

SINÓPSIS DE PROCESO CIVIL RESARCITORIO DEL DAÑO PROVENIENTE DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA *

Mtro. Jorge Alberto SILVA

Profesor de carrera

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

DEDICATORIA:

Con mi más grande respeto
al maestro Dr. FERNANDO FLORES GARCÍA
alma intranquila en la ciencia del derecho,
apasionado en sus virtudes y admirado por sus
calidades y el que aún no ha recibido el
homenaje merecido

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN AL PROCESO CIVIL RESARCITORIO

1.1. EL CONFLICTO COMO SUPUESTO Y SU SOLUCIÓN

a) *Relación material sustancial.* En el área de estudio que venimos desarrollando, los pretensores normalmente afirman estar bajo la tutela de una norma de carácter sustancial.

Si el Ministerio Público pretende que al penalmente demandado se le condene a “x” pena de reclusión, normalmente afirmará, que su pretensión se funda en el *ius puniendi*, es decir, una norma material sustancial. Algo similar ocurre con el que se dice titular o representante del titular del derecho civil al resarcimiento del daño que se ocasionó con motivo del delito, quien también apoyará su pretensión en una norma material sustancial.

Aunque el estudio de la norma material sustancial no corresponde al estudio del derecho procesal, el estudioso de esta última rama no ha de perder de vista que el dato fáctico (*causa petendi*) en que se apoya la pretensión, puede engendrar, no sólo consecuencias meramente penales, sino también civiles en su estricto sentido y aun de otro tipo (v. gr. familiares, laborales, agrarias, fiscales, etcétera).

* Estas notas han sido diseñadas para servir de mero apoyo didáctico en mis cursos de derecho procesal penal y forman parte de una unidad que será integrada a un libro de texto que espero algún día pueda ver la luz.

Las relaciones jurídico materiales también son diferentes. No es lo mismo que el Estado figure como acreedor en la relación Estado-delincuente, a que sea el ofendido el titular o acreedor del derecho a que se le pague el daño. En un caso, la relación es puramente penal, en tanto que en la otra es meramente civil.

En el caso de la relación civil material encontramos al acreedor y al deudor como sujetos de la relación.

Nuestras leyes ofrecen alguna variedad de éste tipo de normas esencialmente patrimoniales. Así, por ejemplo, nuestra ley penal establece que la reparación del daño comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el precio de la misma; asimismo, la indemnización del daño (tanto material como moral), así como los perjuicios ocasionados (artículo 30 CP).

Se establece a la vez que cuando a consecuencia de ciertos delitos sexuales resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de los alimentos para estos y para la madre, en los términos que fije la ley civil (artículo 276 bis CP).

Anteriormente (especialmente bajo la vigencia de las leyes canónicas) en los casos de estupro, el estuprador debía casarse con la estuprada o dotarla, regla que prohibió el Código Penal de 1870.

b) *Solución de los conflictos.* Al afirmar una persona ser titular de algún derecho subjetivo material y encontrándose con la resistencia de quien se afirma que es el deudor, surge el litigio, entendido éste, como el conflicto de intereses jurídicamente trascendente, calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro.

Recuérdese que el conflicto de intereses, no surge con el proceso, sino que es supuesto de éste, y como supuesto de éste, el conflicto es metaprocesal. Siendo el proceso, sólo uno de tantos medios de solución.

Siguiendo el conocidísimo estudio que hiciera Alcalá-Zamora sobre los medios de solución de los conflictos, la conflictiva puede ser resuelta por los sujetos mismos o por un tercero extraño a la contienda.

Si son las partes las que imponen la solución, esta puede ser egoísta (autotutela o autodefensa), o altruista (autocomposición).

Mencionemos como ejemplo de autodefensa, el derecho del dueño del hotel para tomar las cosas del huésped, y garantizar lo que éste le debe (artículo 2669 CC), o los casos de renuncia, reconocimiento o transacción como figuras autocompositivas, y mismas que pueden darse dentro o fuera del proceso.

En realidad, estas figuras autocompositivas, resultan más aceptables, cuando al particular ofendido se le otorga mayor disposición sobre el proceso (como es el caso de los delitos de querrela), que cuando se le niega.

Ejemplo: la persona dañada en accidente vial (daño en propiedad ajena) puede renunciar a su derecho a que se le pague el daño sufrido. Igualmente, el ofendido en el abuso de confianza, puede celebrar convenio con el deudor, para que éste le pague poco a poco y tal vez menos, la cantidad de que dispuso.

En la medida en que se niega en el proceso la disponibilidad, en esa medida, también se niega la posibilidad de solucionar los conflictos por vía autocompositiva. Esto suele ocurrir en nuestro sistema vigente, con aquellos delitos que se persiguen oficiosamente y no a instancia de parte.

Nuestro sistema legal, a diferencia de otros, al confundir pago del daño con pena, confunde las características y peculiaridades de una y otra norma sustancial así como uno y otro proceso.

Esta confusión entre pena y resarcimiento del daño ha impedido (que fuera de los casos de delitos de querrela) se impida la solución vía convenios.

A nuestro parecer deberían estimularse los convenios no sólo por la economía procesal, sino por ser más rápida y tal vez justiciera para la solución de necesidades.

Si acaso se piensa que con el convenio se darán facilidades a la audacia e inteligencia del deudor en menoscabo de los derechos del torpe y desesperado acreedor, pues entonces, que se exija la homologación judicial del convenio, similar a lo que ocurre con los convenios de divorcio voluntario.

Existen países (incluyendo al nuestro en los viejos códigos), donde aun cuando el delito se persigue oficiosamente, no se establece que la reparación civil tenga el carácter de "acción pública", sino que se le deja al acreedor civil, la posibilidad de promover o no la "acción civil derivada del delito", es decir, de disponer de la misma. En consecuencia, si se propicia la disponibilidad, el acreedor podrá solucionar el conflicto por la vía autocompositiva.

Comentario especial merecen aquellos códigos que como el penal para el Distrito Federal (artículo 34) establecen que cuando el acreedor "renuncie" a la reparación el importe se aplicará al Estado, sobre todo, porque en este caso no se soluciona el conflicto, ni se libera al deudor de la obligación, pues sólo se sustituye al acreedor. Es decir, no se trata de verdadera renuncia (solucionadora de conflicto), sino de cesión de derechos, según disposición de la ley.

Como sea que se vea, éste precepto lleva al máximo la penalización del pago del daño, pues aun cuando se renuncie al pago, tal renuncia no produce el efecto de liberar al deudor del pago, dado que el único efecto es la sustitución del acreedor.

c) *Necesidad del proceso*. Dejamos anotado, que los conflictos se solucionan por las partes mismas o por tercero extraño. Este tercero extraño puede ser un árbitro o un juez.

Aunque ya en otra parte habíamos dicho que la solución de los conflictos meramente penales sólo admite al proceso y no al arbitraje, no podemos decir lo mismo a propósito de los conflictos civiles surgidos con motivo de un delito. De manera que nosotros no opondríamos reparo a la ley secundaria que lo permitiera, ya que actualmente, bajo la vigente ley, esto no parece ser posible cuando el deudor es el imputado penal.

En cuanto al proceso, ya es sabido que éste es un medio de solución de conflictos y a nuestro parecer el más importante dentro de los medios de heterosolución.

Un cuestionamiento importante, es saber si para resolver el conflicto civil derivado del delito opera el principio de necesidad del proceso. Esto es, ¿es el proceso el único medio que establece nuestro sistema para solucionar los conflictos civiles derivados del delito?.

Ya en el campo penal existe el consenso, según el cual, los conflictos de naturaleza penal, sólo pueden ser solucionados mediante el proceso, no así tratándose de los derivados de la responsabilidad civil originada con motivo del delito.

En el código penal de 1870 (artículo 313) se facultó a los jueces para que procuraran que el monto y términos de pago se fijaran por convenio interpartes. Es decir, se estableció el principio contrario a la necesidad del proceso, pudiendo entonces las partes, recurrir a medios autocompositivos.

La ley vigente no contempla esa disposición del código de 1870, quedando para resolver la duda, sólo la interpretación sistemática o la integración.

Hemos encontrado, que ha sido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la que en dos posiciones ha resuelto sobre el particular, de manera contradictoria, pero por "unanimidad" cada uno de esos casos.

En un primer caso o posición sostuvo que en atención al convenio habido entre partes (acusado y Seguro Social) "borra las características de la reparación del daño", es decir, que no se puede condenar.¹

En el segundo caso o posición, resolvió que las cuestiones correspondientes al pago del daño, son indisponibles, y por lo tanto son nulos los convenios entre ofendido y acusado, y debe condenársele.²

En realidad, no encontramos en los argumentos contradictorios de la Suprema Corte de Justicia, alguno que cuando menos haga referencia

¹ Cfr. AD 887/56, 1a. Sala, *Informe 1956*, pág. 78.

² Cfr. AD 3729/62, 1a. Sala, *Informe 1964*, pág. 46.

a los medios de solución de los conflictos, al principio de necesidad del proceso, o algún otro argumento lógico.

En realidad, este tipo de decisiones de nuestra Suprema Corte, son mas producto de la intuición, que de estudio razonado.

A nuestro parecer, advertimos que constitucionalmente no existe prohibición alguna para que éste tipo de conflictos puedan ser solucionados por las partes mismas o por un tercero; es decir, no existe la obligación de recurrir en exclusiva al proceso jurisdiccional, como medio de solución de conflictos diversos al estrictamente penal.

Es más, aún después de la Constitución de 1917, aún hasta el año de 1932 (15 años) en que apareció el código que asimiló al pago del daño con pena, las cuestiones patrimoniales derivadas del delito, se podían solucionar sin necesidad del proceso.

Por nuestra parte, a título de recomendación sostenemos la viabilidad de instituir la conciliación desde el inicio del enjuiciamiento, con la finalidad de lograr un convenio interpartes en lo civil. Resuelto o eliminada la pretensión civil delictual, solo queda (en su caso) la pretensión penal.

En lo que hace a las leyes secundarias, éstas no dan una respuesta cabal a nuestro problema. No obstante, debido a la disparatada declaración que establece que "la reparación del daño es una pena pública", equiparando así una sanción meramente penal con una civil, parece en principio establecerse el principio de necesidad del proceso.

Pese a ello, seguimos pensando, que en la medida que al presunto ofendido se le dé la posibilidad para disponer del ejercicio de la acción (a través de la querrela), en esa medida, también habrá posibilidad para solucionar los conflictos por medios diversos al meramente procesal.

Obsérvese que en los llamados delitos de querrela, la promoción de la acción depende de la querrela del presunto ofendido, y que incluso, si se promueve la acción, el presunto ofendido puede dar por terminado el proceso, al revocar la querrela, impidiendo que continúe ejercitando la acción.

Pero además, dejar que hasta la sentencia se solucione un conflicto, ello implica retrasar la satisfacción de los acreedores, quienes si por ejemplo fuesen acreedores alimenticios, tendrían que morir o (si corren con suerte) esperar hasta que se pronuncie sentencia.

A nuestro parecer, la idea del legislador secundario, fue la de introducir mecanismos de solución de conflictos diversos a los meramente procesales. Así por ejemplo, el malogrado artículo 31 del Código Penal

facultó al Ejecutivo para reglamentar el pago del daño causado con motivo de los delitos "por imprudencia", es decir, de solucionar el conflicto, sin necesidad de recurrir al proceso jurisdiccional.

Con fundamento en este artículo, el encargado del poder ejecutivo, expidió el Reglamento del Artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, publicado en el Diario Oficial de 29 de agosto de 1934, para entrar en vigor 60 días después de su publicación. En el Reglamento se estableció que los vehículos sólo podrían circular si poseían "poliza de seguro que garantice la reparación de los daños causados a las personas por imprudencia de sus manejadores". Por desgracia, este reglamento abortó, tomando como pretexto las afirmaciones de diversos sectores, en el sentido de que era inconstitucional. Por ello, el 27 de octubre de 1934 en el Diario Oficial se publicó el Decreto por el cual se aplaza la vigencia del Reglamento del Artículo 31 del Código Penal "por el tiempo necesario para que el Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Gobernación, proceda a estudiar las objeciones a dicho Reglamento y a formular las modificaciones esenciales y de forma que se requieran, para la mayor eficacia del mismo". Pero el caso es que hasta la fecha (más de 50 años después... ¡aún no se ha terminado el estudio...!)

1.2. ACCIÓN Y PRETENSIÓN

Con frecuencia en el foro, e inclusive en muchos escritores, se confunde a la acción con la pretensión.

En realidad, no existe la "acción civil", o la "acción penal". La acción es un concepto procesal puro, desligado de contenido contaminante.

En todo caso, si al concepto de acción se le suma un contenido para enfatizar el tipo de conflicto que se pretende resolver, con ello no variamos el concepto de acción, sino que en todo caso sólo tratamos de simplificar un amplio juego de palabras.

Si queremos enfatizar que se promueve la acción procesal a fin de que se nos resuelva un conflicto de carácter civil, o de carácter penal, podemos simplificar diciendo "acción civil" o "acción penal".

Pero que quede en claro que el agregado no califica a la acción, sino a la pretensión. Así, si se pretende el resarcimiento del daño, a través de la acción se pretenderá tal resarcimiento, o "acción de resarcimiento del daño", más ampliamente "acción civil".

Aludimos a lo anterior, porque multitud de escritores abren sendos párrafos intitulados acción civil proveniente del delito, e inclusive le asignan caracteres especiales a esa "acción", cuando en realidad los caracteres no son de la acción, sino de la pretensión.

González Blanco, por ejemplo, plantea la diferencia entre lo que llama acción civil y acción penal. La acción civil tiene como características el ser privada, patrimonial, contingente, accesorio e indivisible.³

En realidad, esos caracteres corresponden mas bien a la pretensión que a la acción. Mac Lean Estenós, cuando aborda el tema así parece entenderlo, asignándole a tal pretensión los caracteres de patrimonial, contingente y privado.⁴

Aceptada bajo el marco conceptual anterior a la acción civil, que en el caso nuestro sería la acción civil resarcitoria, sigamos adelante.

Gráficamente la acción viene a ser el medio o vía a través del cual se lleva al conocimiento del tribunal la pretensión resistida (es decir, el conflicto), excitándolo tantas veces como sea necesario para que lo resuelva.

Los intereses en la pretensión resarcitoria, tienen, más carácter patrimonial y consisten principalmente en la restitución de la cosa obtenida ilícitamente, o en el pago de la misma; en el pago de los daños materiales y morales ocasionados, así como, en el pago de los perjuicios.

Lo relativo al carácter patrimonial "quiere decir --apuntó Florian-- que representa un derecho patrimonial aun en los casos en que el daño sea puramente moral o el resarcimiento tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción civil (*rectius*, pretensión civil), en verdad, se refleja siempre sobre el patrimonio.⁵

1.3. CONFUSIÓN DE PRETENSIONES (CIVILES Y PENALES)

En la evolución del derecho procesal encontramos que en un primer momento no es posible, ni se atina a ver una diferencia en el actuar y en las sanciones. La misma sanción se podía imponer al delincuente como al deudor.

Al parecer desde el antiguo derecho francés fue donde se logró diferenciar a la pena del resarcimiento del daño; y esto ha sido sostenido en la actualidad por la doctrina.

El actual artículo 34 del Código Penal, rechazando esa ya muy antigua idea, sostiene anacrónica y desdichadamente que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública, lo cual ha provocado justificada reacción entre los estudiosos.

García Ramírez, ha apuntado que la evolución de las instituciones ha diferenciado a la reparación del daño de la pena, y en referencia al

³ Cfr. González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, pág. 56.

⁴ Cfr. Mac Lean Estenós, Percy, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 240.

⁵ Cfr. Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 207.

artículo 34 llegó a proponer en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (1966) que se suprima el carácter de pena pública, "sin perjuicio de que se conceda acción principal, para el mismo efecto, al ofendido y a sus causahabientes". En sus diversas obras, ha afirmado igualmente, que en México se ha marchado "del deslinde a la confusión" y eso "no significa progreso, sino regresión en el desarrollo de las instituciones jurídicas."⁶

En México, solo cabe recordar que la legislación zacatecana, no concibe, ni equipara la reparación del daño como pena pública.

Pero si esta confusión se produce en México, no ocurre lo mismo en otras codificaciones. Citemos por ejemplo el Código del Ecuador de 1938,⁷ o el Propio Código de Justicia Militar en México.

1.4. DESLINDE

No es difícil ver en nuestro medio, que un mismo dato fáctico, pueda servir de base o apoyo a pretensiones y aun procedimientos diversos.

He ahí por ejemplo el contrabando, que sirve de base no sólo al proceso penal, sino también al fiscal; a la tala de bosques, que igualmente da lugar al proceso penal, o al administrativo; al adulterio, que sirve de base para un proceso penal, o a uno familiar de divorcio; y vemos ahora también, que un hecho delictivo, también puede ser aducido como apoyo para implementar procesos con contenidos penales o civiles resarcitorios.

Reflexiónese a éste particular, que la calificación de "penal" no está en la conducta o fenómeno mismo, sino en la sanción. Esto es, no en el supuesto de la norma, sino en la consecuencia.

El adulterio, por ejemplo, como conducta no puede calificarse como penal o civil, sino sólo la sanción que se impondrá, que puede ser penal (reclusión) o civil (divorcio).

Aunque si bien es cierto que el dato fáctico en que se sustenta la pretensión puede ser el mismo las pretensiones son diversas. No es lo mismo pretender la reclusión que el pago al fisco, el divorcio o el resarcimiento del daño.

Igualmente, si enfocamos el estudio al campo del derecho sustancial material, encontraremos que cualquiera que sea el fin que se le desea dar a la pena (retributivo, expiacionista, ejemplificativo o correctivo),

⁶ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La prisión*, págs. 157 a 158 y *Curso de derecho procesal penal*, págs. 185 a 189.

⁷ Tomado de Mac Lean Estenós, Percy, *El proceso penal en el derecho comparado*, pág. 245.

en ninguno de ellos entronca el fin de la reparación del daño, pues no puede considerársele venganza legalizada, dignificación del deudor, ejemplificativa, ni transformadora.

La ilógica confusión de nuestro legislador, ha provocado algunas incongruencias. Adviértase así, que mientras que se establece que la reparación del daño es pena pública y que las penas son intrascendentes, por otro lado se establece que el proceso penal termina (se sobresee) por muerte del imputado, no así "la acción civil" (*rectius*, derecho subjetivo al resarcimiento). Luego entonces, adviértase la diferencia entre pena y resarcimiento.

La Suprema Corte también se vió envuelta en problemas en el caso de delitos fiscales, declarando que en el proceso penal no se debe condenar por el daño, ya que el daño (omisión fiscal) debe ser objeto del procedimiento fiscal.⁸

Aunque no se menciona en la ejecutoria de la Suprema Corte, el artículo 6 de la Ley Penal de Defraudación Impositiva en Materia Federal establece que en los delitos ahí tipificados "no habrá lugar a la reparación del daño; las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivos los impuestos eludidos y las sanciones administrativas correspondientes."

El código militar, sí atinó a diferenciar a la pretensión penal de la civil resarcitoria, a grado tal, que ésta última ni la considera pena (en hora buena), ni la regula.

La especial competencia atribuida a los tribunales militares en el artículo 13 constitucional se refiere en exclusividad a los delitos. Un problema de interpretación consiste en saber, si ese artículo 13 sólo se refiere a los delitos penales, o también comprende a los civiles. Pues si acaso se comprenden estos últimos, el tribunal militar, también será competente para conocer de pretensiones civiles resarcitorias provenientes de delitos militares.

En franca corrección a los errores cometidos por la judicatura penal, la Suprema Corte ha tenido igualmente que sostener forzosamente que "la absolución del inculpado no perjudica al ofendido; pues éste tiene otras vías distintas del amparo para reclamar su derecho ante la autoridad competente).⁹ ¡Pues no que era pena pública...!

Resumiendo, tres son los sistemas conocidos en el tratamiento de la pretensión resarcitoria:

⁸ Cfr. AD 6250/68 1a. Sala, *Informe 1969*, pág. 60.

⁹ Cfr. AD 1265/56 1a. Sala, *Boletín 1956*, pág. 709. Otro: AD 3243/56, 1a. Sala, *Boletín 1957*, pág. 78.

