

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO**



**LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA LEY DE JUSTICIA PARA
ADOLESCENTES DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA**

**Trabajo Terminal que para obtener el Diploma de
ESPECIALIDAD EN DERECHO**

**Presenta:
Olga Lydia Córdova Avilés.**

**Asesora:
Mtra. Elsa Amalia Kuljacha Lerma.**

Mexicali, Baja California, México.

Junio de 2007.

Índice

Introducción	1
Capítulo I. Capacidad jurídica y restricción a la personalidad	
1.1 Concepto de capacidad	7
1.2 Capacidad de goce y de ejercicio	9
1.3 Instituciones protectoras del menor	12
1.3.1 Patria potestad	13
1.3.2 Antecedentes históricos	13
1.3.3 Tutela	15
1.3.4 Antecedentes históricos	15
1.3.4.1 Tutela testamentaria	16
1.3.4.2 Tutela legal	16
1.3.4.3 Tutela dativa	16
1.4 Análisis de los artículos 23 y 421 del Código Civil del Estado de Baja California	17
Capítulo II. Imputabilidad e inimputabilidad en los menores	
2.1 La conducta	20
2.2 La tipicidad	23
2.3 La culpa	25
2.4 La antijuricidad	29
2.5 La culpabilidad	31
2.6 La imputabilidad	35
2.7 La imputabilidad de los menores	38
2.8 La punibilidad	42
Capítulo III. La reparación del daño	
3.1 Antecedentes	47
3.2 El daño	48
3.2.1 Concepto de resarcimiento e indemnización	53
3.2.2 El daño material y moral	54
3.2.3 Contenido de la reparación del daño	57
3.3 Responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores	58
3.3.1 Eximentes de responsabilidad	66
3.4 Omisiones que presenta el capítulo de la Reparación del Daño en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California	71
Conclusiones	75
Bibliografía	77

Introducción

La ley como creación humana adquiere características propias del hombre, es por ello que resulta susceptible a contener sus anhelos, expectativas, creencias, temores, valores y claro está también sus defectos. Dicha creación resulta imperfecta de ahí que aun las leyes más claras al tiempo de su elaboración, están bajo la incertidumbre de encontrarse con dificultades de aplicación práctica debido primordialmente a que la sociedad se encuentra en una constante evolución de diversas índoles (moral, social, tecnológica, etc.) y por más esfuerzos que haga el legislador a fin de contener el supuesto de hecho general y abstracto que constituye la ley, inevitablemente su creación será superada por la realidad. El legislador más sabio, más perspicaz, más previsor o mejor dotado para ponderar los hechos de la vida real, siempre será incapaz para regular todos los casos que puedan acontecer en el curso de ésta. Es tan variada y multiforme la gama de sucesos que se producen en la vida social, que la ley sólo puede regular, por su propia naturaleza, los casos más constantes, más comunes e indefectiblemente se le escaparan otros que no tienen estas características.

Ahora bien, en nuestro Estado, se estableció un sistema integral de justicia, que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito penal por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de catorce años de edad. Pero esta nueva ley de menores presenta vacíos legales especialmente en el capítulo relativo a la Reparación del Daño, que es el tema sobre el cual versará el trabajo de investigación, ya que el legislador fue omiso al señalar en el apartado correspondiente,

quién o quiénes serán los obligados a responder sobre los daños causados por el adolescente.

En la sociedad en la que ahora vivimos, existe la necesidad de contar con un Derecho que otorgue seguridad jurídica, o sea la posibilidad de que las personas natural o jurídica, conozcan sus derechos y obligaciones y tengan a su vez garantizado su ejercicio ante los jueces u organismos con facultades jurisdiccionales, quienes tienen la ardua tarea de dar una solución de acuerdo al derecho, pues sino se correría el peligro de el resurgimiento de la ley del más fuerte.

El problema que se pudiera presentar ante los Tribunales al momento del primer acto de aplicación de esta nueva Ley será cuando el adolescente sea condenado al pago de la reparación del daño, ya sea material o moral y éste no pueda cumplir por no contar con los recursos económicos o bienes con los cuales pueda afrontar el perjuicio causado, esto en detrimento de la víctima u ofendido, por el actuar ilícito de dicho menor.

Ahora bien, en este Estado, se estableció un sistema integral de justicia, que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de catorce años de edad. Pero esta nueva Ley de Adolescentes presenta algunas omisiones especialmente en el capítulo relativo a la Reparación del Daño, que es el tema central de mi investigación.

El legislador al momento de redactar la citada Ley, establece en el artículo 170, lo siguiente: “Cuando la solicitud de la reparación del daño se realice por la víctima o el ofendido o sus legítimos representantes, el Juez para Adolescentes, correrá traslado de la solicitud respectiva al adolescente o a su defensa y citara a las partes para la celebración de una audiencia, que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes, en la que se

propondrá a resolver lo relativo, a través de la implementación de los medios de justicia alternativa previstos por esta Ley.

Si las partes no se pusieren de acuerdo, o bien si habiéndolo hecho no cumplieren con el convenio resultado de la aplicación de los medios de justicia alternativa, se dejarán a salvo los derechos de la víctima o el ofendido para que haga valerlos por la vía civil en los términos que corresponda”.

Por lo que en el presente trabajo de investigación trato de dar respuesta del por qué un adolescente no puede celebrar un acto jurídico por sí solo, aunque la ley reconoce que el menor tiene capacidad de goce, por lo tanto puede ser titular de derechos o de obligaciones; de tal manera que puede adquirirlos, sólo que no de manera directa, sino por conducto de un representante: el menor por medio del que ejerza la patria potestad o del tutor; el mayor de edad que padezca perturbaciones mentales, por conducto de su tutor.

Por otra parte, el legislador fue omiso en señalar en la citada Ley, quiénes serán los terceros obligados en el pago de la reparación del daño. Por consiguiente, en relación a esta omisión legislativa, se presenta una propuesta para que se adicione un artículo Bis en el apartado correspondiente a la reparación del daño.

Para el desarrollo de este trabajo se presentaron los siguientes objetivos:

- 1.- Analizar si el menor de edad es incapaz para contraer obligaciones como lo señala el Código Civil del Estado de Baja California, en cuanto al pago de la reparación del daño derivada de la conducta ilícita de dicho menor.
- 2.- Establecer si dicha responsabilidad debe estar a cargo de los adolescentes o representantes del menor; y,

3.- Analizar las omisiones que presenta el apartado correspondiente a la Reparación del Daño en la nueva Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California.

Siendo necesario para dar respuesta a los anteriores objetivos, utilizar el método de investigación documental, ya que se consultó diversos textos relacionados con el tema y al mismo tiempo esta investigación se considera jurídico-dogmática, ya que se analizó el contenido de normas jurídicas, así como el de Leyes para Adolescentes de otros Estados, planteándose modificaciones a la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California ya que lo considero conveniente para mejorar su eficacia.

Este trabajo de investigación, se divide en tres capítulos, el primero titulado “La capacidad jurídica y restricción a la personalidad del menor”, en donde doy el concepto de capacidad, entendiéndose ésta como la aptitud con la que cuenta toda persona para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitarlos y cumplirlos en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio. Asimismo, hablo de la capacidad de goce y de ejercicio, siendo la primera, aquella que corresponde a la posibilidad de que determinado derecho radique en la cabeza de un sujeto de derecho, de ésta disfrutaban todas las personas por el simple hecho de ser personas, y respecto de la capacidad de ejercicio, es la facultad que tiene el titular del derecho para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicio como actor o demandado, por su propio derecho, en virtud de que posee una voluntad reflexiva por el hecho de alcanzar cierta edad, estabilidad y madurez emocional.

También señalo que existen dos tipos de incapacidad, con la que cuentan los menores de edad y todas aquellas personas privadas de inteligencia o que padezcan de perturbaciones en sus facultades mentales. Por lo que los menores de edad no pueden comparecer en

juicio, ni contraer obligación alguna sin el consentimiento de su representante –padres, tutores o encargados del menor, etc.–.

Igualmente en este mismo capítulo, se presente una breve conceptualización de dos instituciones protectoras de los menores, como lo son la patria potestad y la tutela, como reflejo de la incapacidad de éstos. La ley civil señala como representantes a sus padres o tutores, debiéndose entender, a los padres en ejercicio de la patria potestad; al tutor y al curador que se designe a la persona por nacer en caso de que no corresponda la representación a los padres, asimismo, señalo sus antecedentes históricos.

También se realizó un breve análisis de los artículos 23 y 421 del Código Civil del Estado de Baja California, estableciendo el primero de ellos que la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero ésta no es una restricción total, ya que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, y respecto del segundo artículo, señala que el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquél derecho. Al respecto manifiesto que una de las causas que constituyen la patria potestad es la ignorancia y debilidad de los hijos, que necesitan de un protector que les dirija y supla los defectos de su incapacidad mediante su experiencia; es decir, que con su intervención, debe completar el padre la capacidad del hijo.

En el capítulo II, dedicado a la imputabilidad e inimputabilidad en los menores, en el que señalo los conceptos de los diferentes elementos en los cuales existen problemas jurídicos, como lo es la conducta, tipicidad, culpa, antijuricidad, culpabilidad, imputabilidad de los menores y la punibilidad, retomándose de diferentes autores las

definiciones sobre los conceptos citados; arribando a la conclusión de que los menores de edad pueden cometer delitos intencionales o dolosos, ya que el menor puede conocer las circunstancias del hecho típico y querer o aceptar las consecuencias prohibidas por la ley. Por último, el capítulo III, titulado La reparación del daño en los adolescentes, en este capítulo se analiza como lo señala el título, la reparación del daño, la cual tiene como propósito primordial el de colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo.

Como veremos en este capítulo, el principio general de la reparación del daño es que se responde por el hecho propio. Sin embargo, en algunos casos el hecho de otro puede ser el presupuesto de la responsabilidad de una persona, es decir, se le imputarán las consecuencias jurídicas de un hecho del cual otra es autora. El daño deberá repararlo quien lo causó o quien legalmente resultó responsable, como el caso de responsabilidad a cargo de los padres o tutores por acción de los menores o incapacitados a su cargo. El fundamento de la responsabilidad de los padres, reside en la propia patria potestad, esto es, en el cumplimiento de una obligación legal. Pero también se puede dar el caso de que dicha responsabilidad se traslade a otro sujeto diferente a los padres, ya sea porque el menor ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra permanentemente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona. Asimismo, se hace alusión a las omisiones que presenta la Ley de Justicia para Adolescentes en el Estado de Baja California en el aparatado correspondiente a la reparación del daño, en el cual se hacen algunas observaciones y propuestas.

I. Capacidad jurídica y restricción a la personalidad

En el presente capítulo, se presenta una breve semblanza sobre las capacidades e incapacidades que tiene una persona, principalmente los menores o adolescentes para ser sujetos de situaciones y relaciones jurídicas.

1.1 Concepto de capacidad

El primer atributo de la personalidad es la capacidad. En sentido amplio, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.¹

Del concepto anterior, el autor Domínguez Martínez (1993) expone las siguientes consideraciones:

Primera: La capacidad da por supuesta la personalidad jurídica, o sea, ésta es, como se dijo anteriormente, la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad es, en principio, la aptitud ya del sujeto. Sobre estos dos conceptos existe confusión en la doctrina, ya que hay opiniones razonadas de considerarlos una misma institución jurídica.

Segunda: En el concepto vertido sobre capacidad, ésta comprende dos especies; una substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad apuntada y a la que suele denominarse capacidad jurídica y que es conocida en nuestro medio como capacidad de goce, así denominada por el autor; la otra, por su parte es adjetiva,

¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. 1993. ed. Porrúa. México.

procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos; se trata de la capacidad de obrar y más conocida como capacidad de ejercicio.

Tercera: A su vez, la capacidad de ejercicio da lugar a dos posibilidades, la de ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones por una parte y la de intervenir en juicio personalmente por la otra.²

Ahora bien, para que un acto jurídico sea válido es necesario que las partes que intervienen en él, tengan capacidad para contraer derechos y obligaciones.

Manuel Bejarano Sánchez señala que “la capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos”.³ Toda persona por el hecho de serlo tiene capacidad y excepcionalmente determinados grupos de personas, son incapaces.

El término capacidad en sentido amplio indica de una parte, aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, sujeto de derechos y de otra aptitud para ejercerlos mediante la celebración de negocios jurídicos.

“La personalidad o capacidad jurídica comienza o se adquiere con el nacimiento, es decir cuando la criatura está completamente separada de su madre, momento desde el cual se adquieren los derechos que la ley reconoce a su favor”.⁴

“Si la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y ésta implica la titularidad de los derechos y las relaciones jurídicas; determina la aptitud o facultad de la persona para adquirir y tener para sí derecho y gozar o disfrutar de ellos, haciéndolos valer y respetar frente a los demás en cuanto fuere necesario. De ella derivan los doctrinantes la capacidad e incapacidad de goce, de ejercicio y procesal, pudiendo una persona no tener

² *Idem.*

³ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 1999. Ed. Oxford. México. p. 102

⁴ Guzmán Mora, Fernando. 2005.

capacidad de ejercicio, pero sí de goce, para lo cual requiere que otra persona por ello lo ejerza, ya no como capacidad sino como poder o facultad para ejercer los derechos de otro”.⁵

1.2 Capacidad de goce y de ejercicio

Primeramente me referiré a la capacidad de goce, la cual corresponde a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de un sujeto de derecho, de ésta disfrutan todas las personas por el simple hecho de ser personas. Por ello, la jurisprudencia constitucional la ha considerado como la aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, razón por la cual constituye un atributo esencial de la personalidad jurídica.

