

## GARANTÍAS DE LA VÍCTIMA Y DEL OFENDIDO

Jorge OJEDA VELÁZQUEZ

El apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos eleva al plano de garantía constitucional los derechos de la víctima y del ofendido por el delito, a fin de que estos derechos se ejerzan durante los procedimientos penales.

El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, en su artículo 141, reitera dichas garantías y agrega que en todo caso el juez, de oficio, mandará citar a la víctima o al ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso a manifestar en éste lo que a su derecho convenga.

El título segundo, capítulo segundo, artículos 5o. al 13 de la iniciativa de Ley del Nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, enviada por el presidente Fox al Congreso de la Unión en marzo de 2004, puntualiza, desarrolla y establece deberes al personal de la Policía Federal, el Ministerio Público y sus auxiliares, así como para el juez y su personal, respecto del trato, protección, ejercicio, forma de reclamación de los derechos y pago de la reparación del daño a la víctima o al ofendido; categorías jurídicas que, al igual que la doctrina,<sup>1</sup> coinciden en diferenciar técnicamente a la víctima del ofendido. Por víctima deberá entenderse a la persona titular del bien jurídico lesionado o dañado; mientras que por ofendido se entenderá la persona que resienta la conducta que afecte o ponga en peligro su esfera jurídica.

En los artículos 6o. al 13 de la iniciativa de Ley citada no se prevé ninguna legitimación procesal a la víctima ni al ofendido por el delito que incida sobre el ejercicio de la acción penal, tales como la acción popular

<sup>1</sup> Rodríguez Manzanera, L., *Victimología*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 65-69.

para iniciarla o alguna acción privada subsidiaria para proseguirla, como sucede en otros países.

Antes y después de la entrada en vigor de los códigos adjetivos en cita, la víctima ha participado en los procedimientos penales como coacusador, esto es, como coadyuvante del Ministerio Público, quien sigue conservando el monopolio de la acción penal.

En los casos en los cuales haya sido cometido un delito perseguible de oficio o por iniciativa de parte ofendida, el ciudadano o gobernado tiene sólo la facultad de presentar denuncia o querella, proporcionar información y algún otro medio de prueba útiles al órgano de acusación (artículos 116 y 118 del CFP). Tales actos no dan derecho a los particulares a participar directamente en la investigación preliminar ni vinculan al procurador general a tomar una decisión en el sentido que aquéllos desean, por lo que bien puede el fiscal, archivar la acción penal iniciada aun en presencia de estos requisitos de procedibilidad. La víctima u ofendido que considere ilegal un procedimiento de archivo puede impugnar tal decisión administrativa, a través del recurso interno de inconformidad, por vía jerárquica; y luego, agotado este medio de impugnación, y dictada la última resolución de no ejercicio de la acción, el de amparo indirecto.

La víctima, en el ordenamiento positivo mexicano, es un minusválido del derecho; a pesar de ello, no viene tratado con misericordia, sino rudamente. En efecto, durante la averiguación previa, si se inconforma contra el no ejercicio de la acción penal, los agravios que expresen en el recurso de inconformidad o los conceptos de violación que expongan en el amparo indirecto son estrictamente analizados, como se puede corroborar en la contradicción de tesis 57/2002-PS del 14 de mayo de 2003.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> “OFENDIDO EN MATERIA PENAL. ES IMPROCEDENTE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA A SU FAVOR CON FUNDAMENTO EN LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 76 BIS DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTIAS. Al establecer el citado artículo que las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos establecidos en esa ley, en “otras materias”, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley, que lo haya dejado sin defensa, se refiere a las materias civil y administrativa, de conformidad con el criterio sustentado por el Tribunal Pleno en la tesis LIV/89, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo IV, primera parte, julio a diciembre de 1989, p. 122, toda vez que en el resto de las fracciones que conforman dicho numeral quedan comprendidas de manera especial las materias penal, agraria y laboral. Ahora bien, si se toma en consideración que la fracción II del referido dispositivo delimita

En la instrucción de la causa, aun cuando existe disposición legal para ser llamado oficiosamente a defender sus derechos, sólo interviene como coadyuvante del Ministerio Público, previo reconocimiento del juez, quien debe decidir sobre su legitimación, después de haber escuchado al Ministerio Público. Las pruebas que desee ofrecer, lo hará con el visto bueno del titular de la acción penal.

