

DERECHOS DEL OFENDIDO POR CAUSA DE DELITO ASPECTOS SUBSTANTIVOS Y PROCEDIMENTALES

Por el doctor Jorge REYES TAYABAS

TEMARIO

Capítulo I. La reparación del daño a título de responsabilidad penal y a título de responsabilidad civil.

Capítulo II. El principio general de la reparación del daño a cargo del inculcado.

Capítulo III. Amplitud del Concepto de daño.

Capítulo IV. Monto de la reparación.

Capítulo V. La restitución al ofendido durante la averiguación previa o durante el proceso.

Capítulo VI. Posibilidad de medidas precautorias.

Capítulo VII. Incidencia de la reparación del daño en la caución para la libertad provisional.

Capítulo VIII. El ministerio público y los jueces deben suplir la deficiencia en la defensa de los derechos de ofendidos menores o incapacitados.

Capítulo IX. Influencia de la absolución penal en el juicio civil.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN CITADA

I

LA REPARACIÓN DEL DAÑO A TÍTULO DE RESPONSABILIDAD PENAL Y A TÍTULO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En el vigente Código Penal para el Distrito Federal, que es aplicable en toda la República en materia federal, la reparación del daño proveniente de delito, a cargo del inculcado, tiene el carácter de pena

pública, y a cargo de tercero es sólo responsabilidad civil. Así lo declaraba originalmente el artículo 29 y actualmente lo señala el artículo 34, que dice:

“Artículo 34. La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

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

Como pena está incluida en el inciso 6) del catálogo de Penas y Medidas de Seguridad, que proporciona el artículo 24, tomado este precepto en relación con los numerales 29 y 39 que corresponden al capítulo de Sanción Pecuniaria.

La imposición de esa pena en una sentencia penal, como consecuencia de la responsabilidad que como autor o partícipe en un delito se asigne al acusado, requiere de petición que el Ministerio Público incluya en sus respectivas conclusiones acusatorias; esto es, constituye un aspecto del ejercicio de la acción penal cuyo monopolio otorga a aquella institución el artículo 21 constitucional.

Ese tratamiento legal constituyó innovación en el citado Código Penal —que data de 1931— con respecto a la situación que existió bajo la efímera vigencia del Código Penal de 1929, el cual —aun cuando en sus artículos 74 y 291 establecía que la reparación del daño a cargo del inculpado formaba parte de toda sanción proveniente de un delito y aun cuando en sus artículos 319 y 326 indicaba que se exigiría de oficio por el Ministerio Público en todo caso, y que se tildaban de nulos convenios, cesiones o transacciones sobre ella— creó imprecisión por su artículo 320 donde establecía que: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los herederos del ofendido y éste, podrán ejercitar por sí o por apoderado las acciones correspondientes, cesando en este caso la obligación que al Ministerio Público impone el artículo anterior, aunque no su intervención”; y sólo que el ofendido se retirara de la prosecución de la acción reparadora o que falleciera sin dejar herederos, según el artículo 321, actuaría el Ministerio Público, debiéndose aplicar su importe al Supremo Consejo de Defensa y Prevención Social.

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

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

El fin de defensa social reclama una satisfacción integral y que ésta no quede sujeta a la posible diligencia de la víctima, quien en muchas ocasiones carece de capacidad cultural o económica para pleitear. Dicha satisfacción requiere de restitución de lo obtenido mediante el delito o el pago de su precio o la indemnización que cubra otras formas de damnificación material o moral.

A su vez, el fin de prontitud, expedición y eficiencia de la justicia, requiere de simplicidad, seguridad y celeridad en el procedimiento.

El vocablo pena pública connota la sanción cuya imposición y ejecución forzada, en su caso, se reserva el Estado. Esto en razón de que —superadas las fases históricas que se han denominado de la venganza o defensa privada (imposición arbitraria y egoísta de la solución por una de las partes a la otra) y de su autocomposición (solución extrajudicial por renuncia, allanamiento o transacción)—, para ejercer su facultad y correlativamente para cumplir su deber de perseguir en todas sus consecuencias las conductas criminales, el mismo Estado instituye el procedimiento penal como medio y garantía de llegar a una sentencia justa, en la cual se fijarán las sanciones protegiendo tanto el interés social como el interés particular, y atendiendo simultáneamente a fines de punición, de ejemplaridad y de readaptación del delincuente, así como al fin de restituir las cosas a la situación que guardaban antes de producirse la ofensa (reparación propia o de indemnizar por lo que sea irreversible (reparación impropia o por sustitución).

Por supuesto que el carácter público del proceso y de la pena no puede conducir a negar que el ofendido siempre tendrá un interés propio, y por ello individual o privado, que no debe ser mutilado o eliminado por el hecho de que converja con el interés comunitario

o social; antes bien, la víctima deberá ser protegida en su derecho —con amplitud no menor que el reo en el suyo— de tener una sentencia justa, y así, *verbi gratia*, la facultad del juez para suplir la deficiencia de defensa o queja del reo, debiera extenderse en favor de aquél. Veremos después que hay base legal para esa suplencia en algunos casos.

En los casos que señala el artículo 32 del Código Penal, la reparación del daño a título de responsabilidad civil puede ser exigida a terceros:

Artículo 32. Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

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

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

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

Se exceptúa de esta regla la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

VI. El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios o empleados.

Frente a terceros ya no se trata de una sanción penal, exigible mediante el ejercicio por el Ministerio Público de la acción pública persecutoria que llamamos acción penal, sino de una obligación civil, personal, extracontractual, exigible mediante acción privada que deduzca el ofendido por el delito. Su ejercicio puede hacerse ante la autoridad penal, promoviendo el incidente específico que regulan el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; en sus artículos del 532 al 540 y el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos del 489 al 493.

El ofendido puede optar por demandar al causante de los daños o perjuicios ante la autoridad civil, como acción derivada de acto ilícito,

según el artículo 1910 del Código Civil, o bien ejercitar la acción de reparación también ante autoridad civil, por alguna de las formas de responsabilidad a que específicamente se refieren estos artículos del Código Civil: 1912 (ejercicio inútil de un derecho), 1913 (uso de mecanismos, instrumentos o substancias peligrosas), 1918 a 1925 (personas morales, titulares de la patria potestad, tutores, directores de colegios y talleres, maestros artesanos, patronos y dueños de establecimientos, jefes de casa o dueños de hoteles, respectivamente por actos de sus representantes, de hijos a su cuidado, de alumnos, de sus operarios, empleados, obreros dependientes o sirvientes), 1928 (el Estado subsidiariamente por sus servidores) y 1929 (dueños de animales por daños que éstos causen). En varias de estas formas no importará que hayan mediado dolo o culpa en la causación de los daños o perjuicios, sino sólo que no haya mediado culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La pena de la reparación del daño, que en los casos en que haya varios condenados se considera deuda solidaria, es decir, exigible íntegramente a cualquiera de ellos (artículo 36), se hará efectiva de la misma forma que la multa (artículo 37); esto significa que el cobro se hará por la vía fiscal, pero como la reparación cuantificada en sentencia condenatoria resulta ser una cantidad exigible y líquida, cuya obligación de pago constará en instrumento público, que tal es la sentencia ejecutoria, el ofendido acreedor podrá usar copia certificada de la sentencia para entablar demanda ejecutiva contra el sentenciado, de acuerdo con el artículo 444 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Para ampliar varios de los aspectos aludidos en este capítulo, sugiero consultar mi estudio "La reparación del daño en procesos penales. Necesidad de una nueva estructura jurídica para que los ofendidos consignan justicia pronta y expedita", *Revista Mexicana de Justicia*, 2º 4, vol. I, Oct.-Dic./1983. México, p. 69.