“La capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad. Por esto en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: todo hombre es persona”.⁶ La capacidad de goce se adquiere antes de la existencia orgánica del ser humano ya concebido por lo que quedará su personalidad destruida si este no nace vivo y viable.

Los menores de edad cuentan con una capacidad de goce notablemente aumentada, casi equivalente a la de los mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales. Pero la capacidad de goce en los menores es restringida por la ley.

Respecto a la capacidad de ejercicio, el maestro Rafael Rojina Villegas señala al respecto, “la capacidad de ejercicio es la facultad que tiene el titular del derecho para

⁵ *Ibidem*

⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia..* 2003. Ed. Porrúa. México. págs. 158-159.

ejercitar o hacer valer por sí sus derechos o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicio como actor o demandado, por su propio derecho”⁷ en virtud de que posee una voluntad reflexiva por el hecho de alcanzar cierta edad, estabilidad y madurez emocional.

“Si no hay capacidad de goce no puede haber de ejercicio relativamente a los derechos y obligaciones; quien no puede contraer una obligación es lógico que no tendrá capacidad para cumplirla”.⁸ Lo que pudiera suceder con los adolescentes al momento de que el Juez los obligue a cumplir con el pago de los daños causados en detrimento del patrimonio o afectación en la salud de los ofendidos o víctimas del delito.

Asimismo, existen dos tipos de incapacidad, con la que cuentan los menores de edad y todas aquellas personas privadas de inteligencia o que padezcan de perturbaciones en sus facultades mentales; así como los sordomudos, a quienes se les vedan ciertos derechos; sólo respecto de tales derechos son incapaces, pues no pueden gozarlos. Estas incapacidades son la incapacidad de goce e incapacidad de ejercicio.

Para Rojina Villegas (2003) la incapacidad de goce “impide totalmente que el sujeto pueda celebrar el acto jurídico, debido a que una norma de derecho vendrá a constituir un obstáculo insuperable para su realización y, por lo tanto el acto se propondría un objeto directo jurídicamente imposible, siendo en consecuencia inexistente conforme al artículo 2224 del Código Civil del estado de Baja California, pues el objeto imposible, equivale a la falta de objeto en el acto jurídico. En cambio, como en la incapacidad de ejercicio la ley reconoce en el sujeto que hay capacidad de goce, puede ser titular de derechos o de obligaciones; puede adquirirlos, sólo que no de manera directa, sino por conducto de un

⁷ Rojina Villegas, Rafael. *Op. Cit.* p. 136.

⁸ *Idem*

representante: el menor por medio del que ejerza la patria potestad o del tutor; el mayor de edad que padezca perturbaciones mentales, por conducto de su tutor”.⁹ Esto en razón de que la ley los protege para que no sean objeto de abusos: Se les prohíbe obligarse por acto jurídico para salvaguardar sus propios intereses.

Por incapacidad de ejercicio se debe entender como la falta de aptitud que tienen determinados sujetos para hacer valer directamente sus derechos o las obligaciones.

Rafael Rojina Villegas (2003), en su compendio de Derecho Civil I, señala que: “Tienen incapacidad de ejercicio los menores de edad, los privados de inteligencia por idiotismo o imbecilidad y aquellos que padezcan perturbaciones en sus facultades mentales por locura, embriaguez consuetudinaria o uso constante de drogas enervantes; también los sordomudos que no sepan leer o escribir”.¹⁰

“Para que podamos hablar de una incapacidad de goce o de ejercicio, la ley debe consagrarla”.¹¹ Ejemplo de ello, el Código Civil para el estado de Baja California, establece en su artículo 638, “la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”.¹² Este mismo ordenamiento en su artículo 639, dice: “El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes”.¹³ Es decir, que una vez llegado a la mayoría de edad, la ley les reconoce la capacidad de ejercicio, y la aptitud para que tenga derechos y bienes y a su vez, disponga libremente de ellos.

De allí la necesidad que tienen las personas incapacitadas de contar con un representante para hacer valer en todo momento sus derechos, pues si carecieran de él, no podrían hacer efectivas sus facultades, como se establece en los menores de edad, no carecen de

⁹ *Ibidem*. págs. 136-137.

¹⁰ *Ibidem*, p. 136.

¹¹ *Ibidem*, p. 137.

¹² Código Civil de Baja California. 1998. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. p. 123.

¹³ *Idem*.

voluntad al igual que los enajenados mentales y otros sujetos privados de capacidad de ejercicio; pero la voluntad que ellos tienen no es suficiente para servir de soporte a un acto jurídico, de ahí que los actos que ellos realicen sean ineficaces para el derecho. Pues el ordenamiento jurídico protege a estos sujetos que carecen de entendimiento, reflexión, discernimiento o poder de comunicación, proporcionándoles el arma de la nulidad para combatir cualquier acto que vaya en contra de sus intereses. “La *ratio legis* de las incapacidades de ejercicio es la salvaguarda de intereses privados”.¹⁴

Concluyendo que el Derecho considera jurídicamente incapaces a las personas que no hayan desarrollado plenamente su capacidad de análisis y experiencia (como los menores de edad), o que estuvieren afectados de sus facultades mentales (locos, retardados, etc.). Esta limitación no es absoluta, porque esas personas tienen capacidad jurídica de goce, es decir, pueden ser sujetos de derechos y obligaciones pero no de darles curso legal por sí mismos, es decir, carecen de capacidad jurídica de ejercicio. En tal caso, para el cumplimiento de las obligaciones a que dan pie los derechos que se les asignen, pueden hacerlo a través de sus representantes legales (padres o tutores, según sea el caso).¹⁵

1.3. Instituciones protectoras del menor.

La incapacidad del menor como elemento protectorio da lugar, por rigurosa consecuencia, a la representación de su persona. Es así en virtud de la necesidad de que sea suplica la ineptitud que la ley consagra en cuanto al ejercicio o dinamización de los derechos. El establecimiento de la representación se muestra, por tanto, como reflejo de la incapacidad sin que se vean afectados los derechos, posibilitando que éstos ingresen en

¹⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. *Op. Cit.* p. 104

¹⁵ Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. 2006. Edamsa Impresiones. México.

cabeza de la persona del menor y, una vez ello logrado, puedan ponerse en movimiento en el aspecto jurídico-negocial. En lo que se refiere a los menores, la ley civil señala como representantes a sus padres o tutores, debiéndose entender, a los padres en ejercicio de la patria potestad; al tutor y al curador que se designe a la persona por nacer en caso de que no corresponda la representación a los padres.¹⁶

Ahora nos referiremos a dos de ellas, como lo son la patria potestad y el tutor:

1.3.1 La patria potestad.- La finalidad de la patria potestad consiste, sin lugar a dudas, en el logro de una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del hijo. Para conseguirlo, es menester satisfacer necesidades del menor de índole afectiva, económica, social y cultural, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas, determinadas en la ley civil sólo en su aspecto mínimo y sin excluir otras que evidencien la mencionada finalidad.¹⁷

1.3.2 Antecedentes históricos. Veamos las distintas etapas de esta institución:

La institución en Roma y entre Los Hebreos. Los orígenes de la patria potestad, por ser tan remotos, trascienden las fronteras de las culturas más conocidas y entroncan en los albores de la humanidad misma. No obstante ello, las características propias de la institución en Roma y la influencia del derecho romano sobre las demás legislaciones, han llevado a tomar como punto de partida para el estudio de los antecedentes históricos la potestad romana, sintetizada en sus peculiaridades a partir de la máxima según la cual el padre engendraba para sí su hijo y para el Estado un ciudadano. La patria potestad fue

¹⁶ D'Antonio Daniel Hugo. *Derecho de menores*. 1994. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires. p. 141.

¹⁷ *Ibidem*. P. 201

en Roma un patriarcado, una magistratura, un sacerdocio, sin ejemplo en otro pueblo, pero que con ser tan despótico, apenas ofrece en el transcurso de siglos un ejemplo de arbitrariedad.¹⁸

El “Munt” Germánico y el cristianismo. Derecho medieval. El derecho germánico concebía la patria potestad como un derecho y un deber orientado hacia la protección del hijo como parte de una protección más general proyectada hacia todo el grupo familiar. El munt germánico, caracterizado por la indicada circunstancia, evidencia además una participación materna, no sólo por serle atribuida la patria potestad en defecto del padre, sino por reconocérsele derechos y deberes durante el ejercicio de la institución de éste. El cristianismo, produjo una síntesis de los elementos vigentes en la potestad romana y el principio protector propio del munt germánico. Reconociendo la autoridad del padre, la delimitó, determinando con claridad que estaba ella justificada por la necesidad del amparo del ser en formación.¹⁹

Concepción contemporánea de la patria potestad. La concepción actual de la patria potestad no evidencia diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, existiendo uniformidad en lo que atañe a reconocerle su esencial característica de conformar un complejo funcional de derechos y deberes dirigido a lograr la formación integral del hijo.²⁰

La patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes: poderes-deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, instruir al hijo y cuidar de sus intereses patrimoniales,

¹⁸ *Ibidem*. P. 202

¹⁹ *Ibidem*. P. 203

²⁰ *Ibidem*. p. 204

en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar.

1.3.3 La tutela.- Respecto a la tutela, diremos que es una institución del derecho de menores que tiene por finalidad dotar de un responsable investido de representatividad a un menor no sujeto a patria potestad.

1.3.4 Antecedentes históricos.- La palabra tutela deriva del latín, ya que el vocablo *tueri* significa defender, resguardar o proteger. En Roma se distinguía de la curatela por estar reservada la tutela, en la época clásica, a los impúberes y a las mujeres, mientras que la curatela se aplicaba a los dementes y a los interdictos por prodigalidad. En sus orígenes sólo se conoció la tutela legítima, regulada por la antigua costumbre y por las XII Tablas, mas cuando se admitió que un *pater familiae* que tuviera hijos pudiere hacer testamento, surgió la tutela testamentaria. Con posterioridad se admite la dativa, así llamada por los justinianeos.²¹

En Grecia, la institución se consideró que pertenecía al derecho común. La tutela de los impúberes se instituye con la muerte del padre o al caer el menor en servidumbre, pudiendo ser nombrado por el padre en testamento o por el magistrado (arconte), dando entonces lugar a la tutela dativa. A falta de tales tutelas, la ley disponía la designación de oficio. En el derecho germánico, en sus primeras etapas, emerge la tutela colectiva para la mujer viuda con hijos menores, que queda bajo la protección de la familia del marido.

En el antiguo derecho español, en tanto, se reúnen en una sola institución la tutela y la curatela y se desconoce la tutela testamentaria. La influencia romanística se refleja

²¹ *Ibidem*. págs. 278-279

después en las Partidas, separándose tutela y curatela y reconociéndose las tres clases de tutela: testamentaria, legal y dativa.²²

1.3.4.1 Tutela testamentaria. La tutela testamentaria de poca frecuente utilización, pero de alto valor provisional, es la que el padre póstumo otorga por testamento o escritura pública, indicando la persona que desea que se desempeñe como tutor de su hijo a su fallecimiento. Esta designación debe ser oportunamente confirmada judicialmente, ya que el designado puede no aceptar, acogiéndose su excusación, o puede tratarse de una persona que a criterio del juez sea inidónea para desempeñarse como tutor.²³

1.3.4.2 Tutela legal.- La tutela legítima es aquella que la ley confiere a determinados parientes del menor, basándose en la proximidad del vínculo, circunstancia que permite suponer una mayor idoneidad para el desempeño del cargo.²⁴

1.3.4.3 Tutela dativa. Esta clase de tutela funciona en subsidio de las anteriores, cuando no se ha contemplado la designación de tutor por testamento o escritura pública o no existen parientes llamados por la ley a desempeñarse, a lo cual cabe agregar el caso de la inidoneidad de éstos. Dándose tales supuestos, corresponderá a los jueces dar tutor al menor. Por cierto que en todos los casos corresponde al juez apreciar la idoneidad de quien aparezca como eventual tutor. El parentesco en grado no contemplado para desempeñarse como tutor legítimo constituirá un elemento de ponderación, aunque no

²² *Ibidem.* p. 279

²³ *Ibidem.* p. 282

²⁴ *Ibidem.* p. 283

decisivo, para que el órgano jurisdiccional determine qué es lo más beneficioso para el menor.²⁵

La tutela viene a ser como una “cuasi patria potestad”, Ello es así porque los derechos y deberes que se conceden y exigen al tutor son similares a los del padre, ya que le corresponde cuidar material y espiritualmente al pupilo como si fuera un progenitor.²⁶

La tutela se extingue por la muerte del tutor o del menor, por la remoción o excusación del primero y por la mayor edad o emancipación por matrimonio del pupilo. Se extingue igualmente la tutela cuando el menor es adoptado, sea en forma plena o en forma simple; cuando es habilitado en su edad; cuando es posteriormente reconocido por el progenitor extramatrimonial y cuando se haya establecido su filiación por sentencia judicial y los padres estén vivos.²⁷

En suma, la patria potestad y el tutor, son instituciones del derecho de menores signada por la finalidad protectoria de la persona del menor, y se traduce en un conjunto de derechos y deberes, en interés del sujeto pasivo, sujeto a una de estas instituciones.

1.4. Análisis de los artículos 23 y 421 del Código Civil del estado de Baja California.

De acuerdo al Código Civil para el Estado de Baja California, el artículo 23 de este Código, establece: “La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.²⁸

²⁵ *Ibidem.* p. 284

²⁶ *Ibidem.* p. 285

²⁷ *Ibidem.* p. 286

²⁸ Código Civil de Baja California. 1998. Cárdenas Editor y Distribuidor. México.. p. 4.