- a) de confusión entre pena y resarcimiento, abriendo un mismo procedimiento (enjuiciamiento único).
- b) de diferenciación entre pena y resarcimiento, tratando las pretensiones en enjuiciamiento separados y tribunales diversos (enjuiciamientos diversos y sede diversa), y
- c) de diferenciación entre pena y resarcimiento, tratando en enjuiciamientos separados pero ante un mismo tribunal dada la acumulación de pretensiones (enjuiciamientos diversos y misma sede).

A nuestro parecer, el tercero de los sistemas es el más aconsejable, pero la realidad legislativa mexicana se aferra a la primera, no estando por demás recordar, que los códigos mexicanos anteriores al vigente, en éste aspecto, resultaron superiores.

Alcalá-Zamora se preocupó por establecer las diferencias entre las cuestiones o intereses propiamente penales y las civiles resarcitorias. Así afirma entre otras las siguientes:

- a) que existe una diferencia en cuanto a los titulares activos y pasivos de la responsabilidad, por tratarse de relaciones jurídico materiales diversas.
- b) que se extinguen de diferente modo.
- c) que la responsabilidad civil es transmisible, no así la penal.
- d) la penal, sólo puede ser ejercitable contra el presunto responsable del delito, en tanto que la otra permite que se proponga contra terceras personas.¹⁰

1.5. INTERRELACIONES

Conviene hacer una pausa para precisar que entre las pretensiones tanto penales como civiles resarcitorias existe una interrelación, en ocasiones estrechamente paralelas o en ocasiones sucesivas.

Las normas sustantivas civiles o penales se entrecruzan en multitud de ocasiones.

Ejemplo: el valor o extensión del daño es nota que ha de influir en el *quantum* de la pena. Por ejemplo, se tomará en cuenta por el tribunal la extensión del daño causado (artículo 52 fracción I CP.), se tomará en cuenta igualmente el valor del daño para la imposición de la pena (artículos 370, 382, 386, CP). Esto significa, que ha de resolverse previamente en torno al daño causado y luego sobre la pena. Resultando así, que la resolución sobre el *quantum* del daño, es un supuesto del *quantum* de la pena.

¹⁰ Cfr. Alcalá-Zamora, Niceto, *Problemas procesales surgidos en causa penal por estafa, falsedad y abandono*, pág. 169 y 170.

En estas interconexiones entre lo civil y lo penal podemos detectar algunas variantes:

a) que la resolución judicial que declara tipificado el delito, es supuesto de la responsabilidad civil proveniente del delito. Se afirma así, que si no hay delito (concretamente conducta delictuosa), no hay responsabilidad civil.

b) que la responsabilidad penal, no es supuesto de la responsabilidad civil. Así, puede ocurrir que no exista declaración de responsabilidad penal, pero sí declaración de responsabilidad civil (v. g. cuando fallece el penalmente responsable o es amnistiado).

c) que la declaración judicial en torno al *quantum* del daño sea el supuesto para establecer el *quantum* de la pena (v. g. en los delitos patrimoniales el tiempo de reclusión, depende del valor de lo dañado), o que del *quantum* del daño dependa o no la concesión de una medida de contragarantía penal (v. g. libertad mediante caución) o que incluso, del *quantum* del daño dependa si se aplica o no sanción penal (recuérdese por ejemplo el robo de famélico).

En los vínculos entre la materia propiamente procesal penal y la procesal civil encontramos los siguientes:

a) que un enjuiciamiento civil pueda llegar a ser suspendido, hasta que sea resuelta una pretensión penal.

b) que un enjuiciamiento penal pueda llegar a ser suspendido o interrumpido, hasta que se resuelva la pretensión civil o familiar, o

c) que el mismo objeto u hecho (*causa petendi*), sea tratado tanto en el enjuiciamiento civil como en el penal para fundar la pretensión debatida en cada uno de los procesos.

El estudio de los primeros dos casos listados, supone el conocimiento de las cuestiones prejudiciales y previas del proceso, en tanto que el tercero, va directamente al proceso civil resarcitorio.

1.6. CONEXIDAD

Deslindados los derechos y pretensiones civiles resarcitorias, respecto de las puramente penales, resulta indudable que entre ambas existe cierto enlace, que en el campo procesal se le conoce como conexión o conexidad.

De las diversas hipótesis que tratan de explicarnos el porqué de la conexión (esto es, de razones o supuestos por los que ha de acumularse), podemos imaginar las siguientes:

- a) que sean comunes o idénticos los sujetos (identidad en las personas),
- b) que sean comunes o idénticas las pretensiones (identidad en las pretensiones),
- ..c) que la vinculación se encadene a un negocio principal (vinculación accesorio-principal), y
- d) que sean comunes o idénticos los hechos o datos fácticos en que se apoya la pretensión (identidad en la *causa petendi*).

Los dos primeros tipos de hipótesis (*eadem personae* y *eadem res*) deben desestimarse en la explicación de la conexión entre asuntos penales y resarcitorios. El primero, porque en la relación material sustancial y en la procesal, los sujetos resultan diversos (Estado-imputado por un lado, y titular del resarcimiento-deudor del mismo, por el otro). En el segundo, porque las pretensiones son totalmente diversas (en un caso se pretende una pena, en otro el resarcimiento civil del daño).

Nos resta para su examen un poco más detenido las últimas dos hipótesis.

a) *Relación accesorio-principal*. Esta relación o vinculación resulta más conocida en enjuiciamientos netamente civiles, como en el caso de demanda principal por el pago de una suma de dinero, más la demanda accesorio por el pago de los intereses devengados.

Si por accesorio entendemos al asunto que depende de otro que se llama principal, esta hipótesis de conexión no es la que explica el porqué la íntima conexión entre el asunto puramente penal y el resarcitorio.

No obstante debe advertirse, que algunos estudiosos consideran a la cuestión civil resarcitoria como accesorio a lo penal. De aquí la importancia de referirnos a éste punto.

Según Florian, "el objeto accesorio puede comprender la relación jurídica patrimonial de resarcimiento del daño (en sentido lato) derivada del delito".¹¹

En México González Blanco llegó a apuntar que "la acción civil derivada del delito, no puede funcionar sino en correlación con la acción penal, y de ahí que por su naturaleza privada se le considere por algunos tratadistas entre ellos Leone y Garraud, citado por Riquelme, y por éste último, el carácter de accesorio de aquéllos."¹²

A nuestro parecer esto es falso. La "acción resarcitoria" (que mejor sería decirle pretensión civil resarcitoria) no es accesorio de la penal.

¹¹ Cfr. Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 53.

¹² Cfr. González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, pág. 55.

Veamos por ejemplo, que aun cuando termine o no se dé la cuestión penal (ya sea por desistimiento del Ministerio Público, indulto, amnistía, no ejercicio de la acción penal, etcétera, ello no impide la apertura del proceso civil resarcitorio (independientemente de quien sea el competente) sin necesidad de que se abra, trámite o resuelva el asunto penal, resulta por consecuencia, que el proceso resarcitorio no es accesorio, sino principal.

b) *Identidad en la causa.* Como ya arriba hemos asentado, el hecho generador o fuente, tanto de la pena como de la obligación de resarcir, corresponde al mismo hecho o causa, tanto en el proceso penal como en el resarcitorio.

La afirmación de que se concretiza cierto delito (*causa petendi*) genera así pretensiones diversas: una pena, el resarcimiento. Es precisamente esta *causa petendi*, la que explica la íntima y estrecha conexión entre ambos procesos.

Ejemplo: el adulterio o el abandono de menores, pueden ser supuestos tanto para la aplicación de sanciones civiles (resarcimiento del daño) o penales (reclusión). No obstante, a pesar de que se trata de diversas sanciones, lo que coincide es la causa. Hay identidad en la causa (*eadem causa petendi*).

En algunas leyes (la argentina por ejemplo), para determinados "delitos", se le da al presunto ofendido el derecho de accionar, no sólo pretendiendo la imposición de la sanción penal, sino también la civil (en la misma sede penal). Tal es el caso del delito de adulterio, cuyos procedimientos no sólo se encaminan a la represión penal, sino también al divorcio, o en el caso de bigamia, que no sólo va hacia la imposición de la sanción penal, sino también a la declaración de la nulidad del primer matrimonio.

1.7. ACUMULACIÓN

Aunque existen varios tipos de acumulación, en especial nos interesa el de procesos y pretensiones, más que el de expedientes o autos.

Ya es sabido que uno de los supuestos de la acumulación es la conexidad, por tanto, no hay más que decir, respecto a la posibilidad de acumular el proceso penal y el resarcitorio.

La acumulación sostiene Carnelutti se hace necesaria porque:

a) se trata del mismo hecho objeto del proceso (la conducta que se dice delictuosa), pues si se tratare éste hecho por separado, puede acarrear la apreciación diversa y contradictoria (principio de certeza), y

b) se da la economía procesal, pues de otra manera habría que trabajar doblemente (principio de economía).¹³

Aunque aceptando estas ventajas, Prieto-Castro también formuló inconvenientes, como "la posible dilación del proceso penal por la adición del tema civil y el riesgo de que favorezca o se perjudique al interesado por la causa de la mayor celeridad con que se lleva la actuación en el orden penal".¹⁴

En nuestro medio, la Suprema Corte de Justicia en el caso de pretensiones civiles y penales, se ha inclinado por la acumulación forzosa.¹⁵

A pesar de que el legislador establezca la acumulación forzosa entre pretensiones penales y civiles resarcitorias, el mismo legislador indica algunas excepciones o hipótesis legales que impiden tal acumulación.

En el sistema jurídico mexicano, nuestro legislador establece que a pesar de la identidad en la *causa petendi* (que es el supuesto para acumular), no procederá la acumulación en los siguientes casos:

a) en el caso de los delitos fiscales, según decisión de la Suprema Corte, y la Ley Penal de Defraudación Impositiva (artículo 6);

b) en el caso de delitos militares, al no estar previstos en tal ley el resarcimiento del daño, e incluso por precepto expreso de la misma;

c) cuando se enderece la pretensión de resarcimiento contra el mismo imputado penal, cuyo proceso penal termine por sobreseimiento (artículo 34 CP);

d) cuando se enderece la pretensión de resarcimiento contra persona diversa a la del imputado penal, y éste haya sido sentenciado (artículo 489 CFPP); y

e) cuando se enderece la pretensión resarcitoria contra persona diversa al imputado, siempre que el proceso penal hubiese terminado por vía anormal (artículo 489 CFPP).

1.8. COMPETENCIA JUDICIAL

Dada la regla general según la cual opera la acumulación por conexidad, queda resolver cuál es el tribunal competente.

a) *Atracción*. No cabe duda que por razón de la materia, originalmente al asunto penal le corresponde al tribunal penal, en tanto que el civil, al tribunal civil; pero dada la conexidad y obligación de acumular las pretensiones penales y civiles resarcitorias, sólo a uno de esos

¹³ Cfr. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. 1 pág. 166.

¹⁴ Cfr. Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal penal*, pág. 141.

¹⁵ Cfr. AD 2970/63, 1a. Sala, *Informe 1964*, pág. 46. Igualmente: Apéndice. 1917-65, 6a. época pág. 516, Sec. I. Jurisprudencia 252.

tribunales le puede asistir el principio de atraktividad o atracción.

A través de la atraktividad, se desplaza un litigio de su sede natural hacia otro para ser resuelto.

El problema de cual de los tribunales (penal o civil) será el que atraiga el asunto, que por naturaleza no le corresponde, ha sido resuelto en favor del tribunal penal.

Se ha llegado a sostener alguna opinión, en el sentido de que el tribunal civil está incapacitado para conocer de la *actio civile ex delicto*, porque si lo hiciera, tendría por fuerza que entrar a “calificar la concretización de un delito”, lo que supuestamente “va contra toda norma jurídica”.

Sin la menor duda, este razonamiento es falso, porque el tribunal civil, familiar o penal, tan puede ser capaz de resolver uno u otro tipo de litigio pues sólo basta que se le asigne competencia. Véase por ejemplo, que en nuestro medio, el tribunal familiar puede resolver sobre la concretización de delitos en casos de divorcio, cuando tiene que examinar las causales previstas en las fracciones IV, XIV, XVI del artículo 267 del Código Civil, sin necesidad, de que un tribunal penal conozca.

A nuestro parecer nos inclinamos por la competencia del tribunal penal, pero por la razón de que en los dos procesos acumulados, el penal ofrece socialmente mayor importancia, que el individual resarcitorio, y no porque uno u otro tribunal sea incapaz o no pueda ser competente para juzgar actos que normalmente no le corresponderían.

Es decir, la razón no está en el tribunal o su competencia, sino en la trascendencia del asunto.

b) *Regulación normativa.* Viendo a los órganos jurisdiccionales penales en México encontramos que el artículo 50 fracción I de la LOPJDF, da competencia a los juzgados de Distrito en materia penal para conocer de los delitos del orden federal e igualmente de acuerdo a su fracción IV, para conocer en amparo de las cuestiones civiles resarcitorias del daño proveniente de delito, mientras que el artículo 71 de la LOPJDF, sólo establece que los juzgados penales tendrán la “competencia que les confieran las leyes”.

Un poco más explícito es el artículo 46 bis 1 de la LOPJDF que le asigna competencia a la Sala Penal del Tribunal Superior, para conocer de los asuntos derivados del juzgado penal, “incluyendo los incidentes civiles”.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia llegó a establecer que la Sala Penal es la competente para conocer del proceso civil resarcitorio y no la Sala Civil.

Una excepción a lo expresado, lo puntualiza la SCJ en el siguiente caso: “si la responsabilidad civil exigible a terceros se apoya en la

teoría del riesgo creado, con total abstracción de su origen que pudo ser o no delictivo, obliga a que la Primera Sala (penal) pronuncie declaración de incompetencia, toda vez que la acción, juicio, sentencia preceptos sustantivos y adjetivos aplicados y la propia autoridad que dictó resolución definitiva pertenece al orden civil.”¹⁶

Si bien esto sólo demuestra negligencia en la reglamentación en parte se salva debido a los efectos que produce la descastada declaración de que la reparación de daño es una pena pública.

c) *Competencia concurrente*. Por último, debemos cuestionarnos acerca de si opera o no la competencia concurrente.

Aunque en principio parece que en exclusividad le corresponde conocer al tribunal penal (salvo en las excepciones previstas), ocurre que por ejemplo de acuerdo con las leyes comerciales, en el caso de libramiento de cheque que no sea pagado por el librado, esto da pauta a abrir dos procesos diversos: uno penal (fraude) y otro mercantil (para el pago). ¿Será éste un caso de competencia concurrente?

La verdad es que sobre la competencia concurrente a propósito de la pretensión resarcitoria, no hemos llegado a una posición definitiva, pero todo parece indicarnos que no es posible.

Bajo la óptica de Rojina Villegas éste se preguntaba si el damnificado puede ocurrir vía sede civil a reclamar la responsabilidad extracontractual. Su respuesta le negó competencia al tribunal civil, y se la afirmó al penal, dado que el asunto tenía como causa un delito y que sólo el Ministerio Público podía iniciar el “incidente” denominado de reparación del daño fundando su posición en: el artículo 489 del CFPP.¹⁷

1.9. REGLAMENTACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO

A nivel constitucional sólo algunas disposiciones generales sirven de marco referencial y apoyo al proceso civil resarcitorio. Mencionemos por ejemplo los artículos 14 y 16, y al lado de estos, los artículos 20 fracción I cuando establece que la caución está conectada con la reparación del daño; el 20 fracción X, cuando prohíbe prolongar la prisión por cualquier prestación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo, y el artículo 22, al establecer que no se considerará confiscación la aplicación de los bienes de una persona al pago de la responsabilidad civil.

Las leyes secundarias abren para el procedimiento un capítulo espe-

¹⁶ AD 5100/57, 1a. Sala, *Boletín 1958*, pág. 129.

¹⁷ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, t. IV, Obligaciones, vol. II, págs. 93 y 94.

cial, para tratar las pretensiones civiles resarcitorias enderezadas contra personas diversas a la del imputado, pero carecen de capítulo similar para cuando el penalmente demandado sea el civilmente demandado.

Por lo que hace a la paupérrima legislación se optó desde el legislador de 1871, de regular estas cuestiones en el Código de Procedimientos Penales y no en el Código de Procedimientos Civiles. Y conste aquí, que fue la Comisión de los civilistas encargados de elaborar tales leyes, la que le propuso a la de los penalistas acoger esta reglamentación.

Los redactores de 1871 dejaron a la posteridad los siguientes datos de interés: "La Comisión hubiera querido comparar la mayor parte de las legislaciones extranjeras sobre responsabilidad civil, porque esto le habría servido de mucho auxilio; pero por desgracia no ha podido tener a la vista sino el código último de Veracruz, que se insertó literalmente lo que sobre esta materia trae la ley de 5 de enero de 1857, los pocos artículos que se leen en el Código francés de procedimientos criminales, los del Código penal español, y lo que prescribe el código civil de Portugal, que es el que trata este punto con mayor extensión. Mas notando algunos vacíos se ha procurado llenar. Siguiendo las doctrinas de autores franceses muy respetables y las ejecutorias de los tribunales de Francia, que son la guía principal que hemos tenido para formar el libro 2o."¹⁸

A nuestro parecer, con el paso del tiempo, en lugar de mejorarse la legislación a este particular tópico, se ha degenerado, provocando multitud de confusiones, teniéndose que forzar interpretaciones y llegando a menudo a la integración contradictoria.

"Aunque es verdad que existen lagunas en la legislación vigente —apunta Briseño Sierra— como la regulación de la reforma y términos de tramitar las acciones de reparación en casos de muerte del acusado, amnistía, indulto, prescripción penal que anteceda a la civil, eficacia de la responsabilidad del Estado, capacidad procesal (por ahora la remisión a las leyes civiles es indispensable), intereses en accionar, constitución de la parte civil, medios de impugnación que le corresponden, efectos de la cosa juzgada y a la preclusión penal, cuestiones de ejecución, etcétera, también lo es que a través de la jurisprudencia se han ido afinando y aclarando diversas situaciones y que muchas más pueden ser sistematizadas..."¹⁹

Al lado de las pretensiones y resoluciones meramente patrimoniales, no existe la posibilidad jurídica, aunque sí la razón como para que se pueda legislar atribuyéndole competencia al tribunal penal, a fin de

¹⁸ Datos tomados de Medina y Ormaechea, Antonio, *Código penal*, págs. 213 y 214. Cfr. Borja Soriano, Manuel, t. 1, *Teoría general de las obligaciones*, pág. 399.

¹⁹ Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos*, t. 1, pág. 106.

que éste pueda declarar la nulidad de matrimonio en casos de bigamia, la nulidad o inexistencia de un contrato o testamento surgido con motivo de fraude o coacción; designar tutor para el caso de menores incapacitados, para declarar inclusive el divorcio donde la causal sea un delito.

Concurrente a la competencia judicial, nos surge el cuestionamiento de la competencia legislativa. ¿Quién es el que ha de legislar en torno del proceso civil resarcitorio?

Constitucionalmente sólo las entidades federativas son las encargadas de legislar, salvo el caso que de manera expresa, tal facultad le corresponda a la federación.

Si analizamos el artículo 73 fracción XXI, al Congreso Federal, sólo se le asigna facultad para "definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse", pero no se le asignaron facultades (ni siquiera implícitas) para legislar en torno a la responsabilidad civil proveniente de delito y en torno al procedimiento a seguir.

De cualquier manera, dejamos esto a un avezado constitucionalista.

1.10. ESTUDIOS EN MÉXICO

En el momento actual los estudios sobre el proceso resarcitorio en México resultan demasiado exiguos.

Mientras los civilistas se enfocan al estudio del aspecto material (en su aspecto civil resarcitorio), no ocurre lo mismo con los procesalistas civiles, quienes con descuido del tema (el del proceso resarcitorio) lo abandonan a los procesalistas penales, y por desgracia ocurre que a los procesalistas penales no parece gustarles el tema.

Si bien bajo la vigencia de los códigos del siglo pasado se le dedicó algunos ensayos (como lo demuestra la obra de Ricardo Rodríguez), no ocurrió lo mismo bajo la vigencia de la actual codificación, que prácticamente fundió el procedimiento civil resarcitorio con el penal puro.