Aunado a lo anterior, no puede impugnar mediante el amparo indirecto la negativa de la orden de aprehensión<sup>3</sup> dictada por el juez ni el auto de

en términos claros y específicos los casos en que procede dicha suplencia en materia penal, pues de la exposición de motivos mediante la cual se adicionó el indicado numeral, se advierte que aquella figura opera sólo cuando los conceptos de violación o agravios deficientes sean expresados en el juicio de amparo por el reo en el proceso penal, con el objeto de otorgarle la seguridad de que la resolución que se emita es legal, ya sea que le resulta adversa o favorable, es indudable que la fracción VI no puede servir de fundamento legal para suplir a favor del ofendido o de la víctima del delito, la deficiencia de la queja, cuando comparezca con el carácter de quejoso dentro del juicio de garantías, ya que ese no fue el alcance que el legislador le dio, pues si hubiese querido que dicha fracción pudiera ser aplicada en materia penal, laboral o agraria, en lugar de señalar “en otras materias”, hubiere establecido tal imperativo para todas las materias, ya que de esa manera, cualquiera que ella fuera, de advertir el juzgador de amparo la existencia de una violación manifiesta de la ley que deje sin defensa al quejoso, tendría la obligación de suplir la deficiencia en su favor”.

<sup>3</sup> “ORDEN DE APREHENSIÓN. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL QUE NIEGA SU LIBRAMIENTO. Si bien es cierto que con la reforma al antepenúltimo párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que entró en vigor el 10. de enero de mil novecientos noventa y cinco, se reconoció el derecho del querellante o denunciante, de la víctima del delito, de los familiares de ésta, o de los interesados legalmente, de impugnar jurisdiccionalmente las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, y que en concordancia con tal reforma se incluyó dentro del artículo 10 de la Ley de Amparo la procedencia del juicio constitucional contra dichas determinaciones, también lo es que de ello no puede colegirse que la resolución jurisdiccional que niegue libramiento de la orden de aprehensión pueda ser materia del juicio de garantías. Lo anterior es así, porque al ser ésta un acto de autoridad jurisdiccional, no responde a los motivos que dieron origen a la citada reforma, consistentes en erradicar el monopolio del ejercicio de la acción penal a cargo del referido representante social, sujetando su actuar a la revisión de una autoridad jurisdiccional, a fin de otorgar mayor certeza jurídica al gobernado dentro de un proceso penal, evitando la impunidad. Además, pretender lo contrario, no sólo implicaría atentar contra lo dispuesto en el mencionado artículo 10 y contradecir el criterio ya definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que otorga la posibilidad al ofendido o a las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, de promover juicio de amparo únicamente contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil y contra actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes afectos a la reparación o

libertad emitido a favor del inculpado, porque, según se dice, en estas resoluciones interlocutorias no se analiza la reparación del daño, único capítulo en el que puede alegar agravios.

De acuerdo con el artículo 365 del Código Federal de Procedimientos Penales, tienen derecho a apelar la sentencia de primer grado el ofendido o sus legítimos representantes cuando hayan sido reconocidos por el juez de primera instancia como coadyuvantes del Ministerio Público, en cuyo caso la apelación se contraerá a lo relativo a la reparación de daños y perjuicios y a las medidas precautorias conducentes a asegurarla. En el amparo directo puede interpelar a la justicia federal en términos del artículo 10 de la Ley de Amparo, en contra de la sentencia emitida en segunda instancia, sólo en la parte relativa a la reparación del daño, siempre y cuando tenga reconocida su personalidad como coadyuvante del Ministerio Público.<sup>4</sup>

Para evitar este tratamiento diferenciado, nosotros hemos propuesto, desde “endenantes”, que el ejercicio de la acción penal siga siendo pública, pero su prosecución durante los procedimientos de primera y segunda

a la responsabilidad civil, sino también autorizar al ofendido o a los sujetos legitimados por extensión para hacer uso de una instancia vedada para ellos”. Contradicción de tesis 7/2000-PS, 13 de junio de 2001.

<sup>4</sup> “OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO PROcede LA SUPLENCIA DE LA QUEJA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II DE LA LEY DE AMPARO, A FAVOR DE AQUÉL CUANDO COMPARÉZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS. El supuesto establecido en la fracción II del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, no se actualiza a favor del ofendido o de la víctima del delito, cuando comparezca con el carácter de quejoso dentro del juicio de garantías en materia penal, toda vez que la exposición de motivos, de la reforma que dio origen a esa fracción, evidencia claramente que la suplencia de la queja en la materia mencionada, opera sólo cuando los conceptos de violación o agravios deficientes sean expresados en el juicio de amparo por el reo en el proceso penal, con el objeto de otorgarle la seguridad de que la resolución que en éste se emita es legal, ya sea que le resulte adversa o favorable. Además, no resulta acertado equiparar al ofendido con el reo en el proceso penal, ya que no se ubican en la misma hipótesis legal, pues aquél, al ser quien resiente los efectos del hecho delictivo, representa la figura antagónica de la persona a que se refiere la citada fracción; esto es del sujeto a quien se le imputa la comisión del delito. No es obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que por la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de septiembre de 2000, se haya adicionado un apartado B, a su artículo 20, para reconocer los derechos de la víctima u ofendido en el proceso penal como garantías individuales, ya que no se instituyó a favor de aquellos dicha suplencia en el juicio de amparo, que se rige por una ley distinta de la que regula el proceso penal, como lo es la Ley de Amparo, la cual no ha sido modificada en la fracción II del referido artículo 76 bis, con posterioridad a la citada reforma constitucional”. Tesis de Jurisprudencia 26/2003, Primera Sala, sesión del 14 de mayo de 2003.