Bejarano Sánchez (1999) señala que la representación es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona llamada representante repercutan y surtan efectos de derecho en la esfera jurídica de otro sujeto (llamado representado) como si éste último los hubiera realizado.

Uno efectúa el acto, pero la consecuencia se produce para otro. La representación es una institución insustituible de enorme utilidad en el comercio jurídico. Así, pensemos en la necesidad de que tienen los menores, los enajenados mentales y otros sujetos privados de capacidad de ejercicio, de contar con un representante para hacer valer sus derechos, pues si carecieran de él no podrían hacer efectivas sus facultades.²⁹

Asimismo, el precepto 421 del Código Civil de Baja California (1998), señala: “El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquél derecho”.³⁰

Una de las causas que constituyen la patria potestad es la ignorancia y debilidad de los hijos, que necesitan de un protector que les dirija y supla los defectos de su incapacidad mediante su experiencia; es decir, que con su intervención, debe completar el padre la capacidad del hijo. Por ese motivo, los individuos sujetos a la patria potestad no pueden comparecer en juicio, ni contraer ninguna obligación sin el consentimiento del padre o del que ejerce aquel derecho; pues tales actos obligan según la ley, la plenitud de inteligencia, que no existe comúnmente en los menores de edad, que son los sujetos a la patria potestad. Esta prohibición, no tiene otro objeto, que el bien del hijo, evitándole los peligros y perjuicios a que le expone su inexperiencia.

²⁹ Bejarano Sánchez, Manuel. *Op. Cit.*

³⁰ Código Civil de Baja California. 1998. Cárdenas Editor y Distribuidor. México.. págs. 84-85.

Luego entonces, como lo hemos visto en líneas anteriores, un menor de edad no puede por sí solo contraer una obligación como lo es el de obligarse al cumplimiento del pago de la reparación del daño por los perjuicios causados al ofendido o víctimas en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.

Concluyendo que tal obligación deberán asumirla como terceros obligados, los padres, tutores o personas responsables del menor, para que el pasivo del delito tenga la certeza jurídica de que se le van a resarcir o indemnizar los perjuicios que le fueron causados por la comisión de una conducta tipificada por el Código Penal como delito.

II. Imputabilidad e inimputabilidad en los menores

En este capítulo se presentan los conceptos de los diferentes elementos en los cuales existen problemas jurídicos, como lo es la conducta, tipicidad, culpa, antijuricidad, culpabilidad, imputabilidad de los menores y la punibilidad. Para ello, se retoma de diferentes autores las definiciones sobre los conceptos citados.

2.1 La conducta

El delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho.

Fernando Castellanos (1980), expone que la conducta se define como “el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”.³¹

La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal responsabilidad imprudencial o preterintencional).

“Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad.”³²

El maestro Ignacio Villalobos (1960) dice que la conducta puede ser un hacer algo o un dejar de hacer algo, la conducta no siempre estará encaminada a una acción, cuando hablamos de conducta pensamos en un comportamiento voluntario, no debemos

³¹ Castellanos, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. 1980. Ed. Porrúa, S.A.. México p.149.

³² *Ibidem*. p. 149.

interpretarla en ese sentido, ya que ésta también puede tratarse de una omisión, de una inactividad.³³

“La conducta sólo se puede manifestar de dos formas que son: acción y omisión. La acción es la facultad para actuar, se da por movimientos o comportamientos voluntarios que viola una norma prohibitiva. Sus elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad conocida también como nexo causal.

- a) Voluntad.- acto de querer o intención de cometer el delito.
- b) Actividad.- hacer o actuar, hecho encaminado a producir el ilícito.
- c) Resultado.- consecuencia de la conducta.
- d) Nexo de Causalidad.- es lo que une a la causa con el efecto.

La omisión es realizar la conducta típica con abstención de actuar, no hacer o dejar de hacer, conducta negativa, inactividad voluntaria (incluso en los delitos culposos por olvido) puede ser simple (propia) o comisión por omisión (impropia). La omisión es una forma negativa de la acción.

- a) Simple.- consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea involuntaria o imprudencial, con lo cual se produce el delito.
- b) Comisión por omisión.- es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva.”³⁴

Rodríguez Manzanera (1997) dice que los menores de edad a pesar de esa minoría, también realizan conductas, o sea, comportamientos voluntarios de acción u omisión, las cuales tienen relevancia jurídico-penal.

³³ Citado por Castellanos, Fernando. *Op. Cit.* p. 150.

³⁴ Cordero Contreras, María. 2004.

No habrá conducta cuando el resultado no sea por voluntad del sujeto, cuando éste tenga una incapacidad psíquica o física, como es el caso de la fuerza física irresistible.³⁵ Esta puede revestir dos formas: la *vis absoluta* y la *vis mayor*.

La primera se presenta cuando una persona emplea su fuerza física contra otro, anulando su facultad de autodeterminación de movimiento corporal, como medio para lesionar un bien tutelado por el derecho penal; por ejemplo: alguien empuja a un adolescente que está parado frente a un aparador de una joyería, con el propósito de que se rompa el vidrio para poder apoderarse de las joyas que se encuentran en dicho negocio. En este caso concreto, no se le puede culpar al menor que sirvió de medio para cometer ese hecho ilícito, ya que su voluntad quedó anulada por el sujeto que lo empujó por atrás.³⁶

La segunda es cuando el movimiento del hombre está determinado por una fuerza física irresistible de la naturaleza (tales como el viento, un terremoto, una tormenta, etcétera). Por ejemplo, se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio salen corriendo y al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso el sujeto que resbaló actuó con fuerza física irresistible –el temblor–, por lo que no hay acción y por lo tanto no se le puede imputar normativamente la muerte, dado que su conducta fue involuntaria.³⁷

Claro está, que si la persona no ejecuta una acción, puede realizar el hecho típico, antijurídico y penado en el Derecho positivo, pero no se puede hablar de comisión de delito; el actor del delito, es inimputable.

Cuando nuestros ordenamientos jurídicos consideran que hay ausencia de conducta, la excluyen de responsabilidad.

³⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminalidad de menores*. 1997. ed. Porrúa. México

³⁶ Díaz-Aranda, Enrique. *Teoría del Delito*. 2006. Ed. Staf. México.

³⁷ *Idem*.

En los menores puede ocurrir, desde luego, la ausencia de conducta, lo que puede traer como consecuencia la no responsabilidad de sus acciones.

2.2 La tipicidad

Por tipicidad se entiende que es la adecuación de la conducta con la descripción hecha en la ley (el tipo); o sea, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. De esta manera la tipicidad consistirá en hacer que cada situación encuadre de manera perfecta en el lugar que le corresponde eliminando la existencia de otra que pueda parecer igual. Así cuando la ley describe el homicidio diciendo el que matare a otro, la conducta típica está dada por el hecho concreto de matar a otro.³⁸

Esta se encuentra apoyada en sistema jurídico mexicano por diversos principios que proporcionan una garantía de legalidad como: No hay delito sin ley; no hay delito sin tipo; no hay pena sin tipo; no hay pena sin delito; no hay pena sin ley.³⁹

Como se ha dicho anteriormente, para la existencia del delito se requiere de una conducta o hecho humanos; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; además, precisan que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito que sin su existencia no se podría configurar. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 14, en forma expresa, lo siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”⁴⁰

³⁸ *Ibidem*

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2002. Ediciones Delma.

No debemos confundir el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción legal de un delito. En cambio, la tipicidad es la adecuación de una conducta con la descripción legal formulada en abstracto.

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamenten su antijuricidad. Pero no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características, sino que el Juez deberá de buscar las características que faltan. Esto debido a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal.

Gonzalo Rodríguez Murillo (1977) dice que “la tipicidad o adecuación típica expresa la relación de coincidencia entre la acción real y la representación conceptual del comportamiento prohibido contenida en el tipo”.⁴¹

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.⁴²

No puede haber la menor duda de que la conducta de un adolescente puede perfectamente encuadrar con la descripción que de ella hace la norma jurídica.

Aquel que actúa típicamente también lo hace antijurídicamente, a reserva de que la acción no aparezca justificada por una causa especial de exclusión del delito. Si eso ocurre, la acción no será antijurídica. Cuando la conducta no concuerda con la descripción legal; se habla de atipicidad, las causas de atipicidad deben ser las mismas para menores y mayores de edad, ya que los menores de edad también realizan conductas

⁴¹ Citado por Castellanos Fernando. *Op. Cit.* p. 289.

⁴² *Ibidem* p. 168.

al igual que los adultos, y las cuales no pueden ser típicas y por lo tanto no constituyen delito.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley y de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuadra en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues ausencia de adecuación típica. Concretamente se originan hipótesis de atipicidad: a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo; c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos; d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo; e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.⁴³

2.3 La culpa

Rodríguez Manzanera (1997), señala que la culpa se caracteriza por un actuar imprudente, irreflexivo, imperito, negligente, etc. No hay una rebeldía a la ley, sino una simple desobediencia. Ahora bien, puede cuestionarse si los menores de edad, pueden cometer delitos intencionales o dolosos, parece ser que no hay duda al respecto (menos

⁴³ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. 1994. ed. Porrúa. México. p. 313.

aún si colocamos el dolo en el tipo), el menor puede conocer las circunstancias del hecho típico y querer o aceptar las consecuencias prohibidas por la ley.⁴⁴

Con mayor razón encontramos el fenómeno en el periodo de 16 a 18 años, que es el de mayor incidencia antisocial. Se puede decir que no sólo es posible encontrar que los tipos dolosos son aplicables a los menores, sino también calificativos como la premeditación, la alevosía, la ventaja, la traición.⁴⁵

Existen casos en los que es indudable la reflexión del sujeto, tanto por los actos preparatorios, la planeación anterior, la estructuración de una coartada, el reclutamiento de cómplices, la adquisición de armas o instrumentos del delito, los medios de comisión, etc. Esto se ve más claro en los delitos sexuales como violación, en los delitos de grupo como el asalto a transeúntes, o en los delitos complejos como el fraude. En estos casos no se puede decir que el menor no quería violar, o no deseaba golpear y robar al transeúnte, o no intentaba realizar un fraude, o que no se había representado las circunstancias del hecho típico y las consecuencias de su acción.

¿Existirá también la culpa en los menores? La respuesta es afirmativa, y se debe pensar en los menores que trabajan (con base en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), que pueden causar un daño grave por negligencia, o en el menor que manejando imprudentemente un arma lesiona a alguien, o en el menor que sin pericia guía un automóvil y mata a una persona. ¿no son acaso delitos culposos?⁴⁶ “Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley”.⁴⁷ Para Edmundo Mezger, “Actúa culposamente

⁴⁴ Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminalidad de menores. Op. Cit.* p. 315

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Ibidem.* págs. 317-318

⁴⁷ Citado por Castellanos, Fernando. *Op. Cit.* p. 245

quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever”.⁴⁸

Como se dijo anteriormente, en el derecho mexicano, los delitos pueden ser dolosos o culposos, y según Antolisei “una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o por el uso o la costumbre. Y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas. El sujeto que no tomó las precauciones debidas al conducir su automóvil; hizo una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos que todo perito en la materia posee; en forma irreflexiva oprimió el botón de una maquinaria que no conocía, produciendo un desastre”.⁴⁹

Fernando Castellanos (1980), considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, existe un menosprecio por el orden jurídico; por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.⁵⁰

“Las formas de culpa son:

- a) Imprudencia: Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse.
- b) Negligencia: Implica una falta de actividad que produce un daño. (no hacer).
- c) Impericia: Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos.”⁵¹

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem.* p. 168.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 169.

⁵¹ De Wikipedia, la enclopedia libre. 2006.

Asimismo existen dos clases de culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

Fernando Castellanos (1980) señala que la culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción. Como ejemplo de esta especie de culpa, puede citarse el caso del sujeto que maneja un vehículo deseando llegar a tiempo a un lugar determinado y conduce su vehículo sabiendo que los frenos no funcionan, no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

La segunda forma que reviste la culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible y evitable (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Como el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, y sin esperárselo se produce el disparo y resulta lesionado uno de los que se encontraban en ese lugar. El evento era previsible, por el peligro que representaba el tener en sus manos un arma de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.⁵²

⁵² Castellanos, Fernando. *Op. Cit.* p. 247

2.4 Antijuridicidad

Se estudiará ahora el elemento antijuridicidad esencialísimo para la integración del delito. Como expresa Fernando Castellanos (1980) “el delito en una conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica y culpable. Como definición se puede decir que “la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a Derecho”.⁵³

La antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo el acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación. Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.”⁵⁴

Sigue diciendo Castellanos que para Reinhart Maurach “los mandatos y prohibiciones de la ley penal rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico”.⁵⁵ La antijuridicidad significa la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Ignacio Villalobos citado por el Maestro Rodríguez Manzanera, escribe: “El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleva implícito en

⁵³ Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminalidad de menores. Op. Cit.* p. 175

⁵⁴ *Idem.* p. 176

⁵⁵ *Idem.* p. 176.

sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas y a los ladrones debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella”.⁵⁶

Para Fernando Castellanos (1980) La conducta-típica puede estar en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. “Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica”.⁵⁷

Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 123 del Código Penal del Estado de Baja California, y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que actuó en legítima defensa, en estado de necesidad, por obediencia jerárquica, en cumplimiento de un deber, o en presencia de cualquier otra justificante. A continuación mencionaré los conceptos de cada una de ellas:

Legítima Defensa.- Se repele una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa o racionalidad de los medios empleados y no medie provocación suficiente inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como legítima defensa salvo prueba en contrario, el hecho de causar un daño a quien a través de la violencia o cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista

⁵⁶ Citado por Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminalidad de menores*. Op. Cit. p. 178.