De algunos trabajos de penalistas metidos a procesalistas y de procesalistas, apenas si encontramos lo siguiente:

a) *Fernando Arilla Bas*. Abre un capítulo denominado la acción de reparación del daño, donde deslinda a la pretensión punible de la reparadora según la vieja codificación, para explayarse en qué consiste la reparación del daño, e indicar la posibilidad legal de "coadyuvar".

b) *Juan José González Bustamante*. Abre un pequeño párrafo para referirse a la cuestión de si el ofendido puede promover la acción penal (en el caso de delitos privados), pero sin referirse a la pretensión civil

resarcitoria. No tiene capítulo especial para los sujetos procesales, salvo para el Ministerio Público, al que le dedica dos capítulos, sin enfocar su actividad a lo resarcitorio.

c) *Guillermo Colín Sánchez*. Abre un capítulo que intitula sujeto pasivo del delito (el ofendido), donde examina elementos de derecho sustantivo. Lo considera sujeto procesal, expresando que puede realizar actos encaminados a lograr “la culpabilidad del sujeto” (penalmente demandado). Es parte, cuando demanda al tercero obligado, pasando sólo a repetir que es “coadyuvante”.

d) *Alberto González Blanco*. Abre un apartado especial, dentro del capítulo de la acción penal para referirse a la “acción civil”, donde la considera accesoria de la “penal”, que se ejercita simultáneamente a la penal, es patrimonial, conexas a lo penal. Define al responsable civil y apunta que la acción civil (salvo ciertos casos) se extingue con la penal.

e) *Manuel Rivera Silva*. No abre capítulo o apartado para examinar a los sujetos procesales y menos para el actor o demandado civil. En el capítulo que denomina “incidente de competencia, de suspensión y no especificados”, se refiere al proceso resarcitorio, contrayéndose sólo a transcribir el artículo 539 del CPPDF, sin entrar a explicaciones.

f) *Javier Piña y Palacios*. En su obra se encuentra un capítulo que denomina “algunos aspectos en relación a la reparación del daño causado por el delito”, donde comienza por afirmar que el ofendido está interesado en que se le repare su patrimonio y en que se aplique la pena. Penetra con elementos casuistas a la capacidad y legitimación. Le dedica varias páginas a la obligación de identificar al querellante. Al llegar al punto relativo a la constitución de parte ofendida, se pregunta primeramente si es parte, pero como parte lo es sólo aquél al que se le permite ofrecer pruebas, y como esto se le niega al ofendido, luego concluye que no es parte. Pero además, si se le diera tal calidad, ello va contra el artículo 21 constitucional. La constitución de parte, sólo significa manifestar interés en la reparación del daño. En fin, a pesar de minimizar a uno de los sujetos, en su trabajo se percibe una mixtura con elementos puramente penales, civiles sustantivos, y bien pocos procesales resarcitorios.

g) *Guillermo Borja Osorno*. Como la mayoría de los anteriores, Borja Osorno se enfoca al estudio sustancial de la reparación del daño (característica del penalista y no del procesalista). Afirma que para tramitarse en sede civil, debe existir sentencia penal que declare el delito y la responsabilidad “o bien alguna causa que haga desaparecer el delito, pero no el hecho susceptible de ser reparado en su caso”. Opina que debe dársele al ofendido participación en el proceso (legitimarlo procesalmente).

h) *Sergio García Ramírez*. En su libro de texto, dentro del capítulo

que denomina otros participantes procesales, dedica algunos párrafos a examinar al ofendido, su protección y a la parte civil.

Es no obstante, en otros trabajos, donde aparece que le da mayor importancia al tema.

En el ensayo "la acción en el procedimiento penal" (1967), considera que debido al hecho de que la reparación del daño se considera pena pública, "el examen procesal, debe subordinarse, en cuanto forma, al penal", no obstante, el hecho de que sea considerada pena pública, lo lleva a plantear las siguientes ideas: 1) eso no es progreso, sino regresión, 2) olvida la verdadera naturaleza del deber, 3) en la práctica, ha fracasado la reclamación que hace el Ministerio Público, 4) disminuye el papel del ofendido y desalienta su intervención (que es útil para el éxito del proceso), 5) la efectiva reparación debe ser alentada por otros medios, 6) el limitar el papel del ofendido, favorece la venganza privada, 7) constituye una pena trascendental.

Sugiere que se adopte en lo procesal un sistema similar al español, para que la reparación lo reclame el Ministerio Público, sin perjuicio de que la acción civil principal sea del ofendido, o que éste se oponga eficazmente a la reclamación.

En ensayo posterior (la intervención del ofendido en el procedimiento penal) (1968), aborda el examen del presunto ofendido al amparo de la ley positiva y las que le precedieron. Afirma que con el tiempo, la dirección del ofendido se ha venido reduciendo, con un avance en la intervención pública.

A nuestro juicio, de todos aquellos que en México han abordado el proceso civil resarcitorio (cuando menos bajo el régimen actual), el que más ha ahondado, es Sergio García Ramírez.

i) *Humberto Briseño Sierra*. Aunque en su Enjuiciamiento Penal Mexicano no alude al tema, salvo en el caso de la pretensión ejercitable contra terceros, es en un trabajo especializado y monográfico donde llama más la atención (Acción Privada y Acción Pública en el Proceso Penal de los Países Americanos). Aunque por el título parece explayarse a varios países, la verdad es que sólo se queda bajo una metodología exegética a la legislación mexicana. A nuestro parecer, constituye un esfuerzo por analizar y sintetizar parte del proceso civil resarcitorio.

CAPÍTULO 2

SUJETOS DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

2.1. PARTES

Elemento de fundamental importancia en el proceso es el de los

sujetos procesales. "Son sujetos procesales —apunta Barrios de Angelis— quienes lo hacen y aquéllos para quienes se hace." ¹

Sólo algunos de estos sujetos son indispensables, en tanto que otros son accesorios u ocasionales. Dentro de los indispensables encontramos al sujeto del juicio (juzgador principalmente) y a los sujetos de la acción (demandante y demandado).

En un sentido material, las partes en la relación civil resarcitoria vienen a ser: el que tiene derecho al resarcimiento del daño y el obligado a cubrirla.

En el sentido formal o parte de la acción procesal en el proceso resarcitorio, es aquél que frente al juez afirma y reclama (para sí o para otro) que tiene derecho a que se le repare un daño que dice en su contra, o contra su representado se cometió (sujeto activo del proceso), así como aquél atraído al proceso, al afirmarse de él, que es el deudor (sujeto pasivo del proceso).

En este sentido, Alcalá-Zamora, consideró a las partes como los sujetos que reclaman una decisión judicial respecto a la pretensión que en el proceso de debate. ²

Mientras que en los estudios del derecho procesal penal se discute si posee o no partes, y en su caso si posee una o dos partes, este problema no parece ser controvertido en el proceso civil resarcitorio, donde se afirma la dualidad de partes.

Mario Oderigo en un capítulo que denomina Funciones y Funcionarios Procesales, lista a varios sujetos, algunos de los cuales interesa a nuestro estudio. De ahí que con mínimos ajustes, pasemos a recordarlos según la exposición del propio Oderigo.

a) Agente o ministerio fiscal. Originalmente surgido para comparecer en defensa del fisco (*fiscus*), en la actualidad comparece en procuración de intereses generales.

b) Ministerio de incapacitados. Procura la defensa de los menores y personas que están incapacitadas.

c) Acusador particular. Sujeto privado que tiene la facultad de ejercitar la acción penal pública.

d) Acusador privado. Sujeto privado al que se le confiere la titularidad de la acción penal en el caso de los delitos de acción privada (de que-rella mínima).

e) Responsable civil. Persona contra la que se dirige la "acción civil".

f) Simple damnificado. Aquél que sólo aparece en el proceso para que se haga constar la propiedad de la cosa (pero no para instar).

g) Actor. Persona de derecho privado que en el proceso civil pide a

¹ Cfr. Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, pág. 115.

² Tomado de Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. iv, pág. 56.

propio nombre la actuación de la ley civil, en favor suyo o de otra persona a la que necesariamente representa por ministerio de ley.

h) Demandado. Contrafigura del actor.³

A nuestro cometido, del listado anterior, nos interesa para el proceso resarcitorio a los sujetos que Oderigo llama actor y demandado, debiendo cada uno de éstos, ser diferenciado del denunciante, del apoderado, del imputado, sujetos que también lista Oderigo.

2.2. SUJETO ACTOR

Actor dice Medina Lima, es el que “ejercita acción procesal mediante la interposición de una demanda ante un órgano jurisdiccional o aquél a cuyo nombre se interpone”.⁴

De la idea anterior, se advierten dos tipos de actores: uno en sentido sustancial o material y otro en sentido formal.

En sentido sustancial o material encontramos al sujeto de la pretensión de fondo, vamos, a uno de los sujetos del litigio, en tanto que en sentido formal, encontramos al que promueve la demanda a un sujeto de la acción.

Aunque en muchas ocasiones coinciden el actor material con el de la acción, esto no siempre ocurre. Por ejemplo un menor de edad puede ser actor material, pero no de la acción.

En el proceso civil resarcitorio, es indudable que posee la calidad de actor material la persona (física o moral) que pretende se le debe reparar un daño, aun cuando nunca comparezca a juicio demandando.

a) *Actor material*. No se confunda al actor material con la parte material. El primero es sólo el que pretende el resarcimiento, el segundo el que posee el derecho a tal resarcimiento, es decir el acreedor.

Pueden coincidir la parte material con el actor material, pero también puede ocurrir, que una persona, sin tener derecho, sólo pretenda se le pague un daño. Tal ocurre, cuando creyendo que existe un delito, piensa tener derecho (aunque no lo tenga) y pretenda se le cubra.

Con frecuencia se confunde al actor material con el denunciante o con el ofendido, lo cual es erróneo.

No se corresponde con el denunciante, porque éste, además de ser figura del proceso penal y no del resarcitorio, ocurre, que no es indispensable que el denunciante pretenda se le cubra algún pago.

Respecto al ofendido es decir, la persona que ha recibido una ofensa (*offendo, offendere, offendi*), éste es considerado como sujeto pasivo del delito.

³ Cfr. Oderigo, Mario, *Lecciones de derecho procesal*, págs. 131 a 227.

⁴ Cfr. Medina Lima, Ignacio, *Voz: actor* Diccionario jurídico mexicano.

En el proceso civil resarcitorio no es indispensable que el actor material sea sujeto pasivo del delito. No, porque con frecuencia se ve, que durante el proceso no existen ofendidos (en todo caso serían probables o presuntos ofendidos), de la manera misma como en el proceso penal no existen delinquentes (en la práctica se les conoce sólo como probables o presuntos responsables).

Para ser actor material en el proceso resarcitorio, no se requiere como supuesto que se le hubiese declarado ofendido.

Desde luego que la calidad de ofendido por el delito —apunta Oderigo— sólo se requiere de manera hipotética (para el proceso penal), puesto que exigir la demostración de su realidad equivaldría a exigir, para la iniciación y prosecución del proceso, la demostración de la realidad del delito, que es, precisamente lo que se trata de demostrar.⁵

Pero además para ser actor material en el proceso resarcitorio tampoco se requiere ser un probable ofendido. Hay casos en que los causahabientes, herederos, descendientes etcétera pueden pretender se resarza un daño a pesar de no haber sido ellos ofendidos ni probables ofendidos. En derecho penal se acomoda más la etiqueta de nuestro sujeto a los damnificados o probables damnificados.

b) Actor formal. En cuanto a la presentación de la demanda y la continuación del juicio nuestra ley emplea dos sistemas: uno amplio, asignando carácter de actor completo y parte formal, siempre y cuando éste demande a un tercero ajeno al hecho delictuoso. El otro sistema, es restringido, prácticamente negativo del actuar, y operante, cuando la demanda civil resarcitoria se dirija contra el autor del delito.

En el sistema amplio, libre o normal, nuestra ley establece (arts. 489 CFPP y 533 CPPDF) que el derecho para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, debe promoverse por quien tenga derecho a ello (*sic.* será por quien afirme tener derecho) ante el tribunal que conozca del asunto penal. Al procedimiento judicial que se genera lo llamamos juicio privatizado.

Respecto al segundo sistema, es decir el restringido, nuestra ley y jurisprudencia le niega al actor material el derecho a proponer la demanda. Aquí se presenta lo que adelante llamaremos juicio penalizado.

Es precisamente este segundo sistema tan peculiar, inusitado y paradójico el que provoca algunos problemas y que panorámicamente expøndremos.

El último sistema parte de la declaración legal, según la cual “la persona ofendida por el delito no es parte en el proceso penal”.

⁵ Cfr. Oderigo, Mario, *Lecciones de derecho procesal*, pág. 169, t. II.

Examinando con rigurosidad esta declaración, resulta que es cierta, por dos razones: primero, porque ofendido no hay en el proceso penal (en todo caso serían probables ofendidos), y segundo, porque se hace alusión al proceso estrictamente penal (nosotros nos estamos refiriendo al civil resarcitorio del daño).

No obstante, esta declaración del legislador se suele interpretar en el sentido de que el actor material no tiene la calidad de parte formal.

Franco Sodi apuntó que una "torpe y viciosa práctica judicial lo considera como un 'nadie' en el proceso",⁶ Piña y Palacios llega a apuntar que "para la ley procesal penal federal es mudo",⁷ y García Ramírez (respetable estudioso) también le niega la calidad de parte formal.⁸

No obstante, dice Franco Sodi, "al facultar al ofendido para que desarrolle una actividad dentro del procedimiento, automáticamente le da la categoría de 'sujeto procesal'; en consecuencia, el ofendido es alguien en el proceso".⁹

A pesar de todo, el principal problema para determinar en el proceso resarcitorio si el que se considera damnificado es o no parte, no reside en la mera declaración de la ley, sino en saber primeramente qué es una parte.

En gran medida, la confusión surge cuando al confundirse la legitimación procesal con la parte, es decir, al afirmar que el presunto damnificado carece de legitimación procesal, con ello se le niega la calidad de parte.

Esto es falso. Casos hay donde existen partes que carecen de legitimación procesal, sólo basta recordar a los menores de edad o a los sujetos a interdicción, que a pesar de ser partes, carecen de legitimación procesal.

El mismo Piña y Palacios, que le negó la categoría de parte al ofendido, lo llega a estimar como una "parte *sui generis*", pero al fin parte.¹⁰

No es posible pensar que el damnificado siendo el titular del derecho civil vulnerado, se encuentre en el proceso como aquel rico multimillonario, que no tenía el derecho a gastar en nada y tenía que andar rogando permiso para que se le permitiera gastar algo.

En gran medida, el negarle la categoría de parte al presunto damnificado, se debe a una inercia desatada desde la codificación de este siglo. No obstante, como afirma Colín Sánchez, "restar oportunidad al ofendido por el delito, sólo significa una impertinente tendencia a seguir viéndolo bajo el influjo de una ideología radical que el adelanto científico se ha encargado de postergar".¹¹

⁶ Cfr. Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, pág. 16.

⁷ Cfr. Piña y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, pág. 215.

⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 243.

⁹ Cfr. Franco Sodi, Carlos, *Código de procedimientos penales*, pág. 16.

¹⁰ Cfr. Piña y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, pág. 216.

¹¹ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. I, pág. 190.

Resulta casi risible que al damnificado se le siga negando la categoría de parte cuando reclama al autor del daño y que a la vez se le reconozca tal calidad de parte, cuando reclama el daño a un tercero ajeno al autor.

Es García Ramírez uno de los estudiosos que niega al presunto damnificado la calidad de parte. Sostiene que para que esto se pueda lograr, se requiere una previa reforma al artículo 21 constitucional.¹² En nuestro concepto, no es necesaria la reforma constitucional. En todo caso sólo bastaría que se modifique la ley ordinaria y deje de concebirse a la reparación del daño como pena pública.

De cualquier manera, a pesar de que nuestra ley comienza por negarle la calidad de parte, ocurre que a lo largo de la ley se le asignan facultades propias de una parte.

Precisamente por la razón de que el presunto damnificado posee algunas facultades de parte, es la razón por la que lo consideramos parte formal (aunque con facultades demasiado restringidas, pero no nulas en absoluto).

En el listado de esas facultades (existente en la ley mexicana), si bien no encontramos la principal, que sería la de presentar directamente la demanda, sí encontramos entre otras las siguientes:

a) Presentar la querrela mínima, que como requisito de procedibilidad, es un supuesto de la acción que promueve el Ministerio Público.

La acción —dice García Ramírez— depende de la instancia del ofendido (*rectius*, presunto ofendido), pero no es éste, más tarde, quien la ejercitará por más que pueda paralizarla y acarrear la conclusión del proceso por sobreseimiento a través del perdón.¹³

b) Proporcionar al Ministerio Público o directamente al tribunal todas las fuentes de prueba que tenga y que estén orientadas a comprobar la procedencia y monto de los daños y perjuicios (art. 141 CFPP y 9 CPPDF).

c) Comparecer en las audiencias y alegar “lo que a su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores”, derecho a alegar, que se reitera ante el jurado popular (arts. 70, 360 y 379 CPPDF).

d) Pedir que a su costa el tribunal ordene se publique la sentencia (art. 48 CP).

e) Interponer el recurso de apelación “cuando coadyuve en la acción reparadora” (arts. 417 CPPDF y 365 CFPP).

¹² Cfr. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 188.

¹³ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La intervención del ofendido en el procedimiento penal*, pág. 230.

f) Pedir se le aseguren sus derechos o restituya en el goce de estos (art. 38 CFPP y 28 CPPDF).

g) Pedir la acumulación de procesos (art. 487 CPPDF).

h) Actuar como verdadera parte en el juicio de amparo y en el amparo casacional (3a. instancia), ya sea que actúe como recurrente o como recurrido (3o. perjudicado) (arts. 5 fracción III, inciso b y 10 de la Ley de Amparo).

Recordando estas características, Briseño Sierra apunta que ellas refuerzan la afirmación de que este sujeto es "titular de un accionar procesal", e inclusive, este "mal llamado coadyuvante, puede proseguir su pretensión aunque el actor (Ministerio Público) se desista de accionar o renuncie a la pretensión de condena en las conclusiones no acusatorias".¹⁴

c) *Actor civil*. "Por parte civil —apunta Carnelutti— ha de entenderse la parte lesionada (es decir, no tanto el damnificado por el delito, o en términos más correctos, el sujeto pasivo o paciente del mismo, como la persona que afirma ser) que ejercita la acción civil en el proceso penal, o dicho de otro modo: que propone al juez penal la demanda de restitución o de resarcimiento del daño."¹⁵

En la URSS, el artículo 25 de los Fundamentos del Procedimiento Judicial Penal establece: "La persona a la que el delito ha causado un perjuicio económico tiene derecho, simultáneamente a la instrucción del sumario, a presentar demanda civil contra el acusado o las personas sobre las que recae responsabilidad material por las acciones de aquél. La demanda civil es examinada por el tribunal conjuntamente con la causa.

"El demandante civil o su representante tienen derecho a: aportar pruebas; formular peticiones; participar en la vista de la causa; pedir al órgano de encuesta, al instructor y al tribunal que adopten medidas para asegurar la satisfacción de la demanda presentada por él: sostener la demanda civil; conocer los documentos del sumario desde el momento de la terminación de la instrucción previa; presentar recusaciones; elevar recursos contra las actuaciones de la persona encargada de la encuesta, el fiscal y el tribunal, y apelar contra la sentencia o el auto del tribunal en la parte concerniente a la demanda civil".

En México, aunque sin reconocerle expresamente ese nombre, puede considerársele parte civil, al que comparezca como actor formal en juicio civil resarcitorio.

Cuando la exigencia de reparación va dirigida contra el autor del

¹⁴ Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos*, pág. 106.

¹⁵ Cfr. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. 1, págs. 167 y 168.

delito, pudiera pensarse en negarle la calidad de parte civil, si de manera amplia le negáramos al presunto damnificado la calidad de parte.

No obstante, como ya lo hemos visto, aunque sus facultades en este último apartado son mínimas, ello no autoriza a negarle la calidad de parte, ni tampoco la de parte civil. Así, al que la ley denomina coadyuvante, es una verdadera parte civil, aunque con muy deterioradas facultades.

Incluso, el Código de Procedimientos Penales de Coahuila (artículo 41) establece como reconocimiento a la existencia de la parte civil, que “el ofendido solamente podrá constituirse en parte civil, por sí o por su representante para rendir prueba sobre la situación económica del inculpado y demostrar, los daños y perjuicios que le haya causado con el delito, a fin de justificar el monto de la reparación a que tiene derecho”.

