

884609

ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS
JURIDICAS.

15

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO, NÚMERO DE INCORPORACIÓN 8846-09

**LA INCOSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 36
DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO
DE MÉXICO.**

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO.
P R E S E N T A:
ERNESTO NIÑO DE RIVERA ROJAS

ASESOR DE TESIS: LIC. MERCEDES ARCE DEL RIO

REVISOR DE TESIS: LIC. GIL AGUILAR FERNANDEZ

NAUCALPAN, ESTADO DE MÉXICO OCTUBRE DEL 2002

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

AGRADECIMIENTOS.

A MI MADRE:

Quien siempre me ha motivado en mis estudios a través de su apoyo y cariño.

A MI PADRE:

Quien ha sido un ejemplo a seguir y me ha brindado su apoyo, consejos y experiencia.

A MI ESPOSA GISELA:

Por su amor y comprensión, y por impulsarme a alcanzar mis metas.

En especial a mi bebe, pues pensando en él, he reafirmado mis metas. Le dedico todos mis logros.

A mis hermanos Graciela y Marco Antonio, por su apoyo y cariño incondicional en los momentos difíciles.

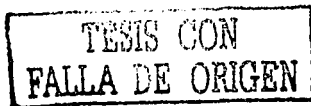
A mis sobrinas Ivana Eugenia, Mariana y Alejandra Paulina y mi sobrino Marco Antonio.

A mis profesores les agradezco el haber compartido sus enseñanzas y experiencia para mi formación profesional.

A la Escuela Superior de Ciencias Jurídicas por formar profesionistas con alto Espíritu de superación, y preocupados por el futuro de su nación.

Sobre todo...

GRACIAS A DIOS.



Ernesto Niño de Rivera Rojas.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO.-

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, LEGISLATIVOS Y DERECHO COMPARADO

	Pag.
A.- Aspectos históricos de la reparación del daño.	1
1.- Generalidades	1
2.- Antiguo Oriente	3
3.- Edad Media	4
4.- Siglos SVI a XIX	11
B.- Antecedentes Legislativos en México	12
5.- Constitución Política de 1857	12
6.- La Constitución Política de 1917	14
C.- La Reparación del Daño en el Derecho Comparado	17
1.- Legislación Italiana	17
2.- Legislación Española	22

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

	Pag.
CAPITULO SEGUNDO	
LAS PARTES EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO	24
A.- El Sujeto Activo en el Delito	25
a).-Naturaleza Jurídica	25
b).-Capacidad para el Delito	25
c).- Clases de Participación en el Delito	28
d).- Autor del Delito	29
e).- Coautor	30
f).- Cómplice	31
g).- Punibilidad en la Participación	32
B.- Sujeto Pasivo del Delito, Naturaleza Jurídica.	35
b).- Clases	37
1.- Víctima	38
2.- Ofendido por el Delito	38
C).- Los Sujetos Activos y Pasivos del Delito desde el punto de vista del Derecho	40
1.-Constitucional	40
2.- Sujeto Activo	41
3.- Sujeto Pasivo	43

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

	Pag.
4.- El Sujeto Activo y sus Garantías en la Reparación del Daño	44
D.- La Persona Moral, Naturaleza Jurídica.	46
1.- La Persona Moral como Sujeto Activo del Delito	47
2.- La Intervención de las Partes en el Procedimiento Penal	50
3.- Competencia y Jurisdicción en Materia Penal	51
4.- Jurisprudencias relativas	53
5.- La Acción Penal	55
6.- Extinción de la Acción Penal	56
E.- Proceso	60
1.- Intervención del Ministerio Público en el Procedimiento Penal.	60
2.- Juez Penal	62
3.- Intervención del Juez Penal	63
4.- Inculcado y la Defensa	66
5.- El Ofendido como parte Coadyuvante	69
F).- La extensión del juicio de amparo de acuerdo con los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 constitucional, en relación con el artículo 20, fracción x, párrafo quinto de la misma norma fundamental.	71
G).- La extensión del juicio de amparo a través del concepto " leyes " del propio precepto, segundo párrafo.	76

	Pag.
H).- Extensión del juicio de amparo a través del concepto causa legal del artículo 16 constitucional.	81
I).- Bienes tutelados por la garantía de audiencia	84
J).- La garantía de audiencia frente a las leyes	89
 CAPITULO TERCERO.-	
LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO POSITIVO PARA EL ESTADO DE MÉXICO	92
A.- La Doctrina sobre la Reparación del Daño como Pena Publica.	92
1.- Pena Publica	94
2.- La Reparación del Daño	95
3.- El Ministerio Publico y la Reparación	96
4.- La Reparación del Daño en Atención al Resultado	97
5.- Del Resultado Material y del Daño	97
B.- Algunos aspectos de la Ley Positiva en el Estado de México.	98
1.- Las Pruebas y su importancia en la Reparación del Daño.	100
2.- Ofrecimiento de Pruebas	101
3.- La Prueba Pericial	102

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

	Pag.
4.- Prueba Documental	104
5.- Sentencia Condenatoria	105
6.- El Delito y la Reparación del Daño	106
7.- Objeto de la Reparación del Daño	108
8.- Indemnización del Daño Moral	109
9.- Decomiso de Bienes	110
CAPITULO CUARTO.	
La Inconstitucionalidad del Artículo 36 del Código Penal. para el Estado de México.	112
CONCLUSIONES	120
PROPUESTAS DE SOLUCIÓN	131
BIBLIOGRAFÍA	142

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

Considero que aunque si existe la mas variada temática relacionada con la reparación del daño proveniente del delito, esta seguirá siendo objeto de atención de los estudiosos del derecho en vista de que a la fecha se carece de una doctrina completa y legislación adecuada que toque las diferentes variables de manera eficaz respecto a la solución que en materia social y jurídica se de al respecto:

Aun cuando carezco de la experiencia necesaria para abordar una metodología que trate sobre la panorámica que proyecte una propuesta de solución genérica a este problema tanto en materia federal o local en nuestra republica, me contento con hacer una reflexión respecto a un problema concreto existente en la Legislación Penal Vigente en el Estado de México, que a mi manera de ver limita o elimina los intentos que realicen los ofendidos por el delito en obtener la reparación del daño que provenga de un hecho ilícito, lo cual constituye el elemento central de mi estudio e investigación documental.

En el recorrido de mi exposición expongo de manera breve los antecedentes históricos, legislativos y de derecho comparado, relacionados con la reparación del daño, que limitando los excesos ante un injusto jurídico en sociedades primitivas provoca el nacimiento

de la ley del talión que se reduce a la frase de ojo por ojo y diente por diente como una manera de reacción entonces justificada de sancionar los hechos graves relacionados con los ataques que uno o varios miembros de un grupo social recibían de otro u otros de los miembros de ese mismo grupo, para dar paso posteriormente a diversas practicas en donde además del castigo generalmente corporal que recibía el autor material del hecho ilícito, también se practico una serie de formas diversas sobre reparación al daño causado, que inclusive llego a distinguir entre la reparación del daño dirigido a los particulares ofendidos, como a las multas aplicadas a favor del poder publico como sanción secundaria y concomitante por el ilícito realizado.

Así mismo considere conveniente para el efecto de exponer como antecedente de la presente tesis, los actos legislativos realizados en nuestro país sobre la reparación del daño, a partir de la Constitución Política de 1857 relacionados con el sistema de imposición de penas y la posterior Constitución de 1917, conceptualizando mas adelante que entidades son consideradas como partes en el juicio penal, así como las personas físicas o morales que son sujetas del beneficio de la reparación del daño, con el objeto de establecer de que si bien la victimas o los ofendidos del delito no son partes en forma estricta en el juicio penal o civil en su caso, si actúan como coadyuvantes ante el ministerio publico que los representa para obtener el beneficio de tal reparación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Posteriormente se hace una breve reflexión sobre las garantías individuales que tutelan la reparación del daño en la actualidad para entrar directamente en el planteamiento del problema relacionado con la inconstitucionalidad del artículo 36 del Código Penal Vigente para el Estado de México que es el problema que nos ocupa, para pasar enseguida al planteamiento de la hipótesis o propuesta de solución, confirmando en el estudio la misma respecto a la ilegalidad o anticonstitucionalidad del artículo 36 del Código Penal citado. Las conclusiones a que llego se derivan de los planteamientos teóricos y legales tanto de los expresados por académicos o jurisconsultos reconocidos en la materia, vinculando la teoría con la Legislación Mexicana Federal y del Estado de México sobre el particular.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS, LEGISLATIVOS Y DERECHO COMPARADO.

A.- ASPECTOS HISTORICOS DE LA REPARACION DEL DAÑO.

1.- GENERALIDADES

El concepto de reparación del daño es relativamente moderno, ya que en la antigüedad, los daños económicos que sufría el ofendido no fueron diferenciados de la pena misma, quedaban absorbidos por ella, en razón de que la pena era una venganza privada realizada por la víctima, por sus familiares o por sus amigos; la pena nace, cuando en los núcleos primitivos el sentimiento de venganza tenía como primera finalidad el castigo a las ofensas realizadas en contra de las personas o de sus derechos, por manos de terceros; la pena en un principio fue de naturaleza privada, pero posteriormente sería impuesta por la autoridad, ya sea del clan o de la familia. La sociedad primitiva se

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

encontró en la necesidad de limitar la reacción privada, haciendo lo que consideraba mejor para posibilitar la convivencia de unos y otros, buscando atenuar la venganza por medio de dos figuras: El Talión y la Composición.

La figura del Talión, consistía en tratar de ser objetivo al momento de imponer la pena, como la medida de reacción al daño causado por el delito, en otras palabras el agresor responde del hecho o del daño, con una reparación materialmente igual, por lo que únicamente se afecta al autor, en la misma proporción que éste afectó a la víctima.

Respecto a la Composición, esta figura tiene como elemento esencial el de resarcir el mal causado, mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito y, al decir de Carrancá y Trujillo, en dicha figura: "Se distinguen dos momentos: ocurrido el delito, ofendido y ofensor, voluntariamente y en cada caso, transan mediante el pago hecho por el segundo; después generalizan esta solución y, es el grupo quien exige esta composición entre el ofendido y el ofensor, ajenamente a la voluntad de estos; en el primer momento subsiste la venganza privada, pero el grupo castiga cuando el ofendido lo reclama; en el segundo, ante la eficacia del sistema, es el grupo mismo el que impone la solución pacífica, de manera que existe

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

un interés grupal o social por mantener un orden interno, a la vez que se pretende obrar con justicia, lo cual significa un avance en la solución de los problemas, que implican el sancionar a los responsables de hechos peligrosos, cometidos en un grupo social determinado.

Esta figura se distingue de la del Talión, en que en ésta, la idea de justicia, es matemática y exacta, puesto que es justo que quien ha hecho sufrir, sufra a su vez y, en la Composición, la idea de justicia se aplica a la compensación equivalente al perjuicio sufrido. Por lo que podemos deducir que estas figuras, son el primer antecedente que tenemos, a lo que en la actualidad conocemos como Reparación del Daño.

2.- ANTIGUO ORIENTE.

En el antiguo oriente, la religión influyó intensamente en todos los aspectos de la vida, ideas fueron creadas, modificadas o extinguidas por los sacerdotes. En dichos pueblos, la justicia criminal se ejercitaba primeramente en nombre de Dios, en esa época se vio también, una especie de reparación del daño, al imponerse al victimario, una pena económica pagada a la víctima o a sus parientes; en estas culturas apreciamos aparte del

pago de la compensación a los parientes o la víctima, un pago más, que se hacía al fisco por concepto de multa a favor del Estado.

3.- EDAD MEDIA.

En esta época y en el continente Europeo, se dictan leyes más severas y crueles, en las que se castigan con dureza, no sólo los crímenes más graves, sino hasta los hechos más insignificantes. Vemos también, delitos muy castigados, como son la magia y la hechicería. En esta época se aplicaba la pena de muerte acompañada de formas de agravación, como las mutilaciones; las penas infamantes y, las penas pecuniarias, impuestas en forma de confiscación.

Era tal la dureza por parte de las autoridades, que la pena de algunos delitos, trascendía a los descendientes del reo durante cierto número de generaciones, dejándolos sin derechos. La administración de justicia era desigual, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más severos, pudiendo los jueces y tribunales imponer penas no previstas en la ley, teniendo con ello, la facultad de crear nuevos delitos.

La finalidad de la represión no fue vengar el daño causado al ofendido, a sus familiares o al grupo social, sino vengar la ofensa supuestamente causada a Dios, en consecuencia, la mayoría de las penas eran espirituales, imponiéndose generalmente, la penitencia. Por lo que respecta a la sanción de reparación del daño, no fue conocida esta práctica, pero sí, las sanciones pecuniarias, especialmente a partir del siglo XI, como la confiscación de bienes a los herejes, la cual fue muy utilizada. Gran importancia tiene en este tiempo, la "Carta Magna" inglesa, obtenida por los Barones de Juan sin Tierra en 1215, ya que aparte de ser el documento en que aparece por primera vez el principio de la "nula pena sine lege", se establece la proporcionalidad de la multa, según las facultades y situación del culpable, no debiendo ser su monto tal elevado como para obligar al colono a abandonar su campo, al comerciante a cesar en su oficio, o al trabajador a vender sus herramientas.

Los anglosajones tenían un sistema de garantía y responsabilidad mutua, que también existió entre los franceses, tal y como lo señalan las Leyes de Eduardo el Confesor, sobre los "friborgs" y, que J. Tissot reproduce en la forma siguiente:

"Existe en este reino, un medio supremo y el más eficaz de todos para asegurar la tranquilidad de cada uno, de la manera más completa; es a saber, la obligación en que se haya cada individuo de ponerse salvo, la salvaguardia de una especie de canción que los ingleses llaman una libre garantía y que únicamente los habitantes del país de York llaman "Ten men's tale" lo que significa una división de diez hombres. He aquí el modo en que se practicaba: todos los habitantes de todas las aldeas del reino, sin excepción se hallaban clasificados de diez en diez, de tal manera que si uno de los diez cometía un delito, los nueve restantes respondían por él en juicio. Si desaparecía, se le concedía un plazo legal de treinta un días para presentarle. Si en el intervalo se le encontraba, era presentado ante la justicia del rey, condenándole de inmediatamente a reparar con sus bienes el daño que había causado." (1)

Por lo que respecta a los franceses en el sentido de responsabilidad mutua, éstos, por decreto 595 del Rey Clotario II, dispusieron: "Como es frecuente que los guardias nocturnos no logren apoderarse de los ladrones de noche, se ha decidido que se establezcan "Centenas". Si algo se pierde en la "Centena", el que lo haya perdido recibirá su valor y el ladrón será perseguido.

¹ El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo, Traducción J. Ortega Graña T.I Edito F. Góngora y Caa. Octava Edición, Madrid, España, 1994, pp 172 y 173..

Si es de otra Centena, y los habitantes que se hallan en el caso de entregarle se niegan á hacerlo, serán condenados á pagar cinco sueldos de multas, y el ciudadano robado no dejará por esó de recibir de la Centena el precio de la cosa perdida." (²)

En Rusia, afirma J. Tissot, hasta el siglo XIV, "El común sufría la pena pecuniaria por muerte cometida en el territorio. En Bohemia cada casa pagaba en estos casos, cien dineros, lo cual era satisfecho por el común solo, o por el común y el culpable, si éste se hallaba en la localidad y su fortuna no le permitía pagar íntegramente la multa, así mismo, en Polonia, Bohemia y en Rusia, la comunidad respondía de la cosa robada y debía reparar el delito si la persona robada seguía las huellas del culpable hasta la población, excepto el caso en que las huellas condujeran a un lugar desierto o a una venta, entonces, el derecho ruso y el derecho moravo, libran al común de esta solidaridad" (³)

En esta época fueron los franceses los que reglamentaron sobre la reparación, aún cuando consideraban las restituciones civiles, como penas propiamente hablando, que consistían en la reparación del perjuicio material ocasionado;

² Idem. pp 173 y 174

³ Idem. pp 174 y 175

reconociendo, en consecuencia, a la multa y a las costas como las únicas penas pecuniarias.

En Francia se distinguió entre la reparación civil y los intereses civiles, de esta forma, "el ser condenado a la reparación civil como consecuencia de un crimen, llevaba siempre consigo la infamia del hecho; los intereses civiles, no llevan consigo la infamia, la confiscación, la multa y la limosna a título de pena, eran consideradas infamantes de derecho", posteriormente, "según ordenanzas de 1364, la confiscación general y la limosna a título de pena no fue admitida por esta legislación". (4)

Por otra parte la antigua Ley francesa sujeta a la responsabilidad civil al padre, al tutor, al curador, al marido, al heredero, al señor (por causa de servidor), a los arrendatarios (por lo que respecta a sus domésticos), a los curas (respecto a sus feligreses), a los propietarios (con respecto a sus animales) a los posaderos, a los fondistas, etcétera". (5)

En España, se puede observar reglamentada la responsabilidad civil proveniente del delito, así, hallamos en los ordenamientos de las Cortes, frecuentes disposiciones de los

⁴ Idem. p 382

⁵ Idem. pp 175 y 186

monarcas, impregnados de un marcado sentido de legalidad, que prohíben castigar, a los malhechores, hasta que no sean oídos y juzgados; predominando durante la mayor parte de la edad media, en el derecho penal de este país, el espíritu germánico, en sus principales instituciones: la venganza de sangre y la pérdida de la paz.

Por su parte, Cuello Calón analiza la historia del derecho español, desde la época primitiva hasta la actualidad, de cuya obra confrontamos las notas siguientes:

"En los fueros leoneses, castellanos y aragoneses, el culpable de un delito en la venganza de sangre, era condenado a pagar una cantidad en concepto de reparación de los daños causados por el delito y, desterrados de la localidad, la pena pecuniaria debía pagarla el culpable, pudiendo hacerlo en otras ocasiones los parientes; por regla general, el padre pagaba por los delitos cometidos por sus hijos bajo su potestad, desapareciendo esa responsabilidad en el siglo XIII". (6)

"En el caso de la comisión de un delito que originase la pérdida de la paz, no había reparación al daño, pero los bienes

⁶ González de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13 a Edición, editorial Porrúa S. A. México 1989, pp 118 y 141.

del culpable se destruyen o confiscan, y en este caso se adjudican al ciudadano".(7)

"Para los delitos de heridas o mutilaciones, exigen cierta cantidad al delincuente en proporción a la gravedad de la mutilación o herida. Admitiéndose el pago de penas pecuniarias para los delitos contra la honestidad, las violaciones, raptos y adulterios. La Corte de León determinaba la responsabilidad en que incurría la autoridad judicial, al denegar o dilatar maliciosamente la justicia, teniendo derecho el reclamante, a exigir de aquél, el pago del duplo de los gastos que hubiese causado con maliciosa dilatación".(8)

El fuero real de 1255, dispone que la pena es pública y se impone por el poder social. Sin embargo, en las leyes germánicas se encuentran tarifas del precio de la sangre, consignando el principio de la personalidad de la pena, esto es, que nadie sea penado por el hecho de otro. Las partidas representan la ruptura con el derecho germánico y la admisión del derecho romano y, en modo más restringido, el derecho canónico.