II

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO A CARGO DEL INculpADO

Para enmarcar la situación legal del ofendido por delito que afecte sus derechos de propiedad o de posesión, en cuanto a la posibilidad de que se le proteja restituyéndole los objetos, valores, dineros y en general cualquier clase de bienes que por la acción ilícita del responsable hayan salido de su poder, e imponiéndole al responsable el pago de daños y perjuicios, debemos examinar varias disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En primer término, las que como principio unitario se hallan en el artículo 30 del Código Penal, donde se previene:

“ART. 30. La reparación del daño comprende:

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

II. La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados; y

III. Tratándose de los delitos comprendidos en el Título X (los cometidos por servidores públicos) la reparación del daño abarcará la restitución de la cosa y de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito”.

La nota esencial de ese precepto radica en que recoge el principio válido en cualquier ámbito normativo, de quien obrando ilícitamente cause daño a otro debe repararlo, ya sea por restitución o por indemnización (artículos 1910 y 1915 del Código Civil).

Bajo un concreto enfoque penal se puede decir que siendo el delito un rompimiento del orden jurídico, deben hacerse cesar y repararse sus consecuencias dañosas del mejor modo posible, y esto implica obligar al delincuente a resarcir todos los daños y perjuicios causados por el rompimiento, tanto a la sociedad como a la víctima del delito.

Surge desde luego la consideración de que el precepto transcrito no debe ser visto como un texto cuya aplicabilidad opere hasta el momento en que se llegue a pronunciar sentencia condenatoria, como se podría pensar por el hecho de que dicha norma esté ubicada en espacio dedicado a las penas y medidas de seguridad, y más concretamente en el de la sanción pecuniaria.

Si nos colocáramos dentro de esa idea restrictiva caeríamos en situaciones absurdas, pues nos llevaría a estimar que no se ha de hacer devolución al ofendido de la cosa objeto del delito sino hasta que llegue a su fin el proceso con sentencia de condena, dejándose durante ese lapso al infractor en posesión del bien mal habido; y el absurdo persistirá aún en el caso de que, rescatado el objeto del delito de manos del infractor, se retuviera aquél por la autoridad competente para decretarse la entrega una vez que así quedara ordenado por sentencia firme.

La cesación de los efectos de todo hecho criminal, tanto materiales como meramente jurídicos, es cuestión que reclama atención inmediata y que ha de ser considerada como de orden público, pues a la paz social interesa que con la mayor prontitud se eliminen las consecuencias de conductas que agreden valores a los cuales, por su alto rango social, se les tutela conminando a quien los ataque con una sanción grave, como es propio de las leyes penales.

La urgencia de que a la mayor brevedad se hagan cesar esos efectos dañosos o perjudiciales del delito, aunque sea a título provisional para ajustarlos a lo que se disponga por fallo definitivo, la establece la propia legislación penal, tomada como sistema, al relacionarse aquel artículo 30 que ya transcribimos, con el 40 del mismo Código Punitivo y, entre otros, con los artículos 9, 28, 35 37, 70, 77, 477 último párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y con sus correlativos del Código Federal de Procedimientos Penales que son los numerales 38, 41, 141, 149, 181, 365 y 468 en su último párrafo.

Vamos a hacer la exégesis que nos dará pie para justificar nuestra anterior aseveración, en el sentido de que el principio recogido en el artículo 30 del Código Penal, está vinculado, para todo propósito de interpretación y de consiguiente aplicación, a un sistema o conjunto de disposiciones impregnadas de una común teleología.

III

AMPLITUD DEL CONCEPTO DE DAÑO

Como el Código Penal no define lo que se ha de entender por daño material y moral o por perjuicios, hemos de tomar esos conceptos del Código Civil.

En dicho Código los artículos 2108 y 2109 explican que se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio y que se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido de no haber ocurrido el hecho que da origen a la responsabilidad. Tratándose de pérdida o deterioro de cosas, el artículo 2112 indica que si la cosa se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grande que, a juicio de los peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente estaba destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella, y el 2114 establece que el precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño. El 2115 señala que al estimarse el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que se causó en el precio de ella, sino también a los gastos necesarios para su reparación.

El concepto de daño moral lo proporciona el artículo 1916 del mismo Código Civil (según reforma publicada en el Diario oficial el 31 de Diciembre de 1982), en esta forma:

“ART. 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor

reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".

Cabe mencionar que en su texto original, la fracción II del artículo 30 del Código Penal se reducía a señalar "la indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia", de modo que no incluía "los perjuicios causados". Esta imperfección se corrigió por reforma decretada el 30 de diciembre de 1983, que obviamente es muy importante, porque en muchas ocasiones los perjuicios resultan muy altos, inclusive de mayor entidad económica que los daños.

La disposición de la fracción III del artículo 30 del Código Penal, en el sentido de que tratándose de los delitos comprendidos en el título décimo, la reparación del daño abarcará, "además de la restitución de la cosa y (*sic*) de su valor, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito", resulta ser una agravación de la sanción pecuniaria para favorecer el Estado, ya que en ese título décimo del Código Penal se trata de los delitos cometidos por servidores públicos (ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito).

IV

MONTO DE LA REPARACIÓN

Respecto al monto que habrá de alcanzar la reparación, el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal, en su versión original, disponía:

“ART. 31. La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla”.

La última parte de ese texto (“atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla”), se suprimió por reforma publicada el 13 de enero de 1984 (en vigor noventa días después); esa reforma se hizo en atención a la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, presentada bajo el número 268 en la Parte Segunda del Apéndice publicado en 1975 (número 221 de la Parte Segunda del Apéndice publicado en 1985), que dice:

“REPARACIÓN DEL DAÑO, FIJACIÓN DEL MONTO DE LA. La reparación del daño en cuanto consista en la restitución de la caso obtenida por el delito y en los frutos existentes, o en el pago del precio de ellos; o en la indemnización del daño material causado a la víctima o a tercero, no debe ser inferior al perjuicio material sufrido por la víctima en cualquiera de los casos a que se refiere la ley, así sea total estado de insolvencia del inculpado, ya que de tomarse rígidamente en cuenta esta circunstancia, la reparación del daño como pena pública dejaría de ser aplicable en todos los casos de insolvencia del responsable del delito; la capacidad económica del obligado al pago de la reparación del daño, sólo debe tenerse en cuenta para fijar el monto del daño moral”.