Objeto de estudio e investigación merece el saber si procede la sustitución del actor, dado que de una de las resoluciones de nuestro más alto tribunal, se desprende que instituciones tales como Seguro Social, ISSSTE, Pensiones del Estado, o incluso empresas aseguradoras, no pueden reclamar el pago de los daños ocasionados a los beneficiados.¹⁶

La titularidad para constituirse en parte civil le corresponde a quien se autoconsidera damnificado por el hecho delictuoso y no sólo lo puede ser el presunto ofendido sino también los herederos y los causahabientes.

“La parte lesionada —apunta Carnelutti— se convierte en parte civil cuando en el juicio penal se introduce la pretensión civil a la responsabilidad civil del imputado, y tiene lugar un fenómeno de conmixción del proceso penal con el proceso civil.”¹⁷

Al igual que en muchas otras legislaciones, en México la parte civil es contingente, esto es, que puede constituirse o no con independencia del proceso penal.

Problemas aun no resueltos sobre la constitución de la parte civil, son el saber si procede la llamada “acción oblicua” e incluso, los efectos de la posible sentencia que se pronuncie luego de una “acción de jactancia”.

Conforme a la acción oblicua el que se considera acreedor de otro acreedor (*v. gr.* el damnificado) puede ejercitar el derecho de acción de su deudor contra los deudores secundarios del último. El artículo 29 del CPC exige que el crédito del deudor debe constar en título ejecutivo. El Código de Napoleón más amplio establece: “los acree-

¹⁶ Cfr. Apéndice 1917-85, Sala Penal, tesis relacionada núm. 223, págs. 497 y 498.

¹⁷ Cfr. Tomado de García Ramírez, Sergio, *Prontuario del proceso penal mexicano*, pág. 561.

dores pueden ejercer los derechos y acciones de su deudor, con excepción de aquellos que están exclusivamente vinculados a la persona”.

d) *Actor popular*. Aunque todavía no acogido en nuestra ley, cualquier persona, aun sin legitimación en la causa, podría promover la acción civil resarcitoria del daño.

En el IX Congreso Mexicano de derecho procesal, Enrique Véscovi, presentó una ponencia para regular los llamados intereses difusos, donde la acción (*class action*) pudiera quedar a cargo de interesados que garanticen el interés comprometido.

El anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo establece a la vez que: “en el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”.

e) *Actor público*. La intromisión del Ministerio Público en el proceso resarcitorio, surge al operar un tránsito de la acción privada a la acción estatal y del surgimiento del acusador privado al acusador público.

El acusador público, que en algún momento funcionó para la defensa de ciertos intereses sociales, fue penetrando al campo privado en procuración de justicia, a grado tal, que con un crecimiento monstruoso, llegó al extremo opuesto al desconocer el derecho de accionar del titular del derecho.

Esto, llevó a Alcalá-Zamora a afirmar, que el estado “puede disponer del derecho de penar que le corresponde, y anular o reducir sus repercusiones expiatorias, pero no el derecho a la indemnización, a menos de hacer víctima al damnificado de una expropiación sin indemnización.”¹⁸

En el caso del Ministerio Público como actor público, dos tendencias pueden detectarse; que se establezca como actor público exclusivo (monopolizador del sujeto actor), o como actor público inclusivo (en que es uno de los actores, pero no el único).

En la legislación mexicana se presentan ambas tendencias: demandante exclusivo (según la ley secundaria), para cuando el demandado es el imputado; y demandante inclusivo, para cuando el demandado es una persona diversa al imputado penal.

Funciones del actor público. De la enormidad de funciones del Ministerio Público mexicano, importan a nuestro examen las siguientes:

¹⁸ Tomado de Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. iv, pág. 216.

a) Función instructora, es decir, que tiene la posibilidad de autoinstruccionarse, especialmente en la fase penal de averiguación previa, recogiendo pruebas asentando inspecciones de lesiones, recibiendo peritajes sobre avalúos, etcétera.

b) Función accionante y requirente, donde instando al tribunal desde su primera comparecencia, puede ir pidiendo y exigiendo el desahogo de pruebas tendentes a demostrar el daño causado y su responsable.

c) Función de vigilancia o fiscalización, según la cual, en el periodo de ejecución de sentencia, vigila su cumplimiento.

d) Función de representación, donde no sólo se encarga de representar a personas ausentes, incapaces o "causas públicas", sino también en los presuntos damnificados.

Dentro de la regulación resarcitoria civil, creemos que en este campo resulta o pueden resultar para el acusador público operantes la conocida *class action* o *social action*, es decir de defensa de intereses de terceros, o "intereses difusos" generales. Casos en que la legitimación colectiva se pone en verdadero juego intelectual.

A de advertirse, que las señaladas funciones, si bien no se nulifican, si se restringen cuando el demandado es un tercero extraño a la contienda penal.

De cualquier manera y a pesar de estas funciones asignadas al Ministerio Público, éste en su actuación no ha probado su eficacia.

A pesar de que al Ministerio Público se le dio la posibilidad de aportar pruebas y demandar el pago de los daños y perjuicios, la verdad es que en el terreno de los hechos los agentes pacientemente (no activamente como sería su función) sólo esperan a que los presuntos damnificados les acerquen las fuentes de prueba, sin hacer otra cosa por ir en busca de ellas y proporcionarlas al tribunal. En la realidad, su interés se enfatiza más a los resultados del proceso penal, que a los del civil resarcitorio.

El abandono y la ignorancia de la víctima —recuerda García Ramírez— han llevado, inclusive a depositar en manos del órgano público el ejercicio de la acción reparadora, régimen que ha suscitado densas censuras técnicas. En todo caso, los resultados han sido modestísimos; el hecho es que se tropieza contra la insolvencia del obligado o contra el ocultamiento de los bienes.¹⁹

Naturaleza del MP como actor civil. El caso del Ministerio Público en el proceso civil resarcitorio ofrece especial interés a los estudiosos: no es parte material, no pide el consentimiento, del titular del derecho presuntamente vulnerado, actúa de *motu proprio*, etcétera.

¹⁹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La prisión*, pág. 80.

Para precisar su naturaleza pudiéramos cuestionarnos si es representante, asistente, sustituto o sucesor.

Por lo pronto debe descartarse la posibilidad de que obra como titular del interés resarcitorio, porque simplemente él no es el damnificado.

Hay en el caso representación, en la medida que su actividad va a repercutir en los intereses del representado. En todo caso, el problema de la representación está (refiriéndonos al caso de la legislación mexicana) en que el Ministerio Público obra tan "libremente" que ni requiere conocer al representado, que éste le dé la representación, o que conozca que está siendo representado, ni tampoco el representado puede imponer su decisión sobre el "representante".

En el caso de la asistencia, que sería actividad de complementación derivada de carencias, aunque si bien es cierto que pueden operar ciertas carencias, la verdad es que el Ministerio Público no tiene mera actividad complementaria.

Por lo que hace a la sustitución, no creemos que así funcione el Ministerio Público, porque al no subrogarse éste en los derechos del titular al resarcimiento, ocurre que el Ministerio Público tampoco promueve la acción en nombre propio en base al derecho del damnificado, ni en base a un propio derecho.

La cuestión de si es parte sucesiva, aunque en general no lo es, cierta particularidad legal estimula la duda. Así, cuando el damnificado "renuncia" a la reparación del daño, tal renuncia no libera al deudor, sino que surte efecto de cesión a favor del Estado. De esta manera, si el Estado se subroga, continúa el Ministerio Público como representante, ya no del damnificado, sino del Estado.

Adviértase una diferencia entre la sustitución y la sucesión, pues mientras que en la primera sólo hay un cambio de personalidad del titular del derecho, en la sucesión se da una continuación de la personalidad del causante, según lo hace notar Briseño Sierra.²⁰

Caemos por último dentro del patrocinio al caso de la procuración. Aunque con reglas peculiares, el Ministerio Público es un procurador más que abogado y es a la vez un representante.

No se trata —apunta Manzini—, de sustitución procesal, sino de mera representación, en los casos en que el Ministerio Público ejercita la acción civil en el proceso penal en interés del damnificado, cuando éste es incapaz, por enfermedad mental o por minoría de edad, de hacer valer sus propios derechos y no hay quién los represente.²¹

²⁰ Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, t. iv, pág. 90.

²¹ Cfr. Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. i, pág. 9.

En fin, en el procedimiento civil resarcitorio, el Ministerio Público promueve la acción pública civil, de la manera misma como lo hace ante el tribunal civil, cuando promueve la acción para pedir la nulidad de matrimonio, el aseguramiento de alimentos, para nulificar actos simulados, etcétera.

2.3. SUJETO DEMANDADO

a) *Responsable civil*. El estudio de quién es el responsable civil del daño o deudor, es tema que no corresponde precisamente al derecho procesal, sino al sustancial.

“Responsable civil —en la idea de Leone— es aquel que está obligado a la restitución o al resarcimiento del daño por el hecho del imputado.”²²

Contra lo que se pudiera pensar, responsable civil del daño no lo es en exclusiva el delincuente, sino que por diversas razones la ley sustantiva también obliga a otras personas diversas al hecho delictuoso a responder por los daños causados.

En su momento, esto no pareció ser del agrado de Demetrio Sodi, quien no aceptó que la responsabilidad se pudiera hacer extensiva a terceras personas, porque esto “es desnaturalizar la esencia de la responsabilidad civil en materia criminal, romper con la tradición jurídica, hacer ilusoria la justicia y abrir ancha puerta a toda clase de atentados, de despojos y de expoliaciones.”²³

De cualquier manera, hoy en día se aceptan dos tipos de responsables: directos y subsidiarios.

En el responsable directo encajan no sólo el autor del hecho delictuoso, sino todos aquellos que encaran de manera inmediata la responsabilidad, en tanto que el subsidiario cumple, sólo cuando incumple el directo.

La responsabilidad subsidiaria, apunta Gutiérrez y González, “es la que se presenta a cargo de una persona que debe responder por las conductas de otra, pero sólo a partir del límite en que ésta es imponente para cubrir el todo o parte de las prestaciones que debe”.²⁴

Además de considerar al delincuente como responsable directo del daño causado, la ley también lista a personas diversas al autor del hecho

²² Tomado de García Ramírez, Sergio. *Prontuario del proceso penal mexicano*, pág. 561.

²³ Cfr. Sodi Demetrio, *Nuestra ley penal*, pág. 444.

²⁴ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, pág. 633.

delictuoso, pero que de alguna manera están conectadas con el autor de la conducta (independientemente de que sea o no imputable penalmente). Lístanse así:

a) Los ascendientes, por los delitos cometidos por sus descendientes bajo su patria potestad.

b) Lo tutores y custodios, por los delitos cometidos por los incapacitados y que se hallen bajo su autoridad.

c) Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecutan éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos.

d) Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquiera especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos con motivo y en el deempeño de su servicio.

e) Las sociedades o agrupaciones por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan (art. 32, CP).

De manera subsidiaria, si no cubren el daño (total o parcial) los deudores directos, se establece además, como deudor solidario al Estado, por sus funcionarios o empleados (art. 32, Frac. VI CP).

En algunos otros países, a algunos de los que hemos listado como responsables directos, se les cataloga como subsidiarios (no se confunda esto con la obligación solidaria).

b) *El demandado*. El demandado, que es la persona contra la que se dirige la pretensión civil resarcitoria, debe deferenciarse del responsable civil, es decir del deudor.

Para ser demandado, no se requiere demostrar que es el deudor, por el contrario, la demanda sólo se endereza contra aquél que se afirma es deudor (aun cuando no lo sea).

Si se exigiera (desde el momento en que se plantea la demanda) que el demandado fuera un verdadero deudor, esto es, el responsable civil, carecería de razón el enjuiciamiento. Si desde el principio se demostrara que el demandado es el responsable, no habría necesidad de juicio, pues ¿para qué tratar de demostrar que es o no responsable, si ya se le exige que lo sea?

En todo caso, lo único que se exige del demandado, es que éste se encuentre legitimado pasivamente, esto, es que exista la razonable po-

sibilidad de que sea responsable civil, pero no que necesariamente lo tenga que ser.

“Responsable civil en el proceso penal —decía Carnelutti—, no lo es tanto quien haya de responder del daño causado por el delito ajeno, como aquél contra quien se haya propuesto en el procedimiento penal la correspondiente demanda.”²⁵

2.1. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

Siguiendo el planteamiento que en torno de las cualidades de las partes hace Barrios de Angelis, diseñamos esta parte de exposición del tema.

“Como la doctrina hace notar —apunta Barrios de Angelis al abordar el tema de la capacidad y legitimación—, las capacidades son cualidades intrínsecas del sujeto; en tanto que las legitimaciones constituyen cualidades intrínsecas.”²⁶

Aunque Barrios de Angelis aborda lo que él denomina legitimación sustancial (como otro tipo de legitimación) sólo nos referimos a las siguientes:

a) Capacidad para ser parte, que en la idea de Flores García va con la “aptitud para ser actor y demandado, que corresponde a la capacidad jurídica de goce”.²⁷ Por lo que en el proceso resarcitorio toda persona (física o jurídica) tiene esta capacidad, desde el momento mismo en que desconocemos a la esclavitud o la muerte civil.

b) Capacidad procesal o personalidad, es decir, la capacidad para estar en juicio, tomar parte en el mismo o capacidad de obrar procesalmente. Como ya lo veremos adelante, tratase de una cualidad amplia o general y no concreta.

c) Capacidad de postulación o personería, que consiste en “la aptitud para desempeñar las profesiones legales como la abogacía o la procuración”.²⁸

Sea que se realice la función de abogacía, procuración o ambas (como suele ocurrir), las reglas serían las siguientes:

Tratándose del abogado y procurador del actor, éste deberá poseer título de licenciado en derecho, pues no se establece regla en contrario a la especificada en la Ley de Profesiones.

Si se trata del abogado y procurador del demandado, cuando éste sea

²⁵ Cfr. Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. 1, pág. 168.

²⁶ Cfr. Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso*, pág. 129.

²⁷ Cfr. Flores García, Fernando, *La teoría general del proceso y el amparo mexicano*, págs. 96 y 97.

²⁸ Cfr. Barrios de Angelis, Dante, *Teoría general del proceso*, pág. 130.

el imputado, la práctica ha hecho una interpretación extensiva al equipararlo con el defensor penal y al fundarlo en la regla según la cual el imputado puede designar a cualquier persona, bastando que sea de "su confianza" (aunque no sea titulado).

Pero si se trata del abogado o procurador de persona diversa a la del imputado, ésta también deberá poseer título de licenciado en derecho, pues no existe regla especial que derogue a la establecida en la ley de profesiones.

Por lo que hace a la asistencia forzosa, nada dice nuestra ley, y sólo en el caso del demandado que sea el imputado, se acostumbra hacer interpretación extensiva para que obligatoriamente sea patrocinado.

En lo que toca a la asistencia gratuita, tampoco nada existe regulado. Aunque los defensores de oficio que actúan en el proceso penal, la práctica los ha llevado al proceso resarcitorio en el caso del imputado, no así en el caso de otro tipo de demandados o de actores.

Adviértase que nuestra ley al procurador de la parte presuntamente damnificada, le denomina "representante" (art. 70 CPPDF).

Por lo que hace al Ministerio Público, éste actúa en juicio, como verdadero representante y plena capacidad de postulación. No obstante, extraña de éste que siendo representante, no está obligado a promover la acción exigida por su "representado".

De cualquier manera, el Ministerio Público funciona para la parte civil (cuando la pretensión va dirigida contra el imputado penal) de manera equivalente a lo que sería el patrocinio forzoso y aun gratuito.

d) Legitimación causal, la cual consiste en "la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen o a quienes se atribuye, la implicación en los intereses específicos del objeto sean sus efectivos titulares".²⁹

Esto es, que en el caso del presunto damnificado, exista la hipótesis creíble o razonable, de que él es un damnificado, es decir, de que es una parte material de la relación. De esta manera no puede estar legitimado en la causa, aquella persona que diciéndose lesionada por un delito, éste sea de los que no producen daño patrimonial a las personas.

Algo semejante ocurre en el caso del demandado. Decir que está legitimado en la causa quiere decir que existe la razonable creencia de que es el deudor.

e) Legitimación procesal, "es la aptitud que permite el ejercicio de las funciones correspondientes a los estatutos de parte y de tercero". "... difiere de la capacidad procesal en que ésta es una aptitud genérica, para todo proceso; en tanto que la legitimación procesal, como toda legitimación, es para uno o más procesos determinados".³⁰

En el caso del presunto damnificado, tiene éste una capacidad pro-

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Idem*, pág. 132.

cesal restringidísima, ya lo hemos visto, pero cuando actúa contra un tercero, su legitimación, en ese caso concreto es vívida.

2.5. LITISCONSORCIO

Al fenómeno de pluralidad de sujetos sea de la parte actora o demandada se le conoce como litisconsorcio. Éste puede ser activo, pasivo o mixto, según que sean varios los actores y un demandado; o un actor y varios demandados; o varios actores y varios demandados.

En el caso del proceso resarcitorio, no queda la menor duda, de que se concretiza el litisconsorcio pasivo, cuando son varios los demandados. Esto surge debido al fenómeno de la co-delincuencia y en consecuencia, de los co-deudores.

Al campo del derecho sustancial le queda determinar en caso de condena, si la obligación se divide entre los sujetos (cuotas), si es subsidiaria o si es mancomunada.

Respecto al litisconsorcio activo, es posible encontrar abogados con reducida mentalidad de postulante que nieguen su posibilidad en México.

No obstante, a nuestro parecer, sí existen varios probables damnificados (actores materiales ya lo habíamos dicho) esto da la característica de un litisconsorcio activo.

Es más, aún nuestra propia ley jerarquiza a los litisconsortes activos con preferencias, para el caso de pago (arts. 33 y 35 CP).

2.6. COADYUVANCIA Y REPRESENTACIÓN

El artículo 34 del Código Penal establece que la reparación del daño que deba hacer el delincuente se exigirá por el Ministerio Público “con el que podrá coadyuvar el ofendido, sus derecho-habientes o su representante”.

Igualmente, el artículo 141 CFPP establece que la persona ofendida (*sic. presunta ofendida*) “podrá coadyuvar con el Ministerio Público, proporcionando al juzgador por conducto de éste o directamente, todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio”.

El artículo 9 del CPPDF le da la misma facultad al presunto damnificado, pero no utiliza el vocablo coadyuvancia.

De estas disposiciones, se ha derivado hacia los usos y costumbres judiciales e incluso jurisprudencial el término coadyuvancia.

Pero ahora, nos cuestionamos si lo establecido en los citados preceptos legales ¿corresponde a una verdadera coadyuvancia o es otra institución a la que el legislador y la inercia del uso la ha bautizado con esa voz?

Para responder a esta interrogante, recordemos qué es la figura de la coadyuvancia.

En el campo del derecho procesal, al abordarse el estudio de la pluralidad de sujetos y de partes, tradicionalmente se mencionan dos tipos de tercerías: las excluyentes (sea de dominio o de preferencia y las coadyuvantes.

De las excluyentes no queda la menor duda, que se trata de verdaderas tercerías, no así de las coadyuvantes, donde la doctrina actual ha cuestionado seriamente la tradición.

En la "tercería coadyuvante", mejor conocida como intervención adhesiva, se presenta un sujeto que no formaba parte con anterioridad de la relación procesal, y se presenta a juicio para apoyar la o las pretensiones de uno de los sujetos (actor o demandado).

Presupone la intervención por coadyuvancia —apunta Devis Echandía—, *a*) que el proceso esté pendiente; *b*) que el interviniente no esté actuando ya en el proceso, y *c*) que el interviniente tenga un interés personal en el éxito de la pretensión o de la defensa de una de las partes principales, y, por tanto, en el negocio.³¹

Por lo que hace a los efectos procesales que produce la intervención del coadyuvante, Devis Echandía los enumera indicando que: *a*) el interviniente ingresa al proceso una vez que su solicitud es aceptada; *b*) el coadyuvante es parte en el proceso, de condición secundaria o accesoria; *c*) el coadyuvante toma el proceso en la situación en que se encuentre; *d*) no puede modificar ni ampliar la "*litis contestatio*" o el objeto del litigio; *e*) no puede actuar en el proceso en contradicción con la parte coadyuvada; *f*) no puede interponer recursos que el coadyuvado no desea o en disconformidad con éste; *g*) puede ejecutar todos los actos procesales propios de las partes; *h*) no puede ser testigo ni perito; *i*) puede desistirse libremente de su intervención; *j*) la sentencia lo vincula; *k*) goza de autonomía en cuanto a capacidad y representación; *l*) en nada afecta la competencia, y *m*) debe sufrir la condena.³²

Hay en la coadyuvancia dos sujetos: el coadyuvante y el coadyuvado. Las pretensiones de ambos coinciden, pero la del coadyuvado es principal, en tanto que la del coadyuvante es accesoria, a grado tal, que a éste último, Alcalá-Zamora lo consideró subparte,³³ e igualmente asociado con la parte principal.³⁴ Agrégase por algunos, que la actuación del tercerista es subordinada a la actuación del principal.