instancia, incluyendo el amparo directo, se le dé intervención a la víctima y al ofendido por el delito de manera independiente, a fin de que tengan iniciativa y actividad propia, autónoma del Ministerio Público; que se constituya en parte privada, y como el actor en el proceso civil, haga valer con plenitud sus derechos, y no sea tratado como un menor de edad, quien necesita ser representado en causa; consecuentemente, la persona lesionada por delito que prosiga la acción penal delante los tribunales debe, sin tener poder coercitivo sobre la policía, ser escuchado personalmente por los juzgadores, debe intervenir de manera independiente en el ofrecimiento y desahogo de pruebas, recibir información penal de manera activa y pasiva, e interponer cualquier medio de impugnación, porque nadie más que él resiente el agravio ocasionado por el delincuente, sin excluir, desde luego, la intervención del Ministerio Público, en aquella parte del proceso que lesionen intereses colectivos.

En ese sentido, el apartado B del artículo 20 constitucional le ha otorgado diversas garantías, que desde el punto de vista académico podemos dividir de la siguiente manera:

**Garantías jurídicas:**

1. Información penal pasiva:
  - a) Recibir asesoría jurídica.
  - b) Ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución.
  - c) Ser informado del desarrollo del procedimiento penal.
2. Información penal activa:
  - a) Coadyuvar con el Ministerio Público.
  - b) Ofrecer medios de prueba y exigir que éstas se desahoguen en las diligencias correspondientes, en las que, desde luego, debe estar presente.
  - c) No ser obligado a carearse con el culpable, tratándose de los delitos de violación o secuestro, cuando sea menor de edad.
3. Defensa adecuada:
  - a) Que se le repare el daño material y moral y se le paguen los perjuicios.
  - b) Derecho a impugnar las actuaciones del Ministerio Público cuando éste considere que no es necesario el desahogo de ciertos medios de prueba.

Derechos:

1. Recibir, desde la comisión del delito y el periodo de ejecución de penas, atención médica y psicológica de urgencia, así como los tratamientos correspondientes;
2. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

En relación con las garantías previstas en la fracción I, los programas de asistencia a la víctima recomendados por el *Manual de justicia para víctimas* de la Organización de las Naciones Unidas<sup>5</sup> dentro del aspecto de asesoría legal, recomienda:

Asistencia directa: los servicios generales de asesoría para tramitar las solicitudes para la compensación o seguro privado de la víctima; intervención para asegurar la continuidad del crédito de la víctima, albergue o empleo para la víctima; protección policiaca, reubicación o salvaguarda de las víctimas cuando sea necesario para asegurar el acceso al sistema de justicia penal u otros tribunales.

1. Apoyo durante la investigación del delito:

- a) Información sobre los progresos de la investigación.
- b) Sobre los derechos de la víctima en la escena del crimen.

2. Apoyo en el proceso penal:

- a) Información sobre la detención del imputado, fianza y depósito otorgado para que aquél goce de su libertad provisional.
- b) Medios de prueba para asegurar la reparación del daño;
- c) Protección de la evidencia para examen forense;
- d) Sobre la asistencia médica en el peritaje forense, e,
- e) Información sobre la prevención del aumento de la victimización;
- f) Sobre sus presentaciones a las audiencias, entrevistas y en el juicio con el fin de minimizar el número de presentaciones al juzgado, proporcionar o reembolsar los gastos de transportación cuando éste sea aplicable, gastos para el estacionamiento, prever lugares seguros para las víctimas que deben estar separados de los imputados y de los testigos de la defensa, cuando las víctimas asistan a audiencias o entrevistas.

<sup>5</sup> México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, pp. 38-43.

- g) Información personal sobre los derechos de las víctimas por el juez;
- h) Información de las responsabilidades del personal de justicia penal y sobre las sanciones relevantes si estas responsabilidades no son tomadas en cuenta;
- i) Información sobre el progreso del proceso y del juicio que incluya cualquier propuesta de alegatos, programas alternativos de condena, o de procesos restaurativos de justicia en la comunidad;
- j) Información sobre lo que se espera de las víctimas en el proceso de justicia penal en cada etapa de los procedimientos de la misma;
- k) Retribución del tiempo sin trabajar, cuando la víctima sea llamada a testificar;
- l) Información sobre arreglos para el cuidado de los niños en las instituciones de justicia o fuera de los tribunales que asegure la restitución del gasto;
- m) Información sobre el derecho de la víctima para conocer la publicación de la sentencia.

En relación con la garantía de ser informado sobre los derechos que en su favor establece la Constitución, debemos recomendar al personal del juzgado que al menos a la víctima se le haga saber el contenido del apartado B del artículo 20 constitucional y aquellos derechos ampliados en su favor en los códigos de procedimientos penales y por las leyes estatales de protección a las víctimas del delito, sobre todo en aquel aspecto de la obligación que tiene el juez de hacerlos comparecer en juicio, por sí o por su representante designado en el proceso, para que defienda sus derechos.