⁷ Idem, Pág. 149
⁸ Ibidem, Pág. 182

Como ya lo señala Cuello Calón, "las partidas establecen el deber de reparar el daño del delito, el de restituir lo robado: el ladrón debe devolver la cosa hurtada o la estimación de ella" (⁹), de igual forma regularon la responsabilidad civil de los hosteleros, taberneros, etc., en el caso de hurto. Si bien es cierto que estos preceptos están comprendidos en la partida V, en su título XIV y que aquélla se ocupa de los contratos y éste de las "pagas o quitamentos"; por lo que se da aquí, la obligación de reparar un carácter puramente civil, pero en la partida VII que comprende el derecho penal, se regula así mismo la restitución y el resarcimiento, lo que es prueba de que también se les considera íntimamente ligadas a este derecho.

4.- SIGLOS XVI A XIX.

En este periodo se continúan aplicando las penas inusitadas y trascendentales y; en lo que respecta a la reparación del daño, no está legalmente diferenciada de la sanción criminal. De gran importancia son las ideas que manifestaron los estudiosos de la materia, a partir de Beccaria, continuando con los máximos exponentes de las escuelas Clásicas y Positiva, hasta llegar a principios del siglo XX. En base a lo manifestado por ellos, será la aplicación de la pena en las diversas legislaciones.

⁹ Derecho Penal Argentino. T.I. parte general, 7ª Edición, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1998..

B) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MEXICO

1.- CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1857

Como antecedentes encontramos que Morelos, en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingan el 22 de octubre de 1814, determina que "Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados". En este sentido la ley sólo debe decretar las penas necesarias, en proporción a los delitos y útiles a la sociedad. Así mismo ninguna persona debe ser juzgada ni sentenciada, sino después de haber sido oída legalmente, para lo cual, todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable.

La Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812 e impuesta en México en ese tiempo, prohíbe el uso del tormento y de los apremios, así como la pena de confiscación de bienes. Dispone que "solo se hará embargo de bienes cuando se proceda por delitos que llevan consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporción a la cantidad que está pueda extenderse". Determina por último, "que ninguna pena que se imponga por cualquier delito

que sea, ha de ser trascendental por término alguno, a la familia del que sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció".(¹⁰)

Por otra parte el acta Constitucional de la Federación Mexicana de 1824, señalaba la obligación de la Nación a proteger con leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano. Y en la Constitución Federal de ese mismo año, se prohíbe la pena de confiscación de bienes, así como todo juicio por comisión y toda ley retroactiva que la hubiese merecido según las leyes.

La Constitución Centralista de 1836, en el título quinto reglamenta las bases constitucionales para la reparación del daño, al determinar que "ningún preso podrá sufrir embargo alguno en sus bienes, sino cuando la prisión fuere por delitos que traigan de suyo responsabilidad pecuniaria, entonces solo se verificará en los suficientes para cubrirla". Además prohíbe la pena de confiscación de bienes, y toda pena, así como el delito, es responsabilidad personal del delincuente, y nunca será trascendental a su familia.(¹¹)

¹⁰ Cfr. F. Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México, 1800-1976*, 9ª Edición, Edit. Porrúa S.A. México 1980, pp 34-35.

¹¹ *Idem.* Cit. pp.238-339

En las bases orgánicas de la Republica Mexicana, sancionada el 12 de junio de 1843, prohíbe en el artículo 179 la pena de confiscación de bienes, mas cuando la prisión fuere por delitos que traigan consigo responsabilidad pecuniaria, podrán embargarse los bienes suficientes para cubrirla.

La Constitución liberal de 1857, determinaba en tres artículos, el sistema de imposición de penas; al efecto preceptuaba que "La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial, la política o la administración, sólo podrán imponer, como corrección, hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modos que expresamente determina la ley"; el artículo que le sigue prohíbe las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera inusitada o trascendental.^(12)

2.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1917

Cabe hacer notar que hasta antes de esta Constitución, los jueces tenían la facultad no solo de imponer las penas

¹² CFR. A.A. de Medina y Ormaechea, Código Penal Mexicano, sus motivos concordancias, y leyes complementarias. T.I. (Imprenta de Gobierno, en palacio de México 1880) pp 213-257

previstas para los delitos, sino de investigar éstos. Así el juez de la instrucción también realizaba funciones de jefe de la policía judicial, pues intervenía directamente dentro de la investigación de los hechos delictuosos. Por lo que, en esa época se podían presentar las denuncias directamente ante el juez, quien estaba facultado para actuar de inmediato, sin que el Ministerio Público le hiciera petición alguna.

Por tal virtud el juez tenía un poder absoluto en la administración de justicia penal en México, por lo que en esta Constitución de 1917, se dispuso como facultad exclusiva de iniciar la acción penal, al Ministerio Público, siendo que solo a través de este órgano persecutorio de los delitos, podía el ofendido reclamar su derecho a la reparación del daño y, por otra parte concedió facultades exclusivas al Juez para imponer las penas. De esta manera tenemos que, el artículo 21 establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Tal proceso proviene casi sin modificación de la Constitución de 1857, que al respecto, dispone el artículo referente: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad Judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones a los reglamentos

gubernativos y de la policía; el cual únicamente consistirá en la multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no paga la multa que se le hubiere impuesto, se le permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días.

Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo de una semana". (13)

El segundo párrafo de este artículo trata de la confiscación de bienes, no considerando así, el hecho de que una autoridad judicial aplique parcial o totalmente los bienes de una persona al pago de la responsabilidad civil, para cubrir el daño que hubiera ocasionado al cometer el delito o para pagar impuestos y multas, tal como lo señala el siguiente precepto "No se considerará como confiscación de bienes de una persona, la 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 y multas", posteriormente, por decreto del 27 de diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día siguiente, en vigor un día después, se adicionó a este

¹³ Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales , 7ª Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1994, pp 554-557.

precepto lo siguiente "... ni el decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109".(¹⁴)

C) LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- LEGISLACIÓN ITALIANA.

Las sanciones civiles originadas por la comisión de un ilícito penal, se encuentran reglamentadas en el Título Séptimo, libro I del Código Penal del 19 de octubre de 1930, en vigor desde el 1 de julio de 1931.

La acción penal pertenece al Estado, ejercitándola fundamentalmente el Ministerio Público, pudiendo ser sustituido subsidiariamente en esa potestad, en excepcionales y específicos casos por el Pretore, la Administración y el Intendi di Finanza.

En cuanto a la reparación del daño, ésta tiene un carácter privatista y se instaura por el ofendido con independencia de la principal, y ante los tribunales civiles, aún cuando pueda exigirse en el mismo procedimiento penal.

¹⁴ Idem. Pag. 558.

Carnelutti opina, en cuando a la inclusión de la parte civil en el proceso penal, que en principio, el derecho procesal penal debe contemplar la separación de los dos procesos y, por tanto, la eliminación de la parte civil y del responsable civil del proceso penal. En virtud de que, entre otras causas, el demandado penal, al ser detenido preventivamente, se encuentra en una condición de inferioridad en el proceso civil, con lo cual se cae en peligro de influencia en el juicio penal, de los intereses civiles, que perjudican seriamente la marcha y el resultado de aquél.

Las obligaciones civiles para con las víctimas del delito, según la legislación italiana, son de dos clases: las restituciones y el resarcimiento del daño.

El daño civil causado por una infracción se debe resarcir al perjudicado, al tenor de lo dispuesto por el art.185 del Código Penal que establece, "toda infracción obliga a las restituciones, conforme a las normas de las leyes civiles", igual dispone: "Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otro un

daño injusto, obliga a quien cometió el hecho a resarcir el daño".⁽¹⁵⁾

En cuanto al resarcimiento del daño, dispone la segunda parte del artículo 185 del Código Penal italiano, que "toda infracción que haya ocasionado una daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento al culpable o a las personas, que según las leyes civiles deben responder por el hecho de aquel". Señalando el artículo 2059 Código Civil una limitante al daño moral, al disponer que: "el daño patrimonial solo debe resarcirse en los casos determinados por las leyes".⁽¹⁶⁾

La Ley admite dos maneras de resarcir el daño patrimonial:

a) Mediante una indemnización pecuniaria que, sin embargo, no se orienta a la reintegración del patrimonio, como en el caso de la restitución, sino que pretende proporcionar al perjudicado una satisfacción que le compense el perjuicio sufrido.

b) Mediante la publicación de la sentencia condenatoria, así lo expresa el artículo 186 del Código Penal

¹⁵ Cfr. L' avortment, Derecho Procesal Civil y Penal T. II, Derecho Procesal Penal, traducción Santiago Sentís Melendo (Edic. Jurídicas Europa- América, Buenos Aires 1978) pp 51.

¹⁶ Idem. Pág. 57

italiano, "todo delito obliga al culpable a la publicación de la sentencia que condena a costa suya, siempre que la publicación constituya un medio para reparar el daño no patrimonial causado por el delito".

Por otra parte, establece la solidaridad obligatoria de los condenados por un mismo delito, al resarcimiento del daño patrimonial y no patrimonial, siendo además indivisible, la obligación a las restituciones y a la publicación de la sentencia de condena, así lo establece expresamente el artículo 187 del Código Penal.

El Código prevé, así mismo, supuestos en que la obligación civil correspondiente a una persona física por multa infringida a persona dependiente, estableciendo la obligación de las personas jurídicas a pagar la multa por vía civil correspondientes a dicha persona, única pena pecuniaria que se les puede imponer. Ambos supuestos no los tratamos por referirse a la multa y no a la reparación del daño.

Esta legislación prevé, con referencia a la reparación del daño, una circunstancia atenuante, señalada en el artículo 62 del Código Penal, al establecer que atenúa la infracción cuando no son elementos constitutivos o circunstancias especiales, lo

siguiente: "haber reparado antes del juicio todo el daño, mediante restitución; o haber procurado espontánea y eficazmente antes del juicio, y fuera del caso previsto en el último apartado del artículo 56, evitar o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas de la infracción".(17)

Señala el artículo 189 del Código Penal, la hipoteca legal del estado sobre los bienes del reo, para garantizar el pago:

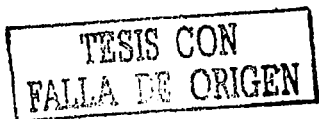
1.- De los gastos realizados por una institución pública sanitaria, a título de cura y de alimentos para la persona ofendida durante la enfermedad;

2.- De las sumas debidas a título de resarcimiento del daño y de costas procesales al perjudicado;

3.- De los gastos anticipados por el defensor del codemandado y de las sumas que se le deban a título de honorarios profesionales;

4.- De las Costas Procesales;

¹⁷ Cfr. G. Bettioli, Derecho Penal, Parte General, 8ª Edición, Edit. Temis, Bogotá 1978, pp. 747-756



5.- De los gastos relativos a la manutención del codemandado en los establecimientos carcelarios;

6.- De las penas pecuniarias y de cualquier otra suma debida al erario del Estado.

Los créditos señalados en el artículo 189 son privilegiados, respecto de cualquier otro crédito no privilegiado de fecha anterior. Los diversos créditos se realizan, en el orden expuesto, con el precio de los inmuebles hipotecados, de los muebles secuestrados y de las sumas depositadas a título de caución, que no hayan pasado a ser propiedad de la caja de multas.

2.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

El sistema penal español, permite al ofendido la acción principal y la reparadora, conjuntamente con una institución persecutoria del Estado (Ministerio Fiscal), caracterizándose en que, en los delitos perseguibles de oficio, existe una acción popular del acusador particular que actúa conjuntamente con el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la acción punitiva y reparadora, existiendo además el actor civil que se erige en el proceso penal

como parte contingente que ejercita únicamente la pretensión del resarcimiento del daño.

Dispone el artículo 19 del Código Penal, que "toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente", por lo que el artículo 1092 señala, "Las obligaciones civiles que nazcan de delitos o faltas, se regirán por las disposiciones del Código Penal".(¹⁸)

Con las exposiciones anteriores, tenemos una panorámica suficientemente sustentada, como marco de referencia en materia doctrinaria y legal, para abordar en su momento el tema a tratar.

¹⁸ Cfr. E. Hernández Enríquez., La Responsabilidad Civil en el Proceso Penal, , revista de Derecho Procesal Iberoamericano, año 1980, Num. 3-4, Madrid, España. Pp531 y 533

CAPITULO SEGUNDO.

LAS PARTES EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Antes de abordar este tema, considero conveniente aclarar, que por su importancia se tratarán sobre algunas consideraciones doctrinarias entre LAS PARTES en la reparación del daño, así como se citarán aspectos sobre normatividad de la ley penal relacionada, pero en este último caso nos referimos al Código Penal en materia común para el Distrito Federal, dado que este código ha sido tomado como modelo de legislaciones penales de otros Estados de la República, que recogen en consecuencia en muchas ocasiones, no solo el espíritu de la ley, sino literalmente la redacción misma, por lo que como antecedente de la legislación sobre esta materia en México, citaremos como fuente de concepción y criterios sobre la reparación del daño y otros conceptos al Código Penal Federal y la jurisprudencia que de ella emana, y en su oportunidad, en capítulo aparte nos referiremos a la legislación penal, concretamente del Estado de México que es el motivo de nuestra atención.

A.- EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO.

a) NATURALEZA JURÍDICA.

Sujeto activo del delito, es aquella persona que lo comete e interviene en su ejecución, bajo cualquiera de las formas señaladas en las diversas fracciones del artículo 13 del Código Penal Federal y sus correlativos en las legislaciones de los Estados de la Federación Mexicana

Solamente el ser humano puede ser sujeto activo del delito, ya que únicamente él, en su calidad de persona física, puede actuar con capacidad y voluntad, infringiendo con su acción u omisión, el ordenamiento jurídico penal.

CAPACIDAD PARA EL DELITO

En Derecho Penal, la capacidad para el delito significa que una persona posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas y físicas exigidas por la Ley, con la salvedad de las circunstancias especiales excluyentes de responsabilidad que considere expresamente la misma ley.

Siguiendo una regla de exclusión, tendrán capacidad para cometer el delito todas aquellas personas que no son

incapaces, en virtud de que estos no tienen las condiciones de entender o de querer la acción delictuosa. En ese sentido, al desarrollar el presente capítulo, lo haremos estudiando a los incapaces, llamados también inimputables.

En nuestro derecho son inimputables los menores de edad, y los enfermos mentales, porque como bien lo señala Francesco Carnelutti "La justicia no permite que al delito de un adulto o de un niño, de un hombre sano de mente o de un enfermo, corresponda la misma pena. Si correspondiese, tal pena sería injusta; y la pena injusta es una pena dañosa", por tanto — continúa afirmando—, "la impunidad del menor o del enfermo es una concesión que la necesidad de la ejemplaridad de la pena hace a la necesidad de la justicia" (19).

Los casos de inimputabilidad a que nos referimos, son los siguientes:

1.- Minoría de Edad.- La legislación penal ha eliminado a los menores infractores del ámbito de validez personal de la ley. Así lo establece la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores del Distrito Federal, en materia común y para toda la República en

¹⁹ CONDE VICTOR, teoría general del delito, traducción, séptima edición, editorial revista de derecho privado. Madrid 1978, p72

materia federal, al establecer en su artículo 1º: "La presente Ley, tiene por objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentre tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal y tendrán aplicación en el Distrito Federal en materia común, y en toda la República en materia federal."

Se establece el límite de la minoría de edad por debajo de los 18 años de edad en el Distrito Federal, Estado de México, entre otras entidades federativas; fijándose el momento de la comisión del delito, su importancia es que debe atender a la edad del agente, para decidir si a un hecho delictivo se le aplican las penas ordinarias o las medidas de seguridad respectiva. Si se desatiende tal circunstancia, se impondría al agente un pena decretada por una ley que no exactamente le es aplicable al delito de que se trata, violándose el tercer párrafo del artículo 14 constitucional.

La reparación del daño en estos casos corre a cargo de los ascendientes del menor, siempre que éste se encuentre bajo su patria potestad y, mediante el incidente de reparación exigible a terceros.

2.- Trastorno Mental Transitorio y Permanente.-
Inimputabilidades reglamentadas en la fracción VII del artículo 15

del Código Penal, en la cual se excluye, lisa y llanamente, de responsabilidad penal a quien cometió la infracción penal, padeciendo un trastorno mental y desarrollo intelectual retardado que le impide comprender el carácter ilícito del hecho o, conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

CLASES DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

Cuando la comisión de un delito no es obra de una sola persona, sino que dos o más suman sus esfuerzos cooperando en él, se da el caso de la participación delictuosa, en la cual todos los que intervinieron son responsables del delito cometido.

Al desarrollar este tema, centraremos nuestro estudio en el artículo 13 del Código Penal, al determinar que son responsables de los delitos:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- los que lo realicen por sí;
- III.- los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

VI.- los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y

VIII.- los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo".

De la interpretación del anterior artículo, distinguimos las siguientes clases de participación: autor material, autor intelectual, coautor, coparticipe y cómplice. Denominándose todos ellos, genéricamente, con el nombre de personas responsables del delito.

1.- AUTOR DEL DELITO

Una definición completa nos la brinda Carrancá y Trujillo al conceptuarlo como "la persona que sola o conjuntamente con otra u otras lo ejecuta todo entero y de propia mano (el delito) o bien, que determina a otro, imputable y culpable o no, para que aquella lo ejecute" (20).

De ese concepto podemos dividir al autor del delito en: material e intelectual, con las derivaciones que ambos pueden tener. Distinción que en nuestra legislación no sirve de mucho, pues el Código Penal trata en el artículo 13, genéricamente, al autor y los demás participantes como "responsables", omitiendo la distinción entre unos y otros. Advertencia que debemos señalar desde este momento para las demás figuras a estudio.

2.- COAUTOR

Se habla de coautores cuando son varios los partícipes, es decir, cuando dos o mas conciben, preparan, ejecutan o compelen a otro a cometer un delito.

Simplificando, se dice que hay coautoría cuando existe pluralidad de autores o, como lo señala Rafael de Pina "El coautor es aquella persona que, en unión de otra u otras, comete una infracción penal" (²¹).