³¹ Cfr. Devis Echandía, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, pág. 432.

³² *Idem*, págs. 437 a 443.

³³ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua*, pág. 252. Cfr. *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, pág. 288.

³⁴ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Síntesis de derecho procesal*, pág. 468.

“La tercería coadyuvante —dice Gómez Lara— se da cuando un sujeto inicialmente extraño al proceso se encuentra legitimado y tiene un interés propio, para acudir a ese proceso preexistente, con el fin de ayudar, de coadyuvar o colaborar en la posición que alguna de las dos partes iniciales adopte en el desenvolvimiento de ese proceso.³⁵

La tercería coadyuvante o intervención adhesiva, también recibe el nombre de adhesión procesal. Una característica importante en la coadyuvante o adherente consiste en que no introduce una nueva pretensión, ni una nueva relación procesal, pues sólo se adhiere a la de uno de los sujetos de la relación procesal.

De los ejemplos de intervención adhesiva expuestos por Alsina, recordamos los siguientes: a) el acreedor que viene a secundar la acción de su deudor para prevenir su negligencia o mala fe; b) el notario en la acción de falsedad civil de un acto en el que interviene como tal; c) el fiador que interviene en el juicio entre el acreedor y el deudor sobre la existencia y validez de la obligación principal.³⁶

Como se advierte, eso que se ha dado en nombrar tercería coadyuvante o adhesión procesal, emparenta como especie con el litisconsorcio voluntario.

En el litisconsorcio voluntario, una persona de *motu proprio* se introduce en el proceso y juntamente con los demás sujetos-parte pretende una decisión similar. La tercería coadyuvante posee alguna de estas características, y por tanto tiene una semejanza con el litisconsorcio voluntario.

Recordamos a la tercería coadyuvante, porque el Código de 1929 aludió al “tercer coadyuvante” y el actual simplifica a “coadyuvante”.

Algo en lo que no queda la menor duda, es que cuando hay varios presuntos damnificados constituidos como parte civil, hay un claro litisconsorcio activo.

El problema queda en saber si el Ministerio Público es un litisconsorte con respecto a los demás presuntos damnificados.

Si hemos sostenido que el Ministerio Público es representante del damnificado, resulta entonces, que entre representante y representado no se da el litisconsorcio, sino la representación.

Luego, si el presunto damnificado y el Ministerio Público no integran un litisconsorcio activo, género que implica a la llamada tercería coadyuvante, tampoco puede haber en puridad científica verdadera coadyuvancia.

³⁵ Cfr. Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, págs. 200 y 201, *Teoría general del proceso*, pág. 212.

³⁶ Cfr. Alsina, Hugo, *Tratado de derecho civil y comercial*, pág. 358.

De otra manera ¿cómo explicarnos que el representado coadyuva con el representante, como si el primero fuese algo accesorio al segundo?, ¿será acaso principal el representante y accesorio el representado?

Además, ¿cómo explicar que uno está representado en la causa y el otro no?. Porque hay que recordar que en la tercería coadyuvante tanto el principal como el secundario están legitimados en la causa.

A nuestro juicio, no se trata de verdadera coadyuvancia, sino de una relación de representación, mejor dicho de actividad de representación. Veamos así, algunas diferencias entre lo que es la verdadera coadyuvancia y la institución regulada por nuestra ley.

Contrastando al sujeto principal o coadyuvado con el Ministerio Público como representante tenemos: que el coadyuvado posee legitimación *ad causam*, el Ministerio Público carece de ella; el coadyuvado (siguiendo la idea de Alcalá-Zamora) es un "sumando" más en el litisconsorcio, el Ministerio Público no es sumando; el coadyuvado es actor material, el Ministerio Público no; al coadyuvado se le reputa asociado con el coadyuvante, el Ministerio Público no es asociado del presunto damnificado, sino su representante.

Comparando a la vez al coadyuvante con el representado (presunto damnificado) tenemos: el coadyuvante tiene una intervención accesoría, el representado tiene una intervención principal; la actividad del coadyuvante está subordinada a la actividad del coadyuvado, mientras que la actividad de la representación no necesariamente (recuérdese que puede en ciertos casos el representado intervenir directamente ante el tribunal sin necesidad de pedirle permiso al Ministerio Público que sería el representante); el coadyuvante es un nuevo sujeto de la relación sustancial, el representado es el mismo sujeto que ya está representado; el coadyuvante entra a una relación sustancial diversa, el representado es parte de la relación llevada al proceso.

De los breves datos anteriores, afirmamos que no existe entre presunto damnificado y el Ministerio Público verdadera coadyuvancia, sino real representación.

Preguntémosnos solamente ¿quién ayuda a quién?, ¿el necesitado al representante, o el representante al necesitado?. En nuestra idea, no es el necesitado o presunto damnificado el que ayuda al Ministerio Público, sino el Ministerio Público quien ayuda al necesitado para que en su caso (con sus conocimientos jurídicos) se le cubra el daño sufrido.

Por si resulta poco lo anterior, agreguemos que en el caso que regula la ley mexicana, no se trata de una pretensión accesoría (como la que deduce el coadyuvante), sino de una principal. Prueba de ello, es que aun cuando se extinga la pretensión penal (muerte del enjuiciado, amnistía, etcétera, la pretensión del damnificado no se extingue. Si no

se extingue al concluir la principal, entonces no es accesoria, sino principal.

De las ideas de Briseño Sierra, podemos advertir que éste rechaza la idea de la coadyuvancia (cosa en la que estamos de acuerdo), pero afirma que se trata de un tercero interviniente, dando a entender que entre el Ministerio Público y el presunto damnificado se concretiza un litisconsorcio activo durante el proceso, pero que deja de existir este litisconsorcio, cuando el presunto damnificado se va al amparo.³⁷

A nuestra manera de ver, creemos que no se trata de litisconsorcio (Ministerio Público-presunto damnificado), pues no puede haber litisconsorcio entre el representante y el representado, como no lo hay entre el mandante y el mandatario.

CAPÍTULO 3

ENJUICIAMIENTO

3.1. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

De lo que no cabe la menor duda en el tratamiento de la pretensión civil resarcitoria, es en que no consiste en un mero y simple acto, sino en una seriación de actos tendientes a la resolución de un conflicto; lo que de sí ya implica un procedimiento.

Pero ocurre que nuestra ley al regular este procedimiento en el apartado de los incidentes, la primera pregunta que nos surge es ¿se trata realmente de un incidente?

Si recordamos la idea de incidente, rememoramos que un incidente no se define como un procedimiento, aun cuando pueda implicarlo para su resolución. Un incidente, más que procedimiento, consiste en una cuestión que surge a lo largo de un proceso.

El incidente apuntó De la Plaza, "es una cuestión anormal que surge durante el planteamiento de un proceso...",¹ y Guasp reiteró que es "una cuestión que surge durante la pendencia de un proceso".²

La cuestión incidental (*quaestio incidens*) es diversa a la cuestión principal, definitiva o de fondo que se ha de resolver (*quaestio principalis*). Las cuestiones incidentales en lugar de referirse al fondo, se refieren al proceso; precisamente a una cuestión u obstáculo en el proceder, que al ser debatida, puede llevar a la apertura de un procedimiento incidental. Dicho en otras palabras, el incidente cuestiona la marcha normal del proceder.

³⁷ Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *Acción privada y acción pública en el proceso penal de los países americanos*, t. 1 pág. 109.

¹ Cfr. La Plaza, Manuel de, *Derecho procesal civil español*, t. 1, pág. 241.

² Tomado de La Plaza, Manuel de, *Derecho procesal civil español*, pág. 242.

En el caso del procedimiento a seguir para resolver la pretensión resarcitoria, sostenemos que no se trata de un procedimiento incidental, sino de un verdadero proceso, sobre todo, porque ese procedimiento tiene un enfoque teleológico bien definido: resolver un litigio.

Además, viéndolo como cuestión incidental, el resolver si ha o no de cubrirse el daño, no es una cuestión que surja dentro del proceso, o que obstaculice su marcha (*quaestio incidens*), sino una cuestión principal, metaprocesal (es decir, es llevada precisamente al proceso para su solución).

En fin, el tratamiento de la pretensión resarcitoria, implica todo un accionar (es común oír hablar de acción civil proveniente de delito), y un verdadero conocer y resolver el conflicto, es decir una función jurisdiccional.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar, que no se trata de un simple procedimiento incidental, sino de un verdadero proceso para tratar la pretensión resarcitoria y resolver el conflicto.

Es cierto que nuestro Código de Procedimientos Penales e incluso la Ley de Amparo, etiquetan al proceder como incidente, pero ha de recordarse que no bastan las meras declaraciones del legislador para desnaturalizar la esencia de las cosas.

La ley reglamentaria (dice la Suprema Corte de Justicia refiriéndose a la Ley de Amparo) sólo accede cuando el ofendido pide amparo contra el acto violatorio emanado del incidente de reparación que se extiende a ser exigible a terceros, o del incidente de responsabilidad civil cuando el legislador local no considere a dicha reparación como parte constitutiva de la sanción pecuniaria.³

Como se advierte, el dislate o desatino en el marco conceptual, no sólo se encuentra en el Código de Procedimientos, sino también en el máximo tribunal de justicia.

De los estudiosos consultados, el único que se cuestiona si es o no incidente, es Briseño Sierra. Para este tratadista, no se trata de un verdadero incidente, sino de un "accidente" (así lo bautiza él). Algunos de estos "accidentes" pueden dar lugar a un procedimiento distinto, tal es el caso de la responsabilidad proveniente del delito y exigible a personas diversas al imputado.

Cuando este procedimiento se acumula al proceso penal, prosigue Briseño Sierra, "en realidad se están sustanciando dos procesos con sendos conflictos jurídicos, unidos por la unidad de la víctima".⁴

³ Cfr. AD 5778/55 1a. Sala Boletín 1958, pág. 131, Tomado de Alfonso Noriega, *Lecciones de amparo*, pág. 576.

⁴ Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, pág. 291.

El Código de Procedimientos Penales de Coahuila, aunque referido exclusivamente al procedimiento privatizado, atina a sacar su regulación del capítulo de incidentes, abriéndole un propio capítulo y catalogado como procedimiento especial (art. 68), etiquetándolo como proceso civil sobre reparación del daño.

3.2. MOMENTO OPERACIONAL

Ya habíamos hecho notar que a pesar de que el litigio a ser resuelto es de naturaleza esencialmente civil y no penal, la competencia para su tratamiento y resolución va principalmente al tribunal penal y no al civil (salvo excepciones), tratemos ahora el plan o criterio a seguir en el tratamiento de la pretensión civil resarcitoria.

Dos son los criterios conocidos, para el conocimiento:

- a) sistema simultáneo, es decir, que tanto el tratamiento de las pretensiones penales como las civiles, se despachan paralelamente, y
- b) sistema continuo o progresivo, donde la cuestión civil resarcitoria ha de tramitarse tan luego como concluya el proceso penal puro.

A este segundo sistema, Redenti lo denomina criterio de la preminencia de la cognición penal sobre la civil.⁵

Como regla general, podemos afirmar que la legislación mexicana acoge al primer criterio de cognición y tratamiento, pero también, es posible acoger el segundo de los criterios, cuando se trata de demanda a personas diversas al imputado, si ya ha concluido el proceso penal (arts. 489 CFPP y 539 CPPDF).

Aunque las reglas o criterios parecen fácil de digerir, en la práctica la Suprema Corte de Justicia y algunos estudiosos parecen haber equivocado el sentido.

A reserva de lo que ya explicaremos, en el tema de la cosa juzgada, la Suprema Corte de Justicia tratando de zafarse de las injusticias cometidas en el proceso penal, sostuvo que "la absolución del penalmente demandado, no perjudica al ofendido, quien tiene otra vía".⁶

Entre los estudiosos encontramos a Sergio García Ramírez, quien sostiene que cuando el hecho no se califica como delictuoso, se puede ocurrir a la vía civil.

El interés del ofendido —apunta García Ramírez— sobre la reparación del daño queda suficientemente protegido mediante el acceso a la vía civil, sobre la base de lo que ya no podría ser calificado de ilícito penal, sino de ilícito civil: empero, no por ello, se causará al perju-

⁵ Cfr. Redenti, Enrico, *Derecho procesal civil*, t. I, pág. 100.

⁶ Cfr. AD2960/55 1a. Sala, *Boletín* 1956, pág. 378.

dicado daño en sus derechos patrimoniales, únicos que en favor suyo emanen del delito.⁷

Ligado al momento operacional encuéntrase otros dos criterios en el tratamiento, a saber:

a) Que un primer proceso sólo llegue a una condena general, con la posibilidad de abrir posteriormente un procedimiento específico donde se cuantifique o estime el daño (es decir, lo que en los procedimientos civiles se conoce como incidente de liquidación).

b) Que en un único proceso no sólo se dé la condena de pago, sino que además, ahí se especifique el monto o liquidación.

En cuanto al criterio a seguir según nuestro sistema legal, sólo recordemos que el incidente de liquidación posterior a sentencia no se encuentra regulado en la codificación procesal penal, aunque sí en la civil.

Los tribunales judiciales sobre el particular han sido vacilantes. Así por ejemplo, en el asunto de José Peña Alvarado, la Suprema Corte de Justicia resolvió que si el presunto ofendido demuestra haber sufrido daños, el juez debe condenar a su pago, "dejando para posterior procedimiento su cuantificación."⁸

Unos años antes, la misma Suprema Corte de Justicia, sostuvo con criterio opuesto, que es violatorio de garantías la sentencia que condenando al pago de daños reenvía a incidente posterior para su cuantificación "ya que esto equivale a darle una segunda oportunidad de probar lo que en el proceso no comprobó".⁹

La misma Suprema Corte de Justicia regresó posteriormente al criterio que sustentó en el caso de José Peña Alvarado, al afirmar que por tratarse de una "pena pública", la condena debe resolverse no sólo general sino específica, siendo "violatorio de garantías la sentencia que establece que se hará efectivo la reparación del daño mediante el incidente respectivo".¹⁰

Por tanto, si en un único proceso debe condenarse y a la vez especificarse a cuanto condenarse, uno de los objetos que debe tratar el enjuiciamiento civil resarcitorio, es precisamente el monto.

3.3. CLASIFICACIÓN

Por diversas razones se suele clasificar a la multitud de enjuiciamientos

⁷ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, pág. 175.

⁸ Cfr. AD 7141/61 1a. Sala, 6a. época, vol. cv, 2a. parte pág. 90.

⁹ Cfr. AD 5046/54 1a. Sala, Boletín 1956, pág. 713.

¹⁰ Cfr. AD 3672/70 1a. Sala, 7a. época, vol. xxvii, 2a. parte, pág. 41. Similarmente AD 339/67, Apéndice 1917-85, 1a. parte, tesis relacionada, pág. 485. Así como la jurisprudencia definida núm. 222 Sala penal, inserta en el señalado Apéndice.

conocidos y regulados. A nuestro cometido, la índole didáctica de este trabajo nos obliga a ello. Seguiremos para esto, el esquema clasificatorio expuesto por Ovalle Favela: ¹¹

a) por su finalidad, el enjuiciamiento es de conocimiento o declarativo,

b) por razón del orden de proceder el enjuiciamiento es plenario rápido (especialmente el dirigido contra el imputado penal, dada la concentración en el periodo del juicio,

c) por la generalidad o especificidad del litigio, el enjuiciamiento es especial.

d) por la cuantía, el enjuiciamiento puede ser de mayor, menor o mínima, aunque sin gran trascendencia, como ocurrió en la vieja codificación, cuando dependiendo del monto, el enjuiciamiento podía ser verbal o sumario (CPPDF de 1880),

e) por la forma el enjuiciamiento puede ser verbal y escrito. En el enjuiciamiento privatizado la tendencia va hacia lo escrito, en tanto que en el penalizado, tiende hacia la oralidad,

f) por el contenido el enjuiciamiento es singular.

Si nos referimos a la relación material a tratar, el enjuiciamiento es esencialmente civil y no penal.

Tomando en consideración el ritual o procedimiento a seguir, y de acuerdo a lo especificado en nuestra ley, el enjuiciamiento puede a su vez ser a) privatizado o civilizado (cuando el demandado es persona diversa al imputado, dado precisamente que se presenta esta característica), o, b) penalizado (cuando el demandado es el imputado penal y precisamente por la casi fusión del procedimiento penal y el civil. En base a esta clasificación que toma en consideración al ritual, seguiremos nuestro trabajo.

3.4. ENJUICIAMIENTO PRIVATIZADO O CIVILIZADO

Este tipo de ritual parece ser el más conocido y propiamente, sería el más normal ordinario. Incorporado a nuestra codificación del siglo pasado e inspirado en la legislación española, lleva como característica (y aquí seguimos los subprincipios de Vescovi) los siguientes:

a) que comienza por inicio de parte, aquí el Ministerio Público no es parte. El juez no puede iniciarlo;

b) las partes fijan el objeto del proceso (*thema decidendum*) a través de sus pretensiones;

¹¹ Cfr Ovalle Favela, José *Derecho procesal civil*, págs. 36 a 41.

c) las partes fijan el objeto de prueba.¹²

Agreguemos a la vez, otras características que enfatizan a este tipo de ritual:

a) se trata de un procedimiento civil especial o especializado (aunque regulado en ley procesal penal). Lo especial se califica con respecto a los juicios ordinarios que normalmente se tramitan en sede civil;

b) la resolución que resuelve el conflicto no se considera una pena;

c) se trata de un procedimiento que sigue lineamientos que tienden al principio dispositivo y no del inquisitivo.

En sus etapas o fases, el procedimiento acogido por nuestra ley posee periodo postulatorio (demanda y contestación), pruebas, alegatos y sentencia. Como se ve, su estructura no sólo es similar a la del común de los enjuiciamientos civiles, sino que es prácticamente la misma.

a) *Demanda*. Aunque el Código Federal de Procedimientos no establece expresamente el contenido de la demanda, sí hace un reenvío al Código de Procedimientos Civiles y específicamente al capítulo de la demanda (art. 490).

Como nota curiosa cabe recordar que originalmente el código federal de 1934 envió al juicio sumario establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, código que reguló tal juicio sumario hasta 1943, en que fue abrogado por el vigente que no contempla al juicio sumario. Por desgracia, la miopía del legislador fue tan amplia, que desde 1943 hasta 1986, el Código Federal de Procedimientos Penales, siguió enviando para su regulación a un enjuiciamiento inexistente.

En cuanto el Código Distrital, éste dispone que con el escrito se expresarán sucintamente numerados los hechos y la cuantía (art. 534).

Como demanda que es, debe contener 3 elementos básicos:

a) elementos fácticos, es decir la causa *petendi*;

b) elementos jurídicos, que no parecen ser obligatorios, y

c) elementos pretensionales.

Al recibir el juez la demanda y luego de admitida dispondrá se corra traslado al demandado emplazándolo para que concurra. El código distrital dice se le "dará vista".

Ha de advertirse que el código distrital es omiso en cuanto a si se le entregará copia de la demanda, emplazándolo para que concurra, o si el juez al recibir la demanda tendrá la posibilidad de rechazarla o mandar aclararla.

Difieren el código federal del distrital, en que el primero establece

¹² Tomado de Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, pág. 10.

que las notificaciones se harán conforme al propio Código de Procedimientos Penales, en tanto que en la ley distrital, establece como supletorio al Código de Procedimientos Civiles.

La documentación en expediente por separado del legajo penal, revela cierta autonomía (art. 490 CFPP).