Es importante mencionar que con respecto al daño moral, la redacción original del artículo 1916 del Código Civil no proporcionaba una definición de ese concepto, sino simplemente indicaba que independientemente de los daños y perjuicios el juez podría acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella moría, “una indemnización equitativa a título de reparación moral” a cargo del responsable del hecho. Como ya tenemos visto por la transcripción que de ese precepto hicimos en el capítulo III, en su texto vigente (según reforma publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1982), para superar cualquier duda el legislador ha definido aquel concepto, lo que facilita su aplicación.

Además, en el texto original de ese artículo 1916 se limitaba expresamente la indemnización por el daño moral, al indicarse que no podría "exceder de la tercera parte del monto de la responsabilidad civil". Tal limitación quedó eliminada a partir de la reforma de 1982.

Si bien en cuanto al daño material el Juez requerirá prueba no sólo de la concurrencia del daño sino también de su cuantía económica, cuando se trata de la reparación del daño moral, consistiendo éste —según la definición del artículo 1916 del Código Civil—, en la afectación que una persona sufra en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás, en mi opinión, apoyándose en el cabal examen de las constancias del proceso, el Ministerio Público puede pedir condena por ese concepto y el juez, usando su arbitrio —que no es "cierto arbitrio" como infundadamente lo calificó Francisco González de la Vega en su Código Penal Comentado—, ha de condenar a determinada indemnización, tomando en cuenta la índole de la afectación, las circunstancias personales del ofendido y las del obligado a la reparación. Para ello, acusador y sentenciador se fundarán en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal y en el 1916 del Código Civil. Esto es, para condenar a la indemnización por el daño moral, no es indispensable prueba directa respecto a su ocurrencia y a su cuantificación, salvo cuando se pretenda por el ofendido una indemnización basada en aspectos de su vida privada o de la del responsable que no queden revelados por el hecho incriminado y las meras características personales que de aquéllos consten en autos, como pueden ser sexo, edad, estado civil, condición familiar, actividad ordinaria, medio social, nivel cultural; pero en infinidad de casos con sólo esas características personales de la víctima y las del inculpado, unidas a la índole de la afectación, habrá suficiente base para que el Juez cuantifique la reparación, *verbi gratia*, en los casos de delitos sexuales —muy frecuentemente perpetrados en agravios de menores—, que por su misma naturaleza provocan en las víctimas y sus familiares, con el fin de evitar escándalos y consiguientemente mayor daño moral, propensión a intervenir lo mínimo posible en diligencias judiciales. Esos datos debe destacarlos el Ministerio Público al formular la acusación y el juzgador ha de ser cuidadoso en la motivación de la condena a la indemnización, como lo señala la siguiente tesis relacionada, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

"REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL AMPARO (Legislación de Jalisco). Si la sentencia reclamada condenó al acusado y quejoso a pagar cierta cantidad por concepto de reparación del daño moral, citando sólo el artículo 1837 del Código Civil del Estado de Jalisco, pero sin fundar ni

motivar la procedencia de esa condenación, supliendo la deficiencia de la queja de acuerdo con la fracción II del artículo 107 constitucional, debe concederse el amparo para el sólo efecto de que se dicte nueva sentencia en la que, en vista de las pruebas existentes en el proceso, se funde y motive, en su caso, la condenación al pago de aquella cantidad, por concepto de daño moral". (*Apéndice de 1975*, Parte Segunda, p. 492).

Quiero insistir, en que los daños morales, al no ser necesariamente sufrimientos físicos y sí anímicos, del resorte subjetivo, como sucede cuando queda alguien expuesto a burla, deshonor, rechazo, imposibilidad de alcanzar alguna posición social, artística o profesional, etcétera, tales daños son generalmente refractarios a prueba pericial para acreditar su ocurrencia y para cuantificar la compensación pecuniaria adecuada; esto impone que el juez prudentemente condene al pago de la indemnización que encuentre congruente con la situación que revelen las constancias de la causa.

El artículo 31, primer párrafo, del Código Penal, al disponer que "la reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso", les dirige a los juzgadores un mandato de primordial importancia, tendiente a que se reedifique el orden de cosas roto por el delito en ofensa directa a la víctima, pues es a ésta a la que atiende la ley con dicho precepto. Las consecuencias del ilícito sobre la persona victimada deben cesar y repararse y el juez debe, consciente de la relevancia de esa obligación que específicamente le asigna la ley, dedicarle la atención que su indispensable cumplimiento requiere. La prueba se integrará con el cúmulo de datos que se hayan obtenido durante el proceso y la presuncional humana, porque el juez, como los demás integrantes del conglomerado social, vive en un medio donde la experiencia hace percibir y comprender costumbres, tradiciones y prejuicios, que, por ejemplo, dejan a la mujer violada, raptada o estuprada, a la madre soltera, al mismo hijo engendrado mediando aquellas acciones, en situación de grave desventaja para lograr un trato y un desenvolvimiento favorable en la comunidad.

Del *Código Penal anotado* de Raúl Carrancá Trujillo y Raúl Carrancá Rivas, 22 edición (Edit. Porrúa, México 1986, p. 166), recojo la referencia a estos valiosos precedentes:

"Los daños morales no pueden valorizarse en peso y medida. Su repercusión económica no es posible medirla y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización, tomando en cuenta, conforme al artículo 31 c. p., la capacidad económica del responsable,

la naturaleza del daño que sea preciso reparar y las demás constancias relativas que obren en el proceso" (*Anales de Jurisprudencia*, tomo IX, p. 328).

"Por daño moral se entiende el perjuicio que resulta a una persona en su honor, en su reputación, en su tranquilidad personal o en la integridad espiritual de su vida. Los daños morales son aquellos sufrimientos que no son de orden físico, penas subjetivas de carácter íntimo, que no pueden ponderarse, medirse ni probarse por medio de los sentidos. La palabra daño no supone tan sólo alteraciones en el sistema visible de las cosas sino también en el sistema invisible de los sentimientos" (*Anales de Jurisprudencia*, tomo XIX, p. 749).

Dos Códigos Penales, del Estado de Hidalgo (1970) y del Estado de México (1986), han acentuado más la orientación de política criminal de que no quede inaplicada la reparación del daño, obviamente para que no se produzca impunidad en tal renglón de la responsabilidad penal y para dar conveniente asistencia a los ofendidos; en ambos ordenamientos, respectivamente en sus artículos 31 y 30, se dispone que "la reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito". El Código mexiquense da inclusive reglas sobre el monto de la reparación del daño moral:

"Artículo 29. La reparación del daño comprende:

III. La indemnización del daño moral causada intencionalmente a la víctima o su familia. Para los efectos de esta fracción, la indemnización no será inferior a treinta ni superior a mil días-multa".