²¹ RO. DE PINA Y R DE PINA VARA, diccionario de derecho, 7ª edición, editorial Porrúa S.A, México 1990, p 132.

3.- CÓMPLICE

Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA, en su tomo III, página, 500, nos dice que cómplice es sinónimo de complicidad, la cual para esta enciclopedia es: "Es la coordinación de dos o más sujetos en una finalidad criminal, unitaria y común, en la que cada uno aporta como propia una condición causal al concurso". De igual forma para el jurista Francisco Pavón Vasconcelos (en su libro Manual de Derecho Penal Mexicano, página 450), complicidad significa o se hace consistir: "En el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo. De ello se infiere que la complicidad exige en el aspecto objetivo un doble elemento: a).- Un auxilio al delito, y b).- La ejecución del delito por otro."

El carácter de cómplice se concretiza por el Ministerio Público en la consignación, siempre que se hubiere comprobado el delito cometido por otra persona (autor). En ese sentido se manifiesta la Suprema Corte Federal, en la ejecutoria siguiente:

"Si existe la posibilidad a que se refiere el artículo 13 del Código Penal, en el sentido de que son responsables de los delitos, los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, esto supone que se hubiera comprobado el

delito por otra persona y hubiera sido justificada esta situación en sentencia definitiva" (Sexta Época). Vol. XXV. Pág. 82. A.D. 4910/57.- Alberto Rosas Arias.(²²)

4.- PUNIBILIDAD EN LA PARTICIPACIÓN

En cuanto a la punibilidad y, como bien lo indica Pavón Vasconcelos: "Dentro de nuestro sistema, queda al arbitrio del juzgador aplicar la pena estimada justa y acorde a la personalidad del delincuente, siguiendo como índice valorativo las circunstancias descritas por los artículos 51, 52 y 55 del Código Penal Federal" (²³)

En consecuencia, le corresponde al Juez resolver, en la sentencia, la intervención que tuvieron los partícipes en la comisión del delito, determinando la autoría o participación de un procesado, señalando la pena adecuada a la temibilidad de cada responsable y a su grado de participación; en el mismo sentido opina Carrancá y Rivas, cuando afirma: "La participación delictiva como cualquier otro fenómeno del Derecho Penal sirve de canon

²² Código Penal Anotado, ob.cit p54

²³ Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, 3ª edición, editorial Porrúa S.A., México 1974 p447

a la pena, y es ésta la que clasifica y mide la proporción del partícipe" (24).

Por lo que respecta a la reparación, será fijada por los jueces, "según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso". (artículo 31 del Código Penal Federal, reformado por el decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984), y tendrán obligación de cubrirla las personas responsables de los delitos o sus subsidiarios. (25)

La punibilidad, cuando solo hay un sujeto activo en el delito, es el único condenado a las sanciones señaladas en la ley. Por lo que atañe a la coparticipación, tanto el ejercicio de la acción como el derecho de castigar, alcanza a todos los que han cometido el delito, sin distingo de personas.

Por lo que respecta a la reparación del daño, al tenor de la parte segunda del artículo 36 de Código Penal, "la deuda se considerará como mancomunada y solidaria", en ese sentido, existe la mancomunidad cuando hay pluralidad de deudores sobre

²⁴ VID. R. Carrancá Y TRUJILLO Y R. CARRANCA Y RIVAS, la participación delictuosa, doctrina y ley penal, 5ª edición, editorial Stylo, México 1978, p447

²⁵ Idem p141

una misma obligación, y la deuda se considerará dividida en tantas partes como deudores haya y cada parte constituye una deuda distinta (artículos 1984 y 1985 del Código Civil, y la solidaridad significa que los deudores reportan la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida (artículo 1987 del Código Civil).

Citamos las siguientes ejecutorias que dan una idea de la mancomunidad y solidaridad en la reparación del daño:

"La responsable, al condenar al quejoso al pago de la reparación del daño, en forma solidaria y mancomunada con sus coacusados, no viola garantía alguna en perjuicio de aquél, dado que de la reparación, deben responder todos los que participan en la comisión del hecho delictuoso y, de seguirse el criterio de condenar exclusivamente por la cantidad de que cada uno de los partícipes se beneficia con el delito, ello traería como consecuencia, en los casos en que no puede precisarse el beneficio individual, la insatisfacción de la reparación del daño" (Sexta Época, Vol. XXVII, pág. 84. A.D. 5859/58.- Carlos Rodríguez Ocaranza)."²⁶).

²⁶ Ibidem 143

El hecho de que el acusado no haya disfrutado del dinero robado, no exime de pagar el daño causado por el delito en que fue coautor (Sexta Epoca. Vol. LXI. Pág. 38. A.D. 2213/62. Juan Pedro Silva.

Es importante indicar la situación que sucede cuando uno o varios de los partícipes en el delito, al que se le sigue proceso con otro u otros, se sustraiga a la acción de la justicia y se llegue hasta sentencia con relación a los otros; caso que es resuelto por Carrancá y Trujillo, al indicar que, "con fundamento en los artículos 1984 a 2026 del Código Civil, principalmente el 1999, deben declararse obligados por la totalidad del daño causado a los que se sentencie, dejando expeditos sus derechos para exigir de su codeudor, el o los prófugos, la parte proporcional del importe de la reparación a que aquellos fueron condenados mancomunadamente, así como a sus accesorios legales, lo que procederá siempre que dicho codeudor sea también condenado en su oportunidad a la reparación que le corresponda y que se pruebe que los primeros satisficieron la reparación a que se les declaró obligados en la sentencia respectiva."

B. SUJETO PASIVO DEL DELITO. NATURALEZA JURIDICA.

El sujeto pasivo del delito surge en contraposición al sujeto activo del mismo; de esa forma, se considera sujeto pasivo, al titular del derecho o bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva.

En consecuencia de lo anterior, Pavón Vasconcelos, conceptúa al sujeto pasivo como "al titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito" (²⁷). Carrancá y Trujillo, fundándose en opiniones de diversos autores, lo define como sinónimo de ofendido, paciente o inmediato (excluyendo el de la víctima), entendiéndolo por tal, "la persona que sufre directamente la acción, sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito (Carrara); el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito (Cuello Calón, Garraud) (²⁸).

Pueden ser sujetos pasivos los siguientes: la persona física, sin limitaciones; la persona moral o jurídica; el Estado y la sociedad en general.

²⁷ Ob. Cit. 146

²⁸ Derecho penal Mexicano, Ob. Cit. p255

b).-CLASES

Es conveniente precisar, para efectos de la reparación del daño, las clases de sujetos pasivos; en ese sentido Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas distinguen entre "a) el pasivo del delito, que es quien resiente en sí mismo, directamente, la acción lesiva, y b) el pasivo del daño, que lo es todo aquel a quien alcanza éste. Ambos son, parte ofendida latu sensu, solo el pasivo del delito lo es estricto sensu" (29)

No puede identificarse a uno con el otro, pues aunque es cierto que en la mayoría de los casos el pasivo del delito (víctima), y el pasivo del daño (ofendido), se reúnen en una sola persona; por ejemplo en los delitos de lesiones, fraude, etc. No sucede así en otros, sirviendo de ejemplo el homicidio, delito en el cual la víctima se identifica con el sujeto privado de la vida, y sus familiares, o aquellas personas que se encontraban en dependencia económica con él, representan a la parte ofendida por el delito.

²⁹ Código Penal Anotado, Ob. Cit. p 56

1.- VICTIMA DEL DELITO

Es definida en la enciclopedia Jurídica Omeba como "el que sufre por la acción de otro" (³⁰) Rogelio Vázquez Sánchez, citando a Luis Jiménez de Asúa, señala la definición de este autor como la más aceptable para el concepto de víctima; "La persona que sucumbe, a la que sufre las consecuencias de un acto, de un hecho o de un mismo accidente" (³¹).

2.- OFENDIDO POR EL DELITO

Rogelio Vázquez Sánchez, define al ofendido del delito como "toda persona a la que resulta un perjuicio económico o moral con motivo de la comisión de un delito, lo que fundamenta su derecho al pago de la reparación del daño". (³²)

Es aceptado que para designar al titular de la reparación del daño, se atienda a un criterio de dependencia económica, que por lo general coincide con el parentesco, bajo esa circunstancia, tienen derecho a que se les repare el daño, las

³⁰ Victimología, TXXVI, editorial Bibliografica argentina, S.R.L, 5ª edición, Buenos Aires 1987, p689

³¹ El Ofendido en el Delito de la Reparación del daño, 7ª edición, editorial Porrúa S.A., México 1994, p 10

³² Ibidem p8

personas que económicamente dependían del occiso, o su familia, cuando su patrimonio moral o material fue afectado, pues al respecto se señala por ejemplo en el artículo 30 bis del Código Penal para el Distrito Federal que incluyen dentro de los ofendidos al cónyuge supérstite, o el concubino o concubina, y los hijos menores de edad, a falta de estos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento”

El concepto anterior doctrinal de ofendido, es recogido por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 30 que nos dice: La reparación del daño comprende:

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

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Consideramos que es conveniente determinar expresamente, las personas que tienen derecho a la reparación del daño y la prelación existente entre unas y otras, para de esa manera evitarse muchos problemas en la tramitación de los juicios. Para ese efecto, son adecuadas las redacciones, o el sentido de los artículos 26, 33 y 50 de los Proyectos de Código

Penal de 1949, 1958 y 1963, para toda la República, respectivamente.

C) LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO:

1.- CONSTITUCIONAL

El estudio del sujeto activo, en cualquiera de sus formas de participación, y del sujeto pasivo, en su doble carácter de víctima y ofendido por el delito, lo circunscribiremos a las normas constitucionales que contienen los principios rectores del procedimiento penal mexicano, ya que, como acertadamente lo indica Sergio García Ramírez: "Todo orden jurídico se encuentra, ciertamente, relacionado con el constitucional, en el vínculo de lo fundante y lo fundado" (³³).

La afirmación anterior encuentra su base en la misma Carta Magna, al disponer en su artículo 133 la supremacía de las formas constitucionales para toda la Unión, en virtud de lo cual, los jueces de toda la República se arreglarán conforme a ella, a las leyes federales que emanen de ella y todos los tratados que

³³ Curso de Derecho Penal Procesal, 3ª edición, editorial Porrúa S.A., México 1987, p57

estén de acuerdo con la misma, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

La importancia de estudiar las garantías constitucionales en materia penal, es inobjetable, como bien lo indican Olga Islas y Eduardo Ramírez: "La Constitución de 1917 institucionaliza la materia penal en sus tres aspectos: sustantivo, adjetivo y ejecutivo, pues contiene los derechos que garantizan no solo la libertad y dignidad del ser humano, sino también la protección de los intereses de la persona defendida y la seguridad social" (³⁴)

A). SUJETO ACTIVO

Al estudiar al sujeto activo del delito, nos referiremos principal y limitativamente a las garantías de que goza dicha persona en su carácter de procesado dentro del procedimiento penal.

³⁴ O. ISLAS Y R. RAMÍREZ, El Sistema Procesal Penal en la Constitución, 3ª edición, editorial Porrúa S.A, México 1994, p 19

Estas garantías son a su vez reglamentadas por los diversos ordenamientos penales y procesales; porque bien sabemos que la Constitución protege y otorga garantías no sólo a quienes ajustan su conducta a las leyes, sino también a los infractores de ellas.

En materia de reparación del daño, encontramos lo siguiente:

En el artículo 20 Constitucional, aunque en lo general se habla de las garantías del acusado o sujeto activo del delito, en la fracción X del párrafo quinto, se hace referencia a los derechos del ofendido, cuando se precisa a la letra: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica cuando lo requiera y, los demás casos que señalan las leyes.

Por otra parte, el artículo 22 Constitucional señala que el Juez podrá ordenar la adjudicación total o parcial de los bienes del responsable del delito, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, y el decomiso de los bienes en caso de

enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109. Debido a que la reparación del daño tiene íntima relación con el patrimonio y, en consecuencia, con los bienes, parte integrante de aquél, es necesario estudiar las garantías que se derivan del artículo 14 constitucional, y que son aplicables a toda persona sujeta a procedimiento penal.

3.- SUJETO PASIVO

El ofendido, en su carácter de sujeto pasivo del delito, goza dentro del procedimiento penal, de los derechos constitucionales necesarios para garantizarle la reparación del daño causado, como ya se asentó en párrafos anteriores.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, el ofendido no puede ser privado del derecho a la reparación del daño si no se cumplen previamente los requisitos señalados en dicho precepto, es decir, que se siga un juicio ante los tribunales previamente establecidos, que el procedimiento se lleve a cabo de acuerdo a las formalidades esenciales y, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El ofendido tendrá el derecho de que se embarguen precautoriamente, algunos de los bienes propiedad del inculpado,

para garantizar el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, para lo cual podrá solicitar, como medida preventiva, el aseguramiento de aquellos, artículo 22 constitucional, en relación con el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Por lo que se refiere al criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar improcedente el pago promovido por el ofendido, en el que se reclama una sentencia absolutoria, Rogelio Vázquez Sánchez está en contra del mismo, toda vez que afirma este autor: "La mayor afectación de una sentencia absolutoria para el ofendido, consiste justamente en que nada diga, respecto a la reparación del daño" (³⁵).

4.- EL SUJETO ACTIVO Y SUS GARANTIAS EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, le concede a la parte activa del delito, las garantías que se derivan a contrario sensu. Así tenemos que, sólo se le puede condenar a reparar el daño, cuando se compruebe que existió éste, su monto

³⁵ Ob. Cit. p81

y cuantificación, siendo la sentencia definitiva la única forma en que se manifestará esa responsabilidad, siempre y cuando se condene al sujeto activo por la comisión del delito imputado. Pero si por alguna circunstancia no hubiere sentencia condenatoria, no habrá manera alguna para que el ofendido ejerza incidentalmente la reparación del daño cuando se trate de exigir a terceros, en la vía penal.

REPARACIÓN DEL DAÑO, PROCEDENCIA DE LA.-

"Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido" (Tesis 270. Apéndice de 1975. Primera Sala. Pág. 589).

"Para declarar penalmente responsable al acusado es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido" (Jurisprudencia. Sexta Epoca. Segunda Parte Núm. 259).

El Ministerio Público no puede reservarse el derecho de exigir posteriormente la reparación del daño, y si no alude a ella en sus conclusiones, precluye ese derecho a favor del quejoso, y ya no se puede hacer valer en ninguna otra ocasión" (Informe 1966. Primera Sala A.D. 6883/65.- Tomas Constancio Salmerón).

Si al precisar la acusación el Ministerio Público manifestó no ejercer la acción de reparación del daño, la sentencia no puede condenar al resarcimiento, porque tal caso rebasa los límites de la acusación" (Informe 1970. Colegiado del Octavo Circuito. A.D. 101/70.- José Martínez.

Si se absuelve del delito, debe absolverse también en cuanto a la reparación del daño" (Informe 1974. Colegiado del Sexto Circuito. A.D.- Facundo Bautista García y Coacusados.).

D) LA PERSONA MORAL. NATURALEZA JURÍDICA

Es conveniente saber qué debe entenderse jurídicamente por persona. De Pina y De Pina Vara, la definen como "Ser físico (hombre o mujer) o ente moral (pluralidad de personas legalmente articuladas), capaz de derechos y obligaciones" (³⁶).

Las personas se dividen en físicas y morales, son físicas los seres humanos en su actividad de hombres o mujeres. Son personas morales: I.- La Nación, los Estados y los

³⁶ Ob. Cit. p 295

Municipios; II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocido por la ley; III.- Las sociedades civiles o mercantiles; IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 constitucional ; V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas y, VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley" (artículo 25 del Código Civil).

Para efectos de este tema, nos referiremos, únicamente a las sociedades civiles o mercantiles como sujetos activos del delito, pero por lo que respecta al sujeto pasivo, puede ser cualquiera de las nombradas en el artículo anterior.

1.- LA PERSONA MORAL COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

El artículo 11 del Código Penal determina, "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el

amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia, la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública".(37)

El artículo mencionado, excluye de la responsabilidad a las instituciones del Estado, por la razón de que sus miembros o representantes están sujetos a lo que establece la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Para que podamos hablar de una responsabilidad de la persona moral, debe existir, como requisito previo, la responsabilidad individual de sus miembros.

El Código Penal para el Distrito Federal, determina como posibles sujetos activos de los delitos a las personas morales, tan así que señala exclusivamente los delitos contra el comercio y la industria (artículos 253 y 254), que son sancionados con la suspensión o disolución de la empresa, conforme al precepto 11 del mismo ordenamiento penal.

³⁷ Código Penal anotado. Ob. Cit. p 28

Por su parte, Matos Escobedo, opina lo siguiente: "Nada impide que las diligencias se entiendan con los legítimos representantes de la Asociación o Sociedad, cuyo procedimiento es indispensable para imponerle una sanción, la cual no podrá ser aplicada más que mediante y a través de un procedimiento, en el que el afectado tiene que ser oído, y no por virtud de un proceso seguido solamente a los socios delincuentes, ya que en ese carácter se dará el caso de trascender la pena impuesta"

La responsabilidad en el delito cometido por la persona moral, en dicho del autor anteriormente citado, ofrece tres aspectos:

a) Responsabilidad individual.- La que recae sobre los socios que acuerdan o ejecutan los actos ilícitos, o terceras personas que no forman parte de la asociación, pero intervienen en el proceso de ejecución de los actos ilícitos. A cada infractor se le impondrán las sanciones que amerite su grado de participación, siendo la reparación del daño mancomunada y solidaria.

b) Responsabilidad mediata y subsidiaria.- Se da cuando existen socios que no participan en el acuerdo y ejecución, por no haber votado el acuerdo delictuoso, pero guardando silencio aprovechan los resultados lucrativos de la

conducta delictuosa. La sanción en estos casos, y al decir del autor en cita, no debe ser más que de orden patrimonial.

c) **Responsabilidad colectiva.**- Es el caso planteado en el artículo 11 del Código Penal, imponiéndose como sanción, la suspensión o disolución de la sociedad, que en su caso alcanzará a todos los asociados en sus intereses económicos. ⁽³⁸⁾

El Código Penal para el Distrito Federal y el del Estado de México no admiten la responsabilidad de las personas morales, sino únicamente consideran como sujetos activos del delito a las personas individuales que integre el órgano administrativo de aquellas, tales como gerentes, directivos, mandatarios con facultades de dominio o de administración, etc.

2.- LA INTERVENCION DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

En nuestro procedimiento penal, únicamente el Ministerio Público, el inculcado y su defensor, son partes en el mismo, los que se someten a la competencia de un órgano decisorio, para que se resuelva el caso concreto, declarando y aplicando el derecho.