Pese a la conexidad (identidad en la causa) que guarda con lo penal, pero también de acuerdo a las especiales consideraciones de este enjuiciamiento, algunas legislaciones no mexicanas (aunque pueden ser aceptables en la misma), han fincado algunas reglas:

- a) que la demanda se intente en sede civil, aun cuando no se haya propuesto la pretensión penal en sede penal,
- b) que la demanda civil, puede intentarse en sede civil, aun cuando esté pendiente en sede penal la pretensión penal,
- c) que la no promoción de la pretensión penal, no impide la promoción de la pretensión civil, y
- d) que la falta de querrela penal (mínima o máxima), no impide la promoción de la pretensión civil.

b) *Contestación.* Según el código federal, la contestación sigue siendo regida por el Código Federal de Procedimientos Civiles, pero el código distrital es omiso.

En la contestación, el demandado (que en la legislación actual no lo será el imputado, sino los terceros), podrá oponer excepciones, tanto procesales como sustanciales.

Aunque las excepciones sustanciales no tienen por qué ser reguladas en una ley procesal, Bernal Cuéllar apunta que el demandado "puede destruir la culpa que le es atribuida, demostrando que falta alguno de los elementos en que se fundamenta; así, puede demostrar que el autor del daño no está sujeto a su autoridad, poder de dirección y subordinación; que no tenía sobre él la obligación de vigilancia o que no le era posible ejercerla al cometer el hecho. Además de estar alterados, le queda abierta la posibilidad de demostrar también la ausencia de autoría planteando el rompimiento del nexo causado entre la actividad de su dependiente y el resultado típico probando un elemento extraño".¹³

Esta última afirmación nos mueve para interrogarnos, pero ya en el proceso penal, acerca de si será posible que el civilmente demandado coadyuve con el imputado, problemas que en la ley no creemos que esté resuelto.

Agreguemos a esas excepciones, entre otras, las extintivas del derecho (pago, compensación, prescripción), las impeditivas (renuncia al derecho, la inexistencia), o las modificativas.

¹³ Cfr. Bernal de Cuéllar, Jaime, *La intervención de terceros*, pág. 52.

La incomparecencia del demandado no implica la suspensión del proceso, pues éste ha de continuar en su rebeldía. El problema será saber si como ocurre en los procesos seguidos en sede civil se podrá o no presumir la confesión de hechos.

En el caso de la ley española, si el demandado confiesa (¿será, se allana?), se procederá a dictar sentencia, circunstancia que no parece regulada en nuestro sistema.

La fijación de la litis o *thema decidendum* resulta de particular interés para la jurisprudencia mexicana, sobre todo, porque es en torno de tal *thema* sobre el que habrá de probarse, alegarse y resolverse.

Partamos de la afirmación de que el proceso resarcitorio es de naturaleza civil, por lo que su objeto será civil, no pueden entonces los sujetos del proceso resarcitorio proponer como *thema probandum* y *decidendum*, datos que no se vinculan con el objeto civil. Por ejemplo las agravantes o atenuantes de pena, grado de culpabilidad (dolo, culpa), imputabilidad o procedencia de excusas absolutorias no son objeto del proceso civil resarcitorio.

Si en cambio forma parte del *thema decidendum* la relación de subordinación entre demandado y autor del hecho, las estimaciones de los daños y su procedencia..

Donde acaso ha habido mayor problema tanto en la diaria práctica como en la jurisprudencia, es en saber si el hecho generador de la responsabilidad civil, es o no objeto del proceso resarcitorio. Esto es, si el delito, como dato fáctico y a la vez la fuente de obligaciones puede ser abordado en el proceso resarcitorio. ¿La controversia en torno de la concretización de la conducta delictuosa, es objeto del proceso civil resarcitorio?

El problema especial surgió cuando ante los tribunales de amparo, los presuntos damnificados trataron de combatir resoluciones dictadas por el juez penal según las cuales se declaró la inexistencia del delito. Así, si el hecho propuesto no encuadra como delito, no habrá responsabilidad civil.

Dos son las posiciones que se han adoptado.

a) Las que sostienen que los hechos que definen al delito forman parte del proceso resarcitorio.

Siendo evidente que todas las providencias dictadas en un proceso y que se refieren a la detención y formal prisión del acusado, si interesan a la parte civil; y puesto que influyen en la suerte definitiva de su acción civil que es incidental en el proceso, era inconcuso que "dicha parte civil debería tener expeditos sus derechos no sólo para aportar en la causa penal todas las probanzas que estimare

conducentes para comprobar el delito, que se imputaba al acusado”, “sino también para vigilar sus mismos derechos en el amparo”.¹⁴

b) La que sostiene que los hechos que definen al delito, son exclusivos del proceso penal y no forman parte del objeto del proceso resarcitorio.

El Tribunal Colegiado del Segundo Circuito al resolver la queja 46/65 resolvió que el ofendido (*rectius*, presunto ofendido) no podía tener el carácter de tercero perjudicado cuando se discute el auto de formal prisión (que supone la calificación de un hecho como delito), “porque dicho auto no afectaba directa ni indirectamente a la reparación del daño o a la responsabilidad civil, que pudiese corresponder al ofendido”.¹⁵

Refiere Alfonso Noriega (que es al que consultamos en este punto), que la Suprema Corte de Justicia tuvo que resolver cuál de las dos tesis contradictorias debería prevalecer, inclinándose por la segunda.

Consecuentemente —dice la resolución— sólo afecta al presunto responsable el auto de formal prisión y en ningún modo a los intereses del ofendido, que de no prosperar el proceso penal, tiene expedito su derecho en la vía civil para exigir la reparación del daño.¹⁶

A nuestro parecer, creemos que la Suprema Corte se equivocó al adoptar la segunda posición. Creemos que la confusión se origina al pensarse que el delito es materia exclusiva del proceso penal, lo cual es falso. Hay casos, multitud de casos, en que incluso el juez civil tiene que resolver sobre existencia de delito (delito, no responsabilidad), tal como ocurre al calificar si un cónyuge incita a otro para cometer un delito; si el hecho calumnioso tiene sanción mayor a dos años de prisión; si algún cónyuge cometió algún delito; calificar si el hecho es punible si se trata de otra persona diferente al cónyuge (art. 267 CC).

Estas hipótesis o causales para el divorcio textualmente se presentan en el Código Civil de la siguiente manera:

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea

¹⁴ Tomado de Alfonso Noriega, *Lecciones de amparo*, pág. 337.

¹⁵ Datos tomados de Noriega Alfonso, *Lecciones de derecho de amparo*, pág. 339.

¹⁶ Tomado de Alfonso Noriega, *Lecciones de amparo*, pág. 339.

político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Los viejos códigos de Chihuahua, llegaron inclusive a establecer que en el caso de que sea competente un juez civil para conocer del resarcimiento del daño proveniente del delito, el juez civil declarará en su sentencia, si el delito se cometió, si el inculpado ejecutó o es responsable y lo demás relativo a la responsabilidad puramente civil (art. 358 Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social).

De cualquier manera, no debe olvidarse a la vez, que el delito, no sólo es supuesto o fuente de una sanción penal, sino también una fuente de obligaciones civiles. Que por tanto, el tribunal que conozca de las obligaciones civiles derivadas del delito, no sólo debe conocer de las consecuencias, sino también de su fuente o supuesto.

Por tanto, a nuestro parecer, las partes en el proceso resarcitorio, deben tener la oportunidad de combatir, alegar y probar en torno del hecho generador de las obligaciones civiles y que es propiamente la *causa petendi*.

De otra manera, ¿cómo reclamar el daño, si no se permite el acceso a la fuente generadora, es decir, a la *causa petendi*?

c) *Pruebas*. Aunque de acuerdo a la ley federal, lo relativo a la cuestión probatoria se regula por el Código Federal de Procedimientos Civiles, no ocurre lo mismo en el código distrital, que no parece hacer reenvío al Código de Procedimientos Civiles, lo que implicaría que su regulación sería la misma que la establecida para las cuestiones penales.

De cualquier manera, conviene reflexionar en torno de uno de los medios probatorios.

Comenzando por las declaraciones de personas, resulta frecuente en nuestros tribunales, jurisprudencia y aun estudiosos, atisbar a la declaración del "ofendido", mejor dicho del presunto damnificado, como un testimonio y no como declaración de parte.

Es frecuente también oír que la confesión sólo queda a cargo del demandado y no así del actor.

A nuestro parecer, es el presunto damnificado quien postula datos, mismos que pueden llegar a ser confirmados. Una cosa es postular el

dato (proponer una hipótesis, según el método científico), y otra el confirmarlo (dato que define a las pruebas).

La declaración del presunto ofendido, por tanto, es diferente del testimonio en su estricto sentido.

En el proceso civil resarcitorio la confesión no sólo queda a cargo del demandado, sino también del demandante.

Prescindiendo de otras indicaciones —apunta Florian— hacemos votos porque en la reforma del porvenir la parte lesionada, especialmente cuando es al mismo tiempo actor civil, por las particulares condiciones en que se halla se trate de una manera conveniente y quede suprimida la actual y contradictoria equiparación de la misma al testigo común.¹⁷

En la técnica del interrogatorio y en base a los reenvíos, podemos diferenciar el procedimiento federal del local, en cuanto que en uno son operantes las posiciones, no así en el segundo.

Igualmente, con la idea de tutelar al damnificado, se le dispensa al actor el probar ciertos datos, como lo es la cuantificación del daño en ciertos casos, en el homicidio, donde se establecen bases para su estimación.

d) *Alegatos*. “Transcurrido el periodo de prueba... el juez a petición de cualquiera de las partes, dentro de tres días oirá en audiencia verbal lo que éstas quisieren exponer para fundar sus derechos” (art. 536 CPPDF).

3.5 ENJUICIAMIENTO PENALIZADO

Si bien el enjuiciamiento privatizado o civilizado tuvo como fuente de inspiración a la ley española, el enjuiciamiento penalizado mexicano, surgió en este país como un juicio autóctono o vernáculo del legislador mexicano de 1929.

Si bien los procedimientos del amparo han sido para el legislador mexicano tinte de orgullo, no ocurre lo mismo con este procedimiento resarcitorio del daño, que debe reportar vergüenza, no sólo a nuestro legislador, sino también a los juristas que a éste apoyan.

Cuando el legislador de esa época advirtió que mediante el procedimiento privatizado o civilizado no siempre se lograba que el responsable pagara el daño, consideró que la respuesta se encontraba en convertir el pago del daño en una pena pública.

¹⁷ Cfr. Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, págs. 341 y 342.

Al asimilar el daño con pena pública, esto provocó una desmembración del procedimiento usual (el privatizado), de otro que se creó con razgos exageradamente inquisitorios y asimilable al propio penal puro.

Si antes, en el procedimiento privatizado o civilizado, el demandado podía ser el penalmente imputado, con la reforma, se abrió un procedimiento más especializado para cuando el demandado lo fuere precisamente el penalmente enjuiciado. Se dejó así el procedimiento privatizado o civilizado para demandados diversos al penalmente demandado y se creó un procedimiento para el imputado penal, cuando es civilmente demandado.

El procedimiento especializado creado en 1928-29 y acentuado en 1932 dejó su característica de civilizado o privatizado, para prácticamente confundirse con el penal (es decir, se "penalizó").

En esta ley de 1929, se estableció que el Ministerio Público, tan luego como se dictare el auto de formal prisión, debía deducir la acción para reclamar la reparación del daño.

No resulta difícil aseverar en relación al procedimiento civil delictual (el penalizado) que tiene en el México actual una unidad procedimental, es decir, que el procedimiento penal y el civil derivado del delito, son iguales (o para decirlo más claramente, francamente es el mismo); aunque en realidad, tratase de diversidad procesal, cuando menos en la relación procesal que se gesta, las pretensiones que se procuran y las normas sustantivas en que se finca. Y esto es raro, porque aquí donde resulta más lógica la dualidad procedimental (dada la diversidad en la relación, pretensiones y derechos), se da la unidad procedimental.

De cualquier manera, el hecho de que el tratamiento que se da a la pretensión civil resarcitoria dirigida contra el imputado penal, se funda en el procedimiento penal, eso no le quita su naturaleza civil. Pero a la vez, una diferencia entre el procedimiento privatizado o el llevado a cabo en sede civil para con el penalizado, consiste generalmente en la desigualdad interpartes: en un procedimiento el demandado está "libre", en el otro normalmente está privado de su libertad, lo que implica cierta desigualdad natural de los sujetos en el proceso.

En uno, el actor o demandante posee o es todo el aparato estatal (con todos los recursos y apoyos con que cuenta) y en el otro un individuo, que además de estar afectado en su patrimonio (y tal vez en su integridad física, como en el caso del lesionado), a veces no tiene ni para comer.

La fusión entre el juicio civil resarcitorio y el penal nos lleva entonces a afirmar que según la ley mexicana, este enjuiciamiento civil penalizado se compone de un proceso preliminar y un proceso principal.

Respecto al clásico proceso civil (con sede en tribunales civiles) se le ha formulado en la actualidad la crítica lapidante, de que obedece cuando más a los criterios decimonónicos, donde el tribunal está despojado de la dirección del proceso, y son las partes (en atención a las instancias) quienes lo gobiernan. En la actualidad se ha estado luchando contra ese criterio dispositivo.

Estas críticas al proceso civil, no le son aplicables al proceso civil derivado del delito (el penalizado) donde la dirección del proceso no sólo queda en el juzgador, sino que además se caracteriza por la fuerte influencia inquisitiva.

3.5.1. *Proceso preliminar*

Paralelo a la instrucción penal (administrativa y judicial) y antes de la concretización de la pretensión civil resarcitoria (la demanda), se suceden normalmente una serie de actos que normalmente en los códigos de procedimientos civiles son conocidos como medios preparatorios o preliminares a juicio.

Siguiendo la idea de Alcalá-Zamora, nos encontramos ante un verdadero proceso preliminar, donde realmente no existe demandante, ni demandado (pues ni siquiera concreta pretensión existe).

“Por proceso preliminar habríamos de entender —apuntó Alcalá-Zamora— el conjunto de actuaciones desenvueltas con anterioridad a la demanda de fondo y relacionadas con el proceso principal en virtud de factores que mudan según la finalidad perseguida por aquél”.¹⁸

En el proceso preliminar —explica Alcalá-Zamora—, en cierta forma los actos implican “el anuncio o exteriorización de un propósito de litigar acerca del fondo”.¹⁹

Prácticamente, este proceso preliminar tiene una fase administrativa (cuando se funde con la instrucción policial o averiguación previa) y una fase judicial (cuando se funde con la instrucción judicial penal).

En lugar de actor, tendríamos un promotor o indicador. Se inicia con simples instancias y solicitudes.

Usualmente, cuando el Ministerio Público provoca la actividad judicial para resolver el litigio penal, afirma que ejercita tanto la “acción penal”, como la “acción civil”, expresando con ello su deseo de que en una etapa posterior, se presentará la concreta pretensión civil derivada del delito.

¹⁸ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *En torno a la noción del proceso preliminar*, pág. 455.

¹⁹ *Idem*, pág. 468.

Aunque nuestra ley resulta mezquina, esto es, rala o insuficiente, es posible afirmar, que es aquí donde se da con mayor énfasis la intervención del presunto ofendido. Aquí se constituye "coadyuvante" (en realidad parte civil), declara y ofrece pruebas, sin que se precise con exactitud las pretensiones reparatoras.

Los actos principales ocurridos en la instrucción penal no parecen influir en gran medida en el enjuiciamiento resarcitorio. Así, no encontramos relaciones para con la orden de presentación, la declaración preparatoria, el auto de procesamiento definitivo, entre otros.

El cerramiento de la instrucción penal da a la vez por concluido el proceso preliminar resarcitorio, para que luego (de la que Alcalá-Zamora llama vacación interprocesal), surja la apertura del proceso principal.

3.5.2. *Proceso principal*

Pese a la menguada reglamentación y paupérrima jurisprudencia, no resulta difícil atisbar que en las fases del proceso principal aparece bien claro el periodo postulatorio o expositivo (demanda y contestación), prácticamente desaparecido el periodo probatorio (que se ha anticipado y tramitado en el proceso preliminar) y el periodo conclusivo (alegatos, que prácticamente es desconocido en la praxis diaria y luego la sentencia).

a) *Demanda*. Ya en otro lugar, dejamos aclarado, que las llamadas conclusiones acusatorias que presenta el Ministerio Público al tribunal, se refieren exactamente a lo que en derecho procesal se conoce como demanda.

Es precisamente aquí, en las conclusiones acusatorias, donde el Ministerio Público debe indicar los elementos fácticos y jurídicos (*causa petendi*) en que se funda su pretensión civil resarcitoria del daño, la que igualmente debe plantear con precisión.

Debe, dice la ley, fijar en proposiciones concretas su solicitud de reparación de daños y perjuicios, citar leyes y jurisprudencia aplicable al caso.

En este punto se imponen algunas reflexiones.

Según la Constitución, en ninguna de sus disposiciones se monopoliza al sujeto actor, ni tampoco se monopoliza la presentación de la demanda civil resarcitoria por parte de algún sujeto especial. Es sólo la ley secundaria, la que establece que de manera exclusiva le corresponde al Ministerio Público pedir la reparación del daño (art. 2º frac. III CPPDF).

Aquí cabe llamar la atención al hecho de que no todas las leyes

ordinarias, por ejemplo de otras entidades federativas, siguen el lineamiento de la distrital. La ley de Coahuila, por ejemplo, establece que la reparación del daño sólo puede imponerse por solicitud de "quien tenga derecho a ella" (art. 68 Código de Procedimientos Penales).

El Código de 1929, estableció que no sólo el Ministerio Público propondría la demanda, sino también el presunto damnificado. En cambio la ley actual ilógicamente desplazó y eliminó al actor material y al verdadero titular del derecho civil.

El legislador —apunta García Ramírez— le otorgó el carácter de "pena pública" para provocar la mayor atención hacia la víctima de delito, al depositar en manos del Ministerio Público la acción reparadora. El mismo propósito se lograría, con rectitud técnica, si se confiase al ofendido la acción principal, y al Ministerio Público la subsidiaria.²⁰

No está por demás recordar, que en el caso de la presentación de la demanda de manera exclusiva por el Ministerio Público, ello significa que se desplaza al presunto ofendido de la promoción de la misma, lo que a nuestro parecer, pugna con diversos instrumentos jurídicos internacionales.

En efecto, contra el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre ("toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos"); contra el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el de ser oída "para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"); contra el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones).

Reflexionando sobre este cambio observado en nuestro sistema, donde de la acción privada se fue a la pública, con un excesivo y exclusivo monopolio del Estado (Ministerio Público), podemos pensar que se debió a un violento rechazo a la filosofía liberal individualista, para pasar al extremo opuesto, y no quedarse en lo mero socialista, sino en lo totalitario.

El exagerado cambio de tendencias, como lo hemos visto con el paso del tiempo, no ha mejorado la administración de justicia penal, y continúan imperando las mismas fallas que se aducieron para provocar el cambio.

Si la exageración del *laissez faire, laissez passer*, impidió la apertura de procesos civiles resarcitorios en los casos que se ameritaba, la exageración opuesta, de impedir al que aparece dañado que pida la aper-

²⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio y Victoria Adato, *Prontuario del derecho procesal penal mexicano*, pág. 560.

tura de un proceso civil resarcitorio, también, ha impedido hoy día, concretizar a los emotivamente interesados funcionarios (ya por su naturaleza o venalidad), lograr una verdadera justicia en este campo. Lo que se traduce, en que no siempre se abren o siguen procesos civiles resarcitorios en los casos en que realmente se amerita.

Otra reflexión en torno de la demanda deriva de una tesis expuesta por la Suprema Corte de Justicia. Aunque el Ministerio Público obra en el proceso resarcitorio como representante del ofendido, al plantear su demanda, no se requiere que se "determine a la persona que tenga derecho a que le sean resarcidos los daños, ni impide se condene al inculpado a pagar los daños ocasionados por el delito que haya cometido",²¹ lo cual significa que el Ministerio Público puede demandar en representación de personas ignoradas, o inclusive, que éstas ignoren que están siendo representadas en un proceso civil resarcitorio.

Como es fácilmente adivinable, la razón de la Corte no es precisamente de índole civil, sino netamente penal: se debe condenar al pago del daño (aunque se desconozca quién es el damnificado) porque se trata de una pena pública.

Una última reflexión en torno de las pretensiones (que en la demanda es donde se concretizan) deriva del artículo 48 del Código Penal, pues éste dispone que a la pretensión del presunto ofendido de que se publique la sentencia podrá acceder el juez.

La publicación especial de sentencia, sobre todo en los casos en que es solicitada por el ofendido, tiene a favor de este último (normalmente) la característica de ser reparadora del daño, especialmente del daño moral.