En la legislación del Estado de Puebla que, como anteriormente apunté, deja a la reparación del daño proveniente de delito en la calidad de responsabilidad civil, sea del inculpado o de tercero, hallamos evidente la intención de que el ofendido conozca su derecho a la reparación y tenga ayuda del Ministerio Público al instaurar su demanda; de esto tratan los siguientes artículos del Código de Procedimientos Civiles de ese Estado:

"Artículo 868. El Juez de Defensa Social que dicte una formal prisión deberá, a continuación, de oficio o a petición del Ministerio Público:

I. Mandar notificar al ofendido o su representante, el auto de formal prisión y que se le expida copia simple o certificada...

VI. Citar al ofendido o su representante, a una audiencia en la que le impondrá de sus derechos a la reparación del daño y sobre la manera y términos de que debe ejercitar tales derechos".

"Artículo 869. El Ministerio Público, bajo su responsabilidad, debe vigilar que se cumplan, en el proceso, las disposiciones legales sobre responsabilidad civil, y coadyuvará con el ofendido o su representante, para obtener su cumplimiento".

La idea de que en lo relativo a daños morales el prudente arbitrio del juzgador, y no otra fuente, ha de ser la base para fijar la compensación económica que el acusado haya de cubrir al ofendido, la ha recogido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en jurisprudencia que se publica en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen cxiv, segunda parte, p. 49; reiterada en los Amparos Directos 2232/74 y 2773/74, con este texto:

“REPARACIÓN DEL DAÑO, FIJACIÓN DE LA. El artículo 31 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, al exigir como requisito indispensable la capacidad económica del inculpado, se refiere exclusivamente a los casos en que es menester reparar el daño moral, dado que en este respecto el juzgador no tiene otra base para fijar su monto que su prudente arbitrio, en donde aparece como índice de gran trascendencia la situación económica del acusado y no en casos en que la condena se refiere a la reparación del daño material cuyo monto se encuentre debidamente acreditado en autos...”

Agreguemos otras citas de comparación, aludiendo al Código Penal de la República de Argentina, cuyo artículo 29, inciso 1º, habla de la fijación del monto de la indemnización “prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba”, así sea por el daño material o moral. El Código Penal de Perú, en su artículo 67, tiene una regla coincidente, pero no dice “en defecto de prueba plena”, sino “a falta de prueba”.

Pasando a otro puesto mencionaré que, a diferencia de lo que ocurre en materia civil, en lo penal no se abrevía de apremio para la ejecución de sentencia, así que no es posible abrir incidente de liquidación de condena; por lo tanto la pena de reparación se ha de fijar en cantidad determinada, de acuerdo con las pruebas aportadas durante el proceso. Así lo reconoce la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte, publicada con el número 222 de la Parte Primera del Apéndice publicado en 1985:

“REPARACIÓN DEL DAÑO. PRECISIÓN DEL MONTO. En toda sentencia condenatoria el juzgador debe resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido, ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior”.

V

LA RESTITUCIÓN AL OFENDIDO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O DURANTE EL PROCESO

Dispone el artículo 9º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

“Artículo 99. La persona ofendida por el delito, podrá poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño”.

A su vez el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales dice:

“Artículo 141. La persona ofendida por el delito no es parte en el proceso penal, pero 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”.

Vemos que las leyes procesales citadas le niegan al ofendido el carácter de parte en el proceso penal, derivado esto de que, como ya antes se dijo, por política criminal, en el Código Penal de 1931 se elevó la reparación a la calidad de pena pública, cuya imposición por el juez requiere del ejercicio de la acción penal que es exclusiva del Ministerio Público. El ofendido queda reducido a la posibilidad de constituirse, si así lo desea, como coadyuvante del Ministerio Público en el proceso respectivo; en este papel puede aportar las pruebas de que disponga, por conducto del representante social o llevándolas directamente ante el juez de la causa.

Por el tratamiento de pena que se da a la reparación del daño el Ministerio Público tiene la obligación de pedirla, con la consiguiente carga de aportar las pruebas conducentes, y eso aún en la eventualidad de que el ofendido no se apersona en el proceso. Inclusive, si el ofendido renuncia a su derecho, se produce subrogación en favor del Estado, por prevenirlo así expresamente el artículo 35, párrafo tercero, del Código Penal.

La facultad del ofendido de apersonarse como coadyuvante del Ministerio Público en lo relativo a la reparación, no sólo le abre la posibilidad de ofrecer pruebas, sino que además él o su representante pueden comparecer en las audiencias y alegar lo que a su derecho convenga (artículo 70 del C. P. P. D. F.), se le deben notificar resoluciones apelables (artículo 80 del C. P. P. D. F.) pues tiene derecho a apelar en cuanto concierna a la acción reparadora (artículo 417, fracción III del C. P. P. D. F. y 365 del C. F. P. P.); y la Ley de Amparo, en su artículo 10, indica que podrá promover juicio de garantías contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil.

Ahora bien, la urgencia de que al ofendido se le reponga en el goce de sus derechos afectados por el delito, la recoge el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dispone:

“Artículo 28. Todo tribunal o juez, cuando esté comprobado un delito, dictarán las providencias necesarias para restituir al ofendido el goce de sus derechos que estén plenamente justificados”.

Este precepto se concatena con los artículos 37 y 77 que a su vez disponen:

“Artículo 37. Los jueces y tribunales, en todo lo que la ley no prohíba o prevenga expresamente, podrán dictar, en procesos sujetos a su jurisdicción, los trámites y providencias necesarias para la pronta y eficaz administración de justicia”.

“Artículo 77. Los tribunales y jueces no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, demorar, omitir o negar la resolución de las cuestiones que legalmente hayan sido sometidas a su conocimiento”.

A su vez el Código Federal de Procedimientos Penales plasma esa urgencia en estos numerales:

“Artículo 38. Cuando en las actuaciones esté comprobado el cuerpo del delito de que se trate, el funcionario que conozca del asunto dictará las 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 fuera necesario para la debida integración de la averiguación”.

Si la entrega del bien pudiera lesionar derechos de terceros o del inculpado, la devolución se hará mediante caución bastante para garantizar el pago de los daños y perjuicios. La autoridad que conozca fijará la naturaleza y el monto de la caución, fundando y motivando su determinación, en vista de las circunstancias del caso.

“Artículo 41. Los tribunales pueden dictar de oficio los trámites y providencias encaminados a que la justicia sea pronta y expedita”.

Se percibe fácilmente que, si bien el artículo 28 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal habla de juez o de tribunal, su cabal efectividad resultaría mermada si no se les interpretara considerando que, como el 38 del Código Federal, rige también para que en el periodo de averiguación previa el Ministerio Público determine la restitución en los derechos del ofendido, como puede ser en el caso de la entrega de un infante a sus progenitores, de la devolución de un objeto robado a su propietario, del retiro de algún obstáculo que impida el acceso a una habitación, etcétera.