⁵⁷ Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 181.

la misma obligación; o bien, lo encuentre en uno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

Estado de Necesidad.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosa o culposamente por el agente lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.- Consiste en causar daño actuando de forma legítima en el cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado y siempre que este último no se haga con el solo propósito de perjudicar a otro.⁵⁸

Rodríguez Manzanera (1997) señala que no existe problema al aceptar que la conducta de un menor, además de ser típica, puede ser antijurídica, es decir, ser contra derecho. Como tampoco debe haber la menor duda que también se pueden adoptar las causas de justificación para los menores de edad.

2.5 La culpabilidad

“Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta –Según Cuello Calón-, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada”⁵⁹

Puede ser culpable aquella conducta que puede ser reprochada al sujeto. Se puede hablar de culpabilidad cuando el sujeto no ha actuado en la forma que jurídicamente se esperaba

⁵⁸ De Wikipedia, la enclopedia libre. 2006.

⁵⁹ Castellanos, Fernando. *Op.Cit.* p. 231

de él. La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Es uno de los hallazgos fundamentales de la Teoría del Delito.

Fernando Castellanos citando a Jiménez de Azua señala que “Al llegar a la culpabilidad – es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró.” Para el mismo maestro, “en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”⁶⁰

El mismo autor citando a Villalobos, dice que para éste último, “la culpabilidad, genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajena frente a los propios deseos, en la culpa.”⁶¹

Para Castellanos (1980) son dos las doctrinas principales que se ocupan de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

a) Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad. Para esta concepción, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. “Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el

⁶⁰ *Idem* .p. 231.

⁶¹ *Idem*. p. 239.

resultado; éste contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres; de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.”⁶²

b) Teoría normativa o normativista de la culpabilidad. “Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el deber ser jurídico. Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico. La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.”⁶³

⁶² *Ibidem*. págs. 232-233.

⁶³ *Ibidem* p. 234

Ahora bien, la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, dependiendo de la voluntad consciente del sujeto a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Pudiendo delinquir a través de una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida en sociedad (culpa). Suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto, es decir, produce un resultado de mayor gravedad que el deseado.

“En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en el desprecio por el orden jurídico. Tanto en la forma dolosa o culposa, la conducta del actor se traduce en un desprecio por el orden jurídico. Se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de solidaridad social en concurso; y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce ese deber queriendo sólo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización”.⁶⁴

En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad, y sin culpabilidad el delito no se integra. Al igual que en otros casos, la culpabilidad puede tener elementos negativos, es decir, pueden existir situaciones que la anulen o invaliden.

⁶⁴ *Ibidem.* p. 236

Estas situaciones son, la falta de comprensión de la antijuridicidad, el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta. “En cuanto a los menores de edad, puede existir el reproche, ya que puede existir la completa capacidad psíquica para comprender la magnitud del injusto y para autodeterminarse en forma plena”.⁶⁵

2.6 La imputabilidad

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica del sujeto para comprender el hecho y su trascendencia de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Se considera que ese juicio de reproche lo puede realizar quien es mayor de edad y por ello se le considera como imputable. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable. Es uno de los pilares de la teoría del delito, en ella se acepta que el sujeto tiene un margen de elección, de decisión, de optar por el respeto a la Ley, o de violarla, y en esa posibilidad radica la imputabilidad. Se puede manejar de igual manera este concepto, que la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la Ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. imputabilidad equivale a la libertad.⁶⁶

La imputabilidad es el presupuesto de la culpa que en ser capaz de comprender, ya sea, la ilicitud de la conducta, su “maldad” o inconveniencia para la sociedad, o simplemente, que esta no es apropiada; así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera. Una persona imputable es capaz de comprender el elemento de reproche que forma parte

⁶⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. *Op. Cit.* p. 319.

⁶⁶ Cordero Contreras, María. 2004.

de todo juicio penal, y por lo tanto, si se le hallare culpable, se haría acreedor a una pena; si no lo puede comprender, será un inimputable, no le será reprochada su conducta, y el juez lo someterá más bien a una medida de seguridad, lo que sucede con los menores de edad.⁶⁷ Puede decirse que en la imputabilidad, apoyándonos en la doctrina y en las Leyes, se exigen dos límites mínimos para su existencia:

a).- Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable;

b).- Un límite psíquico, o sea, la capacidad de “entender”, considerándola en un plano intelectual o de comprensión, y a la capacidad de “querer” en un plano de voluntad.

De tal manera en los ordenamientos penales es usual encontrar que es inimputable, si se alcanza determinada edad (15, 16 o 18, según lo prevea cada Código), en el momento que se lleve a cabo la conducta típica, y si además satisface el límite psíquico exigido por la propia Ley.⁶⁸

Actualmente se reformó el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se establece que será aplicable la Ley de Justicia para Adolescentes y a las personas que tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad que se les atribuya la realización de conductas tipificadas como delito por las leyes estatales.

Al igual que en México, “en los países escandinavos la edad penal se puede alcanzar desde los doce años, pero en países europeos la imputabilidad penal se alcanza hasta los veintiún años. La franja entre los doce y veintiún años es extrema, y por ello la

⁶⁷ De Wikipedia, la enclopedia libre. 2006.

⁶⁸ Cordero Contreras, María. *Op. Cit.* p. 10

determinación sobre el momento en que se puede considerar al sujeto como imputable requiere de un análisis de organización de la sociedad, su grado cultural y medios proporcionados a sus integrantes para su desarrollo individual y colectivo. Sólo así podremos saber a qué edad se puede considerar que el sujeto tiene la información y la capacidad necesaria para comprender el significado de la trascendencia del hecho que realiza contrariamente a derecho”.⁶⁹

Sergio Vela (1997), establece que: “la imputabilidad es un concepto eminentemente jurídico que encuentra su fundamento en el sistema normativo”.⁷⁰ Asimismo, señala este autor que por parte del sistema jurídico se emplearon tres procedimientos fundamentales: el biológico, el psicológico y el mixto. El primero afirma que cuando biológicamente el individuo no ha alcanzado determinada edad, ello motiva la inexperiencia e ignorancia de conocimientos que son esenciales, y por ello no puede realizar un juicio acertado en lo que se refiere a la facultad de comprensión. El procedimiento psicológico afirma que para la plena comprensión de la ilicitud de la conducta y la determinación del sentido, se requiere de un mínimo de salud mental que le permita una acertada valoración de la ilicitud de su conducta. El tercer procedimiento o mixto, consiste en una enumeración de las causas que provocan la falta de capacidad y de autodeterminación en la conducta y que tornan no imputable o inimputable al sujeto.

Antes de que diera inicio la nueva Ley de Justicia para Adolescentes no existía un sistema perfecto que la ley pudiera aprovechar para determinar la imputabilidad de los sujetos; luego entonces, un menor puede haber alcanzado un grado de desarrollo que le

⁶⁹ Díaz-Aranda, Enrique. *Op. Cit.* p. 264.

⁷⁰ Vela Treviño, Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad, Teoría del delito*. 1997. ed. Trillas. México. p. 20.

permita conocer lo ilícito de su conducta, pero actuar en forma sumamente peligrosa porque se sabe ajeno a la posible comisión de delitos.⁷¹

Rodríguez Manzanera (1997), considera, respecto al concepto de imputabilidad, que: “La imputabilidad no puede ser solamente una capacidad de entender y de querer, es decir, no puede limitarse a que el sujeto comprenda la ilicitud del acto realizado.

En el comportamiento del hombre intervienen tres esferas: la intelectual, la volitiva y la afectiva. Inteligencia, voluntad y afectividad son tres fenómenos psicológicos que actúan en una gran interdependencia. La afectividad, en cuanto conjunto de estados afectivos, sentimientos, emociones y pasiones, ocupa un lugar de singular importancia en la estructura de la personalidad, y en un momento dado puede prevalecer sobre las otras esferas. La afectividad nos lleva a establecer vínculos interpersonales o a romperlos, nos ayuda a relacionarnos con el medio y puede ser el estímulo que nos mueve o el obstáculo que nos frena”.⁷²

La imputabilidad se puede considerar, por lo tanto, como la conjunción de las tres esferas dentro de un marco de referencia social. Para que exista imputabilidad debe existir no solamente el querer volitivo, sino también el querer afectivo.

Entonces hay que decir que la imputabilidad, se debe considerar como un desarrollo bipsicosocial que da al sujeto la capacidad de conocer hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y la afectividad a la norma.⁷³

⁷¹ *Idem*

⁷² Rodríguez Manzanera. *Op. cit.* 1997. p. 321.

⁷³ *Idem.* p. 321.

2.7 La imputabilidad de los menores

Doctrinariamente existe un criterio uniforme en el sentido de considerar al menor de edad como un sujeto inimputable. El autor Rodríguez Manzanera citando a López Rey señala que “La tesis de un menor penalmente irresponsable por el hecho de serlo es tan ilógica, asocial y anticientífica como la de estimar que todo adulto es responsable por serlo. Una y otra niegan el principio de individualización”.⁷⁴

Anteriormente “la ley mexicana no hacía distinciones ni excepciones al principio de inimputabilidad de los menores de edad, haciendo una presunción de *juris et de jure* de que carecen de la suficiente madurez para entender y querer lo que hacen”.⁷⁵ Esta es sólo una opinión doctrinaria, ya que realizando un análisis de la legislación nos lleva a dudar si los menores son considerados inimputables o no.

Efectivamente, tal como lo dice Rodríguez Manzanera (1987) la ley no usa el término inimputables para referirse a los menores, no cabe la menor duda de que el legislador no tomó en cuenta a los menores de edad cuando redactó el capítulo II del título tercero del Código Penal, denominado: Tratamiento en internamiento o en libertad de inimputables o de imputables disminuidos, y que consta de tres artículos, que reproducimos a continuación:

“Artículo 56.- En el caso de los inimputables a que se refiere la fracción IX del artículo 23 de este Código, el juzgador dispondrá el tratamiento que le sea aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento respectivo. Si se trata de internamiento el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento en los términos del artículo 59 de este Código.

⁷⁴ *Ibidem.* p. 323.

⁷⁵ *Ibidem.* p. 323.

Para la imposición de la medida a que se refiere este capítulo, se requerirá que la conducta del sujeto sea penalmente relevante y no se encuentre justificada.

Entrega de inimputables a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos.- Las personas inimputables a que se refiere el primer párrafo de este artículo, podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quien legalmente corresponda hacerse cargo de ellas, siempre que se obligue a tomar todas las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de la mencionada autoridad, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Artículo 57.- Si la capacidad del agente de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, no se encuentra totalmente excluida, sino solo notablemente disminuida al momento de la realización del delito por las causas señaladas por la fracción IX del artículo 23 de este Código a juicio del juzgador, según proceda se le impondrá una tercera parte de la pena que correspondería al delito cometido y la medida de seguridad a que se refiere el artículo anterior, tomando en consideración que dicha disminución de la capacidad no fue provocada por el autor del delito.

Artículo 58.- La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

Artículo 59.- En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúe necesitando

el tratamiento, podrá ampliarlo hasta en una mitad mas del máximo de la pena aplicable al delito.”⁷⁶

Se puede apreciar que este ordenamiento no habla de inimputables adultos, por lo que podría interpretarse que estas normas son aplicables a los inimputables menores. Asimismo, la referencia a que el tratamiento será continuado en caso necesario por la autoridad sanitaria, nos hace ver la intención de regir inimputables permanentes, enfermos mentales o drogadictos. La duda podría surgir en los términos juzgador y juez, pero si interpretamos que las autoridades de menores realizan función judicial (como debe ser), el problema queda liberado.

Para Elpidio Ramírez citado por Rodríguez Manzanera, dice que: “Las normas penales describen todas las particularidades y concretas acciones u omisiones antisociales de todos los sujetos: Adultos imputables, adultos inimputables permanentes, menores imputables y menores inimputables permanentes. Esta afirmación se apoya en dos hechos evidentes: a) son antisociales tanto las conductas de los adultos (imputables o inimputables permanentes) como las de los menores (imputables o inimputables permanentes); b) Son represivas tanto las normas que se refieren a los adultos (imputables o inimputables permanentes), como las que se refieren a los menores (imputables o inimputables permanentes); y son represivas porque unas y otras, en su culminación ejecutiva, se traslucen en la privación o restricción coactiva de algún determinado bien del sujeto”.⁷⁷

De acuerdo a todo lo anteriormente dicho respecto a la imputabilidad, se llega a la conclusión de que los menores pueden ser imputables o inimputables, según reúnan o no

⁷⁶ Código Penal y Procedimientos Penales de Baja California. 2001. Anaya Editores, S.A. México.

⁷⁷ Rodríguez Manzanera, Luis. *Op. Cit.* 1997, págs. 324-325.

los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito y la facultad de adecuar su conducta a dicha comprensión.⁷⁸

2.8 La punibilidad

La punibilidad es el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces una amenaza estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas.⁷⁹

La punibilidad se confunde con la punición y la pena, por lo que se ha optado por la siguiente terminología: “Punibilidad. Es la amenaza de una privación o restricción de bienes para el caso de que se realice algo prohibido o se deje de hacer algo ordenado por la legislación penal. Y debe estar consignada en la ley (principios de legalidad).

Punición. Es la fijación al caso concreto de la amenaza descrita por la ley, es decir, es la determinación e individualización de la punibilidad. Esta función debe ser propia del poder judicial.