Tomado en consideración que esta pretensión del presunto damnificado no difiere en cuanto a las que propone el Ministerio Público, la interrogante sería ¿qué acaso habrá posibilidad de que se presenten dos demandas?, y de ser así ¿éstas están acumuladas?

b) *Contestación*. Entendida la naturaleza de la demanda civil resarcitoria, resulta más fácil entender a la contestación, pues ésta se da en las llamadas conclusiones de la defensa y que es precisamente el instrumento, donde se presenta la posibilidad de contradecir y contrapretender.

Por desgracia, nuestro legislador ha sido tan negligente y desarticulado en la reglamentación, que deja en el aire multitud de problemas sin solucionar.

Se nos ocurre por ejemplo cuestionarios si el civilmente demandado

²¹ Cfr. AD 337/65 1a. Sala. 6a. época, vol. xcvm, 2a. parte, pág 71

¿puede pedir se llame a un tercero en garantía para que se presente a proceso? Por ejemplo ¿en los casos de responsabilidad subsidiaria del Estado, puede éste ser llamado subsidiariamente, para que comparezca al proceso y que en caso de que no pague el deudor principal, pague el deudor subsidiario?

En el caso de omitir presentar contestación a la demanda, no establece nuestra ley para este enjuiciamiento la sanción de considerar como aceptados los hechos de la demanda.

En lo que hace a las excepciones oponibles (especialmente las sustanciales) resultan operantes todas aquellas que neutralicen o anulen el derecho sustancial aducido por el actor. Tal pudiera ser el pago.

Aunque la ley no lo establece, los tribunales han sostenido que tampoco procede la compensación. De cualquier manera, el código de 1871 (art. 367) fue más claro, pues sólo la aceptó, en aquellos casos en que la cosa usurpada se había restituido.

c) *Pruebas*. El periodo o fase de pruebas que normalmente debía suceder a la demanda y contestación prácticamente se ha nulificado en el proceso civil resarcitorio.

Nuestras leyes (arts. 9 CPPDF y 141 CFPP) no sólo facultan al Ministerio Público, sino también al presunto ofendido para aportar pruebas, pero de acuerdo a la sistemática de la ley, éstas deben proponerse y desahogarse en el proceso preliminar (instrucción) y no en el principal.

Acaso los artículos 328 del CPPDF y 306 del CFPP dan la posibilidad de probar después de conclusiones. Así, dispone la última disposición citada que "podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible juicio del tribunal y hubieren sido solicitados por las partes..."

Totalmente heterogéneo respecto del objeto del proceso de esta clase —explica Prieto-Castro— es el objeto civil añadido (la acción civil proveniente del delito o la falta). Este objeto no tiene por qué depender de las normas rígidas del proceso penal, pero se beneficia de la enorme libertad de apreciación probatoria que existe en él.²²

d) *Alegatos*. Concluido, en su caso el desahogo de pruebas, la fase conclusiva se inicia con los alegatos (conclusiones de bien probado en España).

Aquí conviene recordar, que no sólo es el Ministerio Público quien puede alegar, sino también el presunto damnificado (art. 70 CPPDF).

²² Cfr. Prieto-Castro, Leonardo, *Derecho procesal*, pág. 98.

7.3.6. *Sentencia*

La sentencia es el acto y la decisión pronunciada por el tribunal mediante la cual da solución al fondo controvertido. Es una fórmula compositiva del litigio.

Es tal vez la congruencia y la exhaustividad, las reglas principales a que ha de ceñirse la sentencia.

La congruencia, especialmente con las pretensiones, implica una vinculación entre la decisión y lo pedido.

En torno de este punto la Suprema Corte de Justicia ha pronunciado tesis interesantes, según las cuales la pretensión del presunto damnificado es el límite de la decisión. Así, no puede condenarse a cantidad mayor, que la reclamada por el ofendido.

El juzgador está obligado a regular su arbitrio en esta materia atendiendo a la extensión del daño, pruebas existentes y capacidad del obligado a repararlo, por lo que infringe garantías cuando condena excediéndose de la suma señalada por el propio damnificado...²³

En sentido similar se ha pronunciado un Tribunal Colegiado de Circuito.

Es correcta la apreciación de la autoridad responsable, en la resolución reclamada, en el sentido de que la condena a la reparación del daño, en cuanto al monto, no tiene por qué rebasar las pretensiones de la ofendida.²⁴

Aunque si bien es cierto que estas resoluciones serían entendibles en el proceso civilizado o privatizado (donde se tiende a la disponibilidad), no creemos que pudieren ocurrir en el penalizado (donde se tiende a lo inquisitivo), dado que ello implicaría vincular al tribunal a la decisión o pretensión del particular, sobre todo cuando no es éste el facultado para pedir "penas".

Por otro lado, aunque la sentencia civil reparadora se dicta por regla general, en la misma pieza en que se dicta la sentencia penal, deben diferenciarse sus contenidos y a la vez tener presente sus relaciones.

Dada la relación entre ambas sentencias, deberá a nuestro juicio, resolverse primero (normalmente) la existencia o inexistencia del delito. Si se declara el delito, se puede pasar a examinar la responsabilidad civil.

²³ Cfr. AD 6746/58 1a. Sala, Informe 1959, pág. 59.

²⁴ Cfr. AD 479 479/67, Tomado de Mayo Ediciones, *Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Penal*, t. II, pág. 286, Tesis 1078.

Aunque la Suprema Corte de Justicia ha sido muy incongruente en estas decisiones (hecho del que ya se ha ocupado Gutiérrez y González), conviene reiterar que a nuestro juicio, no es necesario que exista responsabilidad penal, para que se declare la responsabilidad civil.

En 1926 la Suprema Corte de Justicia resolvió: "La resolución que se dictó en un proceso, declarando que ha prescrito la acción penal, no impide hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito; y por tanto, en nada afecta la suerte del incidente respectivo. . ."

Pero en 1947 resolvió que "la responsabilidad civil proveniente del delito, es una consecuencia ineludible de la penal. . ."²⁵

Es decir, en un caso se exigió la responsabilidad penal y en otro no.

Posteriormente (1959), dictó una resolución en la que implícitamente da a entender, que el actor puede reclamar la responsabilidad objetiva. Esto es, que si de acuerdo al riesgo creado debe cubrirse el daño a pesar de la irresponsabilidad penal, resulta entonces, que se puede hacer efectiva la responsabilidad civil, siendo innecesario que se declare responsabilidad penal.²⁶

Un elemento con el que no siempre cumplen nuestros jueces es el declarar el pago, en caso de que así haya ocurrido. Así, es frecuente que durante el curso del juicio, se pague el daño causado, y que los jueces en base a eso expresen en su sentencia que se les absuelve del pago del daño.

En el orden lógico, esta decisión parece incorrecta, pues el juez debe declarar el pago y no absolver. En cierto sentido así se pronunció el Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal.²⁷

Debe destacarse también, el criterio de la Suprema Corte de Justicia, según el cual, en los casos en que proceda condenar al resarcimiento del daño, aun cuando no exista responsabilidad penal, debe hacerse por el mismo tribunal penal.

La sentencia penal absolutoria no siempre representa la absolución respecto a la responsabilidad civil. En el Código de 1894 ya se establecía esta conclusión, salvo tres casos de excepción. . . No toda excluyente de responsabilidad penal es excluyente de la civil, ya que las primeras, no siempre representan un obrar conforme a derecho, sino que muchas de ellas son causa de inimputabilidad o inculpabilidad

²⁵ Cfr. Datos tomados de Gutiérrez y González Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, págs. 631 a 633.

²⁶ Cfr. Apéndice 1917-85, Sala penal, tesis relacionada núm. 220, pág. 486. En lo competencial esta tesis parece contraria a la que en otro lugar citamos (cap. 1, nota 16).

²⁷ Cfr. AD 242/70, Tomado de Mayo Ediciones, *Tribunales Colegiados*, t. 1, Penal, pág. 302, tesis 1087.

que obligan a la reparación civil. El juez o tribunal que decreta la absolución penal debe en todo caso hacer una declaración en relación con la responsabilidad civil. Para este último principio de la esencial unidad del poder de jurisdicción fundamenta el que continúe en el juez penal la competencia jurisdiccional para condenar, en su caso, a indemnizar, a pesar de que se absuelva penalmente. La absolución por haber obrado el quejoso en estado de legítima defensa real, resuelve igualmente la irresponsabilidad civil; pero en cambio el miedo grave o temor fundado y los casos de presunción de legítima defensa previstos en los dos últimos párrafos de la fracción III del artículo 15 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, cuando son procedentes, culminan en una absolución penal, pero obligan a la reparación del daño causado, que igualmente debe decretar el juez o tribunal que conozca del caso concreto. . .”²⁸

73.7. Cosa juzgada

Al exponer Barrios de Angelis el tema de la cosa juzgada, explica que ésta significa la pretensión de verdad (del juicio o conclusión que remata el razonamiento), de autoridad (por cuanto que el estado reconoce esa autoridad), y de permanencia (en la medida en que es durable y por tanto inviolable).

“La *exceptio iudicati* —prosigue Barrios de Angelis— es la manifestación extensible de la pretensión de la autoridad y de la permanencia, excluyente de todo nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto (entre los mismos sujetos, agrega la doctrina).”²⁹

En realidad, el tema de la cosa juzgada adquiere mayores dimensiones cuando planteamos la existencia de sentencias equivocadas o injustas, que normalmente son fenómenos fácticos pero no jurídicos.

En el campo civil resarcitorio, varias son las interrogantes que podemos plantear, pero la principal (refiriéndonos a la pretensión de permanencia) sería ¿es posible que en caso de absolución en sede penal, se pueda abrir, continuar y resolver otro proceso en sede civil?

Aunque la respuesta a la interrogante no parece ser clara en nuestra ley, han sido los tribunales (principalmente los de amparo) los que en diversas ocasiones le han dado respuesta.

Como en casi todo lo relativo al proceso civil resarcitorio, las respuestas de la Suprema Corte de Justicia, han sido incoherentes y contradictorias. En algunos casos, ha sostenido que la absolución en lo penal no prohíbe el proceso en la sede civil.

²⁸ Cfr. AR 405050, Tomado de Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. v, *Obligaciones*, vol. II, págs. 155 y 156.

²⁹ Cfr. Barrios de Angelis, Dante, *Teoría general del proceso*, págs. 205 a 208.

Puede exigirse al acusado (la responsabilidad civil), ya sea que en el proceso criminal se le absuelva o se le condene, por tanto no se afectan los intereses de carácter civil del acusado o denunciante, porque se declare que no hay delito que perseguir.³⁰

En otros casos ha sostenido la propia Corte criterio en contrario, negando la posibilidad del proceso en sede civil, si ya fue resuelto en sede penal.

Cuando en un proceso penal se condene al acusado al pago de la reparación del daño en una cantidad, menor que la reclamada por el ofendido, éste carece de acción, si la resolución ha causado estado, para entablar demanda civil por la parte que a su juicio no fue cubierta, porque al admitir ese derecho de la parte agraviada, se estaría en el caso prohibido por el artículo 23 constitucional, porque equivaldría a juzgar dos veces por los mismos hechos.³¹

Sin lugar a dudas la respuesta todavía está por darse, sobre todo cuando se toman en cuenta otros problemas de orden práctico no abordados por la jurisprudencia.

El caso que se nos viene a la mente es de singular importancia porque del mismo derivan dos respuestas diversas. En una primera hipótesis tenemos el caso en que los presuntos damnificados se constituyen como parte civil en el proceso resarcitorio (como "coadyuvantes") y luego consienten la sentencia desestimatoria de la reparación del daño; en la segunda hipótesis, el caso de los damnificados que ni siquiera se apersonaron a la sede penal, y ni siquiera supieron de la existencia del proceso civil resarcitorio tramitado.

En la primera hipótesis, habría claro caso de cosa juzgada, máxime cuando ni siquiera se combatió la absolución mediante el amparo casacional, como medio impugnativo, donde el presunto damnificado tiene reconocido la calidad de parte formal.

En la segunda hipótesis, se puede argumentar que no puede fácilmente aducirse la cosa juzgada, pues aunque los damnificados eran sujetos del litigio, ellos eran ignorantes de ese juicio, al que ni siquiera se apersonaron, ni fueron llamados.

Pero por otro lado, la afirmación de que eran ignorantes, no necesariamente sería el razonamiento, puesto que el representante (Ministerio Público) obró por cuenta de los representados (los damnificados), aun cuando éstos ignoraran que habían sido representantes.

Otro caso, sin respuesta firme que se nos ocurre, consiste en saber qué ocurre cuando existiendo litisconsorcio pasivo, se suspende el pro-

³⁰ Cfr. Apéndice al Tomo XCVII del SJF, pág. 1709.

³¹ Cfr. AD 5887/54 1a. Sala, *Boletín* 1957, pág. 256.

ceso por lo que hace a un litisconsorte (v. gr. porque huye), y continúa y resuelve por el otro litisconsorte. Si el primer sentenciado es absuelto en el pago, declarándose que no existe daño, ¿podrá alegar el segundo (luego de reanudarse su proceso) la cosa juzgada?

7.3.8. Ejecución

La función jurisdiccional termina en la sentencia, lo demás en caso dado, sólo podrá ser actividad judicial, mas no jurisdiccional.

De esta manera, no es posible hablar de proceso de ejecución, ya que en el mejor de los casos, sería ejecución procesal.

“Podemos definir la ejecución civil en el proceso penal (dice Luis Bramont) como el procedimiento que regula el proceso de ejecución civil (en todo caso, la ejecución procesal) que tiende a actuar la sanción civil pecuniaria derivada de la comisión de un delito, lleve o no apoyado éste responsabilidad penal para el ejecutado.”³²

La definición precedente por desgracia sólo se queda en lo mero pecuniario, cuando hay otros casos civilmente sancionados, tal sería el caso de la nulidad de matrimonio en el caso de bigamia, la nulidad de un documento cuando es falso, la publicación de sentencia a título de reparación moral, etcétera.

El tema o contenido de la ejecución de condena civil pronunciada en sede penal, resulta importante y urgente para ser regulada. Así, el diverso tipo de condena civil, puede matizar un procedimiento de ejecución específico.

De esta manera, no puede ser igual el ejecutar la condena al pago del daño causado en un daño en propiedad ajena, que el ejecutar la condena consistente en mantener periódicamente a los hijos procreados con motivo del estupro, que el hacer la publicación especial de sentencia, que el nulificar el segundo matrimonio en el caso de bigamia, etcétera.

Por lo pronto, advirtamos que nuestra ley no establece reglas específicas para regular la ejecución de una sentencia que condene al pago del daño.

Salvo la regla del código de Coahuila que establece que la reparación del daño se hará efectiva por el juez del proceso conforme al Código de Procedimientos Civiles (art. 87), los códigos Federal y Distrital establecen la regla general, según la cual la ejecución de sentencias irrevocables le corresponde al poder ejecutivo, y que para ello a través de

³² Cfr. Bramont Arias, Luis, *Voz: proceso penal (ejecución civil)*, pág. 404, Enciclopedia Jurídica Omeba.

la autoridad fiscal y mediante el empleo de procedimiento económico-coactivo, se ejecutará la decisión (art. 31 CP).

Este procedimiento pudiera ser más entendible en el enjuiciamiento penalizado, que en el civilizado, donde no parece existir respuesta.

Al romper definitivamente con la responsabilidad civil exigible por el ofendido o sus familiares apuntaban Ceniceros y Garrido, autores de la ley se ha querido que el Estado imparta de modo directo su ayuda a las víctimas de la delincuencia, con un procedimiento análogo al que emplea para hacer efectiva la multa.³³

“Efectuado el pago de la sanción pecuniaria (art. 533 CFPP), 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 quien tenga derecho a ella para hacerle entrega inmediata de su importe.”

El derecho de ejecución prescribe en un año (art. 113 CP) y sólo se interrumpe por embargo (art. 115 CP), pudiéndose otorgar plazos para su pago (art. 39 CP).

A favor del ejecutado, nuestra Constitución establece que no podrá ser detenido por deudas civiles, e incluso no puede prolongarse su prisión por cualquier prestación en dinero, por causa de reparación civil o algún motivo análogo (art. 20, frac. X).

Los artículos 84 y 90 del CP conectan los sustitutos de pena de reclusión (condena condicional y libertad preparatoria) al pago del daño. Así, cuando se establece que para que surta efectos la condena condicional, se debe pagar el daño, lo que realmente ocurre, es que con esto --lo dijo Chioventa--, se utiliza “la amenaza de pérdida del beneficio como medio de coacción para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados”.³⁴

En realidad, la ejecución de sentencias relativas al daño civil delictual, trae más aparejado fondo sociológico y económico que jurídico. Pues frente a la insolvencia, no funcionan los mecanismos jurídicos, ni siquiera reduciendo a la esclavitud al deudor. De nada sirve que al pago del daño se le declare pena pública, si el deudor no tiene con qué pagar.

A fin de aliviar un tanto la situación, se han presentado algunas soluciones.

Una de ellas, consiste en que el dinero depositado para la caución, garantice el pago del daño (art. 417 CFPP y 35 CP). Esta fórmula por desgracia se quebranta, cuando el fiador no es el deudor, sino un tercero, o cuando no hay dinero para la caución.

³³ Cfr. Tomado de Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, t. 1, pág. 424.

³⁴ Cfr. Chioventa, Guissepe, *Principios de derecho procesal*, t. 1, pág. 383

Otra de las fórmulas, se reduce a organizar el trabajo del penado, para que mediante descuentos a su salario se forme la bolsa que sirva para cubrir el daño (arts. 82, Frac. I CP, 16 Frac. I del Reglamento Interior de la Colonia Penal de las Islas Marias). Ha habido quien ha estimado que esta fórmula es inconstitucional.³⁵ A pesar de ello, la Suprema Corte de Justicia, con ponencia de Rivera Silva, estimó constitucional el embargo de salarios para este caso.³⁶

CAPÍTULO 4

MEDIOS IMPUGNATIVOS, MEDIDAS CAUTELARES E INCIDENTES

4.1. MEDIOS IMPUGNATIVOS

Aunque con pésima regulación, en el proceso civil resarcitorio encontramos medios impugnativos tanto intraprocesales como metaprocesales.

Dentro de los intraprocesales, no parecen encontrarse rechazados los remedios, ni los recursos.

En el campo de los remedios, pensamos que los sujetos procesales pueden emplear tanto la aclaración, la revocación, así como la oposición o reconsideración (esta última ante el Procurador, a fin de que se promueva la acción luego de haberla rechazado).

Dentro de la línea de los recursos, sostenemos la procedencia tanto de los ordinarios, como de los extraordinarios, no así los excepcionales.

Dentro de los ordinarios, el recurso de apelación es el más conocido y textualmente concedido al presunto damnificado. De los mismos ordinarios la queja en su modalidad de denegada apelación resulta operante. Ocurriendo de manera similar que proceda la reposición del procedimiento dada la extensión de las hipótesis que el artículo 388 del CFPP prevé en sus fracciones V y VI.

Como recurso extraordinario, no cabe la menor duda de que procede el amparo casacional.

Por último en los medios impugnativos metaprocesales, tampoco se duda del amparo bi-instancial, como proceso o juicio impugnativo.

La tramitación de los citados medios impugnativos, salvo los casos específicos a que nos referiremos, se regula por las mismas reglas que se establecen para los asuntos derivados de procedimientos penales.

Acaso merecen comentario especial dentro de los remedios, la reconsideración ante el Procurador; de los recursos ordinarios, el de apela-

³⁵ Tomado de García Ramírez, Sergio, *La prisión*, págs. 156 y 157.

³⁶ *Cfr.* AD 8076/61 1a. Sala, 6a. época vol. LIX, 2a. parte, pág. 35.

ción, y de los extraordinarios, el amparo casacional. Igual importancia merece el amparo de doble instancia.

a) *Oposición o reconsideración ante el procurador.* La oposición, también conocida como reconsideración en otros lugares, viene a ser un remedio procesal prácticamente desconocido en nuestro campo.

Al igual que la revocación, la oposición o reconsideración está orientada a dejar sin efecto la resolución impugnada. Sin embargo, lo que cambia es la mecánica operativa del medio impugnativo. Mientras que en la revocación la secuela procesal se configuraría por una audiencia o *due process*, luego la resolución, y en seguida la impugnación, en el caso de la oposición, tendríamos primero la resolución, luego la impugnación, en la que puede darse la llamada garantía de audiencia.