Precisamente en relación con el Ministerio Público del fuero común, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Dis-

trito Federal se señala, por su artículo 3º, apartado A, fracción IV, lo siguiente:

“Artículo 3º En la persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde:

A. En la averiguación previa:

IV. Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición del interesado, cuando esté comprobado el cuerpo del delito de que se trate en la averiguación previa, ordenando que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, si se estimara necesario y, en su caso, exigiendo se otorgue garantía, la que se pondrá a disposición del órgano jurisdiccional si se ejercita acción penal;

Y en el Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal hallamos un precepto más sobre lo que estamos examinando:

“Artículo 12. La Dirección General de Averiguaciones Previas tendrá las siguientes atribuciones:

III. Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición de parte, cuando esté plenamente comprobado en la averiguación previa el delito de que se trate, exigiendo garantía suficiente si se estimara necesario”.

Para el Ministerio Público Federal, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, existe la siguiente disposición:

“Artículo 7º La persecución de los delitos del orden federal comprende:

I. En la averiguación previa, la recepción de denuncias y querellas conforme a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional y la práctica de todos los actos conducentes a la comprobación del cuerpo del delito y a la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado, como elementos que fundan el ejercicio de la acción penal, así como la protección al ofendido por el delito en los términos legales aplicables...”;

La parquedad de este precepto no afecta en la materia que vinimos tratando, dada la amplitud del artículo 38 del Código Federal de Procedimientos Penales, que ya transcribí arriba.

Lo que llevamos revisado de la legislación aplicable a la materia que nos ocupa nos permite tener por completamente superada la antigua opinión de Juan José González Bustamante, sustentada en su obra *Principios de derecho procesal penal mexicano* (3a. edición, Edit. Porrúa, México, 1959, pp. 193 y 194), en el sentido de que

sólo a partir del auto de formal prisión surgía para el ofendido el derecho de que se le restituyera en el goce de los derechos que hubiere justificado, y que, igualmente, hasta que se hubiese dictado el auto de formal prisión quedaba procedente el secuestro de bienes del inculgado mediante embargo precautorio, para fines de reparación del daño, opinión que se basaba en que en ese auto se habría de estudiar la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del imputado, fijándose la materia del proceso. Esta opinión que yo combatí en su época (*Restitución al ofendido en el goce de sus derechos cuando no se logra la aprehensión del autor del delito*, México, 1974), se traducía en prolongar, con absoluta injusticia, los efectos lesivos de los delitos en los intereses de los ofendidos cuando el responsable se sustraía a la acción de la justicia y quedaba prófugo, va fuera porque no se lograra localizarlo o porque habiéndosele detenido obtuviera su libertad bajo caución sin que se le llegara a tomar declaración preparatoria, impidiendo con ello que corriera el término constitucional de 72 horas dentro del cual se dictara el auto de formal procesamiento.

VI

POSIBILIDAD DE MEDIDAS PRECAUTORIAS

El sistema regulador del resarcimiento del daño se complementa con normas mediante las cuales se da cabida en el procedimiento penal a medidas de carácter precautorio, con el fin de que el obligado a la reparación no oculte o se deshaga de los bienes en que aquélla podría hacerse efectiva. De esto se ocupan en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal los artículos 35 y 477 *in fine*:

“Artículo 35. Cuando haya temor fundado de que el obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva la reparación, el Ministerio Público o el ofendido en su caso, podrán pedir al Juez el embargo precautorio de dichos bienes.

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

“Artículo 477. Una vez iniciado el procedimiento en averiguación de un delito, no se podrá suspender sino en los casos siguientes:

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

II. Cuando, después de incoado el procedimiento, se descubriere que el delito es de aquellos respecto de los cuales, conforme a los ar-

tículos 253 y 264, no se puede proceder sin que sean llenados determinados requisitos y éstos no se hubieren llenado; y

III. En el caso de la última parte del artículo 69 del Código Penal y en los demás en que la ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento.

La suspensión fundada en los supuestos de las fracciones I y III no impide que a requerimiento del Ministerio Público o del ofendido o de sus representantes, adopte el juzgador medidas precautorias patrimoniales en los términos del artículo 35".

Y en el Código Federal de Procedimientos Penales se ocupan de esa materia los artículos 149 y 468 *in fine*.

"Artículo 149. El Ministerio Público, el ofendido o sus legítimos representantes solicitarán al juez y éste dispondrá, con audiencia del inculcado, salvo que éste se haya sustraído a la acción de la justicia, el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios. Tomando en cuenta la probable cuantía de éstos, según los datos que arrojen las constancias procesales, se negará el embargo o se levantará el efectuado, cuando el inculcado u otra persona en su nombre otorgue caución bastante a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados.

Para los efectos de este artículo, se resolverá y diligenciará el embargo, notificando de inmediato al inculcado sobre la medida precautoria dictada para desahogar la audiencia prevista en el párrafo anterior.

Se entiende que el inculcado se encuentra sustraído a la acción de la justicia a partir del momento en que se dicta en su contra la orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia y hasta en tanto se ejecuta ésta".

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

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

II. Cuando se advirtiere que se está en alguno de los casos señalados en las fracciones I y II del artículo 113;

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

IV. Cuando no exista auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se llenen, además, los requisitos siguientes:

a) Que aunque no esté agotada la averiguación haya imposibilidad transitoria para practicar las diligencias que resulten indicadas en ella;

b) Que no haya base para decretar el sobreseimiento; y

c) Que se desconozca quién es el responsable del delito;

V. En los demás casos en que la ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento.

La suspensión fundada en los supuestos de las fracciones I y III no impide que, a requerimiento del Ministerio Público, o del ofendido, o sus representantes adopte el juzgador medidas precautorias patrimoniales en los términos del artículo 149.”

En este tema concreto del aseguramiento precautorio de bienes para los fines de la reparación del daño proveniente del delito, hay algunos aspectos merecedores de atención especial.

En primer término, como a la reparación puede estar obligado tanto el inculcado como un tercero —teniendo para aquél la calidad de pena y para éste la calidad de responsabilidad civil—, la posibilidad del embargo precautorio debe entenderse abierta para ambos casos. En consecuencia, es correcta la redacción del artículo 35 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, que habla en términos genéricos de temor fundado de que “el obligado” a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva la reparación; en cambio la redacción del artículo 149 del ordenamiento procesal penal federal, al no hablar de “obligado” sino “del inculcado” da la impresión —inaceptable desde luego—, de que sólo está prevista la medida precautoria con respecto a bienes del inculcado y no con respecto a bienes de un tercero que, por comprenderse en lo que prevé el artículo 32 del Código Penal, esté obligado a tal reparación. Ese artículo 149 requiere una interpretación extensiva, para tenerlo por referido en general a cualquier obligado, pues de no ser así el sistema quedaría cojo en cuanto a la fórmula precautoria, sin que exista ninguna razón jurídica para mantener tal disparidad.