Pena. Es la efectiva aplicación de la sanción enunciada por la ley y pronunciada por el juez”.⁸⁰ Ahora bien, hay ausencia de punibilidad, ello en función de las excusas absolutorias, por las que no es posible la aplicación de la pena; que constituyen el factor negativo de la punibilidad. Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando

⁷⁸ *Ibidem.* p. 325.

⁷⁹ Fernando Castellanos. *Op Cit.* p. 267.

⁸⁰ *Ibidem.* p. 325

subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición”.⁸¹

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad. En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que se presenta una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; pero, por disposición legal expresa, no es punible. Por ejemplo, algunas especies de excusas absolutorias son:

a) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar. El artículo 206 del Código Penal del Estado de Baja California, preceptúa: “el robo cometido por un ascendiente contra un descendiente o por éste contra aquel, por quienes tienen relación de concubinato entre ellos, o un cónyuge contra el otro, por un suegro contra su yerno o nuera, o por éstos contra aquel, por un padrastro contra su hijastro o viceversa o por un hermano contra su hermano, entre adoptante y adoptado, sólo será motivo de sanción cuando el agraviado lo pida”.⁸² La misma situación rige para el fraude y el abuso de confianza (artículos 223 y 217 del Código Sustantivo Penal del Estado de Baja California).

El fundamento de esta excusa se ha querido encontrar en una supuesta copropiedad familiar; en motivos de intimidad; o bien, en el simple recuerdo de aquella copropiedad. Años atrás, se ha sosteniendo que si la familia es la base de la sociedad, interesa al Estado

⁸¹ *Ibidem.* p. 271

⁸² *Ibidem.* p. 271

protegerla y por ello se encuentra obligado, antes que a sancionar el robo, a procurar el fortalecimiento de los vínculos familiares por ser la familia la célula social.⁸³

b) Excusa en razón de mínima temibilidad. El artículo 201 fracción III del Código Penal vigente en el Estado de Baja California, establece que “cuando el valor de lo robado no exceda de 40 días de salario mínimo y se trate de un delincuente primario, que haya admitido su responsabilidad durante la averiguación previa y restituya el objeto materia del delito o su importe, el Ministerio Público suspenderá el ejercicio de la acción penal, siempre que el inculcado no haya empleado violencia sobre las personas”.⁸⁴ La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

c) Excusa en razón de la maternidad consciente. El artículo 136 del Código Penal establece “la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación”.⁸⁵ La impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por lo que resultaría absurdo reprimirla. Por otra parte, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Nada puede justificar el imponer a una mujer un embarazo odioso, dando vida a un ser que le recuerde la mala experiencia consecuencia de la violación.⁸⁶ No puede exigírsele una maternidad no querida ni buscada; la ley no puede imponer obligaciones jurídicas de esa índole. Se reconoce, en el

⁸³ *Ibidem.* p. 272

⁸⁴ *Ibidem.* p. 272

⁸⁵ *Ibidem.* p. 273

⁸⁶ *Ibidem.* p. 272.

aborto por causas sentimentales, una “no exigibilidad de otra conducta” y por tanto una causa de inculpabilidad.

Las excusas absolutorias (causas de no punición) deben beneficiar también a los menores de edad; por ejemplo, cuando se aborta siendo el embarazo resultado de una violación.

Los menores de edad que tengan entre doce y catorce años cumplidos no pueden ser sometidos a ninguna pena, pero sí a medidas de seguridad, como lo señala la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California. Existen casos en los que el menor cometió un delito completo, pero la ley prescinde de pena. Se trata simplemente, de una causa personal de exclusión de pena.⁸⁷

Finalizo este capítulo diciendo que los menores de edad pueden cometer delitos intencionales o dolosos, según reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito y la facultad de adecuar su conducta a dicha comprensión, ya que el menor puede conocer las circunstancias del hecho típico y querer o aceptar las consecuencias prohibidas por la ley.

⁸⁷ *Ibidem.* p. 326.

III. La reparación del daño en los adolescentes

Este capítulo tiene como finalidad establecer quién deberá cumplir con la medida que tome el Juez para adolescentes respecto del cumplimiento de la reparación del daño, lo anterior, se debe a que la realización de conducta típica, antijurídica y culpable genera responsabilidad para sus autores y partícipes y dicha conducta puede ocasionar daños al patrimonio económico y moral de quienes sufren sus consecuencias.⁸⁸

La reparación del daño tiene como propósito primordial el de colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo. Por lo que la norma jurídica ordena que una persona que ha sufrido alguna perturbación, sea restablecida mediante la restitución si el daño se produjo por sustracción o despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido. Únicamente cuando la reparación o la restitución no son posibles o cuando se trata de una lesión corporal o moral (el daño moral no es reparable propiamente), la obligación se cubre por medio del pago de una indemnización en numerario, con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima. Ya no se trata de restituir o de reparar, sino de resarcir a través de una indemnización en numerario con el que se satisface el daño material o moral causado por el activo del delito a la víctima.⁸⁹

La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Es cierto que el monto de los daños y perjuicios puede establecerse voluntariamente por las partes, lo que de ninguna manera queda al arbitrio del ofendido, y también lo es que el

⁸⁸ Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*. 1996) Ed. Temis. Colombia.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 1679.

sujeto pasivo del daño, aun en materia contractual, resulta perjudicado en su patrimonio; pero la reparación del daño no debe buscar una utilidad para él, pues el objetivo es restaurar la pérdida o el menoscabo. Esto se logra restableciendo las cosas a su situación anterior; de otra manera se impone al sujeto activo una carga, como sería el caso de que el ofendido optara por el pago de los daños, si hubiese perdido el interés de tener la cosa debidamente reparada.⁹⁰

3.1. Antecedentes.

“La reparación del daño producido por una conducta ilícita es conocida desde los más remotos tiempos; como lo encontramos en el Código de Hammurabi (1728-1686 A.C.), en las Leyes de Manú (S.VI A.C.) y en las Doce Tablas Romanas (S.v A.C.).

En el Código de Hammurabi se obligaba al delincuente a compensar a su víctima; en caso de robo o daño debía restituir treinta veces el valor de la cosa; cuando el infractor era insolvente, el Estado (la ciudad) se hacía cargo respondiendo por los daños causados por el delincuente reparando el daño a la víctima o a su familia, en los casos de homicidio.

En las Leyes de Manú, la compensación es considerada como penitencia, y la familia respondía sobre los daños en caso de desaparición de la víctima.

En las Doce Tablas, el ofensor estaba obligado, en todos los casos de delito y cuasidelito al pago de daños y perjuicios. En el caso del robo se pagaba el doble de lo robado en los casos de in fraganti, en los demás, se pagaba el triple. En otros delitos se tomaba en cuenta la calidad de la víctima y las circunstancias del hecho.

⁹⁰ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría general de las obligaciones*. 2000. Ed. Oxford. México. p. 166.

En la actualidad, la reparación del daño existe como obligación materialmente en todas las legislaciones del mundo”.⁹¹

3.2 El daño.

Por daño entendemos como el menoscabo o deterioro de una cosa. Siempre que el agente como consecuencia de una infracción cause un resultado consistente en un menoscabo en detrimento de otro, deberá, pues, presentarse la reparación, es decir, el resarcimiento del mismo.⁹²

“Cuando una persona causa a otra un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia, o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido. Se dice que una persona es civilmente responsable, cuando alguien está obligado a reparar el daño material o moral que otro ha sufrido.”⁹³

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, da el siguiente concepto de daño: “Daño: (del Lat. Damnum) efecto de dañar; perjuicio, detrimento, menoscabo. Y en cuanto al verbo, Dañar: de Danzar) v.a, Causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor, etc./maltratar, echar a perder, pervertir, ut.c.r. condenar, sentenciar/dañar al prójimo en la honra”.⁹⁴

En la teoría jurídica, dichas concepciones tienen elementos que podríamos llamar determinantes, para el mejor entendimiento y comprensión del daño jurídico, por

⁹¹ Rodríguez Manzanera, Luis. *Victimología. Estudio de la Víctima*. 1990. ed. Porrúa. México. págs. 333-334.

⁹² *Ibidem*. p. 333.

⁹³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 1988. Ed. Porrúa, México. p. 1679.

⁹⁴ Ochoa Olvera, Salvador. *La demanda por Daño Moral*. 1991. Publicaciones Mundo Nuevo. México. p. 1

ejemplo: el dolor, el detrimento, el perjuicio, el menoscabo, sufrimiento, etc. Toda mención de concepto jurídico de daño tendrá aquí una íntima relación con la definición gramatical, en el entendimiento de que ya dependerá de la técnica jurídica en cada caso, el señalar la precisa idea del daño jurídico, y aún más, indicar los elementos que debe contener esta figura, para que, cuando se hable conforme a derecho, se entienda si en un caso dado se trata de un agravio ya sea patrimonial o extramatrimonial.⁹⁵

A continuación transcribo la definición que da Roberto H. Brebia (1967) respecto a lo que debe entenderse por daño.

“Daño, es toda lesión, disminución, menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico, principalmente los siguientes: El daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera. Es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición)”.⁹⁶

Hay que hacer distinción entre responsabilidad penal y civil. Por regla general los delitos ocasionan dos órdenes de daños, que nacen coetáneos: uno individual o directo, causado a la víctima, que lo sufre en cualquiera de sus bienes jurídicos, que obliga al resarcimiento, sobre todo cuando el hecho dañoso es un acto ilícito penal, o sea un delito previsto y penado por el ordenamiento penal; y un daño social o indirecto, esencialmente público, acto dañoso que turba la conciencia social y alarma a la colectividad porque ataca el orden jurídico. El último se repara con la pena; el primero, con la indemnización de los perjuicios. Reynoso Dávila (1996), citando a Constancio Bernardo de Quirós dice que “hay discordancias irreductibles entre las responsabilidades penal y civil derivadas

⁹⁵ *Idem.* p. 1

⁹⁶ Citado por Ochoa Olvera, Salvador. *Op. Cit.* p. 2

del delito; la última puede alcanzar subsidiariamente a personas irresponsables del mismo por no haber tenido en el suceso delictuoso otra parte que la remota e indirecta que las sujeta y reduce a aquella responsabilidad, como el caso de los padres y tutores de menores o enfermos mentales, por los hechos de consecuencias perjudiciales cometidos por éstos; así también la responsabilidad civil subsidiaria de los patrones por las acciones delictuosas cometidas por sus trabajadores; y en los casos de codelincuencia, que imponen ciertas reglas a propósito de la responsabilidad civil de los codelincuentes”.⁹⁷

En cuanto a la responsabilidad de la reparación del daño exigible a personas distintas del inculcado, no implica pena trascendental, prohibida por el artículo 22 Constitucional, supuesto que dicha responsabilidad no tiene carácter de pena pública sino de responsabilidad civil.⁹⁸

El maestro Javier Martínez Alarcón, señala que el daño puede originarlo un ilícito penal, en cuyo caso, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, que por ser principal absorberá a la que causa la responsabilidad civil para la reparación del daño, e impondrá a la víctima del daño la coadyuvancia, con objeto de aportar las pruebas necesarias de la existencia y el monto del daño, para que lo reclame el representante social. De lo anterior se concluye que, para que se produzca la responsabilidad civil, objetiva o subjetiva, es requisito esencial la existencia del daño, ya que constituye el elemento básico. Su reparación es el objeto de la indemnización, de ahí que se debe establecer con precisión la amplitud de este concepto. Debemos distinguir el *damnum emergens* del *lucrum cesans*, que corresponden a los conceptos de daños y perjuicios. El primero es el menoscabo que resiente una persona en sus bienes, persona o valores

⁹⁷ Reynoso Dávila, Roberto. *Teoría General de las Sanciones Penales*. 1996. Ed. Porrúa. México. p. 198.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 199.

afectivos o morales. El segundo es la privación de una utilidad o beneficio a la que legítimamente se tiene derecho.⁹⁹

La reparación es retributiva por excelencia y se mide por la cantidad del daño causado y debe comprender, además del daño material, el daño moral que deriva de la disminución o de la pérdida del crédito y de la reputación social, producto de un delito que ofende el honor o el pudor de una persona, o bien, de la falta de apoyo o de dirección que experimenta una familia por la desaparición de aquél que era su sostén.¹⁰⁰

El daño puede presentarse en varias formas:

- a) Daños en los bienes de la persona.- Consistentes en la pérdida o destrucción total o parcial de una cosa.
- b) Daños en la persona.- Se refiere a lesiones, mutilaciones corporales o pérdida de la vida.
- c) Daños morales.- Consistentes en la lesión que una persona recibe en sus bienes afectivos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.¹⁰¹

Una vez delimitado el concepto de daños para el efecto indemnizatorio, veamos cómo se determina el monto de los daños y perjuicios que se causen con el ilícito, aun cuando cabe hacer hincapié que se trata de normas de interés privado y, por ende, renunciables. Esto quiere decir que, en última instancia, las bases señaladas en los códigos son suplementarias de la voluntad de los particulares, a quienes en virtud del principio de autonomía de la voluntad les está permitido convenir en prestaciones más o menos onerosas que las indicadas en la ley. En materia contractual se puede, mediante la

⁹⁹ Martínez Alarcón, Javier. *Op. Cit.* p. 164.

¹⁰⁰ Reynoso Dávila, Roberto. *Op. Cit.* p. 201.