Durante la oposición, se "oír al interesado", y "el funcionario que la hubiere impuesto resolverá desde luego lo que estime procedente".

Aunque este remedio es desconocido contra actos judiciales esencialmente penales o civiles resarcitorios, no resulta ausente contra cierto actuar negativo del Ministerio Público en la averiguación previa, pero que de alguna manera repercutirá en la pretensión civil resarcitoria (especialmente en el enjuiciamiento penalizado).

Así, el artículo 133 (CFPP) establece que en el caso de que el Ministerio Público decida no promover la acción, el que se considere ofendido puede ocurrir ante el Procurador dentro de los siguientes 15 días para que resuelva en definitiva si es o no de promoverse la acción.

A este medio de control del ejercicio de la acción, se le ha considerado por Briseño Sierra como un recurso de queja, y por García Ramírez como un recurso administrativo, es decir una reconsideración administrativa.¹

Trátase en este caso de un remedio, y no de un recurso, supuesto que el único que puede decidir el no ejercicio de la acción es el Procurador y no los subalternos. De manera que si el Procurador decide no promover la acción, contra esta determinación procede la oposición o reconsideración administrativa.

No obstante, puede dársele el tratamiento de revisión administrativa, para cuando el agente subalterno, arbitrariamente se niega a promover la acción, pues en este caso, se recurre ante el órgano superior.

b) *Apelación.* El viejo código distrital de 1894, permitió a la parte civil apelar (art. 478), facultad que se reiteró en el código de 1931 (art. 417, frac. III), no así en la original codificación federal, sino hasta 1986-87 en que por modificación se le permitió al presunto damnificado apelar.

¹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, págs. 173 y 239.

De cualquier manera, en este punto, la ley no hace reenvío a la codificación civil, lo que significa que el ritual se seguirá conforme a los lineamientos de la apelación penal, sea que el enjuiciamiento sea privatizado o penalizado. No ocurre lo mismo con la ley federal que establece como supletorio a la ley procesal civil.

Pese a esta tradición legal, no encontramos en los tribunales judiciales, ni la doctrina proveniente de mexicanos, criterios que sirvan para formar un sólido marco teórico de este recurso en el proceso civil resarcitorio. No parece ocurrir lo mismo con el código de Coahuila, que con mayor claridad que el federal hace reenvío expreso a la ley procesal civil, la que ya ha sido objeto de arduos estudios.

Esta posibilidad de admitir el recurso de apelación interpuesto por el presunto damnificado, no fue bien visto por Piña y Palacios, quien afirmó que si lo hiciera "sería tanto como concederle el ejercicio de la acción penal".²

La Suprema Corte de Justicia parece haberse plegado de manera similar al criterio de Piña y Palacios, al llegar a sostener en el caso de Eugenio Mejía, que "en términos de lo preceptuado por el artículo 20 del Código Penal Federal, la reparación del daño que debe ser hecha por el acusado tiene el carácter de pena pública, lo que significa que en la aplicación del principio de división de funciones procesales consagrado en el artículo 21 constitucional, que establece el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, es a éste a quien concierne pedir la reparación del daño y no al particular ofendido; de manera que si la Representación Social no se inconformó del monto fijado por el juez de primera instancia... ante esa ausencia de impulso de parte a la que constitucionalmente le corresponde pedir la aplicación de las penas, el Tribunal de Alzada se encontraba jurídicamente imposibilitado de modificar esos aspectos de la sentencia condenatoria apelada".³

Este deshumanizado criterio de la Suprema Corte de Justicia, resulta incorrecto a nuestro sentir, no sólo porque después de la época en que se pronunció fue modificada la ley federal en su artículo 490, sino también, porque en la resolución se confundió a la pretensión punitiva con la civil resarcitoria.

De cualquier manera, dentro del proceso civil resarcitorio podrán apelar: el Ministerio Público (en el enjuiciamiento penalizado), el presunto damnificado o su representante (tanto en el enjuiciamiento penalizado como en el civil privatizado), y el civilmente demandado y su defensor o procurador (en ambos enjuiciamientos), arts. 418 y 540 CPPDF y 365 CFPP).

² Cfr. Piña y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal*, págs. 210 y 211.

³ Cfr. AD 5853/71, 1a. Sala. Informe 1972, pág. 23.

Es pertinente agregar, que respecto al presunto damnificado, sólo se le reconoce el derecho a apelar cuando se constituya como parte civil, es decir, cuando “éstos (los presuntos damnificados) coadyuven en la acción reparadora” (art. 417 CPPDF), o cuando éstos “hayan sido reconocidos por el juez de primera instancia, como coadyuvante del Ministerio Público” (art. 365 CFPP).

El objeto del recurso (no el fin u objetivo) no está bien definido en la ley. La ley distrital expresa que se puede apelar “sólo en lo relativo a ésta (acción reparadora)”. La ley federal, establece que “la apelación se contraerá al relativo a la reparación de daños y perjuicios y a las medidas precautorias conducentes a asegurarlas”.

Tampoco nada se expresa en cuanto al efecto que produce la simple interposición del recurso. Sólo el artículo 540 del CPPDF, refiriéndose al juicio privatizado, señala que se admitirá en “ambos efectos”, queriendo, a nuestro parecer decir, que en orden a la ejecución en efecto suspensivo (suspende la ejecución de la resolución), y en orden a la jurisdicción (como le llamó Alcalá-Zamora), en efecto devolutivo.

No vale lo anterior para la ley federal, dado el reenvío a la ley procesal civil.

La íntima conexión entre el procedimiento penal puro con el procedimiento civil resarcitorio, ha llevado a la Suprema Corte de Justicia a establecer a la vez, que en el caso de los agravios, aunque sean estos deficientes, el tribunal de segunda instancia, si puede de oficio (aquí estamos en un medio de autocontrol) suplir los agravios. Esta decisión surgió, cuando el Tribunal Superior de Justicia se negó a suplir agravios, aduciendo estricto derecho para lo civil, resolución que como expusimos fue revocada por la Suprema Corte de Justicia en amparo casacional.⁴

Aunque con número ordinal de expediente anterior, pero resuelto posteriormente a la decisión anterior, la misma Suprema Corte de Justicia, sostuvo que el concepto de violación debe estudiarse como se plantea, sin que haya posibilidad del tribunal para suplir nada.⁵

c) *Amparo-casacional*. Obviando en mucho los marcos teóricos y conceptuales del amparo casacional, para nuestro enfoque sólo puntualicemos que se trata de un recurso extraordinario.

En el amparo-casación se plantea intraprocesalmente en otra instancia (normalmente sería la tercera) una inconformidad entre el recurrente y la decisión del tribunal que ha resuelto en torno a la pretensión civil resarcitoria.

A través del amparo-casación (amparo directo en la terminología legal) se revisa la legalidad del acto de autoridad, para que en su caso

⁴ Cfr. AD 6925/58, 1a. Sala. Boletín 1959, pág. 151.

⁵ Cfr. AD 2651/58, 1a. Sala, 6a. época, vol. xxxix, 2a. parte, pág. 28.

se anule el fallo o se reponga el procedimiento. En nuestro medio procede contra las sentencias (ordinariamente de segunda instancia).

De manera clara y nítida, la Ley de Amparo reconociéndole plena calidad de parte al presunto damnificado (hecho que se empeña en negar la ley procesal penal), lo faculta a convertirse en recurrente.

Esta intervención del presunto damnificado como recurrente, no viene del siglo pasado, sino desde 1936 (poco después de que se le expulsara del proceso resarcitorio en primera instancia como parte formal), y ligeramente modificada en 1968.

El civilmente demandado en el proceso civil resarcitorio, ya tenía desde tiempo atrás su reconocimiento como recurrente, hecho que por lo pronto no merece mayor comentario, por ser harto estudiado.

En el caso de la contraparte del recurrente, es decir lo que conocemos en derecho procesal como recurrido, también es conocido en la Ley de Amparo bajo el singular apelativo de tercero perjudicado.

Por último, a diferencia de lo que normalmente ocurre en el amparo casacional penal, en que puede recurrirse en cualquier tiempo, no se presenta el mismo fenómeno en el amparo casacional que deriva del proceso civil delictual, donde sólo se conceden 15 días para presentar el recurso.

d) *Amparo bi-instancial*. Con el nombre de amparo bi-instancial, amparo de doble instancia o juicio de amparo, se regula un verdadero proceso o juicio impugnativo autónomo y por tanto diverso al proceso penal.

Como todo proceso, supone el accionar y la actividad jurisdiccional. Al tribunal le es llevada una controversia surgida entre alguno de los sujetos del proceso resarcitorio (presunto damnificado-presunto deudor) para con el órgano que ha decidido en dicho proceso (el órgano sería el que está conociendo de la pretensión civil resarcitoria).

El demandante (quejoso le llama la ley) plantea su demanda, y el demandado (autoridad responsable se le llama) contesta a través de lo que curiosamente se denomina "informe justificado". Tras un periodo de pruebas y alegatos, el tribunal falla, resolviendo la controversia (concediendo o negando el amparo).

En este tipo de juicio autónomo, los demandados siempre son órganos de autoridad, que en el caso que nos ocupa, son el tribunal de primera instancia o el tribunal de segunda, que han dictado alguna resolución en el proceso civil resarcitorio.

En cambio el actor, ha de ser la parte civil (presunto damnificado) o el civilmente demandado. Llama la atención, el hecho de que nuestros tribunales de amparo le han negado facultad (legitimación procesal) al Ministerio Público (en su calidad de representante del presunto damnificado) para concurrir como actor en el juicio de amparo.

4.2. MEDIDAS CAUTELARES

Con el afán de asegurar el pago de los daños y perjuicios, el legislador se ha dado a la tarea de establecer mecanismos asegurativos, dentro de los cuales encontramos a las medidas cautelares.

Aunque sin ser medidas de cautela, ya con anterioridad, nos hubimos referido al caso del artículo 31 del Código Penal, dirigido especialmente a los conductores de vehículos, los cuales, según un reglamento aún latente, es decir, suspendido en su vigencia, deben garantizar cualquier daño que pudiera llegar a ocasionar en el supuesto caso de que cometan un delito por “imprudencia”.

Llama la atención el artículo 35 del CP al establecer que “los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria. . .”. Aúname a éste el artículo 399 CFPP al preceptuar que cuando el tribunal fije el monto de la caución debe hacer “señalamiento específico sobre los daños y perjuicios. . .”. Reitérase esto en el artículo 417 CFPP. Datos que a nuestro parecer, nos llevan a rememorar la *cautio iudicatum solvi*.

Aparece igualmente en nuestra ley (art. 271 frac. III CPPDF) que se condiciona la sustitución de la privación provisional de la libertad por arraigo domiciliario, siempre y cuando se pacte un convenio entre acreedor y deudor de daños en el que se establezca la forma de reparación.

El campo de las medidas cautelares —a nuestro parecer— resulta más afortunado en regulación legal que el propio proceso principal. Estos, que el legislador parece que puso más énfasis en garantizar el pago de los daños causados, que en el pago de los mismos.

De esta manera —desde nuestra personal óptica— se advierte en nuestras leyes una poca mayor atención a las medidas cautelares, aunque esto no quiere decir que sea completa u óptima la legislación.

En lo relativo al procedimiento privatizado, el problema legal parece estar resuelto al establecerse que tratándose de providencias precautorias, será aplicable la ley procesal civil (arts. 538 CPPDF y 493 CFPP), pero quedan al descubierto las medidas precautorias que surjan del procedimiento penalizado, por lo que indudablemente tiene que recurrirse a la integración.

De la diversidad de medidas cautelares conocidas en el derecho procesal, son básicamente las patrimoniales o asegurativas del pago a las que se les ha dado atención, y es a éstas en torno de las cuales vamos a reflexionar.

Las medidas cautelares no son procedimientos, aunque pueden impli-

carlos (como ya en otro lugar lo dejamos expuesto), y deben diferenciarse de las definitivas, tal y como lo expuso Calamandrei. Es decir, que las medidas cautelares "nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito".

Entre las características de las medidas cautelares anotemos su provisoriedad en el tiempo, el evitar que se agrave el daño marginal (trata de eliminar el *periculum in mora*), la urgencia y la posibilidad de ser alteradas o modificadas (no alcanzar la autoridad de cosa juzgada).

Si acaso se requiere un procedimiento para que la autoridad expida una de las medidas, tal procedimiento normalmente es unilateral y sumarísimo, como en algún momento lo llegó a exponer Couture.

a) *Embargo*. Refiriéndonos al embargo preventivo, éste implica la afectación o gravamen de bienes del presunto deudor, para garantizar en caso de eventual sentencia condenatoria, que se cumplirá.

En el fondo, supone un temor ya sea de la autoridad o del presunto damnificado, de que el embargado pierda, oculte o se deshaga de su patrimonio y se torne insolvente.

Salvo en el caso del enjuiciamiento privatizado —en que hay suplencia de la ley procesal civil—, en el caso de los embargos que surjan del procedimiento penalizado, no parece que se puedan efectuar con anterioridad al proceso, no obstante, la regla del artículo 181 del CFPP que sólo regula medidas cautelares de naturaleza esencialmente penal.

Los viejos códigos establecieron que el embargo, sólo podía decretarse después de dictado el auto de formal prisión, lo que hoy no se establece, por lo que no vemos inconveniente en que se decrete desde que el Ministerio Público insta por primera vez (y que dejamos visto como inicio del proceso preliminar).

Tampoco parece que el embargo se ordene de manera oficiosa por el tribunal, pues requiere la instancia, ya sea del Ministerio Público, del presunto damnificado o su representante, estos últimos quienes directamente lo pueden hacer al tribunal (arts. 136 y 149 CFPP y 35 CPPDF).

La ley distrital, condiciona la orden de embargo a la prueba de la "necesidad de la medida" (art. 35), lo que implica satisfacer un previo procedimiento probatorio, donde se demuestren los datos que hagan presumir que el demandado procurará la insolvencia.

Se encuentra afectada a la vez al pago del daño, las cauciones depositadas para obtener la libertad provisional (arts. 35 CP, 560 CPPDF y 404 CFPP).

b) *Contragarantía*. Como medidas que aseguran la no ejecutabilidad

de una medida cautelar principal (como puede ser el embargo), encontramos a las medidas de contragarantía, las cuales no resultan desconocidas en el proceso civil resarcitorio.

Así, para evitar el embargo, o hacer cesar sus efectos, la ley permite al ejecutado, que a su vez constituya otra garantía (contragarantía).

“Se negará el embargo o se levantará el efectuado —establece la ley—, cuando el inculpado u otra persona en su nombre otorguen caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados” (art. 149 CFPP y 35 CPPDF).

Como se podrá advertir, esta contragarantía funciona como un sustituto de otra garantía: el embargo.

c) *Reivindicación provisoria*. Según el artículo 398 del CFPP “cuando esté plenamente comprobado en autos el delito de que se trate, el funcionario que conozca del asunto dictará providencias necesarias, a solicitud del interesado, para asegurar sus derechos o restituirlo en el goce de éstos, siempre que estén legalmente justificados. Si se tratare de cosas, únicamente podrán retenerse, esté o no comprobado el cuerpo del delito, cuando a juicio de quien practique las diligencias, la retención fuere necesaria para la debida integración de la averiguación”.

En los hipotéticos casos de delitos patrimoniales (v. gr. robo, fraude, abuso de confianza, etcétera) el tribunal en base a la transcrita disposición, puede disponer que el bien objeto del delito materia del proceso le sea entregado a quien se ostente como titular. Esta reivindicación del bien no puede considerarse definitiva, supuesto que no existe sentencia que declare quién es el propietario o poseedor (en el caso de que esté controvertida tal naturaleza), por tanto, la restitución sólo puede ser provisoria, y puede ser convalidada por la sentencia definitiva, en el caso de que sea condenatoria.

Ya en otro apartado, habíamos dicho, que cuando el bien ha sido pagado o restituido durante el proceso, el tribunal no puede dictar sentencia absolutoria, sino que en todo caso (si el sentenciado es el responsable civil), debe declarar el pago o la restitución.

Si la cosa ya se restituyó provisoriamente y si acaso el sentenciado legalmente está obligado a restituir, el tribunal sólo debe declarar que la restitución provisoria se convalida, convirtiéndose en definitiva.

Si el sentenciado no está obligado a restituir, pero se restituyó provisionalmente al presunto ofendido la cosa, el tribunal debe hacer cesar la medida cautelar de restitución provisoria, regresándole la cosa al que originalmente fue afectado con la medida cautelar.

4.3. INCIDENTES

¿Un incidente dentro de otro incidente?... bueno, para quien continúa creyendo que el proceso civil resarcitorio tiene la naturaleza de un "incidente", no estaría mal la interrogante anterior, pero para nosotros (ya lo hemos dejado aclarado), el proceso civil resarcitorio no es un incidente, sino un verdadero proceso conexo al penal, y dentro del cual pueden surgir y plantearse cuestiones incidentales.

De manera que si al proceso resarcitorio lo consideramos proceso, no habrá razón para la precedente interrogante, de manera que como veremos en este parágrafo, no resulta del todo imposible que surjan cuestiones incidentales dentro del proceso civil resarcitorio del daño, esto es, cuestiones que afecten la marcha normal del proceso civil resarcitorio.

El incidente (*quaestio incidens*) quiere significar la cuestión que surge al margen de la cuestión principal (*quaestio principalis*) y que inclusive, puede llegar a obstaculizar la continuación del asunto o seriación principal.

Mientras que la cuestión referente a la litis es la cuestión principal (en nuestro caso sería resolver las pretensiones civiles resarcitorias), la cuestión incidental, es una cuestión referente al orden del proceso, vamos, en una cuestión incidental, se cuestiona la buena marcha del proceso.

Algunas de estas cuestiones incidentales, puede tramitarse y resolverse paralelamente al proceso principal, en tanto que otras, tienen que resolverse previamente, sin posibilidad de que continúe siquiera con el procedimiento principal (a estos últimos se les conoce castizamente, como "artículos de previo y especial pronunciamiento").

Salvando la clasificación de los incidentes, reflexionemos tan sólo en algunas de las cuestiones incidentales que se pueden llegar a plantear.

El cuestionamiento de falta de capacidad o de legitimación ya de las partes o representantes (falta de capacidad, legitimación o *ius postulandi*), de ciertos terceros, como en el caso de testigos o peritos (a través del procedimiento de "tachas") o del juzgador al estar impedido (utilizándose las vías de excusa o de recusación).

Debemos de indicar que en el campo de recusaciones derivadas de enjuiciamientos penalizados, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que no deben de tramitarse, dado que el presunto damnificado "no es parte".⁶

Al cuestionarse la validez de ciertos actos, también se originan los

⁶ Cfr. R-30/60 1a. Sala, *Boletín* 1961, pág. 32.

procedimientos incidentales que tienden a nulificar notificaciones, emplazamientos o declaraciones de sujetos.

Más conocidos son los casos que dan lugar a la suspensión o interrupción del proceso civil resarcitorio, citando como ejemplo el caso en que habiéndose terminado con anterioridad el proceso civilizado, aún no esté por concluir el penal puro, en cuyo caso debe suspenderse el civil, hasta el momento en que se dicte la resolución penal (art. 491 CFPP).

Igualmente citemos varias cuestiones que pueden dar lugar a la terminación del proceso civil resarcitorio. Citemos por ejemplo los casos de litispendencia, cosa juzgada, ciertos casos de renuncia y revocación de querrela penal, la prescripción o extinción del derecho civil, la renuncia al derecho (en el caso de enjuiciamiento privatizado), y aunque no establecido en la ley, no es difícil pensar el caso de la caducidad de la instancia.

No se extingue ni el derecho, ni la pretensión procesal resarcitoria, por la terminación del proceso penal (casos de muerte del imputado penal, amnistía, indulto) y ello puede provocar incidentes de declinatoria o inhibitoria.

No es difícil encontrar a la vez los casos de acumulación de procesos resarcitorios, o acumulación de diligencias de consignación en pago o garantía ante tribunales civiles.

El equivocarse la vía o ritual a seguir, es decir la improcedencia de la vía, es otro ejemplo de cuestión incidental.

En fin, como podrá fácilmente advertirse, no son del todo desconocidos los incidentes en el proceso civil resarcitorio, lo que ocurre, es que nuestro legislador ha sido pésimo en su regulación.