Como ya habíamos apuntado, en el ordenamiento positivo mexicano la víctima o el ofendido por el delito no puede concurrir de manera autónoma durante la instrucción ni en el desarrollo del juicio de primera o de segunda instancia; siempre tiene que estar acompañado jurídica y físicamente por el Ministerio Público; por ello se le reconoce como una parte procesal secundaria, adherente a esta institución y coadyuvante del titular de la acción penal. Para poder acceder al tribunal debe solicitar al juez su participación, a través de un libelo cuyo contenido cuente con el visto bueno del Ministerio Público. Una vez que el juez le reconoce la personalidad de coadyuvante, puede ejercer la garantía de información penal activa ofreciendo los medios de pruebas previstos en la ley procesal, a fin de que éstas se desahoguen en las diligencias correspondientes, y con base en tal personalidad pueda estar presente en dichas diligencias.

Esta inferioridad procesal le impide, en caso de que el Ministerio Público decida no impugnar determinadas decisiones que le causen agravio, acceder al tribunal de apelación a defender personalmente sus derechos. Por estas razones, creemos que la fracción II del apartado B del artículo 20 constitucional necesita otras reformas que permitan a la víctima o al ofendido por el delito, acceder a los procedimientos penales, con independencia procesal, a proseguir la acción penal.

La fracción V del artículo 20 constitucional establece otra garantía a la víctima del delito a fin de que pueda oponerse a carearse con el acusado. En efecto, cuando se trate únicamente de los delitos de violación o secuestro y el ofendido sea menor de edad, los careos deben celebrarse en ausencia: esto es, como si fueran supletorios, en cuyo desarrollo se lee al menor presentado la declaración del otro, presuntamente ausente, haciendo notar las contradicciones que hubiera entre ambas.

Entendemos que esta garantía, si bien trata de proteger el desarrollo psíquico del menor, a fin de no enfrentarlo con una persona mayor que le puede intimidar y además causar una impresión emocional negativa con trascendencia hacia su forma de comportamiento futuro; empero, esto disminuye las defensas del acusado, quien ante la única imputación existente en su contra tendrá todas las desventajas de no poder desvirtuar la imputación en los careos que debían celebrarse.

La fracción III del apartado B del artículo 20 constitucional otorga a las víctimas del delito el derecho a recibir atención médica y psicológica de urgencia. El aludido *Manual de justicia para víctimas*, y el *Modelo de atención a víctimas en México*<sup>6</sup> establecen que los programas de apoyo deben buscar proporcionar al menos los siguientes servicios:

1. Inmediatamente después de la comisión del delito:

- a) Apoyo emocional: consejos, apoyo terapéutico e intervención en salud mental en respuesta al trauma; asesoramiento en situaciones de crisis; por ejemplo, en la notificación de muerte o para identificación del cuerpo, en la notificación del delito a la familia inmediata u otros.

<sup>6</sup> Lima Malvido, María de la Luz, *Modelo de atención a víctimas en México*, México, edición personal, 1995, pp. 1-261.

- b) Asistencia directa: en situaciones de emergencia con cuidado médico; con protección policiaca; comida; cuidado de los dependientes, reparación de la propiedad; ayuda para el reemplazo de los documentos robados, dañados o de algún modo extraviados; acompañamientos en las ocasiones que tengan que identificar al acusado y en otras entrevistas de la justicia penal; acompañamiento para el examen de evidencias; identificación de cuerpos en la escena del crimen y otras evidencias.

2. Apoyo durante la investigación del delito:

- a) Acompañamiento en las ocasiones que tenga que identificar al acusado y en otras entrevistas con el Ministerio Público; al lugar de los hechos; a la morgue, para la identificación de cuerpos; a la escena del crimen y otras evidencias.

3. Apoyo durante el proceso y el juicio:

- a) Apoyo personal a lo largo de las audiencias, entrevistas, testimonios en el juicio.

4. Apoyo después de la resolución del caso:

- a) Apoyo emocional: consejo y apoyo terapéutico durante cualquier proceso de apelación.
- b) Asistencia directa para buscar el cumplimiento de las órdenes de restitución y asistencia con participación en los procedimientos o audiencias para la revocación de la libertad condicional, bajo palabra, procedimientos de clemencia o de perdón, amnistía, indulto, o donde sea aplicable cualquier otro procedimiento de gracia.
- c) Información sobre los derechos de la víctima en cuanto a las consecuencias de la sentencia, luego de que esta cause ejecutoria; sobre el estado o liberación del autor del delito.