³⁸ CFR. La Responsabilidad Penal de las Personas Morales, Ob. Cit. pp 90 y 91

Las partes procesales, están bien diferenciadas en el procedimiento penal, la acusación e investigación, corresponde al Ministerio Público, la defensa del inculpado al defensor y, la decisión al órgano jurisdiccional, esto es al juzgador, que lo consideramos como tal para fines de este trabajo, y respecto al ofendido, éste tiene solo el carácter de coadyuvante del Ministerio Público en los términos de la fracción X del artículo 20 Constitucional.

3.- COMPETENCIA Y JURISDICCION EN MATERIA PENAL

El Ministerio Público:

El Ministerio Público es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, en cuestiones Federales y en el Distrito Federal, el mando lo ejerce el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, y en los Estados, son los Gobernadores.

Conforme al artículo 21 constitucional, "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía ministerial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél".

Para Rogelio Vázquez Sánchez, "Los intereses que representa son más altos que el mero interés particular del ofendido, o del imputado, porque representa a la ley y representa a la sociedad. Entonces es por ello, que el Ministerio Público ha de realizar en el proceso, funciones de parte, no de representación del ofendido en el delito, sino en tutela de una sociedad en la que cada uno de sus miembros, pudiera ser una eventualidad ultrajada en sus derechos preservados por la ley penal"

Conforme lo estiman Olga Islas y Elpidio Ramírez, el Ministerio Público deberá:

- a) Recibir la denuncia o querrela
- b) Buscar las pruebas que acrediten el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, para su ofrecimiento y desahogo ante el órgano jurisdiccional
- c) Ejercitar la acción penal
- d) Solicitar al juez las órdenes de aprehensión (excepto en los casos de flagrancia), cumplimentarlas y poner a los detenidos a disposición de la autoridad
- e) Solicitar al Juez las órdenes de comparecencia y de cateo, cuando así se amerite

- f) Interponer recursos y desistirse de ellos cuando proceda
- g) Pedir al órgano jurisdiccional la aplicación de las penas y medidas de seguridad
- h) Intervenir en todos los actos del procedimiento, en su carácter de parte."
- i) Pedir la reparación del daño, en los términos previstos en la Ley.

Es entonces, que el Ministerio Público desempeña un doble papel en el procedimiento penal, como autoridad durante la investigación y preparación del ejercicio de la acción penal y, como parte una vez que ejercita ésta y durante el proceso.

4.- JURISPRUDENCIAS RELATIVAS

MINISTERIO PUBLICO. "Cuando ejercita la acción penal en el proceso tiene el carácter de parte y no de autoridad, y por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, en virtud de que el propósito del juicio de amparo es el de tutelar las garantías individuales de los individuos, y por lo tanto al no ser el Ministerio Público individuo este carece de derecho de ejercitar el juicio de amparo. No así el

derecho que tienen los ofendidos de ejercitar el juicio de amparo contra resoluciones del propio Ministerio Público cuando se niega éste a ejercer la acción penal. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma y, en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado en el artículo 21 constitucional" (Tesis 198. Apéndice 1975. Primera Sala, pág. 408).

"Durante la investigación, el Ministerio Público tiene doble carácter, el de parte ante el juez de la partida y el de autoridad en relación con la víctima del delito. Por virtud del primer momento, es el encargado de aportar pruebas con el objeto de que la investigación se perfeccione, y solicitar la práctica de las diligencias tendientes a dejar comprobados los requisitos del artículo 16 constitucional; en cuanto al segundo carácter que está en relación con la víctima del delito, es el de autoridad, en la medida en que tiene una potestad legítima, que ha recibido de la constitución y que no es otra que la de ejercitar la acción penal" (Quinta Epoca. T.CI. pág. 2027. A.D. 9489/46).

"El Ministerio Público actúa como autoridad durante la averiguación previa, y contra sus actos procede el amparo. A partir del ejercicio de la acción penal sus actos son de parte procesal y no dan lugar al amparo" (Sexta Epoca. Segunda Parte. Vol. II, pág. 97. A.D. 1988/56.- José Márquez Muñoz).

5.- ACCION PENAL

Como vimos anteriormente, el Ministerio Público es el titular de la facultad de perseguir los delitos, atribución que también se entiende como "Monopolio de ejercicio de la acción penal", lo cual a decir de Héctor Fix Zamudio: "Que son los agentes de la institución los únicos legitimados para iniciar la acusación a través del acto procesal calificado como consignación, que inicia el proceso; que el ofendido y sus causahabientes no son partes y sólo se les otorga una limitada intervención en los actos relacionados con la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente del delito, tomando en cuenta además, que la citada reparación es un aspecto de la pena pública" (³⁹).

³⁹ ibidem, Fix Zamudio Héctor p56.

M. Rivera Silva concibe el ejercicio de la acción penal como: "Un conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estima delictuoso" (⁴⁰).

El momento procesal al que corresponde dicho ejercicio es cuando se consigna ante la autoridad judicial, para lo cual se requiere la satisfacción previa de los requisitos marcados por el artículo 16 constitucional.

6.- EXTINCION DE LA ACCION PENAL

El Código Penal señala como formas para extinguir la acción:

a) Cumplimiento de la pena, esto es, cuando se cumple la sanción impuesta en la sentencia.

Es interesante plantear la situación del sentenciado que ha cumplido su pena privativa de libertad, pero no ha terminado de cubrir la reparación del daño, ¿de qué derechos goza el ofendido para exigirla?, ¿ante qué autoridad, y por cuál vía?. Al

⁴⁰ El Procedimiento Penal en México, 7ª Edición, editores Mexicanos Unidos S.A., México 1992, p. 62

respecto el artículo 38 del Código Penal determina: "El reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte", sin embargo, es omiso en señalar los medios de que goza el ofendido para reclamar ese faltante. Consideramos que la vía adecuada debe ser la civil y ante los tribunales del mismo orden, para ello, el ofendido debe tomar en cuenta dos circunstancias: una, que la sentencia penal condenatoria, ha causado estado y, otra que la acción para exigir la reparación de los daños causados, ante la vía civil, prescribe en dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño (artículo 1934 del Código Civil), término que se debe computar a partir de que la sentencia ha causado ejecutoria.

Por tanto a la forma en que reglamenta el Código Penal la situación planteada en el párrafo anterior, consideramos más acertado el criterio seguido por el Código Penal de 1871, al señalar que si no se hubiere cubierto completamente la reparación, y el reo hubiere cumplido su condena, se le obligará a dar, hasta el pago total, las mensualidades que a juicio del Juez, pueda satisfacer después de cubiertos sus alimentos necesarios y los de su familia (artículo 358). Idéntica disposición encontramos en el artículo 347 del Código Penal de 1929.

b) Muerte del delincuente, extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, exceptuándose la reparación del daño y el decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él (artículo 91 del Código Penal).

La muerte debe comprobarse plena y legalmente, toda vez que la ausencia o la desaparición del sujeto, no constituyen suficientes pruebas.

c) Amnistía, extingue la acción penal y sus consecuencias, excepto la reparación del daño, cuando la ley que concede la amnistía lo prevenga así, pues de lo contrario también se considerará extinguida (artículo 92 del Código Penal). En este caso, se antoja preguntar ¿quién cubrirá la reparación del daño?. La legislación penal vigente no contempla esa situación, los Códigos Penales de 1871 y 1929, dejaban a cargo del Estado las erogaciones correspondientes.

d) Indulto, extingue la acción penal y se concede sólo como sanción impuesta en sentencia irrevocable (artículo 94 del Código Penal), pero en ningún caso se extinguirá la obligación de reparar el daño causado (artículo 98), excepto cuando

aparezca que el condenado es inocente (artículo 96 del mencionado Código Penal).

e) Perdón del ofendido, extingue la acción penal y la reparación del daño, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el delito sea perseguible por querrela; que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia; que el reo no se oponga a su otorgamiento; que se otorgue por el ofendido o por la persona que esté reconocida como su legítimo representante, o por el tutor especial que designe el Juez que conoce del delito (artículo 93 del Código Penal).

Cuando son varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

Arilla Bas expresa: "Como el perdón es una causa extintiva de la acción penal, solamente podrá operar como tal después de que la acción se ha ejercitado por el Ministerio Público y, en consecuencia, solamente podrá ser otorgado ante el juez" (⁴¹).

⁴¹ El Procedimiento Penal en México, Ob. Cit. p.30

f) Prescripción, atiende al transcurso del tiempo y puede afectar al derecho de acción o al de ejecución, cuando se refiere a la acción se le conoce como "prescripción del delito o de la acción", y cuando es a la pena, como "prescripción de la pena". Por lo que hace a la reparación del daño, conforme el artículo 113 del Código Penal, prescribe en un año en su carácter de sanción pecuniaria.

E.) PROCESO

1.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Analizaremos la intervención del Ministerio Público en base a las siguientes etapas del procedimiento penal son:

1.- **Averiguación Previa:** Comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejerce la acción penal, pudiendo este periodo desembocar en el archivo, en la reserva o en la consignación, o finalmente en el no ejercicio de la acción.

En esta fase, el Ministerio Público puede no ejercitar la acción, la suprema Corte de Justicia ha considerado que es autoridad en este periodo, pero solo recientemente ha generado jurisprudencia respecto a la constitucionalidad de que opere el

estudio sobre si se ha negado incorrectamente el ejercicio de la acción penal, para conceder o no el amparo de la justicia federal a los ofendidos del delito.

2.- Preinstrucción: Es el Periodo Constitucional de 72 horas, que comprende la comprobación del delito que se imputa al acusado; los elementos constitutivos, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

3.- Instrucción, ofrecimiento y desahogo de pruebas : Es la etapa del proceso durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa ante los tribunales ofrecen pruebas, desahogan las mismas.

4.- Juicio. Si bien es cierto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en forma expresa no establece la palabra juicio, como sinónimo de alguna etapa del proceso, pero también nos da la pauta a la interpretación de que juicio es el periodo del procedimiento penal en el cual el Ministerio Publico precisa su acusación, el acusado su defensa, y los tribunales valoran las pruebas y posteriormente dictan resolución.

5.- Sentencia. Resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionales del delito resuelve la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia, en virtud de que el juez a través de esta resuelve el mandato legal el fondo del proceso sometido a su conocimiento. En esta etapa el Ministerio Público carece de participación alguna.

6.- Ejecución. Conforme al artículo 1° fracción IV del Código federal de Procedimientos Penales, corresponde desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

En este periodo, el Ministerio Público habrá de cuidar del debido cumplimiento de las sentencias judiciales, de esa forma, si hay resolución a reparar el daño causado, debe solicitar al Juez realice su cobro por medio de la autoridad fiscal correspondiente.

2.- JUEZ PENAL

El Juez Penal, es aquel funcionario público que, administrando justicia, tiene la facultad de aplicar el derecho, calificar los hechos considerados como delictuosos, determinar la

responsabilidad penal de los sujetos activos del delito, e imponer la pena correspondiente al caso sometido a su jurisdicción.

En cuanto a las facultades del Juez, la mayoría de los autores las señalan en sus diversas obras, uno de ellos, Arilla Bas, considera a las siguientes: "*notio*", facultad de conocer del conflicto; "*vocatio*", de obligar a las partes en conflicto y a los terceros a comparecer a juicio; "*coertio*", de emplear la fuerza para el cumplimiento de sus decisiones; "*juditium*", de decidir el conflicto; y, "*executio*", de ejecutar las decisiones con el auxilio de la fuerza pública (⁴²).

3.- INTERVENCIÓN DEL JUEZ PENAL.

En los distintos momentos procesales, podemos apreciar las siguientes intervenciones del Juez:

1.- Preinstrucción, su intervención se limitara a radicar el asunto en donde se tiene por recibida la consignación, ordenando su registro en el libro de gobierno o de causas penales bajo el numero de partida o causa que le corresponda, de igual

⁴² 28.- T. Arillas Báz, El Procedimiento Penal en México Ob. Cit. pp. 186 y 187

forma " realizara el estudio de la averiguación previa para librar la orden de aprehensión o comparecencia según sea el caso". (⁴³)

2.- Periodo Constitucional, cuya duración es de 72 horas, o la ampliación del plazo que conceda la ley cuando sea solicitada por el indiciado o se defensor, en las cuales se deberá decretar la detención judicial, señalando el lugar, día y hora en que se practica, y el o los delitos que se le imputan al detenido y el perjudicado por el ilícito. Recibirá la declaración preparatoria del o los inculpadlos, recibirá las pruebas que se aporten dentro del plazo y dictará el auto de formal prisión, de sujeción a proceso, o de libertad por falta de elementos para procesar.

El artículo 271 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece " El Ministerio Público que conozca de un hecho delictuoso hará que tanto el ofendido como el probable responsable sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que estos dictaminen con carácter provisional acerca de su estado Psicofisiológico", con la finalidad de que el procurador este en posibilidades de determinar el monto de la caución aplicable para gozar de la libertad provisional en la averiguación previa.

⁴³ El Ministerio Público en México, 7ª Edición, editores Unidos S.A., México 1990, p. 110

3.- En el proceso, dentro del cual, y como actos cautelares relativos a asegurar la efectividad de las sanciones pecuniarias, y en especial el resarcimiento del daño tenemos las siguientes:

a) La restitución al ofendido en el goce de sus derechos que estén plenamente justificados.

b) El embargo precautorio, cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño, oculte o enajene los bienes con que deba hacerse dicha reparación.

c) Todos aquellos actos necesarios para garantizar la efectividad de la sanción y los objetos del delito.

La relación que guardan las pruebas con la reparación del daño es señalada por Juventino V: Castro, al sostener que, "Es frecuente ver en los procesos que el Ministerio Público no reúne las pruebas necesarias tendientes a lograr la reparación del daño, sin llegar a la condena judicial; por tanto, se sobreesee este importantísimo capítulo, quedando así burlados los intereses de los lesionados por el delito, pues el Juez tiene que absolver de la

reparación, impidiéndose ir a la vía civil, por convertirse la absolución en cosa juzgada. (44)

Por otra parte, el Juez no puede condenar al pago de la reparación del daño si el Ministerio Público no ejercita dicha acción, o si no la exige en sus conclusiones, pues como bien sabemos, el límite de la actividad judicial, para la individualización de las penas, está fijado por las conclusiones hechas por este representante social. Igualmente, no podrá sentenciarse a la reparación del daño si no se demostró la responsabilidad penal del procesado en el delito que originó el daño.

4.- EL INCULPADO Y LA DEFENSA

Al referirnos al inculpado, estamos haciendo mención al sujeto activo del delito, cuyos derechos mínimos e inmodificables, así como su intervención en el procedimiento, están fijados en tal condición, como garantías individuales de rango constitucional, y por lo que a reparación del daño se refiere, el inculpado goza a su favor de las limitantes señaladas para el ofendido y el juez, tanto por la ley como por la jurisprudencia.

44 El Ministerio Público en México, 7ª Edición, editores Unidos S.A., México 1990, p. 125

La actividad del defensor consiste en afirmar y probar la inocencia del inculpaado en el juicio que se le instruye; la defensa, afirma González Bustamante tiene una posición "*sui generis*", no es un mandatario, ni un asesor técnico, ni un órgano imparcial, menos un órgano auxiliar de la administración de justicia (⁴⁵). Sin embargo, estos defensores, también llamados abogados, cuya palabra etimológicamente proviene de la voz latina *Advocatus*, que significa "llamado", se refiere al llamado que hacían los ciudadanos romanos en la época del imperio a personas conocedoras de la ley, para que los defendieran en los juicios, según expresa Joaquín Escriche en su Diccionario Jurídico (⁴⁶), de manera de que a mi ver, el abogado o defensor debe ser un técnico jurídico, auxiliar de los ciudadanos en la defensa de sus intereses cuando se encuentran inmersos en un conflicto legal.

En cuanto a la capacidad del defensor, en principio cualquier persona de la confianza del procesado puede serlo, así el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, no menciona causa alguna de incapacidad para el ejercicio de la defensa; sin embargo el Código Federal de Procedimientos Penales, dispone que no pueden ser defensores los que se hallan

⁴⁵ Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Ob Cit. p 140.

⁴⁶ *Ibidem*. p 187.

presos, ni los procesados, tampoco los que hayan sido condenados por algunos de los delitos del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculcado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cedula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado un defensor de oficio, que oriente a aquel y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

Razonamientos que se nos hacen validos en virtud de que en caso contrario se violarían los derechos de los inculcados al permitirles que cualquier persona carente de conocimiento legales lo defiendan en el proceso.

5.- EL OFENDIDO COMO PARTE COADYUVANTE

Se permite legalmente, que el ofendido intervenga como coadyuvante del Ministerio Público, solamente en lo que respecta a la reparación del daño, en el fuero común.

Como se ha visto anteriormente, se le niega al ofendido el carácter de parte en el proceso penal, pudiendo proporcionar al Ministerio Público todos los datos que tenga para la comprobación del delito, la responsabilidad del inculpaado y la procedencia de la reparación del daño, para que si dicho representante social, lo estima pertinente, en el ejercicio de la acción penal, los ministre a los tribunales (artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales).

En el fuero común, se concede al ofendido el derecho de coadyuvar, en este sentido, Arilla Bas, opina que la coadyuvancia solo se puede constituir durante la instrucción y con posterioridad al auto de formal prisión, que es el que señala el delito por el que se ha de seguir el proceso.

Al tenor del Artículo 9º del Código de Procedimientos Penales, el ofendido "podrá poner a disposición del Ministerio Público y del Juez instructor, todos los datos que conduzcan a

establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño.

En el periodo del proceso, el ofendido puede pedir al Juez el embargo precautorio sobre los bienes del obligado, en que deba hacerse efectiva dicha reparación, una vez que se haya dictado el auto de formal prisión.

De igual forma las victimas u ofendidos tendrá derecho a lo establecido en el artículo 9º del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal en su fracción XI " A comparecer ante el Ministerio Publico para poner a su disposición todos los datos conducentes a acreditar en cuerpo del delito, la responsabilidad del indiciado y el monto del daño y de su reparación a que el Ministerio publico integre dichos datos a la averiguación".

Es el caso que el ofendido o sus legítimos representantes tendrán derecho a apelar la sentencia en que se violen sus derechos al violentarse sus derechos en lo que respecta exclusivamente en la acción reparadora del daño.

F) LA EXTENSION DEL JUICIO DE AMPARO DE ACUERDO CON LOS PARRAFOS TERCERO Y CUARTO DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL, EN RELACION CON EL ARTICULO 20, FRACCION X, PARRAFO QUINTO DE LA MISMA NORMA FUNDAMENTAL.