¹⁰¹ Martínez Alarcón, Javier. *Op. Cit.* p. 164.

cláusula penal, preestablecer las bases de indemnización en caso de incumplimiento. En materia extracontractual no puede preestablecerse el monto de los daños, pues surgen no por el incumplimiento de las obligaciones, sino por situaciones de hecho. No obstante, una vez realizadas y producido el daño, el monto sí puede sujetarse a la voluntad de los que tengan interés jurídico en ello, convenir en su extensión y aun modalidades de pago, después de lo cual queda derogada la vigencia de la norma jurídica general. Al no mediar acuerdo para efectos de indemnización, los daños y perjuicios tienen que ser ciertos, es decir, deben existir, ser reales. Lo cual es necesario para poder evaluar dichos daños, pues sería imposible dar valor a situaciones abstractas o ideales. El daño debe captarse a través de los sentidos para ser sujeto a valorización.¹⁰²

Cuando se trata de daño material, es decir, el que sufre la víctima en su propiedad, en sus cosas, éste debe ser cubierto en su totalidad, salvo que las partes acuerden otra cosa. Procesalmente se determina a través de la prueba pericial, lo que da a las partes oportunidad para designar cada uno a su valuador. En caso de existir discordancia entre los peritos de las partes, el juez nombrará a un tercero. En cuanto al daño causado en la integridad de las personas, se remitirá para tal efecto a las indemnizaciones establecidas en la Ley Federal del Trabajo, considerando que este ordenamiento contiene una tabulación porcentual para el caso de pérdida total que corresponde a la muerte de la víctima.¹⁰³

Ahora bien, es necesario hacer distinción que existe entre los conceptos de resarcimiento e indemnización, ya que cuando nos referimos a uno de ellos los empleamos como sinónimos.

¹⁰² *Ibidem*, p. 166-167.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 167.

3.2.1 Concepto de resarcimiento e indemnización.

El concepto de resarcimiento implica una gama amplia de daños, incluyendo perjuicios, lesiones personales y menoscabo de la propiedad. El delincuente puede pagar directamente, por medio de su trabajo o a través de terceras personas, como es el caso de empleadores, padres, tutores, etc.¹⁰⁴

Guiseppe Maggiore (1985), dice que “otra forma de reparación es el resarcimiento, que consiste, no en la restitución en especie de una cosa que ha sido objeto del delito, sino en la prestación de su equivalente pecuniario”.¹⁰⁵

Por indemnización se entiende, como la reparación del daño proporcionado por el estado u otro fondo establecido para tal fin. Es claro que la indemnización tiende a ser más modesta y se limita a cubrir pérdidas resultantes de daño personal.

Entre las metas del proceso penal deben subrayarse la imposición al culpable del deber de cumplir sus obligaciones para satisfacer los perjuicios causados y prestar la asistencia completa a su víctima.¹⁰⁶

Erigir en todos los casos el resarcimiento del daño o reparación en pena tiene el inconveniente de ser de primario interés para la paz social lo que en muchos casos no lo es y de desvirtuar la verdadera función del Derecho Penal, aparte de que eventualmente puede llegar a crear situaciones de notoria desigualdad, puesto que se trataría de una pena que las personas de bajos recursos no podrían satisfacer.¹⁰⁷

Efectivamente, si se utiliza el resarcimiento indiscriminadamente como sustitutivo de las sanciones penales, se puede caer en chocantes diferencias, y podría parecer que los

¹⁰⁴ Rodríguez Manzanera, Luis. *Victimología. Op. Cit.* 336.

¹⁰⁵ Maggiore, Guiseppe. *Derecho Penal. Volumen II. El delito, La Pena. Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles*. 1985. ed. Temis Librería. Bogotá Colombia. P. 431.

¹⁰⁶ Rodríguez Manzanera, Luis. *Victimología. Op. Cit.* 337.

¹⁰⁷ *Idem.* p. 337.

delincuentes ricos pueden comprar su impunidad a base de reparación del daño. El resarcimiento debe ser sanción penal en los casos en que el interés público y la paz social así lo reclamen. Por lo general a la víctima lo que le importa es que sus daños sean reparados.¹⁰⁸

3.2.2 El daño material y moral.

El daño puede revestir dos formas: daño material y daño moral.

Rodríguez Manzanera (1990) señala que daño material es aquel que consiste en un menoscabo pecuniario al patrimonio de un tercero. 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.¹⁰⁹

Aunque las pérdidas materiales y económicas son más fáciles de calcular, y tal vez por esto son de las que generalmente se ocupa el juzgador, no pueden olvidarse los daños morales, pues los menoscabos psicológicos y sociales son en ocasiones más graves, y producen efectos más profundos y duraderos en las víctimas.¹¹⁰

Son directamente dañados por el delito los sujetos pasivos, esto es, los entes físicos o colectivos sobre cuyas personas, cosas o derechos recae directamente el delito (daño material), o cuya seguridad personal o goce de los bienes o afecciones legítimas, el delito ataca directamente (daño moral).

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 338

¹⁰⁹ *Ibidem.* págs. 332-333.

¹¹⁰ *Idem.* p. 333.

Son indirectamente damnificados las personas que a raíz del delito sufrido, por un tercero experimentan uno de esos efectos por repercusión. Estas personas pueden integrar la familia de la víctima o ser simplemente terceros”.¹¹¹

El autor Reynoso Dávila (1996) señala que la indemnización del daño material comprende el pago de los daños y perjuicios causados por el delito, esto al modificar una situación jurídica existente. La cuantificación del daño resulta de la comparación de la situación anterior al delito y el resultado. El daño material representa la cuantificación pecuniaria de la diferencia entre ambas situaciones; diferencia que debe probarse en autos. La prueba pericial deberá acreditar la existencia del daño y su cuantificación pecuniaria. A los tribunales corresponde valorar arbitrariamente el juicio pericial y resolver sobre la obligación de pago por parte del delincuente, según el caso y las circunstancias económicas del mismo y del ofendido a fin de que la indemnización sea equitativa.¹¹²

Para el citado autor, el daño patrimonial consiste en una indemnización efectiva del patrimonio (daño emergente) o en un aumento no realizado (lucro cesante). Comprende todo detrimento que sufra el patrimonio como consecuencia de un acto ilícito, aunque no esté dirigido a disminuir el patrimonio; tal sería, por ejemplo, el descrédito ocasionado por la imputación de un delito que va contra el honor. Siempre es apreciado económicamente y se resuelve en una restitución en especie o mediante su equivalente, el daño puede repararse por medio de algún bien que, desde el punto de vista utilitarista del pasivo del delito, equivalga al daño sufrido por causa del delito. Es diferente la naturaleza del daño no patrimonial. La característica de éste no es afectar el patrimonio, sino

¹¹¹ *Ibidem*. págs. 332-333

¹¹² Reynoso Dávila, Roberto. *Op. Cit.* p. 203

resolverse en una disminución de la personalidad psíquica y ética (dolor, pesar, angustia), y por eso es mejor llamarlo no patrimonial que moral, según la expresión tradicional. En efecto, puede haber ofensas a la personalidad moral que afectan indirectamente el patrimonio; y en cambio, el daño físico, que se pretende oponer al daño moral, puede no tener repercusiones patrimoniales. Cuando se trata de daños morales como el descrédito, que disminuye los negocios, los disgustos, que, aminorando la actividad personal, debilitan la capacidad para obtener riquezas, es decir, cuando se trata de un daño moral, pero indirectamente económico, cuya aproximada evaluación es posible, no hay duda acerca de su reparabilidad; la reparación, en este caso, tiene su fundamento, no en el daño moral, sino en las perjudiciales consecuencias patrimoniales en que se concreta.¹¹³

Eugenio Cuello Calón, citado por el Maestro Reynoso Dávila, dice que el problema surge cuando se trata de un daño individual, consecuencia de un delito, limitado puramente a un dolor moral, a la tristeza, a la angustia, a una lesión moral que no se convierta en perjuicio patrimonial y aquí es donde se presenta la verdadera dificultad, pues mientras unos niegan la reparabilidad de estos males, otros la defienden. Aquéllos alegan la imposibilidad de establecer una relación entre el daño moral y su equivalencia económica, que admita la reparación tendría más el carácter de pena que el de resarcimiento; éstos aducen que la ley que ordena el resarcimiento de daños patrimoniales causados por el delito no debe exceptuar los causados al patrimonio más sagrado, al patrimonio moral, que es posible una verdadera reparación de estos daños pues si con el dinero no se devuelve la alegría perdida y el bienestar moral que existía antes del delito,

¹¹³ *Ibidem.* p. 204.

con él pueden procurarse nuevos goces que compensen los que fueron arrebatados por el hecho delictuoso.¹¹⁴

3.2.3 Contenido de la reparación del daño.

La Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California (2006) establece en el artículo 167, lo siguiente: La reparación del daño comprende:

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

II.- La reparación del daño material y la indemnización de los perjuicios derivados directa y racionalmente de la conducta tipificada como delito por las leyes estatales, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia de la conducta, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima;

III.- En los casos de conductas tipificadas como delito contra la libertad y seguridad sexual de las personas, se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos necesarios para la víctima, y

IV.- La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación.¹¹⁵

Como vemos, esta la ley conforma el concepto de la reparación del daño con la restitución de la cosa objeto del delito, o de su valor si ello no fuere posible, así como con la indemnización del daño moral o material y de los perjuicios causados al ofendido con el hecho delictuoso. Cuando se trate de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 205

¹¹⁵ Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California. 2006. Poder Legislativo. p. 59.

entrega de un objeto igual al que fue materia del delito, sin necesidad de recurrir a la prueba pericial.

La restitución, es la devolución de la cosa a quien tenga derechos sobre ella y opera tratándose de delitos que recaen sobre bienes plenamente determinados y que sean fungibles. De no poderse restituir la cosa por haberse consumido o por otra causa, el delincuente queda obligado al pago del precio de la misma. La indemnización del daño material comprende el valor pecuniario del daño originado por el delito y se determina a través de los medios probatorios autorizados por la ley, aunque ordinariamente se acude al dictamen de peritos, corresponde a los tribunales precisar el monto de tal condena.

En realidad, la determinación del monto de la indemnización del daño material no resulta problema difícil de resolver, pues basta conocer el valor de la cosa, o bien los gastos económicos originados a la víctima por el delito. En cambio, no sucede lo mismo respecto del monto de la indemnización por el daño moral, por no tener éste, en esencia, las mismas características, lo que hace hasta cierto punto difícil su cuantificación, la cual queda al arbitrio del juzgador en atención al hecho delictivo, a la gravedad del daño causado a la víctima o al ofendido y a las pruebas aportadas a tal efecto dentro del procedimiento.¹¹⁶

3.3 La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores.

La palabra responsabilidad proviene del latín *respondere*, que se refiere a la capacidad de una persona para responder sobre los hechos propios, lo cual no es necesariamente una regla, como veremos más adelante. Conforme a la doctrina el término “responsabilidad”

¹¹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal*. 1997. Ed. Porrúa.

significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”.¹¹⁷

El principio general de la reparación del daño es que se responde por el hecho propio. Sin embargo, en algunos casos el hecho de otro puede ser el presupuesto de la responsabilidad de una persona, es decir, se le imputarán las consecuencias jurídicas de un hecho del cual otra es autora.¹¹⁸

El daño debe repararlo quien lo causó o quien legalmente resultó responsable, como el caso de responsabilidad a cargo de los padres o tutores por acción de los menores o incapacitados a su cargo.¹¹⁹

La mayor parte de la doctrina del derecho coincide en asentar la responsabilidad de los padres sobre bases subjetivas, en tanto una minoría lo hace sobre bases económicas. Una tendencia más actual es la que pregona que esta responsabilidad tiene su fundamento en la idea de la garantía legal, esto es, sobre bases objetivas. Existen distintas teorías al respecto, de las cuales nos ocuparemos a continuación:

“a) De la culpa *in vigilando*. Defensores de esta teoría.- Defensores de esta teoría son, entre otros, Salvat y Acuña Anzorena; quienes sostienen que si bien la patria potestad impone obligaciones a los padres respecto de sus hijos, también lo hace respecto de terceros; mediante una correcta vigilancia deben impedir que sus hijos causen perjuicios a aquéllos. Cuando el daño se produce, se presume que los padres no han cumplido con su deber. Se trata, pues, de una presunción de culpa en la vigilancia, que sólo puede ser desarticulada por prueba en contrario (presunción *iuris tantum*).

¹¹⁷ Castellanos, Biella. 1997.

¹¹⁸ Ghersi, Carlos Alberto. *Teoría General de la reparación de daños*. 2003. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires.

¹¹⁹ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. 2000. ed. Oxford. México.

b) De la culpa en la educación. Esta tesis funda la responsabilidad de los padres en la presunción *iuris tantum* de que el daño causado por el hijo obedece al incumplimiento, por parte de aquéllos, de la obligación de “educarlos conforme a su condición y fortuna”, para evitar que se perjudiquen a sí mismos y a terceros.

c) De la culpa en la vigilancia y en la educación acumuladas. Esta teoría fue sustentada en las I Jornada de Derecho Civil, Familia y Sucesiones. Allí se expresó por despacho unánime, que la culpa en la vigilancia no excluye la culpa en la educación. En realidad, existe entre estos deberes una relación inversamente proporcional: a medida que la educación se va cumpliendo, la vigilancia puede disminuir.

d) Del fundamento económico. Quienes sean perjudicados por el actuar ilícito de un menor deben ser reparados por un responsable solvente. Como los menores carecen de bienes con los cuales puedan afrontar el perjuicio causado, lo deben hacer sus progenitores.

e) De la responsabilidad emanada de la autoridad de los padres: una tendencia a la objetivización de la responsabilidad con fundamento en la garantía. La patria potestad es una institución del derecho de familia, definida como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos desde la concepción y mientras sean menores de edad y no hayan emancipado”. Estas atribuciones de orden público son: la guarda, que incluye la obligación de vigilancia del menor, impidiendo que se perjudique a sí mismo y a terceros; la convivencia de los progenitores e hijos en un mismo hogar, la asistencia y la educación.¹²⁰

Boffi Boggero –citado por el maestro Carlos Alberto Gheresi– señala que el fundamento de la responsabilidad de los padres, reside en la propia patria potestad; en el

¹²⁰ Gheresi, Carlos Alberto. *Op. Cit.* págs. 326-328.

incumplimiento de una obligación legal y no en los deberes de vigilancia y educación, ya que todos los derechos y deberes no derivan, sino que integran esa patria potestad; son parte de su contenido.¹²¹

Es indudable que en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad de los padres se funda sobre una base subjetiva, ello es, en la culpa presumida por la ley. Pero, al mismo tiempo, no es menos cierto que en la sociedad actual se han experimentado profundos cambios a los que no puede ser ajena el derecho: los menores tienen un acceso casi cotidiano al empleo de cosas riesgosas; realizan tareas o practican deportes peligrosos, situaciones todas éstas que pueden llegar a ocasionar daños a terceros.