En segundo lugar, hay una diferencia letrística entre el artículo 35 del ordenamiento procesal local y el 149 del federal, pues aquél señala como requisito que “haya temor fundado, de que el obligado a la reparación del daño, oculte o enajene los bienes en que deba hacerse efectiva la reparación”, y reiterando el requisito, el mismo precepto dice en su segundo párrafo que para que el juez decrete el embargo precautorio bastará “la petición relativa y la prueba de la necesidad de la medida”. En cambio el artículo 149 del ordenamiento federal no establece requisito relativo a temor de ocultamiento o enajenación que justifique la necesidad de la medida.

Digo que se trata de diferencia letrística, es decir, aparente, por que substancialmente ninguna ocurre, toda vez que el temor fundado o la necesidad de la medida, que vienen a ser expresiones sinónimas, tendrán base racional en el hecho constante en autos de que se hayan comprobado el cuerpo del delito al que se refiera el ejercicio de la acción penal y la presunta responsabilidad del imputado. En efecto, en el procedimiento penal, por exigencia consignadas en el artículo

16 y en el 19 de la Constitución Política de la República, para que se pueda despachar mandamiento de captura en contra de alguien a quien se le impute un delito, o para que en caso de que se le haya detenido *in fraganti* se pueda dictar auto de procesamiento en su contra, tienen que estar acreditados los elementos contenidos en la descripción típica penal y también la responsabilidad del inculpado a nivel presuncional. En tanto no se satisfagan esos dos puntos básicos, nada se puede intentar en la vía penal en contra de persona alguna a título de responsabilidad directa o indirecta por hecho delictuoso. Esa característica del procedimiento en materia penal permite considerar que la necesidad del aseguramiento precautorio de bienes del obligado a la reparación del daño, se establece por la mera prueba de la existencia del delito y de la presunta responsabilidad del imputado; aunque, lógicamente, se habrá de admitir la posibilidad de que el inculpado o el tercero cuyos bienes se aseguren o se traten de asegurar, constituyan garantía para que no se efectúe o para que se levante el embargo.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Tlaxcala, que no da carácter penal sino de responsabilidad civil a la reparación del daño, sea a cargo del inculpado o de un tercero, prevé en su artículo 413, que el auto de formal prisión será prueba bastante para el efecto que estamos examinando; en efecto, ese texto dice:

“Artículo 413. El auto de formal prisión o el de sujeción a proceso será, para el efecto del aseguramiento únicamente, la prueba bastante de la acción del que la solicita; pero si el acusado otorga fianza bastante, a juicio del tribunal, no podrá decretarse el embargo o se levantará el que se haya efectuado”.

El Código de Procedimientos Penales de Oaxaca, que da el carácter de sanción pública a la reparación del daño que deba ser hecho por el inculpado y que se ha de exigir de oficio por el Ministerio Público, en su artículo 342 sí requiere, además de que se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso, comprobar la necesidad de la medida, pues dice:

“Artículo 342. Desde que se dicte el auto de reclusión preventiva o de sujeción a proceso, podrá el Ministerio Público por sí o a instancia del ofendido, y previa comprobación de la necesidad de la medida, pedir al Tribunal que conoce del proceso, el embargo de bienes del procesado que basten a cubrir la reparación del daño. El Tribunal sin más requisitos que el establecido para la procedencia de la solicitud en este artículo, y la presentación de aquélla, decretará el aseguramiento por la cantidad que aparezca justificada en autos. Si no hubiere prueba bastante en el momento de pedirse el secuestro,

sobre la cuantía del daño causado, el Tribunal queda facultado para fijar provisionalmente el monto por el que debe procederse el (*sic*) embargo. En el caso de que el procesado otorgue fianza suficiente a juicio del Juez, para garantizar la mencionada reparación, quedará bajo la responsabilidad de este funcionario el decretar o no el embargo.

El secuestro se practicará con arreglo al Código de Procedimientos Civiles, y toda cuestión relativa al depósito y a los bienes que son su objeto, se substanciará de acuerdo con las disposiciones que el presente Código establece para los incidentes no especificados”.

El Código de Procedimientos Civiles de Puebla, que deja en calidad de responsabilidad civil la reparación del daño, sea a cargo del inculpado o de terceros, y el procedimiento para exigir esa responsabilidad lo regula en capítulo especial, tiene ordenado en su artículo 868 que el juez de Defensa Social que dicte un auto de formal prisión deberá, de oficio o a petición del Ministerio Público, confirmar el aseguramiento de bienes hechos por el Ministerio Público y si éste no lo hizo o no se estima suficiente, deberá asegurar bienes del acusado; así que la justificación de la medida se reduce a la existencia del auto de formal prisión donde quedan examinados la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del imputado.

Un tercer aspecto relevante en el tema del aseguramiento precautorio de bienes con vistas al resarcimiento del daño derivado de delito es el relativo a la oportunidad en que se pueda solicitar la medida.

Vimos en un párrafo anterior que en opinión de Juan José González Bustamante la medida se podría decretar a partir de la formal prisión, en razón de que en ese auto se estudian el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, pero con ese criterio se producían situaciones injustas si por hallarse aquél substraído a la acción de la justicia, no se llegaba a dictar ese auto. La reforma hecha al artículo 477 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (por decreto de 22/Diciembre/1983) y al artículo 468 del Código Federal de Procedimientos Penales (por decreto de 16/Diciembre/1983), adicionándoles un último párrafo coincidente, supero toda discusión, pues como ya se vio en transcripciones que antes hicimos de dichos preceptos, desde esas reformas quedó definido que la suspensión del procedimiento cuando el responsable se substraiga a la acción de la justicia o enloquezca, no impide que a requerimiento del Ministerio Público, del ofendido o sus representantes, se despachen medidas precautorias patrimoniales.

VII

INCIDENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA CAUCIÓN
PARA LA LIBERTAD PROVISIONAL

Se conectan también con nuestro tema reglas que convergen sobre la caución a otorgar cuando sea procedente la libertad provisional del procesado.

En el texto original del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de la República, se fijó como límite máximo de esa caución, sin distinción, ni salvedad de caso alguno, la cantidad de diez mil pesos.

Por reforma publicada el 2 de diciembre de 1948 se reguló el límite máximo de la caución en los siguientes términos:

“Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. . . .

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

Por reforma publicada el 14 de enero de 1985 (en vigor seis meses después), aquel segundo párrafo se transformó en los tres párrafos siguientes:

“La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores”.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se refiere al monto de la caución el artículo 560:

“ART. 560. El monto de la caución se fijará por el juez; quien tomará en consideración:

- I. Los antecedentes del inculpado;
- II. La gravedad y circunstancia del delito o de los delitos imputados;
- III. El mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse a la acción de la justicia;
- IV. Las condiciones económicas del acusado, y
- V. La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

Quando el delito represente un beneficio económico para su autor, o cause a la víctima un daño patrimonial, la garantía será necesariamente, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño y perjuicio causado y quedará sujeta a la reparación del daño y perjuicio que, en su caso, se resuelva”.

En el Código Federal de Procedimientos Penales las reglas sobre el monto de la caución se contienen en el segundo párrafo del artículo 399:

“Artículo 399. ...

