Artículo 334.- La libertad caucional concedida al inculcado se le revocara en los siguientes casos:

I.- Cuando desobedezca sin causa justa y comprobada, las ordenes legítimas del órgano jurisdiccional del conocimiento, previa garantía de audiencia sobre ese particular.

⁴⁹García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, Prontuario del Proceso Penal mexicano, Editorial pág 533.

II.- Cuando antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria, cometa un nuevo delito que merezca sanción privativa de libertad;

III.- Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, trate de sobornar a alguno de estos o cohechar a cualquier servidor público del órgano jurisdiccional o agente del Ministerio Público que intervenga en el caso;

IV.- Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente al órgano jurisdiccional competente.

V.- Cuando durante la instrucción aparezca que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves.

VI.- Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera instancia o segunda instancia; y

VII.- Cuando el inculpado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 333.

Artículo 335. Cuando un tercero haya garantizado la libertad del inculpado por medio de depósito en efectivo, la fianza o de hipoteca, aquella se revocará:

I.- En los casos que se mencionan en el artículo anterior

II.- Cuando el tercero pida que se releve de la obligación y presente al inculpado.

III.- Cuando se demuestre la insolvencia del fiador, y

IV.- En el caso del artículo 339 del mismo código.

Artículo 337. En caso de revocación de la libertad caucional se mandara reaprehender al inculpado y, salvo los casos previstos en las fracciones IV, V, y VI del artículo 334 de éste Código, la garantía relativa a la reparación del daño, se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito, las cauciones que garanticen las sanciones pecuniarias y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso se harán efectivas a favor de la procuración y administración de la justicia.

Al darse estos supuestos los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicaran al pago de las sanciones pecuniarias a favor de la procuración y administración de Justicia

REQUISITOS PARA CONDENARSE EN SENTENCIA.

No hay responsabilidad civil sin daño causado, por ello la teoría del daño causado viene a constituir el pivote sobre el que gira en definitiva la obligación de reparar prescrita en la norma como medio creado por el Derecho Privado para proteger la integridad biológica y social de los seres humanos que constituyen los núcleos de la personalidad jurídica, he aquí el sentido de nuestra investigación, puesto que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 14 Constitucional si no existe ejecutoria que declare el daño causado, como es posible entonces que exista en el inculpado o procesado la obligación de reparar un daño que aun no se ha declarado.

Artículo 321 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establece que: Para la concesión de la libertad se atenderá en todo caso, al delito señalado en la consignación, en el auto de formal prisión o en la sentencia de primera instancia, en el caso en que aquél pueda ser objeto de calificativas o modificativas que aumenten o disminuyan la penalidad se atenderá a las que aparezcan probables en el momento en que se solicite.

En cuanto a las agravantes o atenuantes la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido deben ser materia de la sentencia, aunque ya desde el Derecho Romano (antes de Cristo), ya existía la tendencia a clasificar los delitos y distinguir a éstos de los "crímenes".

Durante el siglo XIX adquirió gran importancia la división tripartita existente en el Derecho Francés en crímenes, delitos y contravenciones para lo cual era factor determinante la pena y los tribunales competentes para avocarse al conocimiento de los hechos, ésta división adoptada por muchos otros países con un carácter propiamente secundario culmina con la etapa contemporánea con el sistema de especies delictivas, para las cuales señala el legislador una máxima y una mínima dejando así al juzgado un amplio margen para la imposición de la pena, siendo determinante si el delito se cometió dolosa o culposamente y que estos elementos sean realmente ajenos a las llamadas infracciones administrativas.

En México, el artículo 21 de la Constitución Política vigente adopta la división de delitos y faltas, aunque tiene una tendencia tripartita al

calificar "los delitos graves", tal y como se desprende del artículo 108 Constitucional y en nuestra Entidad el mencionado artículo 9°.

En el ámbito penal cuando se alude a las modalidades del delito, se está indicando lo concerniente a los aspectos que agravan, disminuyen o excluyen la penalidad en relación a una conducta o hecho por lo tanto para resolver si procede o no la libertad caucional el Organo Jurisdiccional en las primicias del proceso quiérase o no habrá de anticipar un juicio respecto a la existencia o ausencia de las llamadas calificativas, atenuantes, causas de justificación etc., sin importar que posteriormente con base en las pruebas el Superior quizá tenga que revocar su criterio "fundado y razonado".

El hecho de que en ese momento procesal se pongan en juego las modalidades del delito, para conceder o negar la libertad caucional es un obstáculo para que en muchos casos se niegue ese beneficio y se incremente la población en las cárceles preventivas en perjuicio de todos.

En lo que respecta al monto de la caución se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios en la medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros, el juez valorara lo actuado asimismo para resolver si se trata de delito intencional, o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de ésta clasificación para los efectos de la garantía debida, tratándose de acumulación o concurso de delitos, se atenderá además de las disposiciones anteriores el máximo de la pena del delito mas grave.

La individualización de la pena sólo es justa cuando se toman en cuenta todos los factores objetivos dentro de los que se encuentra el ofendido y subjetivos que concurren en el delito, dado el amplio margen entre el mínimo y máximo que la ley señala para cada tipo legal, el juzgador debe apreciar con conocimiento y criterio los hechos, para adecuar correctamente la pena pues el conocimiento que se tenga del ofendido dentro de las realidades subjetivas así como de las objetivas de un hecho criminoso es muy significativo, ya que el fundamento y fin ultimo de la pena en su contenido preventivo es por antonomasia la conservación del conglomerado social.

Para adecuar correctamente la pena debe atenderse a la temibilidad o peligrosidad de su autor, al grado de participación o inactividad de la víctima y la reprochabilidad social que la conducta incriminada tenga en el medio social en que se aplica la pena, pues si es excesiva será injusta y si es leve puede no cumplir con los fines a los que está destinada y por tanto debe existir correspondencia entre la norma y la realidad social.

Nuestra realidad procesal no esta acorde con los postulados contenidos en los preceptos que se refieren a la individualización judicial de la pena y no lo está porque desde 1931 en que fue decretado el Código Penal que aún nos rige y a pesar de todas las reformas que se ha hecho, nuestra justicia represiva no ha contado con personal técnico capacitado para hacer estudios de personalidad y del medio ambiente social que reclaman los dispositivos que se comentan, y vaya que si son necesarios pues para abarcar el comportamiento del activo en la comisión de un delito y conocer entre otros elementos el dolo con el que se pudo haber conducido.

Es necesario dentro de nuestro sistema procesal, personal capacitado para que desde el inicio de toda averiguación se formulen estudios psico-sociales del delincuente y del ofendido, que el juez perito de peritos este dotado de técnica y conocimientos especializados además de cuestiones jurídicas, en ciencias criminológicas y que así como se aportan los datos necesarios para llegar al conocimiento de la verdad histórica para la comprensión cabal de la verdad se proporcionen al juzgador también las pruebas relativas a todos los factores que hemos apuntado y principalmente a la individualidad y contorno en que se ubico la persona sujeta a su jurisdicción, dotando para ello a la administración de justicia del personal capacitado que requiera para el desempeño de ese cometido.

La función de interpretación y aplicación de la ley penal debe ser enteramente libre sin mas coacción al momento de individualizar la pena, que la nacida del acatamiento de los principios legales y naturalmente del respeto a los métodos de la exégesis de la aplicación sistemática de la ley con observación de la herménautica o lógica jurídica y del respecto también a las reglas del método sociológico, así como aquellos

otros nacidos de la propia experiencia a fin de encuadrar y evaluar con mayor precisión el hecho y señalar adecuadamente la pena al momento de pronunciar sentencia, de aquí la necesidad de la calidad del juzgador, pues su mayor preparación en todo lo relacionado con las ciencias penales, y principalmente con la criminología harían mas precisa la observancia de los factores objetivos y subjetivos del delito que rigen la individualización de la pena, para una mejor realización de los valores de justicia, es por éstas razones que la vigencia de las normas jurídicas deben ser factibles y llenar los fines para las que fueron creadas, es decir la defensa y conservación social debiendo corresponder a las actuales formas de vida, costumbres, moral, e idiosincrasia del medio social donde habrán de regir.

Por tanto los objetivos de los legisladores deben ser congruentes con la finalidad básica de un derecho penal retributivo y de defensa social, que lo mismo que atienda conforme a la teoría normativa de la culpabilidad a la reprochabilidad social del hecho, tome en cuenta la peligrosidad del delincuente y el grado de participación de la víctima como parámetros de intersección para la regulación de la pena.

EFFECTOS DEL NO PAGO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

En cuanto a los efectos que conlleva el NO pago de la reparación del daño para el enjuiciado podemos señalar por experiencia la injusticia que se comete con las personas sujetas a un procedimiento penal, pues se infringe el derecho constitucional de su libertad.

Al dictarse sentencia el juez deberá fundar y motivar el otorgamiento de la libertad atendiendo a las normas constitucionales en primer término, puesto que el poner en juego las modalidades del delito para conceder o negar la libertad caucional es un obstáculo para que en muchos casos se niegue esa garantía y se incremente la población en las cárceles en perjuicio de todos.

La fracción I, del artículo 20 Constitucional es muy clara al señalar la inmediatez con la que se debe conceder la libertad, además de lo asequible que debe resultar para el enjuiciado el monto de las sanciones pecuniarias que se llegaran a imponer.

El principio general de indubio pro reo es aplicable también en sentencia, no es posible que en nuestra Entidad se exija para gozar de un derecho constitucional el pago de la reparación del daño en efectivo,

A partir del liberalismo apunta Rivera Silva, el dinero adquiere un puesto tan importante como la libertad, el símbolo de la sangre deja su lugar al símbolo del dinero, esta importancia que adquieren los factores económicos a partir de la Revolución Francesa se subraya en las instituciones que estamos estudiando en donde un valor tan apreciado como es la libertad solo es sustituido por otro muy apreciado: *el dinero*.

La situación indicada provoca en todos los que no tienen poder económico una fuerte protesta contra la libertad bajo caución en la cual ven un producto fiel del pensamiento burgués.

García Ramírez corrige a Rivera Silva, diciendo que el dinero no queda en lugar de la libertad sino en lugar de la prisión, "porque el dinero y la libertad concurren y no en cambio dinero y prisión"⁵⁰

De esta manera la privación provisional de la libertad (arresto o prisión preventiva) es canjeada por la caución, esto es por otro bien con respaldo económico.

Juventino Castro, indica que no existe equivalencia entre el aseguramiento de un inculpado para evitar se escape de la justicia y la obtención de una suma de dinero para el Estado.⁵¹

Como veremos mas adelante los efectos que conlleva el no pago de la reparación del daño, acarrearán perjuicios no solamente para el indiciado que se encuentra alejado del seno familiar, sino para la sociedad entera, incluyendo por supuesto el sistema penitenciario, pues se incrementa considerablemente la población generando condiciones de hacinamiento, corrupción, tráfico de drogas, y conductas antisociales que conllevan la inobservancia de los derechos humanos mas elementales.

⁵⁰ García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial pag, 409 y Estudios Penal, pág 95

PRESCRIPCIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA.

Conforme a los artículos 22 y 29 del Código penal vigente la reparación del daño tiene el carácter de pena pública cuando es exigible al delincuente, y como tal puede ser declarada al dictarse la sentencia respectiva y aplicar las otras sanciones penales, lo cual quiere decir que al igual que aún y cuando el ofendido y sus causahabientes puedan aportar al Ministerio Público o al órgano jurisdiccional los datos y pruebas que tengan para acreditar su procedencia, la triste realidad es que ello solamente se puede reclamar a través del Ministerio Público puesto que esta facultad se encuentra regida por los términos que previene el Código de Procedimientos Penales y limitada por la impericia de las personas involucradas en procedimientos penales.