Es utópico pensar que los padres pueden ejercer una constante vigilancia sobre sus hijos o eximirse de responsabilidad, alegando que pese a haberla llevado a cabo, les fue imposible impedir que los menores dañen a otros.

Sin embargo, y como lo afirma Lloveras, “nadie que tiene a una persona bajo su autoridad, puede dejar de reparar el daño que el sujeto a la autoridad cause”.¹²²

Gheri (2003) señala que los padres responden por el actuar ilícito de sus hijos menores, en los siguientes casos:

a) Minoridad. Mientras que los hijos menores no hayan alcanzado la mayoría de edad, los padres deben responder por las consecuencias que el actuar ilícito de aquéllos pudiera ocasionar a terceros, salvo supuestos especiales: por el actuar del menor emancipado o que trabaja, ejerce profesión o actividad comercial. Sabido es que la emancipación puede producirse por matrimonio o por habilitación de edad.

¹²¹ *Ibidem.* p. 328.

¹²² Citado por Carlos Alberto Gheri. *Op. Cit.* p. 329.

En el primer caso, no existe duda alguna, la responsabilidad de los padres cesa, hayan dado o no autorización para contraer matrimonio. Pero distinto es el caso de la emancipación dativa, ya que no cesa la responsabilidad de los padres, pues deben responder por la imprudencia de haber emancipado a quien no debían.

Respecto del segundo supuesto, el del menor que trabaja, ejerce profesión o actividad mercantil, se ha entendido que la responsabilidad de los padres cesa sólo respecto de los actos ilícitos que guarden relación con la actividad que desarrolla. En ese sentido, se sostuvo que “si el menor emancipado para ejercer el comercio se dedicaba al transporte de ganado y para ello conducía el camión de su propiedad que ocasionó el daño, no puede funcionar el principio de la responsabilidad indirecta del padre, pues desde el momento que el hijo en su trabajo queda de derecho ajeno a la esfera de poder del padre, se torna prácticamente imposible el ejercicio de una vigilancia activa de éste sobre aquél”. La responsabilidad del progenitor variará según se trate de menores o mayores de una determinada edad, circunstancia que se tomará en cuenta a la hora de responsabilizar a los hijos por sus propios actos.

b) Ejercicio de la patria potestad. Como pauta general, el responsable por el hecho del hijo menor es el sujeto titular del ejercicio de la patria potestad, atribución que la ley confiere a uno o ambos progenitores, dadas ciertas circunstancias.

En ese contexto, la convivencia de los padres es uno de los elementos a tener en consideración. Si los padres conviven y ejercen la patria potestad en forma conjunta e indistinta, la responsabilidad por el hecho del hijo menor será solidaria; si, por el contrario, no conviven, la responsabilidad se traslada al progenitor que ejerce legalmente la tenencia. Puede afirmarse, pues, que la excepción al régimen de la solidaridad tiene

presupuesto que no convivan los padres. Para efectos de la responsabilidad, se requiere convivencia, con las siguientes excepciones: 1) Responsabilidad solidaria de ambos progenitores que conviven, a pesar de que el ejercicio de la patria potestad haya sido concedido a uno solo. 2) Responsabilidad solidaria del progenitor suspendido o privado de la patria potestad por hechos que le son imputables, en razón de que nadie puede alegar su propia torpeza para liberarse de responsabilidad. 3) Responsabilidad del progenitor no titular de la tenencia, si el evento dañoso se produce cuando el hijo está bajo su cuidado.

c) Convivencia con el progenitor responsable. Excepción. El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos.¹²³

En principio, y siguiendo el sentido literal de lo anteriormente dicho, nada obstaría a que el progenitor, a fin de exonerar su responsabilidad, acreditara que su hijo no habita la casa paterna. Sin embargo, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en señalar que debe dársele a esta norma una interpretación amplia y flexible, a fin de salvaguardar la función de garantía y de prevención del dispositivo legal. En este sentido, sostuvo la jurisprudencia que “la exigencia de habitación conjunta de padre e hijo que contempla la ley no se refiere necesariamente a la residencia de un mismo edificio o casa. La locución no debe ser entendida literalmente, sino en orden a la posibilidad de educar al hijo y ejercer su vigilancia, que podría presumirse entorpecida, si no cohabitan. Pero bien entendida, la convivencia es compartir la vida, participando los padres de los hechos cotidianos del hijo, aunque éste pueda dormir o comer en otra casa, en circunstancias que no la quebranten”. Pues el hecho de que un joven de diecisiete años vive en otra casa

¹²³ *Ibidem*. págs. 331-332.

distinta de la de sus padres, valiéndose por sí en los menesteres domésticos, no hace que esa diferente habitación sea demostrativa de que los padres se hubieran desprendido en su deber de educación y vigilancia, en aquellos aspectos en que el ejercicio de la patria potestad sigue siendo necesaria en orden a la madurez del menor. Sabido es entre los juristas que dos hechos pueden guardar similitud, pero rara vez ser iguales. A la hora de efectuar una evaluación jurídica, es necesario tener en cuenta ciertas variables. Si bien señalamos que la exigencia de la habitación conjunta del padre e hijo no es literal, ésta puede adquirir mayor trascendencia cuando, tal como se establece en un fallo, el domicilio del padre es en lejana providencia, y no hay posibilidad de mayor contacto entre padre e hijo, y con mayor razón cuando el hijo no vive con su madre, sino con un tío que era el propietario del vehículo con el cual aquél cometió el delito. Así, a la hora de responsabilizar al progenitor por el hecho de su hijo, es necesario tener en cuenta las circunstancias específicas del caso. En consecuencia, no existirá responsabilidad si el hijo menor no estaba habitando con los progenitores, por una razón jurídica que elimine la guarda de los padres, o por un motivo legítimo, por ejemplo, un menor que cumple servicio militar o es confiado a un tercero por razones educativas (escuela), hechos que impiden ejercer la vigilancia activa.¹²⁴

d) Antijuridicidad del acto del menor. La conducta del menor debe ser antijurídica, es decir objetivamente contraria al interés tutelado por el ordenamiento jurídico. Esta colisión de la conducta con la norma será valorada prescindiendo de la existencia o no de discernimiento del menor, ya que la antijuridicidad se juzga objetivamente. Asimismo,

¹²⁴ *Ibidem.* p. 332.

puede ser que la responsabilidad del padre alcance tanto los delitos como los cuasidelitos cometidos por los hijos.¹²⁵

e) Factor de atribución respecto del actuar del menor. El actuar ilícito del menor provoca tácticamente la lesión a un sujeto que no debe soportar las consecuencias económicas de un daño injustamente sufrido. Por ello, el derecho pone en cabeza de otra persona (menor o progenitor), la obligación de responder; así, la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha padecido un sujeto se traslade económicamente a otro, es lo que se denomina factor de atribución (subjetivo u objetivo). Es a partir de esta idea básica que debemos distinguir la razón por la cual responde el menor (factor de atribución respecto de éste), del motivo por el cual responde el progenitor. La doctrina mayoritaria considera el accionar culposo del menor que ha alcanzado la edad del discernimiento para los actos ilícitos es un presupuesto de la responsabilidad del padre. La noción de culpabilidad, que denota el reproche de la conducta antijurídica en sentido genérico, incluye las formas de dolo y culpa; estos factores de atribución subjetivos definen al delito (acto ilícito con dolo) y al cuasidelito (acto ilícito con culpa).¹²⁶

Ello nos plantea un interrogante: el accionar doloso del menor ¿es un presupuesto de la responsabilidad del padre? En otros términos, cuando el menor ejecuta el acto ilícito a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otros, ¿responderá el padre? El maestro Carlos Alberto Gherzi (2003), señala que resulta evidente que los padres responderían sólo cuando el acto ilícito del menor configurase un cuasidelito. En cambio otros autores, lo esencial es la comisión de un acto ilícito, sea delito o cuasidelito.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 333.

¹²⁶ Gherzi, Carlos Alberto. *Op Cit* p.. 334..

Se adopte una u otra postura, lo cierto es que el progenitor no deberá responder de las consecuencias de carácter sancionatorio, como multas administrativas y penales, que se pudieren imponer al menor. La intervención en el evento dañoso de cosas de propiedad del menor, merece una mención especial.¹²⁷

3.3.1 Eximentes de responsabilidad

Ahora nos ocuparemos de la eximente de responsabilidad de los padres cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra permanentemente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.

a) Presunción *iuris tantum* de la culpa. Carga probatoria. El obrar dañoso del hijo menor se atribuye a que el padre transgredió el deber de vigilancia, de educación o de ambos. La doctrina ha señalado que esta presunta culpa del padre tiene carácter *iuris tantum* y admite prueba en contrario. De allí que los progenitores, para desvirtuar la culpa que se les imputa, podrán acreditar que no son responsables de los daños demandados, probando la asunción de todas las diligencias debidas.

b) Imposibilidad de impedir el daño. La vigilancia activa y la presencia del progenitor: su independencia. Casos de inexistencia de vigilancia activa. Se plantean las siguientes interrogantes: la presencia física del progenitor en el momento del hecho protagonizado por el menor, ¿implica ejercer una vigilancia activa? ¿Es relevante para que opere la causal de exoneración? La existencia de vigilancia activa se relaciona no con la presencia física del padre en el momento de que se suscitó el hecho, sino con la formación educativa que se le dio al menor, elemento éste que se considera como uno de los determinantes de atribución de responsabilidad del padre, ello se vincula con la

¹²⁷ *Ibidem*. p. 334.

educación formativa, del carácter y hábitos del menor, el control normal de sus actos y actividades. El juzgador deberá apreciar una serie de pautas para arribar a la conclusión de que fue imposible impedir el daño, pese a haber existido una vigilancia activa sobre el hijo; tendrá que considerar el medio social y familiar (hábitos, costumbres, edad, estado físico tanto del menor como del progenitor), evaluar el estado general de las cosas facilitadas al hijo, etcétera. Sobre al respecto, se ha dicho que esta obligación de los padres no puede transformarse en una obsesiva y persistente atención en particular cuando el hijo se desplaza dentro de su casa o fuera de ella.¹²⁸

c) Transmisión de la guarda. “La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona” Lo que se puede decir al respecto es que, el hecho de que los padres, por razones de educación, profesión o cualquier otro motivo legítimo y razonable, transfiera la guarda de sus hijos a terceros, que son a su vez responsables por éstos, constituye una causal de exoneración de responsabilidad de los progenitores. La procedencia de esta eximente se sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos, a los que brevemente nos referiremos:

“1) La transmisión de la guarda debe ser circunstancial. Partiendo de la idea básica de que la patria potestad es indelegable, el progenitor sólo puede transmitir de hecho el conjunto de deberes y obligaciones que le corresponde sobre la persona y bienes de sus hijos, para un cometido específico y encuadrado en circunstancias de tiempo y lugar.

2) Establecimiento de cualquier clase. La doctrina coincide en que debe dársele a esta expresión, un sentido amplio: colegio-internado, establecimiento militar, etcétera.

¹²⁸ *Ibidem.* p. 337.

3) Permanencia. Este término denota continuidad, constancia, estabilidad, duración firme”.

4) Vigilancia y autoridad en cabeza de un tercero. Esta situación implica que se ha transferido la tutela fáctica; de allí, entonces, que el ejercicio del tercero requiera efectiva vigilancia, desde una posición de autoridad.¹²⁹

Por lo que la responsabilidad, puede recaer en maestros y centros de enseñanza por citar a algunos, cuando el menor causa los daños en horario escolar, o cuando se encuentren bajo la responsabilidad de algún centro de enseñanza.

Ahora, nos referiremos a casos de responsabilidad por hecho de tercero.

1º. Son primeramente el padre y la madre por los hijos menores que vivan con ellos. El padre es responsable en primer lugar, la madre sólo a falta del padre, cuando éste ha fallecido, o esté ausente o enajenado. La responsabilidad tiene por base la obligación de la custodia. Se extingue cuando el hijo deja de existir con la emancipación, a menor que ésta sea consecuencia de matrimonio.

2º. Los maestros de escuela responden por hechos de sus alumnos, mientras están bajo su vigilancia. Se sustituyó la responsabilidad de los maestros de enseñanza pública por la del Estado. Esto se hizo en vista de que contrariamente a los profesores libres, no pueden escoger a sus alumnos, ni sus locales, ni su personal; es pues justo exonerarlos de esa responsabilidad.

3º. Los artesanos son responsables por sus aprendices.