Considero conveniente iniciar el presente título, con la transcripción del artículo 14 de la Constitución Federal, con el objeto de preparar el antecedente jurídico del problema que plantea el artículo 36 del Código Penal vigente para el Estado de México, y así proponer en el capítulo siguiente el problema mismo y la propuesta de solución que es el fundamento de la presente tesis, y así tenemos que dicho precepto dice a la letra:

"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 de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al caso de que se trate.

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

Como hemos observado en los dos últimos párrafos del artículo 14. de la Constitución Federal vigente, que respectivamente se contraen a los negocios penales y civiles, dentro de los que por analogía pueden incluirse los administrativos, mercantiles y del trabajo para los efectos que alude el propio precepto, tal y como hace la Ley Reglamentaria actual de los artículos 103 y 107 constitucionales, por lo que se llega a la conclusión de que el objeto tutelar del juicio de amparo no sólo se refiere a los veintinueve primeros artículos de la Ley Fundamental, de acuerdo con la fracción I del artículo 103, sino que se hace extensivo a las legislaciones secundarias, circunstancia que revela a dicho juicio como medio extraordinario de control de legalidad.

Al establecer el tercero de los párrafos mencionados del artículo Constitucional en cita que " en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate", la Suprema Corte vela por el cumplimiento de todos aquellos cuerpos legales que, como el Código Penal y otras legislaciones de índole administrativa que crean delitos y consignan penas, deban aplicarse con exactitud por las autoridades judiciales, de tal suerte que, en caso de que éstas decreten una sanción penal en contra de una persona por un hecho distinto del establecido por la ley respectiva, con violación de la misma, surge automáticamente la posibilidad jurídica de ocurrir a la Justicia Federal por infracción de la garantía contenida en el artículo 14 constitucional, al contravenirse preceptos legales pertenecientes a cuerpos legislativos ordinarios.

Lo mismo acontece por lo que respecta a los asuntos del orden civil, mercantil, administrativo y del trabajo, con la salvedad de que en estos casos no exige el artículo 14 que forzosamente exista una ley aplicable a un hecho determinado, sino que, a falta de la misma, puede recurrirse a los principios generales de derecho.

Efectivamente cuando a juicio del agraviado la autoridad responsable no haya aplicado la ley en cuanto a su letra o interpretación jurídica en los asuntos precitados, se puede intentar el juicio de amparo, constituyéndose entonces la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito en protectores del cumplimiento de las legislaciones secundarias, sustantivas o adjetivas, como el Código Civil, el de Procedimientos Civiles, de Comercio, Ley Federal del Trabajo, etc., con el objeto de determinar si se ha violado o no el artículo 14 constitucional en su parte respectiva. A mayor razón si en el párrafo tercero del artículo constitucional en comento, se obliga a la autoridad judicial a aplicar las penas, cuando estas se sustentan en leyes exactamente aplicables al caso de que se trate, y si consideramos que conforme al artículo 22 del Código Penal para el Estado de México, en su apartado "A", fracción III, LA REPARACIÓN DEL DAÑO es considerado como Pena, evidentemente, en el proceso penal se debe establecer y procurar aplicar el mecanismo jurídico que FACILITE llegar al objetivo, de que la víctima o el ofendido obtengan dicha reparación, por lo que la ley procesal penal debe facilitar este camino, y no hacerlo de este modo significa conculcar el derecho de la víctima o del ofendido a la reparación del daño, y no destinarlo con argucias sutiles en beneficio del Estado, sin que se agote previamente la expresión indubitable de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la víctima o de los ofendido a una renuncia expresa a este derecho, o que fueron estos citados por la autoridad Ministerial o Judicial en sus domicilios para hacerles saber en forma expresa de este derecho y que pueden coadyuvar para la comprobación del daño y su monto, pues de otro modo se violenta en perjuicio de la víctima o del ofendido el derecho a la reparación del daño, pues de hecho se les priva de él sin haber sido oídos ni vencidos en juicio por el mismo Estado y en su beneficio, cuando que éste tiene el deber de velar por el interés del o de los perjudicados por el delito y promover y asegurar de oficio la reparación del daño, además, de que por lo general, y en la práctica, las personas perjudicadas por la comisión de un delito no ocurren al juicio de garantías porque ello requiere de un pago al abogado que lo formule, y por razones de insolvencia económica o de duda del éxito en el pago de la reparación del daño, no se ejercita este derecho, además que no se sabe de un solo caso en donde el Ministerio Público haya elaborado una demanda de garantías en nombre o para beneficio de un perjudicado por el delito, por ello el encontrarse con una ley procesal inoperante para el logro del objetivo de la reparación del daño, es un escollo que de hecho hace nugatorio el derecho, por lo que es importante que el legislador atienda con eficacia jurídica la operatividad del proceso que conduzca a una efectiva reparación del daño ocasionado por un hecho delictuoso.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

G) LA EXTENSIÓN DEL JUICIO DE AMPARO A TRAVES DEL CONCEPTO " LEYES " DEL PROPIO PRECEPTO, SEGUNDO PÁRRAFO.

Del contenido dispositivo del citado artículo podemos derivar otro argumento, aun que menos sólido que los precedentes, tendientes a ampliar la extensión de nuestro juicio de amparo, basado en el concepto de leyes a que alude. Desde luego, se nos ocurre que en distinto sentidos está empleando el concepto " Ley " en los artículos 14 y 103, fracción I constitucionales. En consecuencia, se dice que el artículo 14 emplea el término Ley, conceptuando a ésta como aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones generales, abstractas, creadoras modificativas o extintivas de situaciones jurídicas de las mismas características (aspecto material), expedidas por el órgano constitucional competente para tal efecto, o sea, por lo general el Poder Legislativo, de acuerdo con el procedimiento establecido al respecto por la Ley fundamental en su artículo 72 (aspecto formal), y cuyo contenido no pugne con los mandatos de la Constitución (carácter constitucional), al que Cooley se refiere cuando dice que " la voluntad de la legislatura solamente es ley cuando está en armonía, o al menos no

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

contradice la Constitución, que es tan obligatoria para el cuerpo Legislativo como para el ciudadano.

En un sistema jurídico como el nuestro, en que la Constitución es la Ley Fundamental o Básica del Estado, el carácter de constitucionalidad de una norma secundaria se deriva del principio de una supremacía constitucional (al que unos autores nombran como super legalidad, la cual esta consagrada en los artículos 133 y 41 del Código Político, principalmente. **Dicho principio implica que toda norma secundaria, independientemente de la categoría especial que ocupe, ley federal, local o reglamentaria, debe no contradecir a las disposiciones de la Constitución,** circunstancia que, como también lo manifestamos anteriormente se traduce en una limitación jurídica a la actividad de los poderes legislativos ordinarios, en un terreno ontológico constitucional, pues, toda norma secundaria debe ser Constitucional, es decir, no debe pugnar con los mandatos de la Ley Suprema. Por ende, desconocer el carácter de constitucionalidad, admitiendo la posibilidad de que una norma jurídica secundaria viole la Constitución, lo cual supondría la subversión del orden instituido por la Ley Fundamental, al permitirse que la actividad legislativa ordinaria la contravenga.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien, la Constitución no puede autorizar en ninguna de sus disposiciones la posibilidad de que una ley secundaria que la contradiga produzca las consecuencias que ella misma tiende a evitar en beneficio de los gobernados. Por ende, la Ley fundamental, en su artículo 14, segundo párrafo, excluye la posibilidad de que cualquier persona sea privada de su vida, libertad, propiedades, posesiones o DERECHOS, conforme a una ley secundaria que este en pugna con alguna o algunas de las disposiciones constitucionales, ya que, de admitirse lo contrario, se llegaría a que la Constitución autoriza la destrucción de su propio régimen. Es por ello por lo que, cuando la Ley Suprema, a través de sus diversas prevenciones, permite la realización de un acto de autoridad que se funde legalmente, supone con toda necesidad que la norma fundatoria no se oponga a sus mandatos.

De conformidad con los puntos de vista que anteceden, se concluyen que el artículo 14 Constitucional, en su segundo párrafo, quiso consignar, como garantía del gobernado, la imposibilidad de que una persona sea privada de la vida, la libertad, propiedades, , posesiones o derechos, conforme a las leyes en las que no concurren los requisitos formales, materiales y constitucionales, según se desprende de la interpretación a contrario sensu respecto de la parte relativa del precepto, pues el antecedente histórico directo del presente precepto constitucional

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en la expresión " lex terrae " del artículo 46 de la Magna Carta inglesa, implica que la norma este exenta de vicio alguno.

Cuando el perjudicado se sienta que sea violado algún derecho a su garantía consagrada en el artículo 14 de la Carta Magna podrá deducir el juicio de amparo, solicitando la protección de la Justicia Federal por la violación a tal precepto, al haber sido víctima de una ley que, por no reunir los caracteres de tal, propiamente no es ley. Consiguientemente el órgano de control constitucional, al conocer del juicio de amparo respectivo, analizará la ley o acto reclamados, desde el punto de vista de la presencia o ausencia de los caracteres formales, materiales y constitucionales, siendo en el análisis de los primeros, como tutela el cumplimiento de todas aquellas disposiciones de la Constitución que fijan el procedimiento de elaboración legal.

Además, por otra parte, al fijar el concepto de ley empleado en el artículo 14 constitucional, no solamente se ejerce el control jurisdiccional sobre los artículos de la Constitución que determina el proceso de formación de las disposiciones legales, sino que en realidad sobre todos los preceptos de nuestra Ley Fundamental, en atención al ultimo de los caracteres señalados, o sea, el constitucional, que no significa sino que la ley en cuestión no debe oponerse a los mandatos del Código Supremo, pues en

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

caso contrario, surgiría la infracción correspondiente al artículo 14, haciendo procedente el juicio de garantías.

En este orden de ideas, tenemos que en la década de los noventa del siglo XX, se da el hecho de que por primera vez se adicionó la Carta Magna, con la concesión a las víctimas o las ofendidos por algún delito, de elevar este derecho a rango constitucional de garantía individual, en virtud de que la fracción X, en su párrafo quinto, del artículo 20 Constitucional precisa que: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación de daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y, los demás que señalan las leyes."

Lo anteriormente expuesto significa, en términos simples, que la reparación del daño es un derecho constitucional que tienen las víctimas o los ofendidos por un hecho delictuoso, a ser resarcidos por los sujetos activos del delito o por terceros responsables, cuando proceda dicha reparación, sin que sea válido para el legislador federal o local el crear disposiciones normativas que atenten en contra del espíritu de la norma constitucional, al mermar, restringir, obscurecer, desviar o hacer nugatorio el derecho a hacer efectiva la reparación del daño, toda

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

vez que en lo relativo, la disposición constitucional es tajante en cuanto dispone sin restricciones como facultad de la víctima o el ofendido **EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO CUANDO PROCEDA.**

H) EXTENSIÓN DEL JUICIO DE AMPARO A TRÁVES DEL CONCEPTO CAUSA LEGAL DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

Ignacio Burgoa refiere: "El concepto más útil para concebir el juicio de amparo como medio tutelar del régimen jurídico íntegro, o sea, tanto en los preceptos constitucionales, como de la legislación ordinaria, hasta de los íntimos reglamentos que tienen carácter de leyes desde el punto de vista material, es el contenido en el artículo 16, es decir, el de causa legal, cuyo sentido y alcance precisamos en nuestra obra " Las Garantías Individuales."

Para que una autoridad pueda, sin violar el artículo 16 constitucional, causar molestias a una persona, se requiere, entre otras condiciones, que obre no sólo de acuerdo con una ley, sino que en el caso concreto hacia el cual va encaminada su actuación se encuentren los extremos previstos o contenidos en aquella. De esta manera, el juicio de amparo tiene como finalidad proteger

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

toda la legislación mexicana, cuando las autoridades estatales no ciñen su conducta a alguna disposición legal, sea de la naturaleza y categoría que fuere, obligación que se constata como consecuencia directa y necesaria del principio de legalidad y que ha confirmado la jurisprudencia de la Suprema Corte en los siguientes términos: " Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite." Por mayoría de razón, y a mayor abundamiento, si la Constitución es la ley suprema del país, nuestro medio de control también protege a ésta íntegramente, ya que a ella debe sujetarse, sin excepción, la actuación de todos los poderes y autoridades, por lo que, cuando éstos no observan los mandatos constitucionales, bien sea tratándose de actos aislados (stricto sensu) que afecten a situaciones particulares en concreto o de expedición y promulgación de leyes, decretos, reglamentos etc., que produzcan semejante consecuencia, surge la posibilidad para el afectado de promover el juicio de amparo, de acuerdo con el artículo 103 fracción primera de la Constitución, por violación evidente del artículo 16 constitucional, al faltar, en las hipótesis apuntadas, el requisito de la causa legal, toda vez que son también valederas las razones expuestas en líneas anteriores de este capítulo para fundamentar también la anticonstitucionalidad de las normas secundarias que atenten en contra de la normatividad de la Carta Magna, que en caso se proyecta en evitar se conculque la garantía de las víctimas y ofendidos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

señalada en el artículo 20 fracción X, párrafo quinto de la mencionada Ley de Leyes, por normas jurídicas de carácter secundario, y cuya facultad expresa se otorga ahora a las víctimas o a los ofendidos de un delito, por medio de la inclusión en la Ley de Amparo, de 9 de junio de 2000, del artículo 10 que dice a la letra:

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

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

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

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

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I) BIENES TUTELADOS POR LA GARANTIA DE AUDIENCIA.

Tales son, conforme al segundo párrafo del artículo 14 constitucional los siguientes: la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado.

Podemos recalcar con que los bienes tutelados por la garantía de audiencia importantes para nuestra búsqueda de nuestro proyecto de investigación son las siguientes:

La garantía de audiencia, como garantía de seguridad que impone a las autoridades del Estado la obligación positiva consistente en observar, frente al gobernado, una conducta activa, y estriba en realizar todos y cada uno de los actos que tiendan a la observancia de las exigencias específicas en que el derecho de audiencia se revela. Por tal motivo, las autoridades del Estado tiene prohibido por el artículo 14 Constitucional privar a una persona de los bienes materia de su propiedad O DE SUS DERECHOS, si el acto de privación no ésta condicionado a las exigencias elementales que configuran la garantía mencionada, de cuya naturaleza misma se desprende cualquier tipo de propiedad materia de la tutela que imparte O DE DERECHOS, ya que a través del juicio de amparo que se promueva por violación a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la expresada garantía mencionada, solo se constata si, en decremento del propietario o derecho habiente quejoso, las autoridades responsables incurrieron o no en dicha contravención, sin que la propia índole de tal juicio autorice, en dicho caso, la posibilidad de que se califique la propiedad o el derecho que como supuesto afirme tener el agraviado. En efecto, el juicio de amparo no es el medio jurídico pertinente para resolver cuestiones de dominio, o sea, para decir o decidir el derecho en materia de propiedad o del derecho mismo, debiendo, en cambio, proteger a ésta no desde el punto de vista de resolver una controversia suscitada entre dos o mas sujetos que se disputen la titularidad de ese derecho, sino atendiendo a la circunstancia de que una persona, sea o no en realidad la poseedora o propietaria de una cosa, no debe ser privada de tal carácter, falso o verdadero, legitimo o ilegítimo, o sea poseedor de un derecho, sin observarse previamente las condiciones que establece el artículo 14 constitucional. **En otros términos el Juicio de Amparo, en si mismo considerado, no tiene por finalidad resolver jurisdiccionalmente una cuestión de posesión, propiedad o derecho, en el sentido de decidir quién es el propietario de un bien, poseedor del mismo o de un derecho, que finalmente es este último un bien jurídico objeto de tutela protectiva, pues esta facultad es propia de la jurisdicción común, la cual se ejerce según los procedimientos que rige la legislación ordinaria. La**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sentencia de amparo sólo puede ocuparse de la solución de cuestiones de constitucionales respecto a declarar si fueron o no conculcadas las garantías constitucionales, declarando el derecho en el sentido de establecer a cuál de los contendientes le corresponde legítimamente la propiedad o la posesión de un bien o derecho, cuando esta cuestión ha sido previamente abordada y resuelta por la jurisdicción común en una o dos instancias, según sea el caso. Es entonces cuando al interponer una de las partes el juicio de amparo contra sentencia definitiva pronunciada sobre la propiedad o posesión de una cosa por los tribunales ordinarios, la jurisdicción federal puede tratar dicha cuestión, examinando si la resolución reclamada se ajustó o no a la letra o interpretación jurídica de la ley en ella invocada, convalidando o invalidando dicho acto procesal, es decir, que dicha posibilidad de tratamiento sólo se consigna en razón de la violación a la garantía de legalidad, mas que nunca en razón de la contravención a la de audiencia.

Por otra parte, cuando la Justicia de la Unión , por infracción a la garantía consagrada en el artículo 14 Constitucional, ampara a un sujeto por haber sido privado de sus propiedades o derechos, por cualquier acto de autoridad, no dirime una cuestión de dominio o posesión, , esto es, no decide sobre la titularidad legítima de la propiedad de una cosa a favor

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del quejoso, o del ejercicio de un derecho, sino simplemente se concreta a protegerlo como propietario, si se le ha privado o se le pretende privar del derecho respectivo sin observarse previamente los requisitos o condiciones que se consignan en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional.

Es a través del concepto **derechos** como la garantía de audiencia adquiere gran importancia tutelar en beneficio del gobernado, ya que dentro de su significado se comprende cualquier derecho subjetivo, sea real o personal por el orden jurídico objetivo. Se ha definido a los derechos subjetivos como facultades concedidas a la persona por el orden jurídico objetivo.

Para explicar el alcance protector de la garantía de audiencia frente a los derechos del gobernado en los términos del segundo párrafo del artículo 14 constitucional, nos concretamos a aceptar la tesis de que el derecho subjetivo es una facultad concedida o preservada por la normatividad jurídica objetiva.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, consideramos que la idea de derecho subjetivo puede concebirse como la facultad que incumbe aun sujeto individual nacida de una situación jurídica concreta establecida por la actualización de un

status normativo abstracto y que impone a otra persona obligaciones particulares correlativas.

Cualquier facultad derivada de la norma debe entenderse como derecho subjetivo, en la medida en que de la situación jurídica concreta nazca o se origine una obligación correspondiente, debiendo ésta preverse en la situación jurídica abstracta legalmente estatuida. Por ende, cuando la norma de derecho objetivo no consigna a cargo de uno de los sujetos abstractos respectivos ninguna obligación a favor del otro, en el status individual no existirá derecho subjetivo, ya que para que esto suceda es menester que la facultad personal inherente a una situación concreta sea imperativa, obligatoria y coercitiva, de tal suerte que el co-sujeto de su titular deba inexorablemente cumplimentar las pretensiones que mediante aquélla se persiguen.