El artículo 101 del Código Penal del Estado de México, señala que los términos para la prescripción de las sanciones serán continuos, y correrán desde el día siguiente a aquel en que el inculpaado las quebrante si fueren privativas de libertad y si no lo fueren desde la fecha en que cause ejecutoria la sentencia.

Artículo 105.- La reparación del daño prescribe en diez años contados a partir de que cause ejecutoria la sentencia.

En lo correlativo los artículos 1763 y 2063 del Código Civil de la Entidad señalan que prescriben en dos años la responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos.

En cuanto hace a la tentativa, si el delito no llega a consumarse no tendrá existencia la sanción ni la obligación reparadora de daños, pues para que el órgano jurisdiccional este en posibilidad legal de imponer sanciones que puedan prescribir, previo el proceso correspondiente, es indispensable que el Ministerio Público ejercite acción penal primero y formule acusación después, sólo de ésta forma se podrá contar con el término de diez años para ejercitar la acción reparadora en materia penal.

³¹ Castro, Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo. pág 257

Sin embargo cuando la reparación del daño es exigible a terceros y se tiene que hacer valer en la vía civil, a que termino debemos estar, las disposiciones resultan discordantes, pues mientras en materia penal nos señala un término de diez años para hacer efectiva dicho sanción.

En materia civil, que es la vía a ejercitar se establece un plazo de dos años para ejercitar dicha acción.

El auto que niega declarar extinguida la acción penal es apelable en virtud de que tal acuerdo en sí mismo no es un acto tendiente a privar de la libertad al inculpado que se encuentra substraído de la acción de la justicia, pues en todo caso el acto que reviste tal carácter es la orden de aprehensión decretada en su contra, por consiguiente es incuestionable que el quejoso antes de promover el juicio constitucional debe agotar el recurso de apelación en contra del auto indicado para cumplir con el principio de definitividad que rige en materia de amparo, de suerte que al no haberlo hecho así, es indudable que debe decretarse el sobreseimiento del juicio de garantías con fundamento en el artículo 74 fracción III de la Ley de Amparo, por actualizarse la causal de improcedencia prevista en el artículo 73 fracción XIII del mismo ordenamiento legal.

Artículo 106. - La prescripción de penas de multa y reparación del daño a favor de la procuración y administración de justicia se interrumpirá en el caso del artículo 36 de éste Código, por el inicio del procedimiento fiscal respectivo y en cualquier otro caso, por la presentación de la demanda para hacerla efectiva

Al hablar pues de prescripción, es necesario abordar la problemática que implica el procedimiento civil para hace efectiva la reparación del daño exigible a terceras personas, pues para comparecer en esta vía se debe acreditar la personalidad y por ejemplo en un caso de homicidio, al no encontrarse el afectado sus familiares deberán acreditar primeramente el carácter de beneficiarios de dicha prestación, y para tal efecto es necesario abrir la Sucesión Testamentaria del de cuyus, de lo anterior se advierte la tramitación de dos juicios que implican gastos, molestias y tiempo, el cual resulta primordial pues se esta luchando contra él ya que como volvemos a insistir en vía civil, se cuenta con un termino de dos años para hacer efectiva dicha obligación.

C A P I T U L O

C U A R T O

REQUISITOS PARA DETERMINAR LA CUANTIA.

En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto, como premisa mayor la ley general y como menor la acción, conforme o a la ley de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena, cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer mas de un silogismo se abre la puerta a la incertidumbre.

El juez al emitir sentencia esta resolviendo el asunto en lo principal, y al aplicar la pena correspondiente tomara en cuenta los limites preestablecidos para cada delito por lo tanto cuando el juez condena a la reparación del daño al inculpado, lo hará como resultado del proceso y de una pena preestablecida en la ley (nullum pena sine lege).

La idea de que la reparación nunca debe concederse cuando el mismo lesionado fue causa del delito que sufrió por su propia culpa, concuerda con la doctrina que enseña que no se debe reparación civil al lesionado que fue causa reprochable del propio daño, sin embargo en la actualidad no se puede generalizar con tan peligrosa medida, pues aunque en algunos casos seria benéfico aplicarlo, en un caso de atropellamiento a un menor que cruza la avenida aun existiendo puente peatonal, ¿seria justo negarle la reparación del daño aun cuando éste menor tuvo participación en la comisión del delito que le causo el daño?, por tanto esa medida solo seria factible de aplicarse al comprobarse que la comisión del daño fue por provocación grave del herido.

En cuanto a la reparación del daño moral, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1945 del Código Civil del Estado, para fijar la cuantía de indemnización el juez no debe tomar en cuenta el valor estimativo de afeción de la víctima sobre la cosa destruida o dañada materialmente, excepto que se pruebe que la intención del autor fue causar precisamente "dolor moral" a la víctima.

Asi pues se da una de las mayores problemáticas con las que se encuentra el juzgador, pues si bien es cierto tiene la facultad de allegarse de todos los medios que considere necesarios para el esclarecimiento de los hechos, también lo es que la función del Ministerio Público como representante social y encargado del patrocinio de la víctima

resulta insuficiente, puesto que dicha Institución es la encargada de proporcionar al juzgador las pruebas con las que éste puede determinar precisamente que la intención del reo fue causar ese daño moral.

Por tanto resulta importante también reformar las funciones del Ministerio Público en materia de defensa del daño moral, debiendo ser apto para ofrecer los medios necesarios para llegar a determinar la cuantía del daño moral causado a la víctima que representa.

En cuanto a lo primero podemos decir que las probanzas en las cuales debe basarse el juez para determinar la cuantía, no podrán ser únicamente las encaminadas a la comprobación del tipo penal o cuerpo del delito y la probable responsabilidad sino que deberán realizarse dictámenes periciales en caso de tratarse de bienes perceptibles, con las normas que rigen esta materia a cargo de Estado y disponible para ambas partes si hubiere inconformidad de alguna de ellas en el avalúo correspondiente, solo de esta forma se llegara a la equitativa justicia entre las partes, pues aunque el Derecho Penal es tutela del Estado, es también deber de éste procurar la equidad entre las partes.

Cabe hacer la aclaración de que dichas probanzas tendrán que ser bastantes y suficientes para acreditar el importe de la reparación del daño moral, puesto que nuestro Máximo Tribunal ha establecido la ilegalidad de fundar la cuantía de la reparación del daño en presupuestos, por tanto la indemnización por daño moral deberá estar totalmente cuantificada y comprobada.

El pago de una suma de dinero establecida por un juez no capacitado siempre será arbitraria, por lo que dicho pago deberá estar fundado en el resultado de estudios que avalen tanto la reparación de un mal, como la expiación de la falta cometida al pretenderse castigar al autor del daño al mismo tiempo que resarcir a la víctima, recibiendo la víctima sin repugnancia moral una suma de dinero que no esta destinada a reparar su honor y sus afecciones sino a cumplir una función penal.

La reparación del daño deberá fijarse por los jueces penales, según el daño que sea preciso reparar de acuerdo con las pruebas obtenidas en el

proceso y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla.

Otra situación que se presenta en la reparación del daño es la que se refiere a la devaluación del monto fijado por el juez en la sentencia que el inculpaado debe pagar al ofendido para reparar el daño causado, situación que se da por el abuso de la defensa en el uso de los recursos y el transcurso lógico del tiempo.

Por lo tanto es menester también tomar medidas que garanticen que la reparación del daño no será obsoleta al momento de hacerse efectiva, pues entre el momento que se dicta el auto de radicación inicio del proceso y aquél en que se dicte la Sentencia Condenatoria media un espacio de tiempo, durante el cual, el penalmente inculpaado o procesado puede voluntaria o involuntariamente quedar insolvente por enajenación, constitución de derechos reales, ocultación o destrucción de sus bienes, con lo cual el fallo definitivo sería utópico sino se proveyesen las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de la situación patrimonial inicial del inculpaado, motivo por el cual se realizan las propuestas que encontraremos mas adelante.

La concesión de la libertad caucional debe consistir en un acto inmediato, sin formación de incidente, mecánico y casi irreflexivo, y como puede ser anterior a la declaración preparatoria el juez generalmente ignorara quién es el detenido, cuáles son sus antecedentes, su capacidad económica o el mayor o menor interés que pueda tener en substraerse a la acción de la justicia, el único dato cierto de que podrá disponer para fijar el monto de la fianza es el de la gravedad del delito imputado, que resultara de las diligencias de averiguación previa que el Ministerio Público le envíe, pero aun así el Estado debería llevar acabo diligencias por medio de las cuales se allegara de los elementos necesarios para determinara la situación económica del inculpaado o procesado, puesto que resulta injusto que la persona que no cuenta con recursos económicos quede privada de su libertad, debiéndose tomar en consideración además la situación económica de la víctima pues en muchos casos resulta que se condena al pago de una suma materialmente imposible de cubrir por el indiciado, pero ínfima para quien la recibe.

Es cierto que los estudiosos socioeconómicos que practica el Centro de Readaptación Social, resultan básicos, el juez al señalar la reparación del daño que en efectivo debe cubrir el interno se motiva únicamente en el resultado del delito o en la aparatosidad que este representa, pues los restantes elementos tendrá que imaginarlos o suponerlos.

Así pues al momento de dictar sentencia, el juzgador, deberá ajustar la pena, en la individualización judicial, pues la pena solo es justa cuando se toman en cuenta todos los factores objetivos dentro de los que se encuentra el ofendido y subjetivos que concurren, dado el amplio margen entre el máximo y mínimo que la ley señala para cada tipo legal, aquí estriba también la importancia que se ha de dar a la selección del juzgador para que sepa apreciar con conocimiento y criterio los hechos y así adecuar correctamente la pena.

FORMAS DE GARANTIZAR LA REPARACION DEL DAÑO

En el campo procesal penal la privación provisional de la libertad funciona como una medida de cautela o *garantía*, (cuyo objeto es la eventual sentencia condenatoria)

Hay agravio solo cuando el conjunto de derechos que componen la esfera jurídica de una persona aparece menoscabada por el hecho de otra; hecho ilícito, relación causal e imputabilidad no son mas que etapas lógicas de la vía que elige el Derecho para determinar cuando una persona ha sufrido la violación de la garantía establecida a su favor por la norma jurídica y cuando deberán entrar a funcionar, en consecuencia las medidas que arbitra la misma para reparar los efectos de acto agravante.

En lo relativo a nuestro sistema procesal penal resulta claro que desde el primer acto deben adoptarse medidas o proveimientos cautelares, asegurativos o precautorios que tiendan a proteger la materia y objeto del proceso con la finalidad de hacer factible la imposición de las penas en la Sentencia Condenatoria.

Pero como podemos compensar el daño causado por la comisión de un delito, sin causar otro irreparable a quizá un inocente, atendiendo al principio de que nadie puede ser privado sin mediar juicio seguido ante los Tribunales, y al no ser posible la restitución.

Aquí en el Estado de México, se opta únicamente por el dinero representante común de todos los valores, al exigirse garantizar en efectivo la reparación del daño, pues si la mayoría de las veces el inculcado o procesado, no cuenta con la liquidez para garantizar en efectivo una reparación del daño, y ni siquiera con el dinero para subsistir en sus primera necesidades, como va a cumplir con esta norma del Estado, si ese Estado no es capaz de proporcionar a sus ciudadanos lo indispensable para vivir, no es posible entonces que se exija el pago en efectivo, contraviniendo la ley fundamental con las disposiciones punitivas locales, es aquí donde abordamos nuestra hipótesis respecto a la violación a las garantías individuales por el Código Penal del Estado de México, pues no es posible que una persona que haya cometido un delito que por su naturaleza alcance fianza, no pueda gozar de este beneficio constitucional

por no contar con los recursos económicos suficientes y disponibles para pagar una sanción en efectivo, es decir, ser pobre.