4º. Los patrones y comitentes, por sus sirvientes y encargados. Por encargados debe entenderse, empleados y obreros. Esta responsabilidad exige la reunión de dos condiciones: a) Hace falta un vínculo de dependencia entre la persona cuya

¹²⁹ *Ibidem*. págs. 338-339.

responsabilidad está en juego y el autor del acto. Por ejemplo, cuando el daño ha sido causado por un obrero contratado por un propietario para reparar su casa, dicho propietario no es responsable, pues no hay vínculo de dependencia. En ciertas ocasiones será difícil apreciar esta condición. b) El daño debe haberse causado por el encargado, “en ejercicio de la función para la cual se le empleó”. La Corte de casación entiende esta exigencia con mucha amplitud. Admite la responsabilidad del patrón aun en caso de abuso de función.¹³⁰

El fundamento jurídico. La teoría tradicional, explica de otro modo la responsabilidad de estas diversas categorías de personas. El padre y madre, maestros, artesanos, se estima por ley que tienen un deber de vigilancia. Si un menor causa un daño, se presume en los padres una falta de vigilancia que explica su responsabilidad. En cuanto a los patrones y comitentes, tienen una obligación: la de escoger acertadamente a sus sirvientes, empleados y obreros. Si éstos causan un daño, surge la presunción de que fueron mal escogidos, culpa in eligendo y no sólo falta de vigilancia. Las personas que sólo están obligadas, porque se presume que incurrieron en falta de vigilancia, pueden liberarse de la acción de responsabilidad probando que cumplieron con esa obligación y que les fue imposible impedir el daño. Por el contrario, las personas obligadas en razón de una desacertada elección, no pueden oponerse a la acción de responsabilidad.¹³¹

La teoría objetiva permite llegar a una solución más satisfactoria, parte de la misma distinción, pero la interpreta de modo distinto. En el primer caso se asume el riesgo del hecho del tercero, al asumir la dirección de esa persona. Se vuelve una causa indirecta del daño. De lo cual se deduce la responsabilidad, que en modo alguno tiene por base una

¹³⁰ Gaudemet, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. 2000. Ed. Porrúa. México. págs. 347 y 348.

¹³¹ *Ibidem*. p. 348

idea de culpa. El hecho ajeno se asimila al hecho propio, y esa asimilación cesará respecto de aquellos hechos que no pudieron impedirse, en vista de que la idea de causalidad indirecta no puede ya aplicarse. Esto explica la exoneración de responsabilidad, mediante la prueba de la imposibilidad de impedir el hecho. Respecto a los patrones y encargados, la responsabilidad se explica de otro modo. La idea básica es la misma que la que explica la teoría del riesgo profesional de las empresas industriales: los patrones obtienen un provecho de la actividad económica de los empleados y obreros. A la inversa, deben sufrir las consecuencias del daño causado por la empresa, es una de las posibilidades de pérdida, que el empresario debe soportar como contrapartida de las probabilidades de ganancia. Esto explica cabalmente dos particularidades de la teoría: 1°. El patrón sólo queda obligado en razón de los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones encomendadas, porque únicamente puede obtener provecho de esos actos; 2°. La responsabilidad no admite prueba en contrario, pues aun cuando no haya habido culpa in eligendo, el amo que aprovecha la actividad del empleado, debe soportar el riesgo correspondiente.¹³²

En el mundo se han experimentado fuertes cambios socioeconómicos y culturales, a los que no puede ser ajeno el derecho; los menores tienen un acceso casi cotidiano al empleo de cosas riesgosas; realizan tareas o practican deportes peligrosos, situaciones todas éstas que pueden llegar a ocasionar daños a terceros. Por lo que los padres no pueden ejercer una constante vigilancia sobre sus hijos que han alcanzado cierto grado de madurez y sobre los que no puede ejercerse una vigilancia permanente; en cambio, cuando se trata de menores de escasa edad, los daños generalmente son producto de la falta de vigilancia.

¹³² *Ibidem*. págs. 348 y 349.

Al respecto debo decir que la responsabilidad de los padres, reside en la propia patria potestad; en el incumplimiento de una obligación legal y no en deberes de vigilancia y educación. Pero también se puede dar el caso de que dicha responsabilidad se traslade a otro sujeto diferente a los padres, ya sea porque el menor ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, ya sea en un centro de enseñanza o en un empleo, y se encuentra permanentemente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.

Por último, finalizo este capítulo diciendo que si el menor no ha alcanzado la edad del discernimiento para los actos ilícitos, su conducta no podrá ser sometida a un juicio de reproche. En cambio, en los demás casos, la víctima o el ofendido, podrá exigir el resarcimiento contra el autor material del daño (menor), contra el progenitor o contra ambos, o en su caso, contra las personas responsables del adolescente.

3.4 Omisiones de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California en el capítulo correspondiente a la reparación del daño.

Primeramente, el artículo 170 de la Ley de Adolescentes para el Estado de Baja California, establece lo siguiente:

“Cuando la solicitud de la reparación del daño se realice por la víctima o el ofendido o sus legítimos representantes, el Juez para Adolescentes, correrá traslado de la solicitud respectiva al adolescente o a su defensa y citara a las partes para la celebración de una audiencia, que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes, en la que se propondrá a resolver lo relativo, a través de la implementación de los medios de justicia alternativa previstos por esta Ley.

Si las partes no se pusieren de acuerdo, o bien si habiéndolo hecho no cumplieren con el convenio resultado de la aplicación de los medios de justicia alternativa, se dejarán a salvo los derechos de la víctima o el ofendido para que haga valerlos por la vía civil en los términos que corresponda”.¹³³

Sin embargo, considero que tal como se ha venido haciendo alusión en este trabajo de investigación, los menores no pueden por sí mismos, contraer una obligación como es el caso de indemnizar o resarcir los daños causados por la conducta del adolescente tipificada como delito en el Código Penal del Estado, por lo que considero que debe hacerse una modificación al respecto, en el siguiente sentido:

Artículo 170.- El Juez una vez que la o las personas debidamente legitimadas soliciten el pago de los daños causados, correrá traslado de la solicitud respectiva al defensor del adolescente, a sus representantes legítimos u obligados solidarios, y citará a las partes para la celebración de una audiencia de conciliación, que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes en la cual se procurará el avenimiento de las mismas, proponiéndoles las alternativas que estimen pertinentes para solucionar esta cuestión incidental.

Si las partes llegaran a un convenio, éste se aprobará de plano, tendrá validez y surtirá efectos de título ejecutivo, para el caso de incumplimiento.

Si las partes no se pusieren de acuerdo, o bien si habiéndolo hecho no cumplieren con el convenio resultado de la conciliación, se dejarán a salvo los derechos del afectado para que los haga valer ante los tribunales civiles en la vía y términos que a sus intereses convenga.

¹³³ Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California. 2006. Poder Legislativo. p. 60.

Esta propuesta, se hace con la finalidad de que la víctima u ofendido tenga la certeza jurídica de que se le van a resarcir o indemnizar los daños de que fue objeto en sus bienes o en su persona.

Por otra parte, el legislador fue omiso en señalar en la citada Ley, quiénes serán los terceros obligados en el pago de la reparación del daño. Considerando necesario que se incluya en el capítulo correspondiente a la reparación del daño, un artículo Bis, donde se señale quiénes son los terceros obligados en el cumplimiento de esta medida, lo anterior, debido a que Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California de aplicación supletoria a la Ley de Adolescentes, hace un reenvío al Código Penal de este mismo Estado, al precepto 44, mismo que señala quienes son los terceros obligados a la reparación del daño, pero es necesario hacer una adecuación literal del mismo, para ser aplicado en su caso a los adolescentes, tal como lo contemplan algunos estados de la república mexicana, considerando debe hacerse de la siguiente forma:

Artículo [...] Bis.- Son terceros obligados solidarios y mancomunadamente a la reparación del daño, en la misma cuantía que resulte condenado el menor:

- I. Los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad al momento de cometer el delito, así como los tutores y los custodios por los delitos cometidos por los adolescentes sometidos a su vigilancia;
- II. Los responsables de talleres o internados, por los delitos cometidos por los adolescentes sometidos a su vigilancia;
- III. Los patrones o empresas por los delitos cometidos por menores con motivo y en el desempeño de su empleo, incluyendo al Estado y al Municipio cuando haya contratado al infractor; y

IV. Los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos o sustancias peligrosas, por los delitos culposos cometidos por los menores a quienes haya transmitido voluntariamente su tenencia, uso o custodia.

Conclusiones

Para que un acto jurídico tenga validez es necesario que las partes que intervienen en él, cuenten con capacidad para contraer derechos y obligaciones, lo que sucede con los menores de edad, como ya se ha visto en párrafos anteriores, es necesario que tales menores al momento de contraer una obligación como es el caso de la reparación del daño, ya sea ésta material o moral (como lo es el restituir la cosa obtenida por la conducta ilícita, o el pago de la misma, la entrega de un objeto igual al que fue objeto de delito, la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia del delito, los tratamientos psicoterapéuticos que fueren necesarios para la víctima como consecuencia del injusto penal) cuenten con un representante legal como lo son sus padres o tutores, o quienes sobre el adolescente ejerzan la patria potestad o custodia, ya que el compromiso será asumido por éstos.

Por lo que considero que el Juez de adolescentes una vez que las personas debidamente legitimadas soliciten el pago de los daños causados, deberá correr traslado de la solicitud respectiva al defensor del adolescente, a sus representantes legítimos u obligados solidarios, y citará a las partes para la celebración de una audiencia de conciliación, y no como sucede en la Ley de Adolescentes del Estado de Baja California, que el legislador no tomó en cuenta a sus representantes legales, siendo esta audiencia su fin primordial que se llegue a un acuerdo entre la víctima u ofendido y el responsable del adolescente, cuando exista un daño que indemnizar o resarcir, ya que si el perjuicio se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima o bien no fue solicitada en su momento por las personas facultadas para ello, entonces no habrá daño que reparar.

Es importante precisar, que el legislador también fue omiso en establecer en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California, quiénes serán los terceros obligados en el pago de la reparación del daño. Ante tal situación, otra de mis observaciones consiste en proponer que se debe adicionar al Título Sexto Capítulo IV relativo a la Reparación del Daño un artículo Bis en el que se establezca quiénes son los terceros obligados a la reparación del daño.

Bibliografía

Álvarez Ledesma, Mario I. (2006). *Introducción al Derecho*. México. Edamsa Impresiones, S.A. de C.V.

Bejarano Sánchez, Manuel. (1999). *Obligaciones Civiles*. 5ª. ed., México. Editorial Oxford.

Castellanos, Biella. (1997). <http://www.monografias.com/trabajos28/responsabilidad-civil-danos-perjuicios/responsabilidad-civil-danos-perjuicios.shtml>. 15 de abril de 2007.

Castellanos Fernando. (1980). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Décimo Cuarta edición. México. Editorial Porrúa, S.A.

Código Civil de Baja California. (1998). 4ª. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México.

Código Penal y Procedimientos Penales de Baja California. (2001). México. Anaya Editores, S.A.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2002). 140ª. ed., México.

Cordero Contreras, María. (2004).
<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/C/Cordero-Teoria%20del%20delito.html>.
29 de noviembre de 2006.

D' Antonio, Daniel Hugo. (1994). *Derecho de menores*. 4ª. ed., Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

De Wikipedia, la enclopedia libre. (2006).
http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_del_delito. 29 de noviembre de 2006.

Díaz-Aranda Enrique. (2006). *Teoría del Delito*. México. Ed. Straf.

Diccionario Jurídico Mexicano. (1988). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 2ª. Ed. México. Ed. Porrúa,

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. (1993). *Derecho Civil*. 4ª. ed., México. Editorial Porrúa.

Gaudemet, Eugéne. (2000). *Teoría General de las Obligaciones*. 3ª. ed., México. Editorial Porrúa.

Gherzi, Carlos Alberto. (2003). *Teoría general de la reparación de daños*. 3ª. ed., Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California. (2006). Poder Legislativo del H. XVIII Legislatura Constitucional del Estado de Baja California, Periódico Oficial del Estado de Baja California. 27 de octubre de 2006. Mexicali, B.C.

Maggiore, Giuseppe (1985). *Derecho Penal. El Delito, La Pena. Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles*. Volumen II. Reimp. 2ª. ed., Bogotá Colombia: Editorial Temis Librería

Martínez Alarcón, Javier. (2000). *Teoría General de las Obligaciones* México. Ed. Oxford.

Ochoa Olvera, Salvador. (1991). *La demanda por Daño Moral*. México. Publicaciones Mundo Nuevo.

Pavón Vasconcelos, Francisco. (1997). *Diccionario de Derecho Penal*. México. Editorial Porrúa.

Pavón Vasconcelos, Francisco. (1994). *Manual de Derecho Penal Mexicano*. México. Editorial Porrúa.

Reyes Echandía, Alfonso. (1996). *Derecho Penal*. 5ª reimp., Bogotá-Colombia. Editorial Temis S.A.

Reynoso Dávila, Roberto. (1996). *Teoría General de las Sanciones Penales*. México. Ed. Porrúa.

Rodríguez Manzanera, Luis. (1997). *Criminalidad de menores*. México. Editorial Porrúa.

Rodríguez Manzanera, Luis. (1990). *Victimología. Estudio de la víctima*. 2da. ed., México. Editorial Porrúa.

Rojina Villegas, Rafael. (2003). *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia*. Trigésimo Tercera ed., México. Editorial Porrúa.

Vela Treviño, Sergio. (1997). *Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito*. 2da. Ed. México. Editorial Trillas.