Precisado lo anterior, localizamos la fuente jurídica secundaria y los límites de esta garantía en el análisis de los artículos 29 al 39 del Código Penal Federal en vigor, que se encuentran dentro del capítulo V del título

segundo, denominado “Sanción pecuniaria”. De estos preceptos se infieren las siguientes notas distintivas de la reparación del daño:

- a) La reparación del daño consiste en: i) la devolución de la cosa obtenida con la comisión del delito, y si ello no es posible, el pago de su precio; ii) la indemnización del daño material y moral causado, y iii) el resarcimiento de los perjuicios derivados de la comisión del ilícito.
- b) La reparación del daño será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso.
- c) Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de la aplicación de las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.
- d) En caso de fallecimiento de la víctima, tienen derecho a la reparación del daño las personas que dependieran económicamente de ella al momento del fallecimiento o sus derechohabientes.
- e) Dicha sanción pecuniaria adquiere el carácter de pena pública cuando se le impone al sentenciado, y el de sanción civil cuando se trata de un tercero que conforme a la legislación penal también pudiera estar obligado a cubrirla.
- f) La reparación del daño debe exigirla de oficio el Ministerio Público, en el entendido de que los dependientes económicos o derechohabientes podrán aportar a dicha representación social o al mismo juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en términos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- g) En toda sentencia condenatoria el juez deberá resolver sobre la reparación del daño, absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa.

Aplicando los principios anteriores al delito de homicidio, se aprecia lo siguiente:

1. En el delito de homicidio, la reparación del daño no puede consistir en el restablecimiento de las cosas al estado en el que se encontraban antes de su comisión, es decir, en la devolución de la cosa ob-

tenida o, si ello no es posible, en el pago de su precio, en virtud de que, por un lado, es imposible restituir la vida de la víctima y, por otro, ésta no es valorable económicamente por encontrarse fuera del comercio.

2. En cambio, sí resulta más factible condenar al acusado al pago de una indemnización por el daño material y moral causado a los dependientes económicos o a sus derechohabientes. Así lo reconoce el último párrafo del artículo 30 y el inciso b) del artículo 30 bis del Código Penal local antes transcritos, al establecer que tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, es decir, no podrá ser inferior a la cuantía de las indemnizaciones a que se refiere dicho ordenamiento laboral.<sup>7</sup>
3. En cuanto al resarcimiento de los perjuicios derivados de la comisión del delito (lucro cesante), el artículo 2109 del Código Civil para el Distrito Federal define qué debe entenderse por perjuicio: “Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”.

El bien jurídico tutelado en el delito de homicidio es la vida humana, y si ésta no tiene valor pecuniario por no encontrarse en el comercio, no resulta viable que con su privación se actualice alguna falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial para los beneficiarios o derechohabientes, razón por la cual en el delito de homicidio la reparación del daño se circunscribe al pago de una indemnización por el daño material o moral causado.

4. El daño material lo define el Código Civil para el Distrito Federal en los siguientes términos: “Se entiende por daño la pérdida o me-

<sup>7</sup> Al respecto, se pronuncia la tesis aislada: “REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL. Ciertamente es admisible que la muerte de una persona causa a sus familiares no sólo un daño económico constituido por lo que dejan de recibir de él materialmente, sino también un daño moral constituido por la pena que les produce su ausencia definitiva; pero también es cierto que un daño de esta última especie no es reparable a modo de que las cosas queden en el estado que tenían antes, sino que su reparación solamente se puede hacer por vía de equivalencia, dando a los familiares una indemnización, pero de esto a que una vida sea estimable en dinero, hay una diferencia insalvable”. Amparo civil directo 6884/40.

noscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”.

Por su parte, el daño moral lo define el primer párrafo del artículo 1916 del mismo Código Civil local de la siguiente manera:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

En principio, podría pensarse que tanto el daño material como el daño moral ocasionados con motivo del delito de homicidio deben ser materia de prueba. En este aspecto, existe una regla general, prevista en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la cual establece que la reparación del daño será fijada por los jueces, atendiendo:

1. Al daño que sea preciso reparar (en el delito de homicidio, del daño material o moral en estricto sentido), y
2. Que dicho daño no sea presumible, sino que se encuentre plenamente acreditado con las pruebas obtenidas durante el proceso.

En el caso del delito de homicidio ¿cuál es el daño que debe repararse? Como se mencionó anteriormente, consistirá en la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio como consecuencia de la muerte de una persona, o bien, la afectación en los sentimientos, afectos, vida privada u otros elementos que integren el aspecto moral de los dependientes económicos o derechohabientes de la víctima.

Ahora bien, es preciso establecer que hay daños que indiscutiblemente pueden ser materia de prueba y ser valorados económicamente; en cambio, hay otros que por su propia y especial naturaleza resultan de difícil, si no es que de imposible, prueba y valuación.