Es pues deber del estado tutelar bajo determinados requisitos el derecho del ofendido por el delito mediante providencias precautorias que se dicten antes de la sentencia, para evitar que entre el momento que se inicia el proceso y aquél en que se dicte la Sentencia Condenatoria, el penalmente inculcado o procesado pueda voluntaria o involuntariamente quedar insolvente por enajenación, ocultación, destrucción de sus bienes con lo cual el fallo definitivo sería utópico sino se proveyesen las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de la situación patrimonial inicial del inculcado y algunas de éstas medidas son:

Embargo Precautorio. Es una medida cautelar que dicta el juez durante el proceso, produce una situación procesal de sujeción jurídica sobre los bienes embargados, por la cual se asegura o secuestran los bienes de aquella parte a la que por su ubicación procesal pueda pararle perjuicio o deba afectarle el fallo definitivo y condenatorio al pago de una suma de dinero o al cumplimiento de cualquier otra obligación de índole patrimonial.

Con el embargo precautorio que solo puede decretar el órgano jurisdiccional se trata de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria aludida, para el efecto de que cuando se haga exigible el derecho que éste tutele, si tal derecho se incumple se proceda a la ejecución forzada, se rematen en subasta pública los bienes embargados y se haga pago a quien corresponda la reparación del daño.

El establecerse que la disposición de la medida sea con la audiencia del inculcado dada la naturaleza de las providencias cautelares que son secretas, debe interpretarse no en el sentido que el trámite se realice en forma de Incidente no especificado porque se desnaturalizaría su esencia precautoria, sino que como ocurre en todos estos casos en las diferentes competencias por materia habrá de entenderse que la ejecución del embargo y su notificación se harán de manera simultánea para no dar tiempo al procesado que oculte, venda o grave el patrimonio a embargar, con esta interpretación no se violan las garantías individuales dado que no se trata de un acto definitivo, sino preparatorio y además su finalidad no es privar

de nada al procesado sino de asegurar los bienes, aseguramiento que tampoco vulnera derechos fundamentales del individuo pues está a las resultas de un proceso en que el inculpaado puede valer sus derechos y de una sentencia que no tendrá que ser forzosamente condenatoria.

La segunda clase de embargo es el que se decreta a quienes se hayan sustraído a la acción de la justicia, es decir contra aquellas a quienes el juez ha dictado orden de aprehensión que no ha sido posible ejecutar, así como de los procesados que se han fugado de la jurisdicción y si bien es cierto con esta medida se correría el peligro de vulnerar derechos de terceros, también lo es que la ley contempla diversas disposiciones para prevenir que los bienes asegurados pertenezcan al obligado al pago de la reparación del daño.

Se trata de garantizar y hacer factible la imposición de las penas públicas como la privativa y la pecuniaria, cuando se llegue el momento de la Sentencia Definitiva, este tipo de embargo tampoco viola ninguna garantía de audiencia del acusado, pero en el fondo es el propio inculpaado quien para evitar que le hagan efectiva la Orden de Aprehensión y lo capturen elude ilícitamente el proceso donde puede hacer valer sus derechos y por lo tanto resulta mejor garantizar de ésta forma que obligar a pagar en efectivo, porque se crean mejores beneficios para las partes, para el sistema penitenciario y finalmente para la sociedad.

La restitución al ofendido en el goce de sus derechos de que ha sido privado el ofendido a consecuencia del delito, debe hacerse inmediatamente después de que el delito ha quedado comprobado y se inspira en el mas elemental principio de justicia, tiene como finalidad evitar un daño mas prolongado y no puede argumentarse que con esta restitución se este anticipando el cumplimiento de alguna sanción sino que aquella opera en virtud de que el derecho del ofendido no debe continuar perturbado, pues de lo contrario equivaldría a desvirtuar la tutela de la ley con pretexto de la condición sub-judice del hecho transgresor.

Antes de concluir este apartado, quiero hacer una pequeña reflexión que me parece muy acorde a nuestra realidad, en la cual a pesar de los múltiples problemas económicos que padecemos, el mundo financiero se desarrolla a pasos agigantados, entonces no sería factible que si se

otorgan inmensidad de créditos para la obtención de diversos bienes, se otorgara alguno para alcanzar la libertad provisional.

FORMAS DE PAGAR EL DAÑO CAUSADO.

Hay agravio solo cuando el conjunto de derechos que componen la esfera jurídica de una persona aparece menoscabada por el hecho de otra: hecho ilícito, relación causal e imputabilidad no son mas que etapas lógicas de la vía que elige el Derecho para determinar cuando una persona ha sufrido la violación de la garantía establecida a su favor por la norma jurídica y cuando deberán entrar a funcionar, en consecuencia las medidas que arbitra la misma para reparar los efectos de acto agravante.

La reparación del daño como pena, requiere la existencia de una sentencia, para lo cual es necesario agotar un procedimiento, mientras que la restitución con base en el artículo 26 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México es sólo la preocupación del Estado porque el ofendido no sufra un daño mayor al ya resentido o que éste se prolongue un tiempo bastante considerable teniendo como únicas condiciones que este plenamente comprobado el delito de que se trate y que los derechos estén legalmente justificados.

La reparación civil se obtiene según los casos de diversas maneras, con la reparación natural, que consiste en la reintegración del derecho violado como sería la restitución del objeto robado; el restablecimiento del mojón que se ha removido etc., o con la reparación pecuniaria cuando no pueda obtenerse la natural por accidente o porque el derecho de naturaleza no es reintegrable caso en el cual el dinero representante común de todos los valores, desempeña esas funciones, también existe la reparación honoraria, cuando el delito haya ofendido el honor del ciudadano y se exija para éste una satisfacción especial.

Francesco Carrara consideró que "la reparación nunca debe concederse cuando el mismo lesionado fue causa del delito que sufrió por su propia culpa, tal idea concuerda con la doctrina que enseña que no se debe reparación civil al lesionado que fue causa reprochable del propio daño, pues cuando el herido impulso al ofensor a herirlo, por medio de provocación grave, surge la teoría de la compensación del dolo y de la culpa respectivamente".

Al tratar sobre la reparación de los daños en general, debe contemplarse si es posible o no restaurar al sujeto pasivo del agravio al estado anterior a la comisión del delito, cuando es posible retrotraer al damnificado al estado de cosas anterior al agravio, la reparación toma el nombre de natural, en el caso contrario el de reparación por equivalencia, éste último trata únicamente de atenuar en lo posible las consecuencias del daño sufrido, acordando a la víctima una indemnización para que con la misma pueda procurarse bienes (materiales e inmateriales) que compensen la desaparición de los destruidos o menoscabados.

La reparación por equivalencia admite a su vez dos variantes, según si el daño causado, es o no susceptible de ser apreciado adecuadamente en dinero, lo que hace que la función cumplida varíe en uno u otro caso, en el primero una función puramente compensatoria, en el segundo una función de satisfacción.

En materia de agravios morales, la reparación natural es de excepcional aplicación, porque el daño moral resulta humanamente irreparable pues en casos de demencia incurable, pérdida de un miembro, de un sentido, muerte de un familiar o la persona que ha sufrido padecimientos físicos y espirituales como consecuencia de una lesión, o al que se le ha impedido desarrollar la actividad a que tenía derecho o al que ha visto turbado su derecho de intimidad, sólo el tiempo puede reparar el agravio moral causado, ya que no hay medios para colocar a la persona en el mismo estado de cosas anterior al delito que lesiono sus afecciones sin embargo ello no significa, que en algunos casos especiales de agravio moral la reparación natural no sea procedente.

Como ejemplo a lo anterior podemos citar el caso de injurias o calumnias, pues en este caso la reacción psicológica provocada por la ofensa puede ser irreparable, pero en su aspecto externo las cosas pueden ser retrotraídas a la situación anterior al hecho.

Tanto en el terreno de la pura teoría como el de la ley positiva ha sido materia de amplia discusión el carácter que asume el pago de una suma de dinero al damnificado por parte del ofensor a raíz de la comisión de un hecho ilícito generador de un agravio moral.

La importancia doctrinaria y practica del problema es evidente, según se acuerde uno u otro fundamento al pago de una suma de dinero, variaran las modalidades y el monto de la indemnización, a la vez que también diferirán las consecuencias con respecto a los terceros obligados al pago de la reparación del daño.

Aun en nuestra época son más numerosos los que rehusan toda indemnización por lesión de los sentimientos de afectos, alegando que el dolor y la pena son los unicos perjuicios causados y que pecuniariamente la victima no sufre ningún daño, sin embargo debemos considerar que los daños que tocan la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral, entran en la categoría de los perjuicios morales y por lo tanto deben ser indemnizados.

Así entonces hay quien opina que el pago de una suma de dinero establecida por un juez como la expiación de la falta cometida al pretenderse castigar al autor del daño al mismo tiempo que resarcir a la victima en concepto del agravio moral sufrido, cumple una función penal impuesta por la ley, porque la victima que ve ingresar a su patrimonio una determinada suma de dinero, le es indiferente en fundamento teórico que se refiera a dicho pago.

Por tanto reparar un daño es también dar a la victima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, el pago de una suma importante permitirá por ejemplo a aquel que soporta sufrimientos que no disminuyen su capacidad de trabajo, acudir a un médico reputado cuya ciencia pueda aliviarlo, inserciones en los periódicos realizadas con la ayuda de la indemnización de daños y perjuicios pagada podrán atenuar las consecuencias de una difamación.

Pero si el dinero es bastante poderoso para poder algunas veces reparar aun en el dominio moral, hay que reconocer que hay casos en los cuales no podrá bastar para volver a poner las cosas en el estado en que estaban.⁵²

Como conclusión podríamos establecer que tratándose de un daño moral por su naturaleza no patrimonial (lesiones a la dignidad de la persona a

sus sentimientos de afección o de estimación, a su reputación y buen nombre, al uso de su propia imagen, etc.) no son susceptibles de restitución ni de reparación en el sentido estricto del vocablo, porque el daño causado no incide en el patrimonio económico de la víctima (o por lo menos no lesiona directamente ese patrimonio) sino en un valor de naturaleza inmaterial no equivalente en dinero, pero también el concepto de responsabilidad civil que tiene un sentido ético innegable, no excluye sino que admite la posibilidad de compensar mediante el pago de una suma de dinero no solo el menoscabo patrimonial sino aquellos valores que la víctima ya no puede obtener en especie como consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso.

En esto deberá tenerse especial cuidado, puesto que la suma de dinero que perciba la víctima no deberá beneficiar al agraviado atentando a los principios fundamentales de la justicia retributiva, es decir se tendrá la seguridad de la reparación del daño y no la de establecer pagos inauditos e imposibles para el delincuente, así como tampoco la de simulación de daños que incrementen el patrimonio de la supuesta víctima en detrimento del patrimonio de los sentenciados.

En cuanto a la confiscación total o parcial de los bienes del delincuente para el pago de la reparación del daño vemos como esta facultad económica coactiva del Estado de asegurar el ofendido en el delito la reparación del daño, carece en nuestra realidad de factibilidad, por falta de una reglamentación adecuada muy a pesar de la concordancia que encuentra este dispositivo constitucional con lo ordenado por el artículo 37 del Código Penal vigente.