Por ende podemos interpretar que el alcance de la garantía de audiencia para tutelar los derechos de los gobernados, estarán protegidos por el artículo 14 constitucional.

J) LA GARANTIA DE AUDIENCIA FRENTE A LAS LEYES.-

El criterio sustentado por la suprema corte respecto a esta cuestión ha sido en el sentido de considerar que la garantía de audiencia es efectiva aun frente a las leyes, de tal suerte entendemos que el poder legislativo debe acatarla, instituyendo en las mismas los procedimientos en los que conceda al gobernado la oportunidad de ser escuchado en defensa por las autoridades encargadas de su aplicación o procuración de justicia, antes de que se realice algún acto de privación autorizando normativamente.

Por lo anterior podemos consideramos que toda ley ordinaria que no consagre la garantía de audiencia a favor de las personas en los términos a que se ha hecho referencia con anterioridad, debe declararse inconstitucional, en otras palabras, toda ley que no instituya las dos formalidades procesales esenciales, la defensa u oposición al acto privativo y la acción probatoria será evidente violatoria de las disposiciones constitucionales implicadas en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional. La declaración de inconstitucionalidad de las leyes omisas de la garantía de audiencia puede hacerse por el poder judicial federal a través de la interposición del juicio de garantías cuando no sólo examine si las autoridades responsables ajustaron

o no el acto de privación a la ley aplicable (Principio de legalidad), sino al constatar que ésta implantada alguna oportunidad de defensa y de prueba a favor del afectado y si, por tanto , el legislador acato la garantía de audiencia consignada en dicho precepto constitucional.

La garantía de audiencia en materia legislativa debe consignarse en las leyes cuando la aplicación de las disposiciones legales de que se trate no sea automática , o sea, para que se realice el acto de privación previsto legalmente en el ambito jurídico de los particulares, se deberá determinar previamente si en el caso concreto del que se trate existen o concurren las causas generadoras de la privación implicadas en al situación normativa abstracta.

Ahora bien la garantía de audiencia no solo amplía su alcance tutelar, sino que de cierto modo exime al gobernado de la obligación de impugnar en vía de amparo alguna ley en que no se contenga el mencionado procedimiento y en la que se funden los actos de privación. Observamos también que independientemente de que la ley secundaria contemple o no la señalada garantía constitucional en los términos señalados, la autoridad esta obligada a que antes de privar a algún gobernado de los bienes jurídicos protegidos por dicha garantía, este debe

ser escuchado oponiendo cualquier tipo de defensa legal que considere, así como de recibirles la autoridad las pruebas que rinda para apoyarla. El fundamento lógico - jurídico estriba en la supremacía que tiene el artículo 14 constitucional sobre las diversas legislaciones ordinarias y de acuerdo con la declaración señalada en el artículo 133 constitucional, por lo que, sin perjuicio de lo que pudieran disponer las leyes secundarias sobre algún procedimiento defensivo, es deber de todo órgano estatal acatar las exigencias instituidas en el citado artículo 14 y que configuran la garantía de audiencia.

En resumen, tanto el artículo 14 como el 16 de la Constitución Federal, que contemplan las garantías de audiencia y legalidad, no podrán ser violentados por cualquiera de los poderes, Ejecutivo o Legislativo, con el objeto de restringir o nulificar la garantía de la víctima cuando esta proceda a la reparación del daño proveniente de delito, si no es observado por estos poderes o autoridades el respeto a dichas garantías constitucionales sobre los derechos de las víctimas o del ofendido en el supuesto que marca el artículo 20. fracción X, párrafo quinto de la Ley Suprema.

CAPITULO TERCERO.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO POSITIVO PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

A).--LA DOCTRINA SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA PUBLICA.

Como lo hemos señalado anteriormente, el delito origina dos clases de lesiones; una de carácter esencialmente público, porque ataca el orden jurídico social, y otro que da origen a un daño en particular, individual que es la que consiste la segunda lesión por el que se causa un daño al ofendido con la conducta delictiva, lo que a su vez produce dos tipos de acciones en este ultimo caso, que son la penal que corresponde ejercitarla al ministerio Publico, y la civil, susceptible de ser ejercitada por el ofendido o sus causahabientes.

El fin que busca la acción civil, es repararle a la víctima, el daño causado por ese delito, no así la pretensión de la acción penal que es meramente punitiva.

En México, el Código Penal regula la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, como pena pública

exigible por el Estado, pero cuando la misma deba ser demandada a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil .

La naturaleza de ese criterio, señaló el legislador de 1931, en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y en materia federal para toda la República, radica en que el Ministerio Público la exija de oficio en beneficio del ofendido, pues a éste se le tiene generalmente como un sujeto económicamente débil y en desamparo; criterio inspirado en las ideas de la escuela positiva, y por cuanto consideraban a la reparación como una "función social", corriendo a cargo del Estado la obligación de exigir se reparen los daños a las víctimas del delito.

Por cuanto al carácter de pena pública de la reparación del daño, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se manifiesta en el sentido siguiente: "Al otorgarle la ley el carácter de pena pública a la reparación del daño, debe proceder su satisfacción en el caso de que se lesione el patrimonio del ofendido, sin que para ello sea indispensable la petición de la misma por el lesionado en su patrimonio" (7° Epoca. 2° Parte. Vol. XXXVI, pág. 23. A.D. 3418/71.- Carlos Pérez González). Asimismo, "No necesita querrela y se impondrá de oficio al infractor, sin que sea preciso que el ofendido se constituya en parte dentro del proceso"

(7° Epoca. 2° Parte. Vol. LVI. Pág. 59. A.D. 1072/73 Miguel Angel Falcón).

1.- PENA PUBLICA

Al tratar el Código Penal a la reparación del daño como "pena pública", se llega a una redundancia, ya que en Derecho Penal, todas las penas son públicas, lo cual parece darnos a entender que, en contraposición a ellas, existen penas privadas, siendo por todos conocidos que los delitos privados desaparecieron del Derecho. Es una falta de técnica jurídica que debe ser corregida.

Bajo la salvedad señalada anteriormente, la pena pública es la sanción que impone el Estado por el daño que resiente la sociedad en virtud del delito causado, y cuyo fin será el de evitar los delitos, y readaptar al delincuente para reingresar a la vida social.

Se considera que el delito, no nace sin ese elemento que se llama daño público, para reparar ese daño, sino que para reparar ese daño el Estado le concede al Ministerio Público el ejercicio de la "acción penal", entre cuyas finalidades está la de

excitar al órgano jurisdiccional para que éste imponga la sanción respectiva al responsable penal.

Existe por tanto, un delito con dos clases de sanciones, la sanción penal con fines preventivos y de readaptación social para el delincuente y, la sanción civil, con fines reparatorios para el ofendido.

2.- LA REPARACION DEL DAÑO

El delito puede originar un daño privado al ofendido; ese daño, de realizarse, es eminentemente particular, por cuanto el que lo resiente es el sujeto pasivo, y debe ser resarcido con la restitución o la reparación de los daños materiales y morales causados, mediante la adecuada indemnización, la acción reparadora corresponde a la jurisdicción civil.

La represión penal, indica G. Marty, se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social, su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares, y su objeto es la reparación de ese daño en provecho de la persona lesionada.

3.- EL MINISTERIO PUBLICO Y LA REPARACION

Al concederse a la reparación el carácter de "pena pública", se faculta al Ministerio Público a exigirla de oficio, lo cual si bien tuvo fines de alto contenido social, en la práctica sucede lo contrario, existe apatía y desinterés por reclamarlo, el servidor público no ejercita su acción, no presenta pruebas sobre el monto y la existencia del daño, no presenta conclusiones acusatorias específicas sobre el daño; permitiéndose con ello, que el Juez absuelva al acusado de la sanción pecuniaria y, sin que en realidad el ofendido haya sido oído y vencido en un juicio en defensa de sus propios intereses.

Rogelio Vázquez Sánchez, sostiene que la función del Ministerio Público en el proceso debe ser de parte formal, representando los intereses del ofendido únicamente cuando éste no se constituya en parte procesal. Lo cual ha de quedar al interés que asuma dicho ofendido, para instaurarse o no en parte en el proceso. En consecuencia, continúa sosteniendo el autor, una vez ejercitada la acción penal, el ofendido puede optar en reclamar la reparación, paralelamente con el Ministerio Público, para lo cual se le deben otorgar amplias facultades iguales a las de dicho representante social.

4.- LA REPARACION DEL DAÑO EN ATENCION AL RESULTADO

El resultado implica no solo un cambio en el mundo material, también una mutación en el mundo psíquico; de esa forma, la importancia de los delitos en orden al resultado, es lo que sirve para distinguir las figuras formales y materiales, las cuales nos llevaran a distinguir la clase de delitos en que tiene lugar la reparación del daño, no solamente de un resultado material sino de también de una afectación psíquica o moral.

5.- DE RESULTADO MATERIAL Y DE DAÑO

Los delitos de resultado material son aquellos en los que hay transformación en el mundo fenomenológico; por su parte, el delito de daño, es aquel que produce la destrucción o perjuicio, o se afecta materialmente el bien jurídicamente protegido.

El daño es un elemento esencial dentro de la reparación y es el que hace posible la indemnización, si no hay daño, tampoco puede haber una acción tendiente a repararlo. Bettiol opina que basta que se produzca una lesión de un interés tutelado, para que se produzca también un daño, así, debemos

entender al daño como sinónimo de lesión, y entender que todo delito es un daño jurídico.

Todo delito de daño produce dos clases de repercusiones simultáneas, y son a decir de Alberto R. Vela: "una, de índole social, considerada "lato sensu", que vincula al responsable con la colectividad a que pertenece, aunque sea transitoriamente, haciendo que para aquel, nazca la acción penal y la obligación de soportar la sanción penal; y la otra que atenta contra la colectividad, siendo esta una relación jurídica que se establece entre el responsable y la víctima o sus causahabientes, en donde puede tratarse de un particular del poder público o de la sociedad en su conjunto, que da derecho a quienes padecieron las consecuencias del delito, a exigir que se les restaure la situación preexistente, en tanto sea humanamente posible hacer eso, e impone al agente activo de la conducta típica, la respectiva obligación reparatoria". Así tenemos que si el delito no llega a consumarse, no tendrá existencia jurídica la sanción, ni la obligación reparadora de daños.

B).- ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEY POSITIVA EN EL ESTADO DE MÉXICO:

El Código Penal en vigor para el Estado de México, amplifica el

concepto y precisa los supuestos en que puede operar la reparación del daño, ya que en su artículo 26 señala que: La reparación del daño comprende:

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

La restitución se hará aún en el caso de que el bien hubiera 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 hubiera perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiere ser restituido.

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

El monto de la indemnización del 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; y

IV.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

1.- LAS PRUEBAS Y SU IMPORTANCIA EN LA REPARACION DEL DAÑO

La importancia de las pruebas es inobjetable, pues de acuerdo a ellas, la resolución del Juez, tanto en orden al contenido del daño, como a su existencia, será de condena o de absolución.

Las pruebas son necesarias, ya que el daño fundamenta el derecho a la reparación; en consecuencia, debe ser probado este daño, tanto por el Ministerio Público, como por el ofendido o su legítimo representante.

En lo que atañe a la reparación del daño, los medios de prueba están dirigidas al órgano jurisdiccional para demostrar su procedencia, así como cuantificar su monto; en ese sentido lo dispone el artículo 29 del Código Penal, al indicar que la

reparación del daño proveniente de delito que deba cubrir el sentenciado tiene el carácter de pena pública; se exigirá de oficio por el Ministerio Público , quien deberá acreditar su procedencia y monto...

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha manifestado en el sentido que todo daño ocasionado por un delito se debe de probar en el proceso, pues de lo contrario, no hay base para su cuantificación, y se absolverá al inculpado de la reparación del daño, aún cuando existan elementos probatorios para condenarlo por su responsabilidad penal.

De esa forma, y en términos generales, el ofendido ha de probar la medida pecuniaria del interés afectado y, como lo indica Rivera Silva: "acreditar la modificación que el mundo exterior ha experimentado con la ejecución del acto ilícito". Por su parte, el responsable probará lo contrario, es decir, que el daño es menor, que la lesión no ha repercutido en el patrimonio de la víctima pudiendo incluso hasta negar la existencia del daño.

2.- OFRECIMIENTO DE LAS PRUEBAS

Aunque la ley procesal penal en vigor para el Estado de México no precisa el tiempo o momento procesal para ofrecer las

pruebas en el incidente civil de reparación del daño, puede estimarse que el incidente correspondiente debe apegarse a la normatividad general sobre incidentes de naturaleza civil que contiene el Código Adjetivo Civil para este Estado, ya que cubre los requisitos de fondo y forma para no dejar en estado de indefensión al procesado por un delito a quién se le exige el pago de la reparación del daño, el cual puede iniciarse a partir del auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Si bien los medios de prueba pueden ser muy extensos, analizaremos fundamentalmente la pericial y la documental por ser más frecuentes.

3.-LA PRUEBA PERICIAL

Medio probatorio regulado en los artículos 217 a 237 del Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México. Conforme lo estima Colín Sánchez, es "el acto procedimental en el que el técnico o especialista en un arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, o cosa, emite un dictamen conteniendo su parecer y los razonamientos técnicos sobre la materia en la que se ha pedido su intervención".

Se puede acudir a los peritos desde el inicio de la averiguación, en caso contrario, el Ministerio Público no podría cumplir con sus funciones en la instrucción, en la cual el Juez normará su criterio por la opinión de los peritos nombrados por él (artículo 230 del Código de Procedimientos Penales).

Los peritos deberán tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deben dictaminar, si la profesión o arte están legalmente reglamentados, en caso contrario se nombrarán peritos prácticos (artículo 218 Código de Procedimientos Penales para el Estado de México). Tienen derecho a ofrecer esta prueba, únicamente las partes, y el Juez indudablemente, podrá ordenar su desahogo, a lo cual, la forma de realizar el peritaje queda a cargo y bajo la responsabilidad de los peritos, a quienes se les permitirá el acceso necesario a las actuaciones realizadas, etc., y los peritos nombrados tienen obligación de manifestar su fiel desempeño (Artículo 223 del Código de Procedimientos Penales Para el Estado de México).

La emisión del dictamen debe ser por escrito y ratificado en diligencia especial, El dictamen debe contener los hechos y circunstancias que sirvieron de fundamento, debe ser claro y preciso. Si son discordantes los dictámenes emitidos, el Juez citará a una junta en la que se discutirán los puntos de

discrepancia, y si ésta persiste, el Juez nombrará a un perito "tercero en discordia".

4.- PRUEBA DOCUMENTAL

Esta prueba está reglamentada por los artículos 238 al 248 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, considerándose que es documental, todo objeto material en el que con la escritura, figuras o cualquier otra forma de impresión, se haga constar un hecho. Estos documentos se clasifican en públicos y privados conforme al carácter que les da el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, conforme al artículo 238 ya citado.

En lo que atañe a los documentos públicos, conservan el valor probatorio que la ley les concede, mientras no se demuestre la falsedad de las mismas. Los documentos privados sólo harán prueba plena contra su autor, si fueren judicialmente reconocidos por él, o no los hubiere objetado, a pesar de saber que figuraban en el proceso. Los provenientes de un tercero, serán estimados como presunciones.

5.- SENTENCIA CONDENATORIA

Conforme al artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso. Así mismo en el segundo párrafo se señala para los casos de reparación del daño con motivos de delitos culposos el ejecutivo local reglamentara, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente deba garantizar mediante seguro especial dicha reparación

Igualmente el artículo 34 del mismo ordenamiento citado en su párrafo cuarto expresa que cuando la reparación deba exigirse a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitara en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales, y el Código de Procedimientos Penales faculta en el artículo 529 a los ofendidos para exigirla por medio de demanda ante los tribunales del orden civil cuando no se obtuvo la reparación en sentencia penal.

Igualmente el artículo 34 del Código Penal en cita establece que quien se concidere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no

ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Lo anterior significa un avance importante en materia de reparación del daño en nuestro país ya que deja atrás las antiguas tesis legales y judiciales en el sentido de que si el Ministerio Público no ejercitaba la acción penal por reparación del daño el Juez no podría entrar a su estudio, o bien que si el juzgador por no estar probado en autos por ejemplo el monto de la reparación el ofendido ya no tenía derecho a ocurrir a los tribunales civiles a demandar la acción correspondiente, y así en otros casos como por ejemplo de un sobreseimiento por inactividad procesal, tampoco el ofendido podía hacer sus derechos correspondientes sobre el particular

6.- EL DELITO Y LA REPARACION DEL DAÑO

El sujeto al cometer un delito, debe responder ante la sociedad por alterar el orden público con dicha violación, y ante el particular dañado por esa conducta. El inculpado debe reparar el daño a la persona ofendida o a sus causahabientes, siendo su objeto principal restituir al perjudicado la cosa lesionada; cuando esto no sea posible, bien porque la cosa obtenida por el delito ha

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

quedado inutilizada o destruida, o porque los efectos del delito se precisen en el honor del ofendido o en su persona, siendo necesaria una compensación pecuniaria que trate de ser equivalente al daño material o moral causado al ofendido.

La reparación del daño podrá ser hecha por el delincuente o exigirse a tercero, teniendo el carácter, respectivamente, de pena pública o de responsabilidad civil.

El resarcimiento, en su carácter de pena pública, se exigirá de oficio por el Ministerio Público, en los casos en que proceda, y ante la jurisdicción penal (artículo 27 del Código Penal para el Estado de México)). Al respecto, el representante social deberá solicitar la reparación dentro del mismo proceso, para que se imponga como parte de la sanción al condenar al encausado, debiendo sostener la aplicación de esa sanción en sus conclusiones.

La reparación es preferente a cualquiera otra obligación personal que se hubiere contraído con posterioridad al delito (artículo 35 del Código Penal).

Cuando varias personas cometan un delito, la deuda que por concepto de reparación del daño se fije, se considerará solidaria. Artículo 34 del Código Penal).

7.- OBJETO DE LA REPARACION DEL DAÑO

Ya comentamos los casos que comprende la reparación del daño proveniente de delito, conforme lo dispone el artículo 26 del Código Penal del Estado de México, en sus cuatro fracciones, por lo que en obvio de repeticiones innecesarias solo citamos este hecho.

En el caso de la indemnización, implica que si el daño causado no se puede reparar, restituyéndolo al estado en que se encontraba antes de la violación o pagando el precio del mismo, se cubrirá la indemnización pecuniariamente, por el daño moral y material causado.