En efecto, cuando el daño es material, éste puede ser determinable en cuanto a su existencia, extensión y relación inmediata y directa con el ilícito penal, así como cuantificable a través de los medios de prueba que prevé la ley procesal de la materia, sin que se aprecie ninguna imposibilidad física o jurídica para ello. En el caso del delito de homicidio, los

daños materiales pueden consistir, por ejemplo, en los gastos funerarios efectuados por los ofendidos con motivo del delito, las erogaciones que la víctima o los familiares realizaron para intentar restablecer su salud y otros más que sólo las circunstancias del caso pueden determinar, y que son consecuencia directa e inmediata de la comisión del ilícito.

Como se aprecia, en este aspecto cobra vigencia total lo preceptuado en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal Federal, en el sentido de que la condena a la reparación del daño será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar de acuerdo con las pruebas ofrecidas por la representación social o las personas legitimadas para exigirlo.

Sin embargo, este mismo criterio no ha sido reconocido para efectos de probar y valuar el daño moral al cual se refiere la fracción II del artículo 30 del Código Penal en cita. En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio general de que el daño moral no es susceptible de probarse, como ordinariamente sucede con el daño material, pues el primero depende de consideraciones subjetivas que en el delito de homicidio pueden traducirse en el sentimiento de pérdida o ausencia del ser querido, o en estados de ánimo, como el dolor, la angustia, el desamparo, la depresión y otros similares que pueden originarse con la muerte de una persona. Así, ante la dificultad de la prueba o demostración del daño moral causado, la misma Sala ha sostenido que por regla general debe quedar al prudente arbitrio del juzgador determinar el monto de la indemnización, con la salvedad de que ningún resarcimiento material puede subsanar sentimientos o estados de ánimo.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> “DAÑO MORAL. LA FALTA DE PRUEBAS SOBRE EL DAÑO MATERIAL, NO IMPIDE AL JUZGADOR FIJAR UNA INDEMNIZACIÓN EN FAVOR DE LA VÍCTIMA. La falta de pruebas sobre el daño material, no impide al juzgador fijar una indemnización por el daño moral en favor de la víctima. En efecto, el daño moral no puede valorizarse exactamente. Su reparación económica no es posible medirla con precisión, y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una venganza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización mediante un juicio prudente, tomando en cuenta la capacidad económica del obligado, la naturaleza del daño y las constancias relativas que obren en el proceso”. Amparo directo 8491/62.

“REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL A LA MADRE DE LA VÍCTIMA. Si está acreditado el parentesco de la madre de la víctima, a través del acta de nacimiento de ésta, debe atenderse el criterio de esta H. Sala, contenido en su jurisprudencia 270, visible a fojas 589, del Apéndice 1917-1975, segunda parte, que bajo el rubro: ‘REPARACIÓN DEL DAÑO, PROCEDENCIA DE LA’, establece: ‘Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido’. En

En general, todas las afectaciones morales antes señaladas difícilmente pueden constar en los autos del proceso. De ahí que nuestra legislación, particularmente la civil y la laboral, hayan adoptado diversos criterios en cuanto a la manera de acreditar el daño moral y determinar su cuantificación.

En efecto, el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal establece en su cuarto párrafo lo siguiente: “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”.

Por su parte, los artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo disponen simplemente que:

Artículo 500. Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

- I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y
- II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502.

Artículo 502. En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal.

Ahora bien, según se expresó en líneas anteriores, el artículo 31, primer párrafo, del Código Penal Federal, constituye una regla general en cuanto a la prueba y determinación de la reparación del daño. Sin embargo, esta regla general debe interpretarse de manera conjunta con el último párrafo del artículo 30, que establece lo siguiente: “Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo”.

Ya se había establecido en líneas anteriores la factibilidad jurídica de probar los daños materiales, mas no así de los morales. Y con la remisión expresa a la Ley Federal del Trabajo, el legislador penal ya está recono-

consecuencia es procedente cubrir el daño moral causado a la madre de la víctima, partiendo de la idea de que dicho daño lo constituye el sufrimiento y el dolor de perder a su hijo, que debe ser reparado en la medida que lo estime el juzgador de instancia, tomando en cuenta lo que sobre el particular disponen los artículos 29, 31 y relativos del Código Penal, y 1916 y 30. del Código Civil, ambos del Distrito Federal”. Amparo directo 5126/76.

ciendo la dificultad advertida tiempo atrás por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, y establece solamente una base para calcular la indemnización que debe pagarse a los beneficiarios o derechohabientes de la víctima, sin menoscabo de que el juzgador pueda apreciar si dicho resarcimiento legal es suficiente o no para cubrir los daños realmente sufridos, con base en las pruebas que pudieran constar en autos.

En efecto, según se aprecia de la fracción I del artículo 500 de la Ley Federal del Trabajo, el legislador prevé el monto que considera como mínimo para resarcir un daño material que resulta elemental: los gastos funerarios, los cuales ya representan una pérdida o menoscabo en el patrimonio de los beneficiarios del occiso.

En cambio, el artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo prevé una indemnización genérica por setecientos treinta días de salario, con la cual se pretende compensar, de alguna manera, el daño moral que pudieran resentir los beneficiarios ante la privación de la vida de la víctima.