En la determinación que dicte el Juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de ésta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El Juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional, o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida”.

La preferencia en el pago de la reparación del daño y la aplicación que a tal pago se ha de dar a la caución que garantice la libertad provisional del reo, cuando se ordene hacerla efectiva porque éste se substraiga a la acción de la justicia, se establece por los artículos 33 y 35 del Código Penal:

“Artículo 33. La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales”.

“Artículo 35. El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán al pago de la sanción pecuniaria cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia”.

En los artículos 271, párrafos tercero y noveno, del Código de Procedimientos Penales y 135, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales, que regulan la libertad provisional durante la averiguación previa, vemos que para conceder ésta se exige garantía no sólo de que el inculpado no se substraerá a la acción de la justicia, sino también de la reparación del daño. La caución que para esos fines se llegue a otorgar queda, sin duda alguna, sujeta a lo que dispone el último párrafo del artículo 35, del Código Penal, es decir, se aplicará el pago de la sanción pecuniaria cuando el indiciado se substraiga a la acción de la justicia.

En razón de esa disposición del ordenamiento substantivo, es incorrecto que al ordenarse con apoyo en el artículo 570 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la reaprehensión del procesado mandándose a hacer efectiva la caución que garantizaba su libertad provisional, no se indique en el mandamiento judicial a la autoridad fiscal, que conserve en su poder el importe respectivo, entretanto se resuelva sobre la reparación del daño. En el Código Federal de Procedimientos Penales esa indicación la ordena el artículo 417. Si el Juez no hace esa indicación, el Ministerio Público debe interponer recurso de revocación para que se subsane tal omisión; el ofendido coadyuvante también podrá usar dicho recurso.

VIII

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LOS JUECES DEBEN SUPLIR LA DEFICIENCIA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE OFENDIDOS MENORES O INCAPACITADOS

En la legislación penal, substantiva y adjetiva, para el Distrito Federal o que sea aplicable en materia federal, no se señala de modo expreso a los juzgadores, facultad para suplir en favor del ofendido

la deficiencia en que éste pueda incurrir al hacer valer sus derechos en un asunto penal.

Sin embargo, si el ofendido es menor o incapacitado, aquella facultad debe tenerse por existente al relacionarse otros textos con el último párrafo que se adicionó al artículo 4º constitucional, según decreto publicado el 18 de marzo de 1980, se dice:

“La Ley determinará la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.”

Por dicho precepto ha quedado establecido ese derecho de protección como un derecho fundamental social, que irradia sobre toda la normatividad jurídica estatal en cuanto pueda tener aplicación en relación con intereses de menores; esto es, cualquier norma que tenga eficacia en esa esfera social específica, tiene que ser interpretada y aplicada de modo que se mantenga en cabal congruencia con la teleología del nuevo precepto constitucional.

La propia Constitución, en su artículo 107, fracción II, a partir de la reforma publicada el 20 de marzo de 1974, incluyó a los menores e incapacitados —al igual que ya ocurría con los inculpados en materia penal, con los trabajadores en materia laboral y con los campesinos en materia agraria— como sujetos en cuyo favor los tribunales de amparo deben suplir la deficiencia de la queja. Esta disposición, que la Ley de Amparo recoge en su artículo 76 bis, fracción V, no se puede circunscribir en una aplicación estrictamente limitada al trámite y resolución del juicio de garantías, pues ligada con la posición filosófico-política que emana del agregado hecho al artículo 4º constitucional, trasciende como facultad implícitamente concedida a todas las autoridades, de cualquier orden, que conozcan de procedimientos donde tengan actos que afecten intereses de menores o incapacitados y que eventualmente puedan ser reclamados por éstos en vía de amparo. Quedaría aberrante que usándose de la facultad de suplencia de la queja en protección de menores o incapacitados, se puedan anular por los tribunales de amparo actos provenientes de autoridades a las que no les sea permitido evitar, mediante suplencia de la queja con el mismo fin protector, las situaciones que luego podrán ser tomadas como causa de anulación.

Bajo ese punto de vista, al Ministerio Público durante la averiguación previa y al Juez en el curso del proceso penal, les incumbe como obligación, subsanar las fallas en que puedan incurrir los menores o incapacitados en la defensa de sus derechos como ofendidos en asuntos penales.

Ya de origen, el Código Penal y los Códigos de Procedimientos Penales local y federal han dado acceso a la actividad procesal espon-

tánea de los jueces para el logro del conocimiento fiel del inculpado, de la víctima y de las circunstancias del hecho. En ese sentido hallamos en el Código Penal el último párrafo de su artículo 51, que impone a los jueces el deber de tomar ese conocimiento directo; y el mandamiento se repite con mayor detalle en el ordenamiento procesal federal al disponerse:

“Artículo 146. . . .

El tribunal deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, teniendo amplias facultades para allegarse los datos a que se refiere este artículo, pudiendo obrar de oficio para ese efecto”.

En el ordenamiento procesal local se conecta con aquellas disposiciones la del artículo 37, que dice:

“Artículo 37. Los jueces y tribunales, en todo lo que que la ley no prohíba o prevenga expresamente, podrán dictar en procesos sujetos a su jurisdicción, los trámites y providencias necesarias para la pronta y eficaz administración de justicia.”

Lo que tengo expuesto en este capítulo cobra mayor fuerza cuando el delito, como en los casos de ESTUPRO, de RAPTO o de VIOLACIÓN, sea de aquellos en que la mujer ofendida se ve cohibida por pudor, por la posible afectación de su reputación en el núcleo social a que pertenezca, o por otras razones equivalentes, para tomar una franca intervención en el procedimiento penal para la defensa de sus derechos como parte ofendida.

IX

INFLUENCIA DE LA ABSOLUCIÓN PENAL EN EL JUICIO CIVIL

En los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y de 1894 (coetáneos del Código Penal de 1871), había disposición expresa (artículo 6º en ambos) en el sentido de que la sentencia penal, aunque fuese absolutoria, no extinguía la acción de responsabilidad civil, salvo que por aquella se hubiese establecido: “a) que el acusado obró con derecho; b) que no tuvo participio alguno en el hecho u omisión que se le imputa; o c) que en ese hecho u omisión no han existido”.

Además, en esos Códigos (en el de 1880 por el artículo 8o., *in fine*, y en el de 1894 por el artículo 362) se establecía también que en

caso de demanda por responsabilidad civil entablada ante la jurisdicción civil, mientras que en el juicio criminal que se hubiere intentado no hubiese fenecido, se suspendería el curso de aquella demanda.

En el Código de Procedimientos Penales de 1929 (coetáneo del Código Penal de ese mismo año), no hubo regla sobre la influencia que la sentencia penal absolutoria pudiera tener en el juicio civil, ni acerca de que éste debiera suspenderse hasta que concluyera el proceso penal.

En el vigente Código de Procedimientos Penales, de 1931, vinculado ya al Código Penal de ese mismo año, tampoco hay reglas sobre esos particulares.

García Ramírez opina (*Curso de Derecho Procesal Penal*, 4a. edic., p. 226) que “la solución estaría en declarar que la vía civil queda libre cuando la absolución deriva de atipicidad de la conducta o del hecho, de inimputabilidad o inculpabilidad, o de la presencia de excusas absolutorias”; y que por el contrario, esa vía “sería improcedente en el caso de que la absolución se funde en excluyentes de ilicitud, inexistencia del delito o falta de participación del inculpaado en el mismo”. Dicho autor explica esa opinión diciendo: “lo primero, porque a pesar de la inimputabilidad, de la inculpabilidad o de la excusa absolutoria, el daño se ha causado sin derecho, y porque la atipicidad penal no determina por sí sola ausencia de ilícito civil. Lo segundo, porque el daño, efectivamente causado, lo fue con derecho por parte del agente, o porque no ha existido la supuesta causa del daño o el inculpaado no ha tenido parte en aquello.

La opinión de García Ramírez no es convincente en virtud de su propósito generalizador.

Aunque la sentencia penal absolutoria se funde en excluyente de ilicitud penal, el resarcimiento en la vía civil podría ser procedente si se invocara, y se demostrara, que aunque el hecho no configure delito si presenta ilicitud civil (*verbi gratia*: incumplimiento de un contrato, conducta contraria a un mandamiento legal meramente civil, conducta atentatoria contra las buenas costumbres), pues se debe tener presente que los artículos 2104 y 1910 del Código Civil, respectivamente, imponen la obligación de reparar los daños y perjuicios a quien no prestare aquello a lo que esté obligado o no lo prestare conforme a lo convenido”, y a quien los cause “obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres... a menos de que demuestre que el daño se produjo por negligencia inexcusable de la víctima”. Igualmente el resarcimiento podría ser procedente aunque la sentencia penal absolutoria tuviera por inexistente el delito que se invocó al ejercitarse la acción penal, si esto hubiese obedecido a una incorrecta clasificación en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público de la conducta o del hecho inculpaados, de tal manera que ante el Juez

Civil se invocara como causa de pedir en la demanda, que los hechos sí configuraron un ilícito penal diverso de aquel al que se hizo referencia en la sentencia penal absolutoria. También podría ser procedente la acción civil a pesar de que en la sentencia penal absolutoria se hubiese declarado que el inculpado no participó en la comisión del delito por el cual fue ejercitada la acción penal, si en el juicio civil se invocara por el actor y se lograra demostrar, que aunque el demandado no haya tenido participación en la comisión del delito, sí corre a su cargo una responsabilidad como tercero obligado por su calidad de patrón, maestro, artesano, dueño del establecimiento mercantil, jefe de casa o dueño de hotel, en los casos que se refieren los artículos 1923, 1924 y 1925. Y finalmente, como ya tengo mencionado en el capítulo 1 de este trabajo, la demanda civil (por ejemplo el caso de un atropellamiento con automóvil) puede fundarse en la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, de que trata el artículo 1913 del Código Civil y que sólo se destruye si se demuestra que el daño se produjo por culpa o negligencia de la víctima, o bien (si el daño se causó a virtud de ataque de un animal), la demanda puede basarse en el artículo 1929 de aquel Código, que sólo admite como salvedad para el dueño de la bestia, que se demuestre que la guardaba y vigilaba con el cuidado necesario, o que fue provocada o que hubo imprudencia por parte del ofendido, o el hecho resultó de caso fortuito o de fuerza mayor. También se podría basar la demanda civil en otras hipótesis que son las previstas en los artículos 1931 (propietario de un edificio que no se le hayan hecho las reparaciones necesarias o que presente vicios de construcción), 1932 (a los propietarios en los casos de explosión de máquinas, inflamación de substancias explosivas, humo o gases nocivos para las personas o para los animales, caída de árboles que no se deba a fuerza mayor, emanaciones de cloacas o depósitos de materiales infectantes, depósitos de agua que humedezcan paredes o tengan derrames, y movimientos o peso de máquinas, aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquier causa que sin derecho origine un daño), 1933 (jefes de familia por las cosas que se arrojen o caigan de la casa que habita aquélla).

Pero se debe tener presente que la acción para exigir la reparación del daño como responsabilidad civil según el Capítulo V, del Título Primero, de la primera parte del libro IV (De las Obligaciones) del Código Civil, prescribe en dos años contados a partir del día en que el daño se haya causado (artículo 1934).

En cuanto a la suspensión del juicio civil hasta en tanto se resuelva definitivamente el proceso penal, sólo tendrá sentido cuando ante la jurisdicción civil se aduzca como causa de la demanda una conducta o hecho imputable al demandado que se califique como delito, esto es, como conducta o hecho tipificado en algún precepto de la ley

penal, *lato sensu* pero si la demanda civil se basa simplemente en un acto al que se califique como ilícito civil, o se basa en responsabilidad objetiva o en que se atentó contra las buenas costumbres, o en cualquier otra causa de las que no descansan en una calificación penal, no habrá justificación para que se suspenda el juicio civil hasta en tanto no se resuelva el proceso penal, porque la resolución que en éste se dicte, aunque sea absolutoria, no tendrá influencia sobre la controversia entre particulares de la que esté conociendo la jurisdicción civil.

Con lo que acabamos de exponer se comprende que cualquier otra resolución penal que no sea precisamente sentencia, sino que dé lugar al sobreseimiento del proceso (*v. gr.*: falta de elementos suficientes para procesar si el Ministerio Público manifiesta que no tiene más pruebas que ofrecer, falta de querrela de parte, etcétera), tampoco tendrá influencia sobre la acción que la parte ofendida deduzca ante tribunales civiles.

BIBLIOGRAFÍA

CARRANCÁ TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ RIVAS, Raúl, *Código Penal Anotado*, 22a. edic., Porrúa, México, 1986.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de Derecho Procesal*, 4a. edic., Porrúa, México, 1983.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, José, *Principios del Derecho Procesal Penal Mexicano*, 3a. edic., Porrúa, México, 1959.

REYES TAYABAS, Jorge, *Restablecimiento al Ofendido en el Goce de sus Derechos cuando no se logra la aprehensión del autor del delito*, Bufete Reyes Tayabas, México, 1974.

———, "La Reparación del Daño en Procesos Penales. Necesidad de una nueva estructura jurídica para que los ofendidos consigan justicia pronta y expedita". *Revista Mexicana de Justicia*, Número 29, 4. Vol. I., oct.-dic., México, 1983, p. 69.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

LEGISLACIÓN CITADA

Código Penal para el Distrito Federal, de 1931.

Código Penal para el Distrito Federal, de 1929.

Código Penal para el Distrito Federal, de 1871.

Código Penal del Estado de Hidalgo.

Código Penal del Estado de México.

Código de Defensa Social del Estado de Puebla.

Código Penal de Argentina.

Código Penal de Perú.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1931.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1894.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1880.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Tlaxcala.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.