El daño material es el que sufre el ofendido en su patrimonio o integridad corporal, y la indemnización debe comprender el pago de los daños y perjuicios causados por el mismo.

Se estima que no debe subordinarse la cuantía de la indemnización a la condición económica del responsable, porque puede ocurrir que éste sea insolvente o no tenga la capacidad económica necesaria para resarcir el daño que ocasionó, circunstancias que son ajenas al derecho tutelado.

8.- INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL

El daño moral, es aquel que no afecta directamente, de manera alguna el patrimonio, pero que causa a la víctima un dolor o agravio moral o psicológico en su personalidad. "La naturaleza del daño moral", tal como lo expresa Enrique V. Galli., deriva de la idea de que "El derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si no se considerara importante para proteger valores de afección, bienes inmateriales, por la sola circunstancia de no tener cotización monetaria, en esa forma, el desmedro de los bienes materiales ocasiona daño patrimonial; el ataque a los bienes inmateriales, configura agravio moral".

Sin embargo, el daño moral es difícil de resarcir, su cuantía es difícil de fijarla, por no haber elementos objetivos para la misma, ya que como indica Henoch D. Aguiar: La magnitud del

agravio con la cual debe guardar relación el resarcimiento, dependerá de un estado de conciencia de la víctima, cuyo examen sólo se podrá llevar a cabo por vía indirecta, partiendo de lo externo conocido para inducir lo anterior desconocido; le será necesario al juez, llegar a individualizar, en concreto, el temperamento y el psiquismo del agraviado, la manera normal de reaccionar ante la ofensa, para saber como ésta actuó sobre la conciencia y el afecto que le produjo, y una vez establecido tales hechos, necesitará también fijar la relación entre el daño y los medios pecuniarios indispensables para enjugarlo (sic)".

9.- DECOMISO DE BIENES

Conforme lo establece el párrafo segundo del artículo 22 constitucional, el Juez está facultado para la aplicación total o parcial de los bienes del inculpado, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión del delito, o para el pago de impuestos o multas; así como el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos.

Para la procedencia de la conmutación de penas, se exigirá al condenado la reparación del daño . (Artículo 70 fracción . VI del Código Penal en vigor).

Con todo y las bondades que tiene tanto la ley sustantiva penal en materia de reparación de daño para el Estado de México y la adjetiva correspondiente, con sus lagunas vitales como son la falta de regulación del procedimiento incidental y de la proposición de prever el caso de darle al ofendido o causahabientes el derecho de promover ante la competencia civil el juicio de reparación de daño para el caso de incumplimiento del Ministerio Público de hacer valer de oficio la reparación del daño con resultados positivos por motivos de negligencia, dado que se priva a los sujetos positivos del derecho de ser oídos y vencidos en juicio conforme a la norma Constitucional, **considero que en lo general las disposiciones que regulan esta institución jurídica son aceptables, excepto por la contradicción y PROBLEMA DE FONDO que plantea el artículo 36 del Código Penal para el Estado de México que hace en la práctica nugatorio este derecho a la reparación del daño y que trataré más adelante, entre tanto, pasaré a citar las diferentes disposiciones de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México, en materia de Reparación del Daño, para cubrir un panorama respecto a su objeto y contenido general.**

CAPITULO CUARTO.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

En el presente capitulo nos referiremos única y exclusivamente al tema fundamental de la presente tesis, respecto al por que pienso que el articulo 36 del Código Penal para el Estado de México, contiene un precepto que refleja una inconstitucionalidad en su texto, que deriva consecuentemente en un problema jurídico social, y así mismo planteo lo que considero es la propuesta de solución a dicho error normativo; que parte de una legislación secundaria, a violentar la norma constitucional:

En efecto, la idea doctrinaria respecto al objeto de la reparación del daño estriba como ya mencionamos anteriormente en la restitución a la víctima o al ofendido del bien obtenido por el delito con sus frutos o acciones, o bien el pago de su precio si el bien se hubiera perdido o incorporado a otro por derecho de accesión o por cualquier otra causa no pudiere ser restituido; o bien, la indemnización del daño material y moral causado, y en todo caso el resarcimiento de los perjuicios causados, contenido

que recoge el artículo 26 del Código Penal vigente para el Estado de México.

Asimismo, como también ya quedó asentado, el artículo 20 Constitucional señala en su fracción X, párrafo quinto, que: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación de daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y, los demás que señalan las leyes"

Una vez que ha quedado establecido el objeto de la reparación del daño, sobre los casos de su procedencia, así como el derecho constitucional de los sujetos beneficiarios de dicha reparación, como son la víctima o el ofendido, para que se haga efectivo tal derecho, pasamos en seguida al estudio del artículo 36 del Código Procesal Penal vigente para el Estado de México:

Esta disposición expresa a la letra:

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

De la lectura de la anterior disposición normativa penal, observamos su integración conforme a los siguientes elementos:

a).- La existencia de persona (s) con derecho a reclamar la reparación del daño proveniente de delito.

b).- La condición de reclamar ese derecho dentro de treinta días siguientes a un requerimiento formal.

c).- Para el caso que quien tiene derecho a reclamar la reparación del daño se abstenga de hacerlo en treinta días, el importe de la reparación se aplicará en forma equitativa a la procuración y administración de justicia.

Son los incisos b) y c) de los presupuestos anteriores, los que contienen un espíritu atentatorio a la norma constitucional en cita, toda vez que por lo que corresponde al inciso b), el hecho de que el artículo 36 del Código Adjetivo Penal en consulta refiera la condición de reclamar dentro de treinta días la reparación de daño, a partir del día en que se haya producido un requerimiento formal, deja con ello al beneficiario de la reparación del daño en un estado de indefensión, porque la norma, ni el cuerpo de leyes relativo, no precisa a partir de que momento procesal o en que periodo de éste debe producirse el requerimiento formal; así como tampoco indica la forma en que

debe hacerse del conocimiento de la víctima o del ofendido su derecho a ejercitar la acción reparatoria, y ello conlleva a descalificar a los sujetos pasivos del delito con el simple hecho de hacer un requerimiento por cartel o en el tablero de las oficinas del Ministerio Público, y a privarlos consecuentemente del espíritu inveterato de las leyes y del objeto de la reparación del daño proveniente de delito como es la procuración del Estado por hacer efectiva la reparación del daño en favor de los particulares afectados, además de que viola en nuestra legislación Constitucional Federal, los artículos 14, 16 y 20 fracción X, párrafo quinto, por las razones ya anotadas en el capítulo anterior del presente estudio.

Así mismo, como ya apuntamos, el inciso c) de los presupuestos de que trata el referido artículo 36 del citado Código Adjetivo Penal para el Estado de México, sobre el caso de quien tenga derecho a reclamar la reparación del daño se abstenga de hacerlo en treinta días, el importe de la reparación se aplicará en forma equitativa a la procuración y administración de justicia, también violenta el espíritu de las leyes sustantivas y adjetivas penales, que han tenido por objeto hacer efectiva la reparación del daño a favor de los particulares afectados por la comisión de un delito, que ha sido y es la naturaleza doctrinaria de protección a dicho bien tutelado por la norma jurídica, ya que en el caso de la

recuperación de fondos económicos que hace el Estado por la impartición y administración de justicia, esta se efectúa por medio de la aplicación de multas, y hacerse con fin distinto la intervención del Estado como beneficiario subsidiario del pago de la reparación del daño, es claro que esta desnaturalizando el objeto de aquella, por lo cual también viola en perjuicio de la víctima o del ofendido por el delito; las garantías consagradas en los artículos 14, 16 y 20 fracción X, párrafo quinto, salvo que el Estado resultare afectado en forma directa como sujeto pasivo del delito, pues entonces si actuaría como particular.

Vale la pena resaltar, que supuestamente, el legislador trato de subsanar con la reforma de septiembre de año 2000, al redactar el artículo 36 del Código Procesal Penal para el Estado de México, los errores cometidos en el Código Penal vigente en 1999 respecto a la forma en que estructuró el artículo 38 del mismo ordenamiento legal, el cual nos decía en su parte relativa, que consideramos también de inconstitucional, lo siguiente: " SI LAS PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA REPARACION DEL DAÑO, NO LO RECLAMAN DENTRO DE LA INSTRUCCIÓN SU IMPORTE SE APLICARA A FAVOR DEL ESTADO ".

Como se advierte, la intención del legislador al redactar el artículo 38 del Código Adjetivo Penal de 1999, es la misma de la reforma de septiembre del 2000, con la que pretende sustituir al propio Estado como beneficiario de la reparación del daño, en el empleo de tiempos cortos e indefinibles sobre la forma de efectuar un procedimiento eficaz para hacer posible el pago de la reparación del daño a favor del mismo Estado, soslayando formas que resulten a favor realmente de los particulares afectados, y por ello, tal parece estar más interesado el legislador en beneficiar al Estado que a los particulares afectados, el que en todo caso es el responsable de prevenir los delitos, y de procurar y administrar justicia. Obsérvese que en la redacción de este último artículo, el legislador, de manera contumaz quita el derecho a la víctima y al ofendido de obtener la reparación del daño proveniente de delito, si estos no lo ejercitan dentro del periodo de instrucción, para sustituir inmediatamente al Estado como beneficiario de este derecho, que sin embargo, en el afán de privar al particular afectado del pago de la reparación, tampoco en la práctica beneficiaría al Estado, en atención a las múltiples lagunas que se dan respecto a los vacíos procesales para acceder a la reparación, ya que caben al respecto múltiples preguntas que no tienen contestación normativa en esa ley, como; ¿Qué ocurre si la averiguación no fue consignada al Juez por cualquier causa?, ¿ En donde está el supuesto interés del Estado para hacer valer a

favor de la víctima o del ofendido la reparación del daño, si se carece de implantar de oficio y en forma eficaz la reparación del daño para aquellos?, ¿ que sanciones se aplicarían a los Agentes del Ministerio Público encargados de solicitar, probar y evaluar el monto de la reparación del daño y que por negligencia no lo hacen? ¿ En que momento procesal preciso debe requerirse a la víctima o al ofendido para coadyuvar en la determinación, prueba y cuantificación del daño? (averiguación previa, instrucción, juicio, o ejecución de sentencia) ¿ En el caso de que durante la instrucción no se pruebe el monto de la reparación del daño, que caso tiene entonces que el Estado se sustituya a un derecho a pago de la reparación de daño decretado en la sentencia condenatoria penal, si no va hacer efectiva la reparación por no haber acreditado el monto?

Es en consecuencia, evidente, que estos artículos en comento, el 38 del Código Procesal Penal vigente en 1999, y el 36, reformado en el 2000, vigente en la actualidad para el Estado de México, son oscuros e inconstitucionales, como se desprende del texto , pero solamente podremos concluir que es un articulo para interpretarlo a favor del estado, violentado los derechos de las víctimas u ofendidos.

Explicaré el por que considero que se violan las garantías del ofendido. Como se ha señalado en los capítulos anteriores, las personas que tiene derecho a la reparación del daño no tiene, no cuenta o no se les da la característica de parte en un proceso penal, hay que recordar que las partes en el proceso penal se componen por el presunto responsable, y el Ministerio Publico como representante de la víctima y de la sociedad, no así las demás personas particulares que solo podrán coadyuvar con el Ministerio Publico, por lo cual no cuentan con trato directo con el juzgador, si bien es cierto que la víctima u ofendido pueden llegar a apersonarse al juicio, su acción es limitada a la coadyuvancia de que sufrió un daño con motivo del delito y a la cuantificación de éste, por lo que nada puede hacer para la continuación del procedimiento en caso de inamovilidad procesal que termine en la prescripción de la acción penal, o en su caso, de que por haberse decretado un auto de libertad por falta de elementos para procesar, al ser apelado este por el Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado del conocimiento de la causa, el Ministerio Público en Segunda Instancia no elabore los agravios adecuados y en forma oportuna, y la Sala Penal correspondiente del Tribunal Superior de Justicia, confirme la resolución del Juez equivocado que dictó el auto de libertad, en base a la prohibición de suplir la deficiencia de los agravios expresados por el Ministerio Público, de acuerdo con el

artículo 289 del Código Procesal Penal, con lo cual se tiene una posibilidad ilusoria para hacer efectiva la reparación del daño, sin culpa o responsabilidad alguna por parte de los beneficiarios de la reparación del daño.

Por otra parte resulta contradictorio el artículo estudiado (36 del Código Penal Vigente), con el artículo 27 del mismo ordenamiento legal, ya que este artículo nos habla de que la reparación del daño se impondrá de oficio, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma incidental en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales, como podemos observar la reparación se tramitara de oficio, entonces es contradictorio a lo que dispone el artículo 36, por que no es necesario un apersonamiento del ofendido en el proceso penal para el pago de la reparación del daño, por ser el Ministerio Publico un ente facultado par velar por los intereses de la sociedad y de los individuos en forma individual, al manifestarse que se tramitara de oficio es irrelevante un apersonamiento o reclamo de tal pago por el particular beneficiario, además porque el precepto en comento choca con lo preceptuado en el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México vigente en septiembre de 2000, respecto a los derechos que tiene la víctima o el ofendido de algún delito, ya que la fracción IV de dicho artículo dice a la letra:

El ofendido tendrá derecho a que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación. Como comentario adicional, nótese las imprecisiones del legislador, respecto a que el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación, si ha emitido una sentencia condenatoria, sin que aclare a qué o como condena a un determinado pago en el supuesto que no se haya cuantificado el monto de la reparación y si se dejan a salvo los derechos de los beneficiarios para que los hagan valer en la vía civil.

Igualmente, y por lo que corresponde al pago de la reparación del daño por parte de los padres, o tutores, a las víctimas o a los ofendidos por una conducta antisocial de los menores bajo su patria potestad o custodia, también resulta sin eficacia jurídica, en atención de que la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores del Estado de México, en vigor desde el 25 de enero de 1995, presupone un acuerdo previo (artículos 75 y 76) entre la víctima o el ofendido, y el defensor o padres o tutores del menor infractor para hacer valer el derecho a la reparación, acuerdo que tendrá el carácter de Título Ejecutivo para el caso de incumplimiento, y si las partes no llegan a un acuerdo, se dejarán a salvo los derechos del afectado para que los haga valer ante los tribunales civiles; sin embargo en la

práctica, resulta que por el hecho de encontrarse el albergue temporal juvenil localizado en el Estado de México a unos kilómetros de la ciudad de Toluca, capital del Estado, los beneficiarios de la reparación no asisten por la pérdida de tiempo y gastos que implica asistir al lugar, sin que tengan la seguridad de obtener algún acuerdo favorable y certeza del cobro, y más aún, en iniciar un largo y costoso juicio sobre reparación del daño, en que también no existe la seguridad de solvencia económica de los demandados, así como que el pago de la reparación del daño no influye en las decisiones del Consejo, y con ello sería ilusorio un pago de la reparación del daño eficaz.

Por otro lado, el artículo 162 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala en su fracción II, que en todo proceso penal, el ofendido por algún delito tendrá derecho a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, de igual forma en el mismo artículo pero último párrafo nos señala que el ministerio público realizará las promociones conducentes a la obtención de los derechos del ofendido por el delito, y el órgano jurisdiccional dictará las providencias encaminadas al mismo fin, como observamos el Estado le da al Ministerio Público una facultad de tutelar los bienes de la víctima u ofendidos pero cuando trasladamos esta facultades al artículo 36 del Código Penal observamos que este

artículo traspasa la esfera tutelar del Estado, y en vez de salvaguardar los intereses de la víctimas impone un plazo a su favor en caso que los ofendidos no reclamen un derecho que les consagra la constitución en su artículo 14 primer párrafo que a letra dice:

ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL: A NINGUNA LEY SE DARA 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 con las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Como se desprende del presente artículo constitucional al ofendido se le priva de un derecho, llámese pago de la reparación del daño por no haberlo reclamado dentro de los treinta días siguientes de haber sido requerido, como ya lo hemos expresado el artículo 36 nunca nos habla del tiempo en que se deberá reclamar el pago, volviendo este tiempo engañoso para las víctimas u ofendidos y en general para toda la sociedad, en vista de que cualquiera de sus miembros tiene latente la

imposibilidad por causas ajenas a su voluntad de hacer efectivos sus derechos al pago de reparación del daño proveniente de un ilícito penal, toda vez que tal requerimiento se hace en la etapa de averiguación previa o dentro del proceso, y es contradictoria a los artículos que nos señalan los derechos del ofendido para que el estado tutele sus derechos al pago de la reparación de daño que según el artículo 27 del Código Penal se hará de oficio, por otra parte si este requerimiento se hace cuando el juzgador emite su resolución definitiva, se estará contradiciendo con el artículo 105 del mismo ordenamiento legal, ya que una sentencia que causa ejecutoria prescribe en diez años, dando posiblemente en este caso, exceso de tiempo a los beneficiarios particulares de la reparación del daño para hacer valer su derecho.

En tales condiciones, como ya se apuntó anteriormente, el artículo 36 del Código Penal vigente, hace nugatorio de hecho el derecho de las víctimas o de los ofendidos a acceder con seguridad al pago de reparación del daño tanto por la intención manifiesta del legislador de darle interés al Estado para que cobre sustitutivamente el pago de la reparación, desalentando con ello al particular para este cobro, y desnaturalizando el objeto de la antigua pero permanente creación de esta institución, como también por las lagunas e imprecisiones que contiene la ley para lograr el propósito, sobre

todo si la reclamación de los particulares se tiene que hacer en tiempos tan cortos, sin perjuicio de los casos legales existentes por causas ajenas a la voluntad de los beneficiarios particulares, en cuyo caso, se estaría en la presencia de la violación a la norma constitucional que nos ocupa, ya que la autoridad ministerial es la única responsable de ejercer esta acción, y si se deja de hacerlo conculca en perjuicio de los beneficiarios la garantía invocada, y por ello contraviene igualmente lo dispuesto en el artículo 20 fracción X, cuarto párrafo, que dice que la víctima o el ofendido tendrá derecho a la reparación de daño cuando proceda, conculcándose en perjuicio de aquellos consecuentemente los aspectos de seguridad y legalidad de la garantía invocada, y fundamentalmente el de ser privados de su derecho sin que exista un mecanismo legal que asegure la garantía de audiencia, como presupuesto de vencimiento en juicio en que se cubrieron todas las formalidades procedimentales de fondo y forma.