Asimismo, se aprecia que cuando el propio artículo 30, último párrafo, del Código Penal Federal, establece de manera especial que tratándose de delitos que afecten la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, está disponiendo de manera imperativa que el juzgador en este tipo de delitos debe condenar a la reparación del daño simplemente con tener por acreditada la comisión del homicidio. Sirve de apoyo a lo anterior, el precedente resultado del amparo directo 8339/86.<sup>9</sup>

Sin que en principio sea necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral y, en este último supuesto, encontraría plena aplicación el principio general previsto en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal Federal, anteriormente citado, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del mismo ordenamiento legal:

Artículo 34. La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio

<sup>9</sup> “DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO. Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejoso, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque”.

por el Ministerio Público. La víctima, el ofendido, sus dependientes económicos o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

Como se mencionó anteriormente, el último párrafo del artículo 30 sólo establece una base o monto mínimo al cual, en todo caso, deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización.

Por último, y sólo para reforzar el criterio que se sustenta en la presente resolución, resulta ilustrativo señalar que la parte final del primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor dispone lo siguiente: “... Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.

Lo anterior quiere decir que el mismo legislador, pero en el ámbito civil, ya está reconociendo que en los ilícitos en los que se vulnere la integridad física de una persona —a través de la causación de la muerte, por ejemplo—, siempre se presumirá que existe un daño que reparar, en este caso, el moral.

Todo ello se tomó en cuenta por la Primera Sala al emitir jurisprudencia y resolver la contradicción de tesis 102/2000-PS el 13 de junio de 2001.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> “REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño será fijada por los jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, también lo es que tratándose del delito de homicidio, al resultar claro que tal reparación no puede consistir en la devolución de la cosa obtenida con motivo del delito o en el pago de su precio, ni tampoco en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su comisión, toda vez que, por una parte, es imposible restituir la vida de una persona y, por otra, ésta tampoco puede ser valuada económicamente por no encontrarse en el comercio, lo que, a su vez, trae como consecuencia que no sea viable que los beneficiarios o derechohabientes puedan exigir el lucro cesante por una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial derivada de la muerte de la víctima, la aludida reparación debe circunscribirse al pago de una indemnización por los daños materiales o morales causados a que se refiere la fracción II del artículo 30 del propio código, siendo que es de reconocido derecho que los primeros sí pueden ser objeto de prueba, al revestir un contenido económico patrimonial y, por tanto, objetivo, mientras que los segundos, al no compartir esa misma naturaleza, deben sujetarse a reglas especiales de valoración. Ahora bien, si en este aspecto, el artículo 30, último párrafo, del mencionado código punitivo establece, de manera especial, que tratándose de delitos que afecten la

La reparación del daño a cargo de un tercero no puede ser etiquetada como pena pública, ya que se convertiría en una pena trascendental, prohibida por el artículo 22 constitucional; por ello, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 34 del Código Penal Federal, la reparación del daño exigible a persona(s) distintas del inculpado tiene el carácter de responsabilidad civil y se reclama mediante procedimiento incidental, ante la jurisdicción penal, aplicando las leyes sustantiva y adjetiva civiles. Así está regulada por los códigos de procedimientos: el Federal, en los artículos 489 al 493, y en el Distrito Federal, en los artículos 532 al 540, de cuya lectura podemos obtener las siguientes reglas:

*Primera.* Contrariamente a lo sostenido por Cornelutti,<sup>11</sup> es conveniente, con base en la garantía de justicia pronta y expedita prevista por el artículo 17 constitucional, que si bien el proceso penal y el proceso civil están dirigidos, respectivamente, al castigo del delincuente y a la composición de la litis para la restitución o el resarcimiento del daño proveniente del delito, éstos no deben seguir cada uno su propio camino, sino que debe concentrarse en un solo juicio; esto es, en el penal.

*Segunda.* Excepción hecha de los casos en que haya recaído sentencia irrevocable en el proceso penal, sin haberse intentado dicha acción por el tercero; o bien, cuando el procedimiento concluya con una resolución que declare que no ha lugar a proceder por falta de acusación del Ministerio Público o se pronuncia absolución por cualquier causa, en cuyo caso debe promoverse la reparación del daño ante los tribunales civiles.

vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevén una indemnización equivalente a dos meses de salario mínimo por gastos funerarios (daño material) y una cantidad adicional, equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo, con la cual se pretende compensar el daño moral, es inconscuso que de manera imperativa obliga al juzgador en este tipo de delitos, a condenar a la reparación del daño, simplemente con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio, por lo que, en principio, no es necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral, pues en este supuesto encontraría plena aplicación el principio general contenido en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 30, último párrafo, sólo establece una base mínima a la cual deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización”.

<sup>11</sup> Cornelutti, Francesco, *Principios del proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 51 y 52.

*Tercera.* En el caso de condena del inculpado, la acción civil, ya ejercida en el procedimiento penal, no puede ser propuesta en la vía civil, ni aun cuando se limite a la liquidación de los daños, a no ser que éstos se sigan causando sucesivamente después del dictado de la sentencia condenatoria.

*Cuarta.* La acción civil de reparación del daño, propuesta ante el juez civil con anterioridad o en el curso del procedimiento penal, puede ser transferida a este último procedimiento, hasta que en sede civil no haya sido pronunciada sentencia definitiva.

Si la acción civil ha sido ejercida en sede penal, el juicio civil debe ser suspendido hasta que se pronuncie la sentencia respectiva.

*Quinta.* La sentencia penal irrevocable de condena o absolución tiene autoridad de cosa juzgada en el juicio civil, cuando en éste se controveja un derecho cuyo reconocimiento depende de la declaratoria de hechos materiales que fueron objeto del juicio penal, en honor al principio de la unidad de la función jurisdiccional, salvo que la ley civil ponga limitaciones a la prueba del derecho controvertido.

Tendrá, sí, en definitiva, la autoridad de cosa juzgada en relación con la declaratoria de subsistencia del hecho como penalmente relevante, en cuanto a la responsabilidad penal del condenado, o respecto de los casos en que viene reconocido, en sede penal, el perdón judicial.

*Sexta.* Cuando el responsable civil no ha participado en el juicio penal, permanece inquebrantable, como cosa no juzgada, la cuestión si él debe responder del daño ocasionado por el delincuente.

Por otro lado, insistimos nuevamente en la intervención autónoma e independiente del Ministerio Público, de la víctima o del ofendido por el delito en los procedimientos penales. Hacemos votos por que nuestras propuestas aterricen suavemente en las legislaciones adjetivas secundarias, porque ello acarrearía a los juicios penales una buena salud procesal.

Helas aquí:

*Primera.* La víctima o el ofendido por el delito puede constituirse durante los procedimientos penales como parte privada en ellos.

Las personas incapaces procesalmente, o aquellas que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, no pueden constituirse en parte privada, si no son representadas, autorizadas o asistidas en las formas prescritas para el ejercicio de la acción civil.

*Segunda.* La constitución de parte privada en los procedimientos penales, una vez reconocida, produce sus efectos en cualquier estado o grado del procedimiento, de tal manera que:

- a) Si ésta se constituye como parte durante la averiguación previa, puede aportar al Ministerio Público, evidencias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como también medios de prueba para determinar la reparación preliminar de los daños ocasionados;
- b) Durante la preinstrucción puede comparecer ante el juez e impugnar la negativa del juzgador para obsequiar una orden de aprehensión, ya que las categorías procesales que en dicha orden se analizan son presupuestos jurídicos para obtener la reparación de los daños ocasionados;
- c) Durante la instrucción del juicio, puede de manera independiente del Ministerio Público, ofrecer pruebas tanto para acreditar el cuerpo del delito, la responsabilidad penal, como para determinar la reparación de los daños; impugnar cualquier resolución que no admita dichas pruebas; estar presente en sus desahogos e impugnar la sentencia de primera instancia que no sea favorable a sus intereses;
- d) Durante el procedimiento de segundo grado puede ofrecer pruebas supervenientes e incluso estar presente en la audiencia de vista para alegar lo que a su derecho convenga;
- e) En el juicio de amparo directo debe ser notificado de la interposición de éste por la autoridad responsable, tener personalidad y contestar los conceptos de violación.

*Tercera.* El auto que declare la constitución y reconocimiento de parte privada debe ser notificado al Ministerio Público y al imputado, y en su caso, al sentenciado o quejoso.

*Cuarta.* La parte privada tiene derecho a nombrar defensor, inclusive al oficial, invocando sus razones para acudir al patrocinio gratuito.

*Quinta.* Contra el reconocimiento de parte privada en los procedimientos de preinstrucción, instrucción, juicios de primera y segunda instancia puede formularse un incidente de oposición a dicho reconocimiento.

El juez, escuchando las partes, debe proveer, sin retardo, mediante resolución, la cual debe pronunciar antes de agotar el procedimiento penal en que se interpuso.

*Sexta.* La constitución de parte privada puede ser declarada inadmisible por el juez, aun oficiosamente en cualquier estado de los procedimientos.

El decreto que rechaza la constitución de parte privada no prejuzga el sucesivo ejercicio y el derecho a la reparación del daño.

*Séptima.* La declaración de parte privada puede ser revocada en cualquier estado y grado de los procedimientos, conservando dicha parte su derecho a proponer su acción en la vía civil.

*Octava.* Dado que la cantidad en dinero, que como daño moral y material se obliga ahora a pagar al activo del delito a favor de la víctima, es ridícula, tratándose de bienes preciosos, como son la vida e integridad corporal, proponemos que para no recurrir a las legislaciones laboral o civil, sea el propio legislador que en los tipos penales señale una punibilidad específica para esta sanción pecuniaria, digamos de 5,000 a 25,000 salarios mínimos como reparación del daño.