La reparación del daño no solo debe consistir en el resarcimiento de los daños y perjuicios emergentes del delito, sino también en las restituciones que el autor está precisado a efectuar en el pago de los gastos de justicia, así como en la publicación de la Sentencia Condenatoria que algunas leyes establecen, pues debe ser indemnizado tanto el daño material como el daño moral.

³² Obra citada por Vázquez Sánchez, Rogelio. Pág. 18.

La mayoría de los exponentes clásicos han considerado que no es moral que el Gobierno se enriquezca con los delitos que no ha sabido prevenir, pero si es moral que la sociedad cuya protección tienen derecho de exigir los buenos ciudadanos repare los efectos de la falta de vigilancia, porque así como es deber esencial del Gobierno prevenir los delitos, perseguir a los delincuentes y castigarlos, también lo es pensar en indemnizar no solo a los damnificados de los delitos de los reos, sino asimismo a aquellos individuos que por circunstancias de los casos o por ciertas casualidades fatales se han encontrado sin dolo o culpa de alguno, sometidos a ser procesados criminalmente y muchas veces detenidos en la cárcel con perjuicio de su decoro e interés y el de su familia y a quienes después se es reconoce como inocentes y se les absuelve como tales.

Esta caja en cuanto entradas deberá indemnizar a todos aquellos que, habiéndose visto perjudicados por un delito ajeno, no pueden obtener del delincuente causante del daño el resarcimiento de éste por falta de patrimonio o por fuga también a todos aquellos que sin dolo o culpa de nadie (ya que en este caso el que haya tenido culpa o dolo estaba obligado a dar indemnización) y solamente por ciertos casos fatales o desgraciados han sido procesados, encarcelados y luego hallados inocentes y absueltos como tales, siempre que uno y otro de esos dos casos el juez haya declarado que se debe la indemnización y haya fijado y liquidado la suma respectiva, y con tal que, cuando haya reo o deudor declarado si dicha indemnización el damnificado haga constar que hizo todas las diligencias para que le fuera pagada la reparación.

BENEFICIOS PARA EL RECLUSO O PROCESADO.

La constitución Política de un estado es la ley suprema que señala las bases de la estructura política y social del país y a las cuales habrán de ajustarse todas las instituciones jurídicas que de ella deriven o las nacidas conforme a la dinámica del desenvolvimiento social.

A través de nuestra historia, se ha procurado garantizar los derechos de los ciudadanos, así pues el Acta Constitutiva de la Federación de 1824, en su artículo 30 prescribe, "La nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano".

El artículo 22 de la Constitución Liberal de 1857 establecía: "Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales", en el proyecto de Constitución presentado por el primer Jefe del Ejército Constitucionalista no había modificación alguna a dicho artículo, aun y cuando no se considero como confiscación de bienes la aplicación parcial o total de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

Se ha procurado marlizar al delincuente corregirlo, readaptarle a la vida pasada, con este fin de reeducación y readaptación se han creado espléndidos sistemas de educación correccional, se han levantado costosísimos establecimientos penales, se han adoptado en todas partes medidas como la condena condicional, la libertad condicional, la libertad vigilada, en todos los países se han creado y se han difundido beneméritas instituciones de patronato para la asistencia moral y social del delincuente a su salida de la prisión, el poder publico y la sociedad entienden y ayudan al delincuente, puede decirse que todos sus cuidados son para éste, más porque en lugar de ocuparnos del tratamiento de la delincuencia, no la prevenimos.

Aún en casos en los que la legislación es satisfactoria muchos de los sufrimientos de los detenidos proviene de otros factores, tales como las condiciones precarias de los lugares de reclusión en los que los

encarcelados se ven obligados a vivir, así como las vejaciones infligidas a los presos por discriminaciones motivadas por razones étnicas, sociales, económicas, sexuales políticas y religiosas, convirtiendo a la cárcel en un lugar de violencia comparable a los ambientes de los que frecuentemente provienen los encarcelados, y esto hace inútil como es evidente todo intento educativo de las medidas de reclusión.

Las estadísticas nos muestran que ésta forma de castigo solo en parte logra hacer frente al fenómeno de la delincuencia, mas aun en algunos casos sino es que en la mayoría crea mayores problemas que los que intenta resolver, esto exige un replantamiento de cara a cierta revisión, pues todos debemos asumir nuestro papel en la construcción de una sociedad mejor, y esto conlleva a la prevención del delito, pero cuando a pesar de todo se comete el delito la colaboración al bien común se traduce para cada uno dentro de los límites de su competencia en el compromiso de contribuir al esclarecimiento de procesos de redención y de crecimiento personal y comunitario fundados en la responsabilidad.

Por tanto es deseable un cambio de mentalidad que ayude a favorecer una conveniente adaptación de las instituciones jurídicas, y ello supone un amplio consenso social y especiales competencias técnicas.

La prisión no debe ser mera venganza social, debemos reflexionar sobre el sentido de la pena y abrir nuevos horizontes para la colectividad, pues quien se encuentra en prisión piensa con nostalgia o con remordimiento en los tiempos que era libre y sufre con amargura el presente.

El tema ha sido afrontado varias veces a lo largo de la historia y se han hecho muchos progresos, tratando de adecuar el sistema penal tanto a la dignidad de la persona humana como a la garantía efectiva del mantenimiento del orden público, pero los inconvenientes y las dificultades vividas en el complejo mundo de la justicia y mas aun el sufrimiento que hay en las cárceles, manifiestan que todavía queda mucho por hacer, estamos lejos aun del momento en que nuestra conciencia pueda permanecer tranquila de haber hecho todo lo posible para prevenir la delincuencia y reprimirla eficazmente de modo que no siga perjudicando y al mismo tiempo ofrecer a quien delinque un camino de rehabilitación y de reinserción positiva.

Los encarcelados se enfrentan también con otras dificultades como los obstáculos para poder mantener contactos regulares con su familia y carencias graves en las estructuras que deberían ayudar a quien sale de la prisión acompañándolo en su nueva inserción social.

En el presente sistema criminal prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de justicia, porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convencidos, porque la prisión es más bien un castigo que una seguridad del reo y porque la fuerza interior defensora de las leyes está separada de la exterior defensora del trono y de la nación siendo así que deberían obrar unidas.

El artículo 14 de la propia Constitución, que consagra que **nadie puede privado de sus derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento**, pues sólo la autoridad judicial es la que en definitiva puede privarlo del mismo después de un juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, nos da la pauta para establecer que serían mayores los beneficios que traería el ampliar las formas de garantía para gozar de la libertad caucional, pues se evitarían múltiples perjuicios para los inculcados, quienes estarían en aptitud de gozar de dicho beneficio constitucional sin ser separados de su núcleo familiar, creando una conciencia de responsabilidad en la comisión de sus actos permitiendo a la vez cumplir con las obligaciones contraídas sin sentirse coaccionados por la absorbencia del sistema penal tan discutido por los efectos que produce.

A través de los capítulos en estudio hemos visto que hacer un pago en efectivo a quien se encuentra privado de su libertad resulta una ventaja de las clases privilegiadas, pero el exigir la reparación del daño en efectivo no es la solución para los ofendidos puesto que los Centros Penales de nuestra Entidad están llenos de gente pobre, como es posible que se encuentren encerrados por una disposición secundaria si nuestra Carta Magna contempla en sus garantías individuales que el inculcado inmediatamente que lo solicite tendrá derecho a su libertad, garantizando las sanciones que en ella se especifican, pero jamás señala que éstas deban ser forzosamente en efectivo, aquí se está violando las garantías de los procesados, puesto que es inconcebible que un ser humano

se encuentre privado de su libertad por no contar con el dinero necesario e inmediato para garantizar su libertad y se están olvidando de las diversas formas que existen para garantizar un daño, máxime que el mismo aun no ha sido declarado en sentencia firme.

Por tanto considero que la obligación de "garantizar", la reparación del daño en efectivo, conlleva únicamente perjuicios al procesado dificultando la concesión de la libertad provisional, esto no quiere decir que el tener dinero nos vuelva inimputables y mucho menos que estemos a favor del delincuente, pero si hacernos ver que la cruda realidad es que el sujeto que cuenta con dinero, se encuentra en mayores posibilidades por lo menos de llevar un juicio mas apegado a las normas legales.

Asi pues debemos hacer conciencia de que la mayor parte de la población penitenciaria es de escasos recursos y por lo mismo son los mas propensos a la comisión de los delitos, no estoy afirmando que solo los pobres cometen delitos, pero si que son los más propensos a ver manipulado su derecho constitucional a gozar de su libertad caucional, eso no es lo mas grave sino el daño enorme que se esta causando a la sociedad, pues el sostener las cárceles con los impuestos de los ciudadanos, el aumento de la delincuencia a nivel nacional significa que nuestro sistema penal no esta funcionando.

Asi pues considero que abriéndose las formas de garantia de la reparación del daño, se beneficiaria al procesado, en cuanto a que este no tendria que estar privado de su libertad y por ende soportar el alejamiento de su familia y actividades, además sufrir el desprecio y la incomprensión de una sociedad que no ha sabido prevenir la conducta que ahora reprime.

BENEFICIOS PARA LA VICTIMA U OFENDIDO.

Los perfiles jurídicos de la institución del ofendido y la reparación del daño que nos ocupa no aparecen pues claramente delineados en la Constitución pero su nacimiento y desarrollo si se desprenden del sistema procesal que fundamenta esa ley elemental.

Injustamente se ha consagrado enorme atención a la función penal, dejando abandonada casi por completo la reglamentación de la reparación de los daños del delito, abandono censurable pues su resarcimiento no solo indemniza justamente al perjudicado por los daños sufridos, sino que también apacigua el resentimiento de la víctima evitando su venganza y contribuyendo así al mantenimiento del orden jurídico,

El artículo 103 fracción I de la Constitución Federal señala que los Tribunales de la federación están facultados para resolver controversias que se susciten por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales".

Este dispositivo concordante con el artículo 14 de la propia Constitución, que consagra "que nadie puede ser privado de sus derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento nos da aparentemente la pauta para afirmar que el ofendido si puede en caso de que el Ministerio Público se niegue a ejercitar la acción penal, se desista de la misma o formule conclusiones no acusatorias, ocurrir al juicio de amparo para reclamar su derecho a la reparación del daño, toda vez que si bien es cierto que a través del Ministerio Público puede reclamar ese derecho solo es la autoridad judicial al que en definitiva puede privarlo del mismo después de un juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Sin embargo cuando el Ministerio Público no ejercite la acción punitiva por ineptitud, indolencia o parcialidad, nos percatamos que el Máximo Tribunal de Justicia ha sustentado que en tales circunstancias no es procedente el juicio de amparo, puesto que aun cuando se trate de un acto de autoridad no se están violando con esa inactividad del Ministerio

Público garantías individuales, con lo cual vuelve a quedar en el desamparo el ofendido del delito que tiene derecho a la reparación del daño, con ello el ofendido se encuentra ante un círculo vicioso porque aun cuando tiene derecho a apelar contra una sentencia con la que se inconforme, solo puede hacerlo en relación con la reparación del daño, mas no en lo que respecta al delito y la responsabilidad, de tal suerte que si el representante social no apela no puede el Tribunal Superior hacer ninguna declaración en lo tocante a la reparación del daño cuando no están declarados el delito y la responsabilidad, entonces el ofendido depende inexorablemente de la actividad procesal del Ministerio Público.

Lo anterior tiene relevancia en cuanto a que por necesaria consecuencia el ofendido no es titular independiente del derecho a la reparación del daño, cuando tiene el carácter de pena pública y por tanto su titular es el Ministerio Público quien la exige en nombre de la sociedad.

Por su parte el artículo 280 del Código de Procedimientos Penales de la Entidad establece el derecho del ofendido y coadyuvante del Ministerio Público para apelar, pero únicamente en lo relativo a la reparación del daño.

Como corolario de lo anterior, la institución del ofendido ante el Ministerio Público se ve aun mas desprotegida ya que ante la negativa de éste para ejercitar la acción penal para que pueda así el ofendido exigir el resarcimiento del daño causado por el delito no cabe el control externo judicial del Ministerio Público a través del juicio de garantías por tratarse de una garantía social la violada y no de una individual.

Por lo anterior es urgente hacer una revisión de los preceptos secundarios que regulan la actividad del Ministerio Público para que al ajustarlos al espíritu del artículo 21 Constitucional le devuelvan su esencia exclusivamente acusatoria además de hacerse también la regularización de un sistema de control externo de su actuación, debiéndose también enfocar atención al ofendido que mas que el imputado merece consideración y protección a sus derechos pues precisamente fue quien resintió el daño causado por el delito y quien no viola por consecuencia el orden social y jurídico establecidos, sin embargo nuestro sistema legal lo

tiene ostergado de toda intervención en el proceso, porque no le reconoce el carácter de parte.

El interés que han despertado las víctimas, como tema de estudio criminológico y como elemento de las políticas de justicia penal, es una significativa reorientación del pensamiento criminológico, haciendo que cada vez se torne más difícil para la criminología radical el restar importancia al delito como problema social, las estadísticas develan un enorme conjunto de delitos la mayoría de ellos contra los miembros más vulnerables y marginados de la sociedad, y la cada vez mayor presión que ejercen organizaciones de voluntarios y profesionales contribuye a que se reconozcan las necesidades de las víctimas y los servicios a las mismas.

Así también dicho interés ha originado debates en torno a la finalidad del sistema de justicia penal así como al lugar que ocupan las víctimas en el mismo, el papel de la víctima en el sistema de justicia penal atrae la atención tanto de los criminólogos como de los diseñadores de políticas y éste impulso ha tenido tanta importancia que buena parte de las investigaciones criminológicas en torno a las víctimas que han sido financiadas, promovidas y en muchos casos hasta estimuladas por los gobiernos, ha convertido a la víctima en centro de preocupación política, lo que se relaciona con la profunda y cada vez mas generalizada desilusión de los partidos políticos con la capacidad del sistema de justicia penal para hacer algo respecto al delito.

La víctima del delito es eso, una víctima y no debe verse friamente como solo una parte de proceso y mucho menos únicamente como coadyuvante, debe establecerse ya en nuestro sistema penal la forma de apoyar a la víctima y los procedimientos a que tienen derecho, debiendo ser éste verdaderamente pronto y expedito, con una asesoría especializada, con derecho a la información y un trato equitativo, consideración de sus conceptos, restitución y compensación y no que el proceso se convierta en una victimación secundaria, ya que la insensibilidad policiaca, la provisión inadecuada de información, las demoras o las decisiones arbitrarias de los jueces para cerrar un caso o reducir una sentencia pueden generar mayores sufrimientos a las víctimas.

Debe darse un nuevo impulso político que represente y defienda los derechos de las víctimas, con un papel decisivo para modificar el perfil de la víctima, a protagonista en el proceso de justicia penal, el procesamiento, la detención y la emisión de sentencias pueden ejercer un poderoso efecto catártico para aliviarais sentimientos de culpa y complicidad de la víctima, dependiendo de la sanción que se imponga las víctimas pueden beneficiarse de la compensación por las pérdidas y los perjuicios sufridos o pueden gozar de un sentimiento de mayor seguridad cuando saben que un delincuente peligroso es encarcelado.

La re-orientación del proceso penal hacia la víctima está aún en una etapa incipiente y aunque la justicia retributiva ha ganado terreno, las demandas a favor de una justicia penal más orientada a la víctima representan un reto a los medios convencionales de evaluar la gravedad de los delitos, falta mucho aun para que se defina la prioridad entre la emisión de sentencias en beneficio de la víctima y la sola referencia la retribución, las consecuencias de introducir a la víctima en el delicado equilibrio entre Estado y transgresor, entre delito y castigo constituirán seguramente aspectos clave para la justicia penal y la criminología del futuro.

Como propuesta a beneficio de las víctimas de la comisión de un delito, cree conducente el sondeo entre víctimas de delito, puesto que se confía que de esta manera se encontrarían varios delitos impunes, dejando de ser únicamente estadísticas, sentándose así las bases para el desarrollo de un nuevo marco teórico organizado alrededor de los atributos de las víctimas, las actitudes sociales hacia el delito y los efectos de éste sobre la comunidad, en la época actual que se vive en México, sería muy interesante sondear el temor al delito que se vive entre la población y el efecto del delito sobre las víctimas, de esta forma tendremos estadísticas no para un informe gubernamental, sino para poder implementar programas que beneficien a la víctima, uno de los cuales podría ser la mediación entre víctimas y agresores con el fin de resolver sus conflictos al igual que la compensación por parte del Estado y del transgresor.

La confianza que deposita el sistema de justicia penal en la víctima es una poderosa herramienta de negociación para quienes buscan un

reconocimiento más pleno de las necesidades y en menor medida de los derechos de las víctimas y esta confianza tendría sus frutos en programas de este tipo que hagan que la víctima sea resarcida y no una víctima más de un largo y costoso proceso penal que puede dejarlo más resentido con el sistema de justicia penal aplicable en nuestro país, la mediación en su forma más pura y aplicada en los delitos perseguidos a instancia de parte aporitaria una forma de resolver conflictos sin el recurso de llegar a los tribunales al menos para la jurisdicción contenciosa, porque a mi parecer deberá ser un funcionario judicial especializado el encargado de esta tarea, deberá ésta permitir que ambas partes conserven el control y expresen sus quejas bajo la supervisión de un mediador que no tomara ninguna decisión, sino que la resolución se alcanzara a través de un acuerdo de ambas partes.

Los objetivos son varios, desde proporcionar a la víctima una reparación tangible, y a los transgresores la esperanza de una reducción en su sentencia, brindar conductos de comunicación, hasta propiciar el mutuo entendimiento de las partes y posiblemente una resolución satisfactoria a su conflicto, de esta forma se apoyaría mejor a la víctima porque se conocería la causa del daño y la verdadera forma de repararlo.

BENEFICIOS PARA EL SISTEMA PENITENCIARIO.

La prisión como castigo es tan antigua como la historia del hombre, es una pena que por necesidad debe a diferencia de las demás preceder a la declaración de un delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es que solo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena, la ley pues señalara los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena.

A proporción que se moderen las penas, que se quiten de las cárceles a la suciedad y el hambre que la compasión y la humanidad penetren las puertas de hierro y anden a los inexorables y endurecidos ministros de la justicia podrán las leyes para encarcelar conformarse con indicios menores.

Algunos han sostenido que un delito, cométase donde quiera puede ser castigado en cualquier parte, como si el carácter de subdito fuese indeleble, aun peor que el de esclavo y que sus acciones pudiesen sin contradicción estar subordinadas a dos códigos o leyes, por lo comun contradictorios, tal dicho pretenden fundamentarlo en la razón abstracta de que quien ofende la humanidad merece tener toda la humanidad por enemiga y el aborrecimiento universal, como si los jueces fueran vengadores de la sensibilidad de los hombres y no mas bien de los pactos que los ligan entre si.

Las penas no deben solamente ser proporcionadas a los delitos entre si en la fuerza sino también en el modo de ejecutarlas, algunos se liberan de la pena de un leve delito cuando la parte ofendida lo perdona, acto acorde a la beneficencia y a la humanidad pero contrario al bien publico, el derecho de hacer castigar no es de uno solo sino de todos los ciudadanos y así el ofendido podrá renunciar su porción de derecho pero no anular la de los otros.

En múltiples estudios se ha subrayado el pésimo efecto de las penas cortas de privación de libertad, que al poner en contacto al delincuente primario con los profesionales del crimen, pervierten al delincuente y le hacen reincidente, por eso mas que castigar es preciso robustecer la voluntad de los delincuentes para que no reincidan.

En los casos de reincidencia generalmente se piensa en el fracaso de la pena, sin embargo aquí debe abrirse también el camino y ver con exactitud los perfiles del "delincuente", pues un error de la aplicación de justicia, nos podría llevar a la habitualidad, en la cual la pena no tiene ningún poder ya sobre el individuo pues ni le intimida ni le corrige, imponer pues una pena agravada al reincidente es peligroso, pero coartar la libertad de los individuos acusados por la comisión de un delito que alcance dicho beneficio constitucional únicamente por haber sido anteriormente condenados por delito grave, es absurdo pues si la realización de un segundo crimen la agrava es porque los medios que el estado le dio al delincuente para corregirse no produjeron en el efecto alguno y al término de dicha pena su estado personal será ya habitual y se volverá un peligro para la sociedad, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial.

Es necesario hacer una división de los reclusos para efectos de su mejor adaptación a la sociedad cuando su reintegración sea posible.

En la predisposición para delinquir entra el hábito y la profesión, pero no es preciso llegar a esto para que se pueda ya reconocer la inclinación al delito puede declararse con un solo delito e incluso antes del mismo, y así como en la criminalidad habitual influye primeramente el ambiente, los inclinados a delinquir pueden serlo por disposición congénita, como el delincuente por tendencia instintiva, huella que la debatida teoría del delincuente nato ha dejado, en el Código italiano de 1930.

La habitualidad es más importante por su peligrosidad que la reincidencia pues ya no interesa tanto la repetición de un delito y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen que en un primer acto delictivo es capaz de revelar, en suma el criterio jurídico de la reincidencia se ve reemplazado por el concepto antropológico de habitualidad y profesionalismo.

A lo primero se ha llamado reincidencia propia, a lo segundo impropia.

El método en algunas legislaciones para fijar el concepto de la habitualidad se establece un supuesto objetivo formado por el número de infracciones porque ha sido condenado el culpable.

La pluralidad del delito es necesaria para que se pueda hablar propiamente de hábito criminal si bien no sería necesario que esta pluralidad constituya reincidencia, debiéndose comprender también el concurso real de delitos aunque así no lo reconozcan las legislaciones que teniendo el molde tradicional de la reincidencia acostumbran a definir la habitualidad como una reincidencia especial y agravada, cuando no hay multiplicidad de delitos podrá hablarse de predisposición para delinquir, de peligrosidad crónica, también se exige que el nuevo delito tenga cierta gravedad la menos que sea doloso, estos requisitos formales tienen una doble función, son una garantía contra la arbitrariedad judicial y son también indicios del estado peligroso, para cuya apreciación ha de tenerse en cuenta el número y clase de gravedad de los delitos cometidos.

El hábito criminal es costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos y la facilidad para realizarlos como consecuencia de la práctica en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones aunque puede existir en los delitos continuados y colectivos que están constituidos por pluralidad de hechos sin necesidad de más de una infracción.

Es más y menos que la reincidencia, más porque no basta con la repetición de las infracciones, es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto, es posible caer más de una vez en el delito, sin que este debe ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron el estímulo, menos porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia o sea la condena ejecutoria sino que aquella puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos.

El profesional, es una especie del delincuente habitual, aquí la costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida, un oficio que se ejerce previo aprendizaje, falsificadores, timadores, carteristas, ladrones de varia graduación social, desde el asaltante callejero al elegante ladrón

de hotel, peristas, proxenetas, chantajistas, usureros, explotadores del juego, contrabandistas, etc, son profesiones regularmente desempeñadas contra las cuales ha sido impotente hasta ahora la ley penal.

Finalmente no debe equipararse la habitualidad a la incorregibilidad, pues la primera se desarraiga por la educación sobre todo en la juventud; mientras que la profesión criminal es sustituible cuando se ejercita al penado en otra profesión.

El optimismo en la corregibilidad del delincuente crece cuando entendemos esta como una forma de readaptación a la vida social sin aspirar a enmienda moral, por eso nos parece que si hoy se conviene en aplicar a estos reos la sentencia indeterminada, es preferible, dentro de la indeterminación la medida correccional a la medida de seguridad con fines exclusivamente inocuizadores que se esta adoptando en Europa, no debe hablarse de delincuentes incorregibles sino de incorregidos, lo cual, es al menos aplicable a los habituales que no tanto a los delincuentes por tendencia instintiva.

La inmensa mayoría de los Códigos hispanoamericanos incluso Argentino a pesar de establecer la medida mixta de seguridad y pena (aunque predomine ésta) de reclusión por tiempo indeterminado no han recibido estas concepciones subjetivas y tan solo tratan de la multirreincidencia, como criterio agravante en mayo medida que la simple reincidencia genérica y específica.

BENEFICIOS PARA LA SOCIEDAD.

El Derecho de las sociedades modernas civilizadas deberá propender sobre todo a garantizar la persona humana y realzar la dignidad de la misma, en la forma mas completa posible, toda vez que el Derecho ha sido creado para el hombre y éste en ultima instancia, es su único destinatario (hominum causa omne ius constitutum est).

Para que esa función protectora del Derecho sea eficaz, la persona humana debe estar amparada en su doble condición de ser biológico y social, vale decir de manera que pueda subvenir a sus necesidades de orden material y espiritual, para lo cual la norma deberá garantizar además de su vida e integridad física, también la utilización y empleo de aquellos bienes materiales e inmateriales mediante los cuales los individuos satisfacen las exigencias que les impone su vida vegetativa y de relación.

Hans Kelsen sostiene que el individuo humano como entidad zoológica-psicológica escapa a la esfera normativa y que lo que el Derecho llama "persona", no pasa de ser una creación artificial de la norma jurídica que no ve en ella mas que centros de imputación, construcciones jurídicas de una conducta.

La personalidad es una cualidad que la norma otorga a los sujetos de derecho (para adquirir derechos y contraer obligaciones) y la misma debe hallarse adosada a un substrato real que sirva de soporte a tal cualidad. La persona jurídica no es mas que ese substrato real cubierto con la mascara de la personalidad que le otorga la norma, personalidad y persona son dos cosas distintas.

La sociología criminal sostiene que en la actualidad el ambiente social que rodea al individuo va a influenciarlo en su conducta y a compelerlo a veces en forma determinante a la proclividad del crimen, como en el caso de la miseria; señalan que el delito es un producto normal del medio social y que las sociedades tienen que los criminales que se merecen, ésto habría que meditarlo muy bien, pero no como ciudadanos únicamente sino como seres humanos, puesto que si bien es cierto nuestro sistema social es carente en normas de convivencia,

también lo es que en el ambiente familiar es donde se van a fijar los gérmenes criminógenos en el individuo, y que de abundar en éste ambiente problemas conyugales, o la falta de patrones de autoridad en el caso de ausencia de alguno de los padres y posteriormente el medio educativo y la ocupación misma serán los factores a influir en la aparición de esos factores criminógenos, como puede ser la ignorancia, la ociosidad, la labor perniciosa de diversos medios de difusión masiva tales como la radio, la televisión y sobre todo la injusticia que día tras día se encuentra latente en todos los medios, pero sobre todo la pobreza es el factor exógeno que mayor influjo ejerce en la gestación del crimen.

Nosotros como seres dotados de virtudes debemos hacer frente a esos vicios humanos con frenos inhibitorios que puedan llegar a ser decisivos en la conducta, tales como la moral, la religión, las reglas de conducta social, a fin de lograr una mejor convivencia, porque de lo contrario caeríamos en la destrucción del ser humano, debemos hacer conciencia de la sobrevivencia del mismo hombre en la tierra en un ambiente de respeto y cordialidad, y aprender a hacer uso de la potestad de escoger entre el bien y el mal con un espíritu de renunciación de lo individual por el bien común.

En cuanto a la garantía subsidiaria a cargo del Estado para que el ofendido en el delito fuera resarcido ocasionado Carrara ⁵³ sostenía, siguiendo el criterio del Código Leopoldino " es útil y justa la reparación subsidiaria introducida por algunas legislaciones y que consiste en establecer una caja pública cuyos fondos se forman con las multas impuestas a los delincuentes y a la cual se recurre para indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos por los delitos consumados por personas insolventes.

Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, cuanto mayor sea el número de los que entienden y tengan entre las manos el código de leyes, tanto menos serán frecuentes los delitos, porque no hay duda que la ignorancia y la incertidumbre ayudan la elocuencia de las pasiones, sin leyes escritas no tomara jamás una sociedad forma fija de gobierno en donde la fuerza sea un efecto de todo y no de las partes en donde las leyes

inalterables sin la general voluntad no se corrompan pasando por el tropel de los intereses particulares, la experiencia y la razón han demostrado que la probabilidad y certeza de las traiciones humanas se disminuyen a medida que se apartan de su origen.

Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores, los jueces reciben las leyes de una sociedad viviente o de su representante como legítimo depositario en quien se hallan las actuales resultas de la voluntad de todos.

No solo es de interés común que no se cometan delitos pero aun lo es que sea menos frecuentes a proporción de daño que causan en la sociedad, deben ser más fuertes los motivos que corrijan los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos, debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas. Es imposible prevenir todos los desordenes en el combate universal de las pasiones humanas, si volamos los ojos a la historia se verán crecer los desordenes con los confines de los imperios y menoscabándose en la misma proporción la máxima nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos conforme al interés que cada uno toma los mismos desordenes, así la necesidad de agravar las pena se dilata cada vez mas por éste motivo.

El fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, sino impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer los demás de la comisión de otros iguales, por tanto deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardan la proporción haga una impresión mas eficaz y mas durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

Es mejor evitar los delitos que castigarlos, he aqui el principio de toda buena legislación que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida, pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto: así en las infinitas y oquestisimas atracciones del placer y del dolor no pueden

⁵¹ Idem, pág., 19.

impedirse por las leyes humanas las turbaciones y el desorden, prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos es definir a su voluntad la virtud y el vicio que se nos predicaban eternos e inmutables.

Para un motivo que impela los hombres a cometer un verdadero delito hay mil que los impelen a practicar aquellas acciones indiferentes que llaman delitos las malas leyes y si la probabilidad de los delitos es proporcionada al numero de los motivos ampliar la esfera de aquellos es acrecentar la probabilidad de cometerlos, la mayor parte de las leyes no son mas que privilegios esto es un tributo que pagan todos a la comodidad de algunos, si se quieren evitar los delitos hay que hacer leyes claras y simples y que toda la fuerza de la nación este empleada en defenderlas ninguna parte en destruirlas, hacer que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos, hacer que los hombres las teman y no teman mas que a ellas, el temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos, la libertad desenvuelve el interés de los hombres por la ciencia, mas si se encuentran esclavizados a un sistema buscan una distracción del apocamiento que los rodea provocando problemas en razón de la pasión que los domina.

Si la incertidumbre de las leyes cae sobre una nación indolente por clima, aumenta y mantiene su indolencia y estupidez, si cae sobre una nación sensual pero activa, desperdicia su actividad en un infinito numero de astucias y traumas que aunque pequeñas esparcen en todos los corazones la desconfianza, haciendo de la traición y el disimulo la basa de la prudencia si cae sobre una nación valerosa y fuerte la incertidumbre se sacude al fin, causando antes muchos embates de la libertad a la esclavitud y de la esclavitud a la libertad.

La reincidencia fue apreciada desde los primeros tiempos como una agravante de responsabilidad, sin que se diera por legislación alguna mayor trascendencia a este concepto que la de estimarle como un motivo para la imposición de la pena mas grave.

Defendiendo las normas del Código Napoleónico se puede considerar que el legislador ve en el reincidente un caso de culpabilidad especial a la vez moral y política puesto que el delincuente al repetir las infracciones,

se revela como tenaz transgresor del orden jurídico añadiendo que de ese modo se sale del campo del derecho para ir al de la moral, porque no apreciamos en el reincidente su cualidad de individuo inmoral y depravado, sino como se manifiesta positivamente por la comisión del nuevo delito.

También Francisco Carrara * defendió el criterio agravante pero no de la imputabilidad ni de la cantidad del delito, **sino de la pena**, su tesis se apoya en que no puede imputarse una segunda vez al anterior delito del que el reo saldo ya su partida: No es de apreciar la mayor perversidad del reincidente, porque si se entra en el campo de la moral, siendo el derecho penal juez competente se extralimitaría en sus confines.

No aumenta la cantidad de delito porque si el daño mediato es aquel que el delito lleva además a todos aquellos ciudadanos que no fueron directamente dañados con la acción, no puede acatarse como norma prevalente la medida del delito y si tan solo como elemento accesorio, toda vez que el aumento de ese daño derivado de la forma accidental ejecución del delito, puede obedecer incluso en hechos análogos a influencias diversas, pero aun en el caso Carrara dice que de aceptar ese aumento en el delito, la reincidencia demostrativa de la inutilidad de la pena nos llevaría a la definitiva conclusión de tener siempre que estimarla como una grávente del castigo, esta es la doctrina del gran maestro clásico que funda la gravación de los reincidentes en la insuficiencia relativa de la pena, insuficiencia demostrada por el reo con sus propios actos, esto es con la rotunda prueba de su desprecio por la primera pena.

Escritores de varias nacionalidades mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia por no encontrar en el concurso de esta circunstancia aumento de daño material, moral o político del delito, estiman que castigar mas gravemente a un hombre a causa de un delito anterior cuya condena habia sido ya cumplida constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento de la máxima *non bis in idem*, o que apreciar la recaída con efectos jurídicos seria mezclar la moral y el derecho que tienen áreas propias, puesto que es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad criminal, pero no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo.

Juristas como Bucellati y Kleinschrod, sostienen que la repetición de delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse, por tanto menor imputabilidad en el agente y concluyen pidiendo que la pena lejos de agravarse con la recaída en el nuevo delito debe aminorarse, no se limita a estos argumentos Kleinschrod que acusa a la sociedad como culpable del aumento de la reincidencia por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción escasez en el trabajo, mala distribución de la riqueza y sobre todo la deficiente organización penal y penitenciaria, son culpables de que aquellos delincuentes víctimas de las circunstancias que les rodean se encuentren en situación propicia para recaer en delito.

De todos los sectores de la doctrina se conviene en la necesidad de adoptar procedimientos de defensa, que para unos es la pena perpetua o por tiempo indeterminado, para otros una medida de seguridad complementaria y para los restantes la media de seguridad sustituyendo a la pena.

Como principal y final conclusion de este trabajo, podemos sostener que la caución monetaria es uno de los mas inaceptables aspectos de la justicia penal, es discriminatoria porque funciona contra los pobres, es costosa porque el Gobierno tiene que pagar por la reclusión de aquellos acusados imposibilitados para cubrir una fianza y que en otra condición podrian estar en la comunidad, es muy creible que una alta proporción de sentencias condenatorias sean dadas para aquellos que en la cárcel esperan juicio, en comparación con los que disfrutan de la caución y la detención de personas que no pueden pagar ha provocado efectos deshumanizantes entre ellos.

CONCLUSIONES.

El objetivo del presente trabajo es reflexionar sobre la constitucionalidad y beneficios o perjuicio que puede traer para todos los sectores que conforman la Entidad mexiquense, que el Código Penal del Estado de México, exija que para obtener la concesión de su libertad bajo fianza sea necesario garantizar la reparación del daño en efectivo, pues éste beneficio constitucional se encuentra supeditado a la posición económica con que cuente el presunto responsable, pues no es posible que por acatar una disposición secundaria se lesione una garantía individual contemplada en nuestra Carta Magna, pues el artículo 20 Constitucional establece claramente que inmediatamente que lo solicite el inculcado tendrá derecho a su libertad, garantizando las sanciones que en ella se especifican, pero jamás señala que éstas deban ser forzosamente en efectivo, aquí se está violando las garantías de los procesados, puesto que es inconcebible que un ser humano se encuentre privado de su libertad por no contar con el dinero necesario e inmediato para garantizar su libertad, pues se están olvidando de las diversas formas que existen para garantizar un daño, máxime que el mismo aun no ha sido declarado en sentencia firme, por lo que me permito realizar a forma de conclusiones los siguientes comentarios.

1.- En nuestro país el derecho punitivo tiene como fundamento la pena privativa de libertad, sin embargo ante la gravedad que significa ésta, lo incierto que resulta el final del proceso y la ineludible necesidad del aseguramiento del inculcado, se ha pensado en una medida provisional, en una situación transitoria en la que sin perjuicio de que el proceso continúe el inculcado pueda disfrutar de su libertad, aunque sujeto a determinadas restricciones y se encuentre en mejores condiciones para atender a su defensa, esa medida es la de libertad bajo fianza o caución, establecida como garantía de orden constitucional y sin cuya presencia la aplicación del Derecho Penal resultaría imposible.

2.- El proceso se inicia generalmente fundado en presunciones de culpabilidad, en indicios, es decir en circunstancias y en condiciones tales, en las que solamente por excepción será posible anticipar el resultado final del proceso, por tanto la prisión preventiva a pesar de ser una medida necesaria acarrea para el acusado graves consecuencias,

como lo son, la pérdida de su libertad, el alejamiento de su centro de trabajo, la incapacidad para seguir cumpliendo las obligaciones alimentarias para con aquellos que dependen de él económicamente, la privación de las comodidades de que se haya logrado rodear en la vida, de sus costumbres y de sus distracciones habituales.

3.- En nuestro sistema penal el ofendido en el delito no es parte en el proceso, sino que es substituido por el Ministerio Público no obstante los intereses que representa este organismo son mas altos que el mero interés particular del ofendido o del imputado, porque representa a la ley y representa a la sociedad, y el Estado no puede aliarse con el ofendido sino sólo en cuanto éste representa el interés de una sociedad que reclama el mantenimiento del orden y seguridad pública que se logra a través de un sistema de delitos y penas, es por ello que las funciones que el Ministerio Público realiza como parte en un proceso son de tutela de una sociedad en la que cada uno de sus miembros pudiera ser ultrajado en los derechos que le preserva la ley penal.

4.- La libertad, después de la vida, es de los más preciados valores del hombre y su restricción debe ser cuidadosamente regulada con la positividad de las normas, pues grave injusticia se causa a aquel sujeto cuya personalidad y ambiente no fueron suficientemente explorados por el juez al aplicar la sanción, como que se le ocasiona a la sociedad cuando aquél sujeto de alta peligrosidad es dejado prácticamente en el camino de la reincidencia por habersele impuesto una pena infima al no haber advertido el juzgador ese aspecto psicofísico y social del delincuente y de su víctima.

5.- El Ministerio Público en su papel de representante social está obligado a solicitar de oficio el pago de la reparación del daño en el proceso penal, sin embargo esto lo hace como un mero requisito al formular sus conclusiones, ya que generalmente no se aportan pruebas para la obtención de éste derecho, sino que únicamente se limitan a la acreditación del cuerpo delito y la responsabilidad penal.

6.- A través de los capítulos en estudio hemos visto que hacer un pago en efectivo a quien se encuentra privado de su libertad resulta una ventaja de las clases privilegiadas, pero el exigir garantizar la

reparación del daño en efectivo para obtener la libertad provisional, no es la solución para ninguna de las partes, pues el encarcelamiento de la persona, generalmente no traerá la recuperación del daño causado.

7.- Analizada la posición del ofendido en su derecho a la reparación del daño exigible a terceras personas resulta ilusorio el procedimiento establecido por la ley, para hacerla efectiva, ya que cuando el delincuente se sustrae de la acción de la justicia, se paraliza todo procedimiento y no puede por ende dictarse condena alguna por ese concepto, por motivo de que tal sanción pecuniaria solo es dable imponerse al resolver en la sentencia de la causa penal sobre el delito y la responsabilidad, he aquí la materia de nuestro trabajo, ya que aun y con las reformas a la legislación penal en nuestro Estado, éstas únicamente se refieren al otorgamiento a la víctima de las cantidades exhibidas por el procesado, pero que pasa cuando éste ni siquiera es aprehendido, donde se encuentra entonces el supuesto beneficio que busca el Estado mexiquense para las víctimas de delito, de donde se va a sacar el dinero para la reparación del daño, es aquí donde debe entrar la función protectora del Estado y crear un fondo para el pago de la reparación del daño a las víctimas de los delitos que así lo ameriten.

8.- En consideración a los señalamientos anteriores, al carácter civil que revisten las diversas formas de garantía previstas en el Código Penal, y a la inconstitucionalidad que considero es exigir garantizar la reparación del daño con deposito en efectivo, propongo se quite ésta función al juez penal y se de una coadyuvancia o unión con el juez civil, siendo el primero el encargado de acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal y el segundo el encargado de evaluar las formas de garantía y hacerlas efectivas en caso que proceda.

9.- Como propuesta podríamos establecer que sin vulnerar lo establecido por el artículo 21 Constitucional en cuanto a la atribución exclusiva que tiene la Institución del Ministerio Público de perseguir los delitos, una vez ejercitada la acción penal, pudiera optar el ofendido por reclamar paralelamente a la excitativa del Ministerio Público su derecho a la reparación del daño en la vía civil, esto tendría como ventajas hacer efectiva la reparación del daño causado a la víctima y no únicamente e convirtiera en un tramite burocrático, tardado y perjudicial no solo para la víctima sino para el infractor quien perdería

su libertad en un centro que esta muy lejos de ser readaptatorio, causando menos perjuicios a la sociedad con su ingreso a dichos centros.

10.- El Estado tiene obligación de salvaguardar los derechos de los ofendidos, por lo que tampoco puede estar expectante ante el litigio de las partes, donde puede haber desigualdad, pero su intervención deberá ser con independencia del juez en la regulación de la búsqueda de la verdad histórica real, subsanando las deficiencias de una parte, evitando el abuso y la desvirtualización de realidades de otra y aportando por si las pruebas tendientes a la equidad en la dualidad ofendido-imputado.

11.- No es moral que el Gobierno se enriquezca con los delitos que no ha sabido prevenir, pero si es justo que la Sociedad cuya protección tienen derecho de exigir los buenos ciudadanos, repare los efectos de la falta de vigilancia, ya que es deber de esencial del gobierno prevenir los delitos, perseguirlos y castigarlos, por lo que debe indemnizar, no sólo a las víctimas de los delitos, sino a aquellos que por diversas circunstancias o casualidades fatales se han encontrado sin dolo o culpa alguna a un proceso penal, es justo también indemnizar a todos aquellos que habiéndose visto perjudicados por un delito ajeno, no pueden obtener del delincuente causante del daño el resarcimiento de éste, ya sea por falta de patrimonio o fuga.

12.- La reparación subsidiaria a cargo del Estado, introducida ya en algunas legislaciones, resultaría útil y justa, pues sería conveniente se formase una caja pública cuyos fondos sean las multas impuestas a los delinquentes, dinero derivado de patronatos, trabajo de reclusos, etc. y a la cual se recurra para indemnizar a las víctimas de los perjuicios sufridos por los delitos consumados por personas insolventes.

13.- En materia de agravios morales, la reparación no es factible, sin embargo la indemnización si resulta aplicable, pues el pago de alguna cantidad podría resarcir los efectos que produjo el acto dañoso, por cuanto hace a la tasación por éste concepto, aun y cuando en las reformas al Código Penal de habla de su pago, no existe reglamentación o disposición legal en que pueda basarse el juez para cuantificar el importe o extensión del daño moral causado, la propuesta respecto a éste problema es la ayuda de especialistas principalmente en materia psicológica, ya

que como ha quedado asentado el daño moral consiste en el menoscabo de los sentimientos y afectos humanos, por lo que deberán realizarse exhaustivos estudios de los efectos que sobre la víctima causó o causara la comisión del delito, para que el juez conforme a los elementos técnicos, especializados, y basándose en la realidad probada en el proceso, pudiera sin lesionar garantías individuales señalar pecuniariamente una determinada cantidad de dinero imputada a título de reparación moral.

14.- Tomando en consideración la inaplicabilidad de las diversas formas de garantía enunciadas en el Código Penal del Estado de México y la regulación de éstas en la Legislación Civil, propongo que sea el juez civil, el encargado de valorar la garantía que se exhiba para la concesión de la libertad provisional, así como también ejecute las diligencias necesarias para hacer efectivo el pago de dicha reparación cuando sea decretada en sentencia firme.

15.- Para poder llevar a cabo lo anterior, una vez concluida la averiguación previa el Ministerio Público deberá remitir un desglose al órgano jurisdiccional civil, quien recibirá y evaluará la garantía que se exhiba para asegurar la reparación del daño y en caso de que dicha garantía no sea exhibida en forma voluntaria, podrá llevar a cabo los requerimientos necesarios para la obtención de ésta.

16.- Habiéndose acreditado la procedencia de la reparación del daño independientemente de la responsabilidad penal, que haya determinado el juez penal, la obtención de la reparación del daño se realizara con todas las formalidades de la ejecución de sentencia.

17.- El Estado deberá proveer los servidores públicos necesarios para la tramitación del procedimiento de reparación del daño, ante el Juez Civil, el Ministerio Público realizara las mismas funciones de representante de la víctima u ofendido, pero únicamente en lo que toca a ofrecer pruebas para la cuantificación de la reparación del daño proveniente de delito, actuando también la Defensoría de Oficio, quien patrocinara al procesado, pero únicamente en cuanto a que los derechos del procesado no sean vulnerados, con garantías o pagos excesivos.

A veces la justicia de los hombres es cruel y por eso debemos revisar continuamente nuestras leyes para errar lo menos posible en su aplicación, pues nuestra sociedad esta en un cambio constante y el crédito y respeto del derecho positivo vigente y su eficacia en el orden social depende de su positividad, de su correspondencia y armonía con la realidad social a la que va dirigida.

Por tanto los objetivos de los legisladores deben ser congruentes con la finalidad básica de un derecho penal retributivo y de defensa social, que lo mismo que atienda a las víctimas del delito, se ocupe de la prevención del delito y de la mejor forma de garantizar los derechos de ambas partes.

A continuación veremos algunas de las jurisprudencias que al respecto de nuestro tema sustenta el máximo Tribunal de nuestro país.

JURISPRUDENCIA

REPARACION DEL DAÑO, PROCEDENCIA DE LA. "Solo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que acuso el delito cometido". Quinta Epoca. Tesis 270 visible a fojas 589 del apéndice 1975.

REPARACION DEL DAÑO, BASES PARA SU CUANTIFICACIÓN. Es violatoria de garantías la sentencia que estimando que en el proceso no se probó el monto de la reparación del daño, condena al acusado a cobrarla por el monto que se determine en incidente posterior; ya que esto equivale a darle una segunda oportunidad de probar lo que en el proceso no comprobó.

Directo 5046/1954. Gabriel Alvarado Valenciano. Resuelto el 8 de octubre de 1956, por unanimidad de 4 votos. Ponente el Sr. Mtro. Chavez C. Boletín de Información Judicial. Número 111, pág. 713, noviembre de 1956.

REPARACION DEL DAÑO, BASES PARA SU CUANTIFICACIÓN. La reparación del daño, de acuerdo con el artículo 1915 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, puede hacerse en dos formas: a) por el restablecimiento de la situación anterior a que se produjera el daño, cuando esto es posible; y b) por el pago de daños y perjuicios cuando el restablecimiento a la situación anterior es imposible, por ejemplo, cuando se causen daño a las personas y se produzca la muerte o una incapacidad total, parcial o temporal. Solamente en éste último caso la indemnización se fija de acuerdo con las cuotas que establece la Ley Federal del Trabajo.

Directo 4001/1055. Yolanda Trejo Méndez. Resuelto el 10 de mayo de 1957, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Azuela. Boletín de información judicial. Número 118, págs 328, junio de 1957.

REPARACION DEL DAÑO, BASES PARA SU CUANTIFICACIÓN. Esta sanción es improcedente, si el acusado por falta de comprobación del cuerpo del delito, obtuvo en su favor sentencia absolutoria, toda vez que aquella, dado el carácter de pena pública, no puede aplicarse sin la comisión de delito alguno.

Directo 1676/1953. Lozada y Peña, S en C. Resuelto el 9 de diciembre de 1955, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. Olea y Leyva. Ponente el Sr. Mtro. Ruiz de Chávez, Srío. LIC. Raúl Gutiérrez Orantes. 1°. SALA.- Boletín 1956, pág. 23.

REPARACION DEL DAÑO, PROVENIENTE DE DELITO. Cuando en un proceso penal se condene al acusado al pago de la reparación del daño en una cantidad menor que la reclamada por el ofendido, éste carece de acción, si la resolución ha causado, para entablar demanda civil por parte que a su juicio no fue cubierta, porque al admitir ese derecho de la parte

agraviada, se estaría en el caso prohibido por el artículo 23 constitucional, porque equivaldría a juzgar dos veces los mismos hechos.

Directo 5887/1954. J. Leonides Delgadillo D. Resuelto el 22 de abril de 1957, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Chico Goerne. Ponente el Sr. Mtro. Chávez Sanchez, Boletín de Información Judicial. Número 117, pág 256, mayo de 1957.

REPARACION DEL DAÑO. Esta sancion es improcedente, si el acusado por falta de comprobación del cuerpo del delito, obtuvo en su favor sentencia absolutoria, toda vez que aquella, dado el carácter de pena pública, no puede aplicarse sin la comision de delito alguno.

Directo 1676/1953. Lozada y Peña, S. En C. Resuelto el 9 de diciembre de 1955, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Olea y Leyva. Ponente el Sr. Mtro. Ruiz de Chávez Sánchez, Srío. Lic. Raul Gutiérrez Orantes, 1ª. SALA.- Boletín 1956, Pág. 23.

REPARACION DEL DAÑO, PROVENIENTE DE DELITO EXIGIDA A TERCERO. Dicha reclamación origina en sustancia una acción de índole civil, puesto que la propia ley así lo declara al establecer que tendrá el carácter de responsabilidad civil, (artículo 27 del Código Penal de Nuevo León, correlativo al 29 del Código Penal del Distrito Federal) por lo tanto el procedimiento a través del cual se ejercita esa acción es también de naturaleza civil, independientemente de que por razones prácticas sea planteada en forma de incidente ante la propia autoridad penal que conozca del proceso contra el autor del delito o que sea planteada en juicio ante la autoridad del fuero civil.

En consecuencia el procedimiento tanto del fuero comun como del amparo, es de estricto derecho y cabe aplicar los preceptos del sobreseimiento por inactividad del quejoso o ausencia de acto procesal en un plazo de ciento ochenta días hábiles.

Directo 32217/1955. Transportes Urbanos, S.A.,. Resuelto el 13 de septiembre de 1956, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. Chico Goerne. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón, Boletín de Información Judicial. Número 116, pag. 655, octubre de 1955.

REPARACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO. (Legislación Penal Federal). La obligación del Estado de reparar subsidiariamente el daño por sus funcionarios y empleados, requiere que estos hayan sido condenados a la reparación del daño y que tengan incapacidad económica para hacerlo, siempre que el delito se haya cometido en el ejercicio o con motivo del cargo que desempeñen. La obligación supletoria del estado, debe entenderse que la Ley la establece en beneficio de las víctimas del o delitos y no de delincuente

Amparo Directo 5102/62. Pablo Cruz Gómez. Resuelto el 19 de Septiembre de 1973, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Angel González de la Vega Srío. Lic. Luis Rayas G. 1ª. SALA.- Informe 1963, Pag. 76.

REPARACION DEL DAÑO. La reparación del daño debe considerarse como una pena pública de carácter general, y consecuentemente siempre que se lesione el patrimonio ajeno con motivo de una infracción se impona la reparación que debe tener la amplitud del daño mismo, pudiendo ser

reducida en consideración a la posibilidad económica obligado, excepto cuando se trata de restituir en los delitos patrimoniales o de indemnizar en el caso de lesiones si el ofendido no se colocó al margen de la ley, tiene igual capacidad económica que el infractor e hizo las erogaciones necesarias para proteger su salud, ya que no será equitativo admitir que soportara un doble daño.

Directo 1811/1957. Antonio Méndez Mendoza. Resuelto el 11 de julio de 1957, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Chico Goerne. Srto. Lic. José M. Ortega. 1°. SALA.- Boletín 1957, pág. 537.

REPARACION DEL DAÑO. No puede válidamente condenarse a un acusado a la reparación del daño, sino cuando quedo establecido el monto de este, pues en todo caso la sentencia debe determinarla con las pruebas existentes, o de lo contrario absolver de dicha pena pecuniaria.

Directo 3507/1961. Francisco Ocaña Hernández. Resuelto el 17 de enero de 1962, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Vela. Srto. Lic. Fernando Castellanos. 1°. SALA.- Boletín 1962, pág. 66.

BIBLIOGRAFIA

- Anuchategui Requena, Irma G. DERECHO PENAL. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla. México 1996.
- Eaqueiro Rojas, Edgard. DERECHO CIVIL. BIBLIOTECA DICCIONARIOS JURIDICOS TEMATICOS. Volumen 1. Editorial Harla. México 1997.
- Borja Soriano, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa. México 1989.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES. Editorial Porrúa. México 1989.
- Carranca y Rivas Raúl. DERECHO PENITENCIARIO, CARCEL Y PENAS EN MEXICO. Editorial Porrúa. México 1986.
- Cárdenas Editor y Distribuidor. CODIGO DE HAMURABI.
- Colín Sánchez, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Editorial Porrúa. México 1995.
- Delgado Moya, Rubén. ANTOLOGIA JURIDICA MEXICANA. Colección Obras Maestras de Derecho. Librería Pac. México 1993.
- De Pina, Rafael y De Pina Vara Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México 1998.
- Piaz de Leon, Marco A. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL Y DE TERMINOS USUALES EN EL DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Porrúa. México 1989.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Editorial Porrúa. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1993.
- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Fundación Tomas Moro. Espasa Calpe. Madrid 1991.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomos II y XII. Editorial Bibliografía Argentina. Buenos Aires 1977.
- Floris Margadant, Guillermo S. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. Editorial Esfinge. México 1991.

- Galindo Garfias, Ignacio. LA COMPENSACION POR DAÑO MORAL. *
- García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra Victoria. PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa. México 1993.
- Garofalo Rafael. INDEMNIZACION A LAS VICTIMAS DEL DELITO. Editorial La España Moderna. *
- Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Editorial Porrúa. México 1995.
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. Tomo IX. Editorial Francisco Seix. Barcelona 1989.
- Madrazo, Carlos A. LA REFORMA PENAL (1983-1985). Editorial Porrúa. México 1989.
- Manava-Dharma-Sastra. LEYES DE MANU. Versión castellana de V. García Calderón.
- Falcomar de Miguel, Juan. DICCIONARIO PARA JURISTAS. Mayo Ediciones. México 1981.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa. México 1997.
- Pérez Palma, Rafael. GUIA DE DERECHO PROCESAL PENAL. Cárdenas Editor y Distribuidor. 3ª. Edición. México 1991.
- R. H. Brebbia. EL DAÑO MORAL. Acrópolis. Mexico 1996.
- Rico, José M. LAS SANCIONES PENALES Y LA POLITICA CRIMINOLOGICA. Editorial Siglo XXI. México 1979.
- Rodríguez Manzanera, Luis. VICTIMOLOGIA, ESTUDIO DE LA VICTIMA. Editorial Porrúa. México 1993.
- Silva Silva, Jorge A. DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Harla. Mexico 1994.
- SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Depalma. Buenos Aires 1986.

Vázquez Sánchez, Rogelio. EL OFENDIDO EN EL DELITO Y LA REPARACION DEL
DANO. México 1981.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México

Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de
México.

Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado Libre y Soberano de
México.

Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para las
Entidades en materia Federal

Anales de Jurisprudencia de 1917-1990.

Reglamento de Reclusorios del Estado de México. Editorial Nuevo Milenio
2000.

I N D I C E

Objetivo	
Garantía Personal y Constitucional.....	1
Fianza.....	8
Caución.....	12
Reparación del daño.....	18
Breve antecedente histórico.....	20
Derecho Romano.....	23
Derecho Mexicano.....	33
Derecho Sumero.....	38
Derecho Germano.....	41
Naturaleza de la reparación del daño.....	44
Concepto de Reparación del daño.....	45
Daño patrimonial.....	48
Daño moral.....	49
Como obligación civil.....	52
Como pena pública.....	55
Finalidad de la Reparación del daño.....	59
Características de la reparación del daño.....	61
Sujetos con derecho al pago de la reparación del daño.....	66
Personas obligadas al pago de la reparación del daño.....	69
Ante Ministerio público.....	74
Requisitos de Procedencia de la libertad poversional.....	76
Forma de garantía de la reparación del daño.....	87
Efectos de la garantía ante el Organo Jurisdiccional.....	91
Requisitos de procedencia de la libertad caucional.....	94
Fundamentos para fijar la caución .	102

Efectos de la garantía de la reparación del daño al revocarse la libertad.....	105
Requisitos para condenarse en sentencia.....	108
Efectos del NO pago de la reparación del daño.....	112
Prescripción de la reparación del daño como pena.....	114
Requisitos para determinar la cuantía.....	116
Formas de Garantizar la reparación del daño.....	120
Formas de pagar e daño causado.....	124
Beneficios para el inculgado o sentenciado.....	129
Beneficios para la víctima u ofendido.....	133
Beneficios para el sistema penitenciario.....	138
Beneficios para la sociedad.....	142
CONCLUSIONES.....	148
JURISPRUDENCIA	154
BIBLIOGRAFIA.....	157