CONCLUSIONES:

Para terminar el presente trabajo, haré una breve exposición sobre lo que me pareció mas importante del tema a modo de conclusiones, en ánimo de pretender haber cubierto lo esencial, pero también consiente de que tengo mis correspondientes fallas debido a la amplitud del tema y la inexperiencia del suscrito exponente, por lo que paso enseguida a desarrollar las conclusiones en mención:

1.- Como ya quedó expuesto en el capítulo primero, la sociedad primitiva se encontró en la necesidad de limitar la reacción privada, buscando atenuar la venganza como medida de reacción al daño causado por el delito, es decir, que el agresor responde del hecho o del daño con una reparación materialmente igual por lo que solo se afecta al autor, en la misma proporción que éste afectó a la víctima, figura que se conoce como el Talió. Así mismo, otra figura empleada como antecedente de la reparación del daño es la Composición, la cual tiene como elemento básico el resarcir a los afectados por el delito mediante una compensación económica otorgada por el ofensor, como

solución pacífica que impone el grupo social al que pertenecen las partes, en el interés de mantener un orden interno, y es a lo largo del tiempo en que evolucionan las sociedades y se va perfeccionando su organización, que cuando aparece el Estado, este tiene entre otras funciones la de administrar justicia y se encarga de la aplicación de las penas ante los delitos cometidos, ocupándose de la reparación del daño a los afectados; y se distingue en el antiguo oriente, por primera vez, como sanciones pecuniarias, la reparación del daño que es destinada a las víctimas u ofendidos, con un pago mas hecha al fisco por concepto de multa.

2.- En la edad media, y en el mundo conocido como de cultura occidental, la sustancia y procedimientos en materia penal, sufre una severa desnaturalización y represión a los supuestos sujetos activos de un hecho delictuoso, dado que la finalidad de la citada represión no fue vengar el daño causado al ofendido, a sus familiares, o al grupo social, sino vengar las supuestas ofensas causadas a Dios, por lo que la mayoría de las penas tenían carácter espiritual, imponiéndose generalmente la penitencia como desagravio al pecado, pero se llegó a desconocer la práctica de la sanción de reparación del daño, y solo a partir del llamado siglo de las luces, se inicia un movimiento cultural laico y de libre pensamiento y expresión del mismo, que influye en

mucho en la investigación científica, aún carente de una metodología rigurosa sobre la comprobación de hipótesis, que ayuda a iniciar la comprensión de estudios relacionados con el delito, el delincuente y la pena, en los que se incluye en esta última el rubro relacionado a la reparación del daño, no obstante ello, el caminar por los estudiosos del derecho y los legisladores sobre este campo ha sido lento, pero es posible que ahora, en tiempos relativamente cortos se consigan avances significativos, al menos en México, con el inicio en este nuevo milenio del inicio de una práctica democrática.

3.- La práctica en México respecto a la aplicación sobre lo legislado en la materia de reparación del daño ha sido sumamente escasa, de manera que de hecho ha sido nugatorio el derecho relacionado con la materia que tratamos, en vista de que han concurrido diversos factores que inciden en ello, como por ejemplo.

a).- La falta generalizada de interés de la institución del Ministerio Público, por hacer efectivo el derecho de la víctima o del ofendido a la reparación del daño.

b).- La corrupción imperante en México por parte de muchos encargados de encausar la ley sobre el acceso efectivo a la reparación del daño.

c).- Como consecuencia también de lo dicho en el punto inmediato anterior, se advierten los numerosos casos de impunidad cuyo origen es el de la ilegal influencia política y el ejercicio del poder económico, respecto a los sujetos activos del delito con capacidad de practicarlos.

d).- El costo que representa para la víctima o el ofendido el ejercer su derecho a la reparación del daño, sin que tengan la seguridad de lograr su propósito por la intervención de diversas causas ajenas a su voluntad, como negligencia de sus patrocinadores jurídicos, falta de conocimiento legal, insolvencia de los sujetos activos del delito o de los terceros obligados a cubrir la reparación del daño, falta de interés del Ministerio Público, agravios mal expresados por esta última institución citada ante las Salas del Tribunal Superior de Justicia y en donde no se suple la deficiencia de la queja, etc.

4.- Inconstitucionalidad de normas jurídicas en México, respecto a la reparación del daño, como es el caso del artículo 36 vigente en el Código Penal para el Estado de México, que dificulta aún más el ejercicio los principios de justicia y equidad en relación al pago de la reparación del daño, por encontrarse chocando el interés indebido del Estado respecto a este rubro con el de los

particulares, ya que como quedo expresado, la sanción pecuniaria que debe corresponder al Estado como consecuencia de la comisión de un delito, es la aplicación de multas y no de la reparación del daño, cuyo pago debe ser preferente a los particulares en caso de insolvencia relativa de los sujetos activos del delito, en atención a que es el Estado el obligado a proporcionar seguridad y justicia a los ciudadanos, y evitar la justicia por propia mano, sustituyéndola por la compensación económica.

5.- En el esfuerzo del legislador sobre como alcanzar una estructura mas amplia y funcional sobre la reparación del daño, me parece que deben contemplarse las siguientes acciones: formas de obtener información para consensar la mejora del rubro sobre reparación del daño proveniente de hechos ilícitos y complementarios como las excluyentes de delito y de responsabilidad, con excepción de la legítima defensa por ser causa de justificación; contrastar los factores negativos de ineficacia con los positivos.- : Capacitar a los legisladores en estudios profundos sobre la materia para que puedan actuar en consecuencia; evitar la corrupción en la procuración y administración de justicia.- Creación de un órgano de fiscalización, y enlace entre el poder público y sociedad para evaluar el correcto funcionamiento del proceso para lograr la

reparación del daño. Intervención de profesionales teóricos integrantes de instituciones de educación superior, de organismos públicos de procuración y administración de justicia, de Colegios del Derecho y encuestas públicas, en debates públicos ante los medios de comunicación, en el inicio del proceso legislativo de consulta pública.

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN:

En base a todo lo expuesto relacionado tanto con la inoperancia jurídica y social del artículo 36 del Código Procesal Penal para el Estado de México, y la anticonstitucionalidad del mismo, paso en seguida a proponer las siguientes soluciones:

1.- Derogar en todo caso el artículo 36 del Código Penal vigente, por las razones anteriormente mencionadas tanto por que implica una desnaturalización del propósito básico de resarcir a la víctima o al ofendido del daño causado por un hecho delictuoso, es decir a los particulares afectados, y no al Estado, salvo que se le cause daño como persona moral, ya que para la recuperación de gastos de procuración y administración de justicia como es su pretensión, cuenta fundamentalmente con el rubro de imposición de multas; así como también y prioritariamente, por los

argumentos ya esgrimidos respecto a la anticonstitucionalidad de la norma jurídica en mención, esto es del artículo 36 del Código Penal para el Estado de México.

2.- Es conveniente tanto para la sociedad en general a fin de gozar con una normatividad justa y coherente, así como para la actuación del poder público en el rubro de la reparación de daño, la propuesta de una reforma legislativa relacionada que abarque los siguientes puntos:

a).- Aclarar el fin y objeto de la reparación del daño provenientes de hechos ilícitos, o de causales excluyentes del delito o de la responsabilidad, con excepción de la legítima defensa, por ser una causa de justificación, el estructurar la normatividad relacionada con dicha reparación del daño.

b).- Precisar quienes son sujetos obligados al pago de la reparación del daño y quienes son los beneficiarios de éste.

c).- Definir los procedimientos sobre la obtención de la reparación del daño, ante los sujetos activos del hecho delictuoso o de causas excluyentes del delito y responsabilidad, con excepción de la legítima defensa, así como para los terceros

obligados (y el caso especial de los padres o tutores de los menores infractores).

d).- Precisar los casos de prescripción de la acción y de la sanción penal respecto a la reparación del daño.

e).- Delimitar lo relacionado a las acciones de pago de reparación del daño en las competencias penal y civil.

f).- Tratar sobre la reparación del daño en los conflictos de leyes en el espacio (competencia respecto a tribunales y leyes de Estados Soberanos diferentes).

Las propuestas anteriores las considero esenciales de tomarse en cuenta por los legisladores de los estados federados de nuestra federación y de esta misma, en vista de que a lo largo del camino de sus intervenciones en la legislación de esta materia en nuestro país, se ha tratado de mejorar el rubro correspondiente a la reparación del daño proveniente de hechos delictuosos, y en este intento, también ha habido retrocesos de los legisladores como es en el caso concreto que nos ocupa, sin embargo, no se niega la preocupación general de aquellos por mejorar la legislación correspondiente en las diferentes competencias, y consecuentemente el avance que se ha tenido sobre el particular, de manera que actualmente diversas legislaciones estatales, así

como la misma federal, han cubierto algunas lagunas considerando el fin del derecho, es decir, procurando normas justas. Sin embargo, creo que no se ha cubierto una estructura completa en este esfuerzo, y así tenemos por ejemplo, que el Código Federal de Procedimientos Penales menciona lo siguiente:

Artículo 136.- En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público: fracción III.- "Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño.

Artículo 138 segundo párrafo: " También se sobreseerán los procedimientos concernientes a delitos culposos que solo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones de los comprendidos en los artículos 289 y 290 del Código Penal, si se cubre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido y el inculpado no haya abandonado a aquellas ni haya actuado hallándose en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes o psicotrópicos. Lo anterior no se concederá cuando se trate de culpa que se califique de grave conforme a la parte conducente del artículo 60 del Código Penal.

Artículo 141 fracción V, segundo y tercer párrafo: " En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a :

"En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio de aquel, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculcado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación del daño.

En todo caso, el Juez, de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso, a manifestar en este lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en éste artículo."

Artículo 365.- "Tienen derecho de apelar el Ministerio Público, el inculcado y su defensor, así como el ofendido o sus legítimos representantes cuando hayan sido reconocidos por el Juez de primera instancia, como coadyuvantes del Ministerio Público, para efectos de la reparación de daños y perjuicios. En este caso, la apelación se contraerá a lo relativo a la reparación

de daños y perjuicios y a las medidas precautorias para asegurarlas.

Artículo 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;...

Artículo 468.- Iniciado el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes:

I.- Cuando el responsable se hubiere sustraído a la acción de la justicia.

III.- Cuando enloquezca el procesado, cualquiera que sea el estado del proceso.

Artículo 489.- La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, debe ejercitarse por quién tenga derecho a ello ante el tribunal que conozca de la penal; pero

deberá intentarse y seguirse ante los tribunales del orden común, en el juicio que corresponda , cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intente fuere un particular. Esto último se observará también cuando, concluida la instrucción, no hubiere lugar al juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil.

Cuando promovidas las dos acciones hubiere concluido el proceso sin que el incidente de reparación del daño este en estado de sentencia, continuará conociendo de él el tribunal ante quién se haya iniciado.

Artículo 490.- A la falta de disposición expresa de éste Código, en la tramitación de los incidentes sobre reparación del daño exigible a persona distinta del inculpado, supletoriamente se aplicará , en lo conducente o en lo que determina la ley, el Código Federal de Procedimientos Civiles. Estos incidentes se tramitarán por separado. Las notificaciones se harán en la forma que señala el capítulo XII del Título Primero de este Código.

Artículo 491.- Si el incidente llega al estado de alegar antes de que concluya la instrucción, se suspenderá hasta que el proceso se encuentre en estado de sentencia, la que se

pronunciará resolviendo a la vez sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado, produciéndose los alegatos en la audiencia del juicio penal.

Artículo 492.- En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo 468, se continuará la tramitación del incidente hasta dictarse sentencia.

Artículo 493.- Las providencias precautorias que pudiere intentar quién tenga derecho a la reparación, se registrarán por lo que dispone el Código Federal de Procedimientos Civiles, sin perjuicio de las facultades que las leyes conceden al Fisco para asegurar su interés.

Artículo 532.- El Ministerio Público solicitará de los tribunales que, para los efectos del artículo 37 del Código Penal, se envíe a la autoridad fiscal que corresponda, copia autorizada de la sentencia en que se condena a la sanción pecuniaria, para que se haga efectivo su importe.

Artículo 533.- Efectuado el pago de la sanción pecuniaria, en todo o en parte, la autoridad fiscal, dentro del improrrogable término de tres días, pondrá la cantidad correspondiente a la reparación del daño a disposición del

tribunal, el que hará comparecer a quién tenga derecho a ella para hacerle entrega inmediata de su importe. Como observación en éste artículo, se advierte que el Estado da indebida preferencia al pago de la sanción pecuniaria relativa a la multa, y el sobrante si se da es para el pago de la reparación del daño, cuando esto debe ser lo contrario, ya como se sabe, el origen de la reparación del daño es para evitar que los afectados se hagan justicia por propia mano, y con el pago de la reparación del daño se tenga un hecho compensatorio).

Así mismo, me ha llamado la atención, la legislación procedimental penal vigente en el Distrito Federal, que también cubre parcialmente un plan jurídico estructural sobre las necesidades y propósitos en justicia y equidad, respecto al equilibrio de cobro y pago de la reparación del daño, pero que tampoco agota las previsiones necesarias que requiere un plan jurídico legislativo de tipo estructural, por lo que creo también interesante transcribir las disposiciones fundamentales de tal legislación:

Artículo 2.- Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

III.- Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal.

Artículo 9.- Las víctimas o los ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho:

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

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

XII.- A ser restituidos sus derechos cuando estos estén acreditados.

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

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

XIV.- Solicitar la reparación del daño en los términos de éste Código;

Artículo 35.- Cundo haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva dicha reparación, el Ministerio Público,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el ofendido, o la víctima del delito, en su caso, podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes.

Para que el Juez pueda dictar el embargo precautorio bastará la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida. A menos que el inculpado otorgue fianza suficiente a juicio del juez, este decretará el embargo bajo su responsabilidad.

En lo relacionado al incidente para resolver sobre la reparación del daño exigible a terceras personas, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal refiere su contenido del Artículo 532 al 540, dentro del cual se marca la competencia, el tiempo de solicitud, que procede a instancia de parte ofendida contra las personas que marca el Código Penal, la forma de efectuar los procedimientos, medidas precautorias y la forma de apelación del fallo sobre la reparación del daño.

Resta ahora, que se realice un plan realista sobre la estructura y funcionalidad de un quehacer legislativo en nuestra república para alcanzar el fin y objetivos sobre la reparación del daño, dentro de un marco jurídico procedimental eficaz, y que por lo que corresponde al Estado de México, se retome un nuevo proyecto que permita una mejor funcionalidad en la estructura.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

BIBLIOGRAFIA

1.- El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo. Traducción J. Ortega Gracia T.I Edito. F Góngora y Caa. Madrid 1980 pp 172 y 173.

2.- Gonzáles de La Vega, Derecho Penal Mexicano, parte general, 13a edición, edit. Porrúa S.A., México 1987, pp. 118-141

3.- Derecho Penal Argentino. T.I., parte general, Edit. Bibliografica Argentina, Buenos Aires, 1978, pp 726

4.- Cfr. T Tena Ramírez, Leyes Fundamentales de México, 1800-1976, 7ª edición, Edit. Porrúa S.A., México 1976. pp. 34-35

5.- Cfr. A.A. de Medina y Ormachea, Código Penal Mexicano, sus motivos concordancias, y leyes complementarias. T.I. (Imprenta de Gobierno, en palacio México 1880) pp. 213- 257

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6.- Ignacio Burgo, Las Garantías Individuales, 4ª Edición, editorial Porrúa S.A., México 1985, pp. 554- 557

7.- Cfr. Derecho Procesal Civil y Penal T.II, derecho Procesal Penal, traducción Santiago Sentís Melendo (Edic. Jurídicas Europa- América. Buenos Aires 1971) pp. 51

8.- CFR G Bettiol, derecho Penal. Parte General (4ª Edición, edit Tenis. Bogota 1965. pp. 747- 756

9.- CFR: La Responsabilidad Civil en el Proceso Penal, E Hernández Henríquez, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, año 1979, Num. 3-4, Madrid, España pp. 531- 533.

10.- Teoría General del Delito. Trad. Víctor Conde, editorial revista de Derecho Privado, Madrid. 1941,p 72.

11.- Ro. De Pina y R de Pina Vara, diccionario de Derecho. 4a Edición, editorial Porrúa S.A., México 1987, p.132

12.- Citado por R. Carrancá y Trujillo, y R. Carrancá y Rivas. Código Penal anotado, 8ª Edición, editorial Porrúa S.A. México 1980, P. 52.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 13.- Código Penal Anotado. Ob. Cit. p. 54
- 14.- Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, 3ª edición, editorial Porrúa S.A, México 1974 p. 447.
- 15.- Vid R. Carrancá y Trujillo y R. Carrancá y Rivas, la participación delictuosa, doctrina y ley penal, editorial Stylo, México 1978, p.447
- 16.- Victimología T XXVI, editorial Bibliografica Argentina, S.R.L. Buenos Aires 1978, p. 689.
- 17.- El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño, 7ª Edición, editorial Porrúa S.A., México 1994, p. 10
- 18.- Curso de Derecho Procesal Penal, 3ª Edición, editorial Porrúa S.A., México 1987, p. 57
- 19.- Q. Islas y r. Ramírez, el Sistema Procesal Penal en la Constitución, 3ª Edición, editorial Porrúa S.A., México 1994, p.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

20.- La función constitucional del Ministerio Público, temas y problemas de la administración de justicia en México, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México 1992, p. 107

21.- El Procedimiento Penal en México, 7ª Edición, editores Mexicanos Unidos S.A., México 1992, p. 62

22.- T. Arillas Báz, El Procedimiento Penal en México Ob. Cit. pp. 186 y 187

23.- El Ministerio Público en México, 7ª Edición, editores Unidos S.A., México. 1990, p. 110

24.- Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones, Vol. I, traducción José M. Cajica Jr, Editorial José M. Cajica JR, Puebla, Puebla, 1978, p. 268.

25.- Cfr, El Ofendido por El Delito y la Reparación del Daño, 7ª Edición N.I México, 1994, PP. 69 y 70.

26.- Cfr. G. Bettiol, Derecho Procesal Penal, parte general, traducción Dr. José León Payano, editorial Temis, Bogota Colombia 1989, pp. 262 y 263.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

27.- A.R. vela. La Reparación del Daño Penal, Revista Jurídica Veracruzana, T XIII, numero 2, Xalapa. Veracruz, Marzo y Abril de 1968. p. 141

28.- M. Rivera Silva. El Procedimiento Penal. 9ª Edición, editorial Porrúa, S.A. México 1978. p. 202

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

1.- Código Penal para el Distrito Federal, México, Enero del 2001.

2.- Código Procesal Penal para el Distrito Federal, México, Enero del 2001.

3.- Código Penal Federal, México, Febrero del 2001.

4.- Código Federal de Procedimientos Penales, México, Abril del 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN