

## **La Reparación del Daño en el Concurso Mercantil**

*Rosa María Rojas Vértiz C.*

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA ESTUDIADO. 2.1. Texto de artículos relevantes. 2.2 Antecedentes del problema. 2.3. El Tribunal Unitario de Circuito. 2.4. El Tribunal Colegiado de Circuito. 2.5. La Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3. PROPUESTA PARA RESOLVER EL PROBLEMA ESTUDIADO. 4. PREGUNTAS PARA DEBATIR EN EL CONGRESO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles impide que el acreedor obtenga por la vía penal el pago de la reparación del daño que le fue ocasionado por los administradores de una sociedad declarada en concurso mercantil derivada de la comisión de los delitos regulados por la propia ley.

A mi parecer, dicho artículo viola el derecho a la reparación del daño en el proceso penal que le otorga el artículo 20, apartado B, de la Constitución Federal, a la víctima del delito, al establecer que el juez penal no conocerá de la reparación del daño, cuestión que corresponde al juez concursal.

Lo que en la práctica dicho artículo ha ocasionado es que los jueces penales se abstengan de resolver sobre la reparación del daño, o de incluso tomar en cuenta su monto para fijar la caución a los procesados para que gocen de su libertad provisional; ocasionando que tampoco el juez concursal pueda hacerlo, primero, porque no tiene jurisdicción sobre los procesados, y segundo, porque la propia ley le impide conocer la causa penal.

Resulta paradójico que justo en el momento en que más se necesita: cuando el deudor está sujeto a concurso mercantil, el acreedor no pueda hacer uso de la vía penal para obtener su reparación del daño, estando en curso un proceso penal por haberse acreditado actos fraudulentos.

Considero oportuno analizar si el pago a los acreedores en un concurso mercantil es verdaderamente incompatible con la reparación del daño en el proceso penal, tomando en cuenta que la reparación del daño causado por la ejecución de un delito es una cuestión distinta al pago a los acreedores derivado de obligaciones civiles, que la reparación del daño en materia penal es una pena pública, que sanciona un injusto penal, y no un incumplimiento civil, y por tanto, sólo puede fijarla un juez con jurisdicción penal.

La exposición de motivos de la ley justifica lo anterior “para evitar sentencias contradictorias”. Entiendo la importancia de evitar sentencias contradictorias; sin embargo, dado que la consecuencia de dicha regulación puede hacer nugatorio el derecho del ofendido a obtener la reparación del daño, considero oportuno poner en una balanza ambas cuestiones, y analizar, en qué casos pueden darse las

sentencias contradictorias, así como, que lineamientos podrían establecerse para evitarlas, con la finalidad de no negar en forma absoluta la reparación del daño en el proceso penal, después del trabajo que ha significado incrementar los derechos de las víctimas y ofendidos en el procedimiento penal.

## 2. DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA ESTUDIADO

### 2.1. Texto de artículos relevantes.

Los artículos 271, 276 y 277 de la Ley de Concursos Mercantiles establecen lo siguiente:

*“TÍTULO DÉCIMO PRIMERO*

*“Aspectos penales del concurso mercantil*

*“Capítulo Único*

*“De los delitos en situación de concurso mercantil*

*“Artículo 271.- El Comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, **será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.***

*Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el Comerciante ha causado o agravado dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones cuando lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya.*

***El juez tendrá en cuenta, para individualizar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número.***

*Artículo 272.- El Comerciante contra el cual se siga un procedimiento de concurso mercantil será sancionado con pena de uno a tres años de prisión cuando requerido por el juez del concurso mercantil, no ponga su contabilidad, dentro del plazo que para ello el juez concursal le hubiere concedido, a disposición de la persona que el juez designe, salvo que el Comerciante demuestre que le fue imposible presentarla por causas de fuerza mayor o caso fortuito.*

*Artículo 273.- **Cuando el Comerciante sea una persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito.***

....

**“Artículo 276.- En los delitos en situación de concurso mercantil, el juez penal no conocerá de la reparación del daño, materia que corresponde al juez del concurso mercantil.”**

.....

*“Artículo 277.- Los delitos en situación de concurso mercantil, cometidos por el Comerciante, por personas que hayan actuado en su nombre o por terceros, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste.*

**Las decisiones del juez que conoce del concurso mercantil no vinculan a la jurisdicción penal. No será necesaria calificación para perseguir estos delitos.”**

El artículo 20 Constitucional, en la parte que interesa, dice lo siguiente:

**“Art. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:**

**“A. Del inculpado:**

**“I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.**

**“El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.**

....

**“B. De la víctima o del ofendido:**

**“IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.**

*“La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño..*

Artículos relevantes del Código Penal Federal:

**“CODIGO PENAL FEDERAL**

**“ARTICULO 1o.- Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal.**

**“ARTICULO 6o.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.**

**“Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.**

...

*“Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:*

*“1. Prisión...*

*“6. Sanción pecuniaria...”*

**“CAPITULO V**

**“Sanción pecuniaria**

**“(REFORMADO, D.O.F. 13 DE ENERO DE 1984)**

**ARTICULO 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.**

**“ARTICULO 30.- La reparación del daño comprende:**

**(REFORMADA, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 1997)**

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

**(REFORMADA, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 1997)**

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

**(REFORMADA, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)**

**III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.**

**“(ADICIONADO, D.O.F. 21 DE ENERO DE 1991)**

ARTICULO 30 bis.- Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1o. El ofendido; 2o. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

“(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 13 DE ENERO DE 1984)  
ARTICULO 31.- La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

“(ADICIONADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)  
ARTICULO 31 bis.- **En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente.**

*El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo.*

“ARTICULO 32.- **Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:**

...

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

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

(REFORMADA, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

**VI.- El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.**

...

“(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)  
ARTICULO 34.- **La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales...**”

El Código Penal Federal abunda sobre los elementos que debe tomar en cuenta el juez del proceso penal para imponer una pena a los sujetos a proceso:

*“(REFORMADO PARRAFO PRIMERO, D.O.F. 18 DE DICIEMBRE DE 2002)*

*ARTICULO 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, **teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente**; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.*

*...*

*“ARTICULO 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, **con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:***

*I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;*

*II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;*

*III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;*

*IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;*

*(REFORMADA, D.O.F. 18 DE DICIEMBRE DE 2002)*

*V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;*

*VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y*

*VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”*

## **2.2. Antecedentes del problema.**

En fecha reciente se presentó ante los tribunales federales un caso con los antecedentes siguientes: Una sociedad concursada fue declarada en concurso mercantil y luego en quiebra, la acreedora principal presentó una querrela en contra de los administradores de dicha sociedad acusándolos de haber cometido el delito

regulado por el artículo 271 de la Ley de Concursos Mercantiles que sanciona cualquier “*acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones*”. El Ministerio Público resolvió que había elementos suficientes para ejercer la acción penal. El juez penal dictó un auto de formal prisión en contra de los miembros del Consejo de Administración de dicha sociedad, algunos de los cuales eran también accionistas de la misma. Al fijarles la caución para otorgarles su libertad provisional omitió tomar en cuenta (en clara oposición a lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Federal) el monto de la reparación del daño ocasionado a la acreedora ofendida. La ofendida apeló la resolución, pero la misma fue confirmada. Posteriormente, promovió un amparo en contra de dicha resolución, en el que también cuestionó la constitucionalidad del artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles.

### **2.3. El Tribunal Unitario de Circuito<sup>1</sup>.**

El Tribunal Unitario de Circuito que conoció del amparo, resolvió que el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles es inconstitucional, y concedió el amparo a la quejosa acreedora. Sus consideraciones se basaron en que el derecho que el apartado B, fracción IV, del artículo 20 de la Constitución Federal otorga al ofendido de obtener “la reparación del daño” en el proceso penal y de poner dicha garantía constitucional al mismo nivel que las garantías del inculpado, está armonizado con la fracción I del Apartado A del mismo artículo que señala que el juez penal deberá tomar en cuenta la reparación del daño al fijar la caución para que el procesado goce de libertad provisional; y que por lo tanto, al impedir que el juez penal conozca de la reparación del daño, el artículo 276 es inconstitucional, pues vulnera el derecho del ofendido del delito a que se le garantice el pago de la reparación del daño desde el momento en que se fija la caución para que los procesados obtengan su libertad provisional.

Agregó que no salva la vulneración del precepto constitucional, el hecho de que el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles señale que a quien corresponde conocer de la reparación del daño es al juez concursal, puesto que el artículo 20 de la Constitución establece que el ofendido de un delito tiene derecho a obtener la reparación del daño “en todo proceso penal”, y por lo tanto, es al juez penal a quien le corresponde conocer también de la reparación del daño y no a una autoridad distinta. Señaló que se trata de una pena pública que no corresponde imponer a un juez civil, y cita la exposición de motivos de la reforma realizada al artículo 20 Constitucional en 1993, concluyendo que en dicho texto se señaló que ante un conflicto de intereses entre la reparación del daño del ofendido y la libertad provisional del inculpado debía preferirse ésta última sacrificando *lo menos posible* el otro interés, por lo cual, no se justificaba que sin motivación alguna se desconociera por completo el derecho del ofendido a la reparación del daño.

### **2.4. El Tribunal Colegiado de Circuito<sup>2</sup>.**

<sup>1</sup> Véase sentencia que resuelve el Amparo Directo 34/2007, emitida por el Magistrado del Primer Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, el veinticuatro de abril de dos mil ocho.

Posteriormente, los tercero perjudicados en el juicio de amparo, es decir, los administradores de la sociedad que estaban siendo procesados por uno de los delitos previstos en la Ley de Concursos Mercantiles, interpusieron un recurso de revisión en contra de la sentencia que concedió el amparo.

Con base en el Acuerdo General 5/2001 dictado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, correspondió al Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito conocer de las múltiples causales de improcedencia interpuestas en su recurso de revisión por los tercero perjudicados. El Tribunal Colegiado de Circuito desestimó todas las causales de improcedencia y concluyó, entre otras cuestiones, que no les asistía la razón a los recurrentes al señalar que la quejosa acreedora carecía de interés jurídico para promover el amparo con base en que la fracción I del apartado A del artículo 20 Constitucional son sólo garantías de los inculcados, puesto que el apartado B del mismo artículo, en su fracción IV, establece la diversa garantía a favor de la víctima u ofendido a que se le repare el daño. Agregó que el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles sí lesiona la garantía del ofendido a que se le repare el daño, y que el derecho a la reparación del daño no nace como consecuencia de la sentencia definitiva, *“puesto que para garantizar la libertad bajo caución uno de los rubros que tiene que atenderse o fijarse es el correspondiente a dicha pena pública; así, es irrelevante que la garantía de la reparación del daño (para la caución) no genere su disposición por parte de la víctima u ofendido en ese momento, ya que la garantía es en sí misma un derecho fundamental, diverso al de la reparación, pues aquélla sienta las bases para hacer efectivo ésta<sup>3</sup>.”*

Después de resolver sobre las causales de improcedencia, el Tribunal Colegiado de Circuito remitió el expediente a la Suprema Corte de Justicia para que se pronunciara sobre la reclamada inconstitucionalidad del artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles.

## **2.5. La Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>4</sup>.**

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles el 3 de junio de 2009, bajo la ponencia del ministro Juan Silva Meza, por mayoría de 3 votos de los ministros Juan Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz y Sergio A. Valls Hernández, y con los votos en contra del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo y de la ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero.

En las consideraciones de la sentencia se hace una “interpretación conforme” del artículo, indicando que debe interpretarse en el sentido de que el juez penal conoce

<sup>2</sup> Véase sentencia que resuelve lo relativo a las causales de improcedencia del Amparo en Revisión 82/2008, emitida en sesión de ocho de agosto de dos mil ocho, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Véase la sentencia que resuelve el Amparo en Revisión 680/2008, fallado en sesión de tres de junio de dos mil nueve por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de tres votos, siendo ponente el Ministro Juan N. Silva Meza.



la causa penal y el juez concursal “*determina en forma definitiva la cuantificación del monto de la reparación del daño y ejecuta la reparación*”. La sentencia agrega que la acepción “no conocerá”, no implica que el juzgador penal sea totalmente ajeno al tema de la reparación del daño, “*esto es, no puede entenderse que de su jurisdicción se haya abstraído dicho aspecto jurídico, ya sea para efectos de la libertad provisional bajo caución que se solicite, o bien, para el dictado de la sentencia, de ser el caso, condenatoria... no puede abstenerse de hacer un pronunciamiento al respecto.*”<sup>5</sup>

La sentencia reconoce que es una garantía constitucional de toda víctima del delito que se le garantice la reparación del daño en todo “proceso penal”. Sin embargo, no obstante lo anterior, niega el amparo a la quejosa acreedora respecto del acto de aplicación, es decir, al negar el amparo en contra del auto dictado por el juez penal, pareciera confirmar que el juez penal no debe tomar en cuenta la reparación del daño al fijar la caución para que los procesados gocen de su libertad provisional, lo cual resulta contradictorio con las consideraciones de la sentencia.

Además, la resolución sostiene que en el concurso mercantil “*el patrimonio del justiciable se unifica en una sola cosa, a repartir entre sus acreedores y con un esquema de prelación*”, y que por ende, la reparación del daño “*no puede ser ajena a la masa del concurso*”<sup>6</sup>.

No comparto la consideración anterior, tomando en cuenta que en el caso en análisis, como ya se señaló, los procesados eran los directivos de la concursada, por ende, personas distintas a la concursada, por lo que no se ve porque en un asunto de carácter penal, la reparación del daño debe ser a cargo de una persona distinta a los procesados, que además ya ha sido judicialmente declarada quebrada.

### **3.- PROPUESTA PARA RESOLVER EL PROBLEMA ESTUDIADO**

La problemática que se presenta es muy compleja, y requiere de un estudio profundo. La intención de este artículo es plantear la problemática, y dar algunas respuestas preliminares. En un principio, abordaré el problema que considero principal: determinar si debe o no haber una reparación del daño en el proceso penal. Con posterioridad, entraré a un análisis más detallado de las cuestiones que habría que determinar en caso de considerarse procedente la reparación de daño en la vía penal.

Un estudio de las reformas realizadas al artículo 20 de la Constitución Federal y a sus exposiciones de motivos, nos permite concluir que la Constitución Federal ha elevado a garantía constitucional el derecho del ofendido por el delito a la reparación del daño. Asimismo, la legislación federal penal regula expresamente dicho derecho, lo considera una pena pública, obliga al ministerio público a solicitar la condena al pago de la reparación del daño, y obliga al juez penal a resolver sobre la misma.

No obstante lo anterior, el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles le impide al juez penal que conozca de la reparación del daño, y sostiene que esa es una

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

cuestión que corresponde al juez del concurso mercantil. Sin que pase desapercibido que el artículo 277 señala: “*Las decisiones del juez que conoce del concurso mercantil no vinculan a la jurisdicción penal.*”

¿Es el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles consistente con las garantías constitucionales referidas? En mi opinión, podría sostenerse que el artículo contraviene las garantías constitucionales otorgadas por el artículo 20 de la Constitución Federal, tanto al inculpado como a los ofendidos por un delito, así como, lo dispuesto por el Código Penal Federal, en materia de reparación del daño, por las razones que se indican a continuación.

En cuanto al ofendido, se puede sostener que se viola su derecho a obtener la reparación del daño “en todo proceso penal”, que le otorga el artículo 20 de la Constitución Federal, debido a que el juez concursal sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el pago de las obligaciones reconocidas en el concurso mercantil, pero no respecto de una pena pública que deriva de un proceso penal sobre el cual no tiene jurisdicción.

Es decir, si sólo el juez concursal se puede pronunciar sobre reparación del daño, y éste está impedido para conocer de la causa penal, habría que reconocer que en materia de concursos mercantiles, la ley no permite que exista una reparación del daño en el proceso penal, pues la ley ha considerado que por virtud de las contradicciones que podrían darse, *basta* el pago que se obtenga en el concurso mercantil.

Es posible que la posición de los legisladores haya sido sostener que la reparación del daño es una cuestión meramente civil, y que por ende, en los delitos relacionados con personas declaradas en concurso mercantil no debe ser procedente la reparación del daño en el proceso penal.

En relación al inculpado, se puede sostener que el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles viola las garantías que le otorga la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, que establece una serie de lineamientos que debe tomar en cuenta el juez al fijar la caución para otorgar la libertad provisional al inculpado, los cuales implican forzosamente una valoración del expediente penal por parte del juez, tales como, “la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo”; y muy importante que “el monto y la forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para al inculpado”.

La fijación de la caución para otorgar la libertad provisional es una cuestión que forma parte del proceso penal. Sin embargo, de conformidad con la interpretación realizada por los tribunales federales, en particular, por jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia, sólo debe proceder cuando al juez penal corresponde conocer sobre la reparación del daño. En las palabras de la tesis citada: “*si el monto estimado de la reparación del daño no va a ser materia de la condena que, en su caso, pudiera decretarse, resulta indebido el requisito de que se garantice ese concepto para efectos de la libertad provisional*”.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Ver jurisprudencia de rubro: “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 92, PÁRRAFO CUARTO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, TRANSGREDE EL

De ahí que con base en dicha tesis y el texto del artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles, los jueces penales han considerado que si de conformidad con la ley especial aplicable, es al juez concursal a quien le corresponde fijar la pena de reparación del daño, es a dicho juez a quien todo caso corresponderá fijar la caución para otorgar la libertad provisional; puesto que un juez penal sólo puede fijar la caución cuando al juez penal le está permitido condenar al pago de la reparación del daño, lo cual no está permitido por la Ley de Concursos Mercantiles.

Por lo cual, si se interpreta el texto del artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles en el sentido de que sí hay reparación del daño en el proceso penal, pero no le corresponde conocer de la reparación del daño al juez penal, sino al juez concursal; y no obstante, éste no tiene jurisdicción penal ni puede valorar el expediente penal; se está violando la garantía otorgada al inculpado, porque quien le fije su caución no podrá tomar en cuenta todo lo que establece el artículo 20 Constitucional.

Si se sostiene que no se está eliminando la posibilidad de obtener reparación del daño en el proceso penal porque la ley faculta al juez concursal a resolver sobre la reparación del daño ¿Cómo podría el juez concursal resolver sobre la reparación del daño si el artículo 277 de la propia ley señala que sus decisiones no vinculan a la jurisdicción penal? ¿Cómo podría resolver lo conducente sin conocer la causa penal y sin jurisdicción penal? ¿Cómo podría cumplir con las garantías constitucionales que el artículo 20 Constitucional otorga al inculpado y con las atribuciones que el Código Penal Federal le da al juez penal para resolver sobre la pena?

Entonces ¿Quién conoce de la reparación del daño en relación con el delito en el proceso penal? Porque si la ley no permite que el juez penal conozca, pero a la vez, señala que el juez del concurso mercantil no puede intervenir en el proceso penal ¿Cómo puede haber una reparación del daño en el proceso penal?

De la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles se desprende que el artículo cuestionado tiene por objeto “evitar sentencias contradictorias”, que el proceso penal y el mercantil deben avanzar sin estorbarse; lo cual, se entiende, sin embargo, lo que me cuestiono es si ese derecho que se buscó proteger, de evitar sentencias contradictorias, es superior al derecho que tiene el ofendido en un delito patrimonial de obtener la reparación del daño.

Buscar la compatibilidad entre ambos procesos tiene como consecuencia el planteamiento y la respuesta de varias preguntas. Partiendo de la naturaleza universal del concurso mercantil, puede resultar un problema encontrarse con una sentencia emitida por un juez penal que imponga una sanción económica al concursado, y que por ende, no forme parte del proceso de concurso mercantil, y no

ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL AL CONDICIONAR ESE BENEFICIO AL PAGO DE UNA GARANTÍA POR EL MONTO ESTIMADO DEL DAÑO O PERJUICIO FISCAL, INCLUYENDO LAS CONTRIBUCIONES ADEUDADAS, ACTUALIZACIÓN Y RECARGOS”; con No. de Registro: 174,878, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Junio de 2006, Tesis: 1a./J. 37/2006, Página: 44.

haya sido tomada en cuenta en la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. ¿Cómo podría hacerse efectiva si no forma parte de dicha sentencia? ¿Se tomaría en cuenta como un crédito común? ¿Debe tomarse en cuenta aún y cuando haya pasado el plazo fijado en la ley para que los acreedores soliciten el reconocimiento de sus créditos? ¿Cómo hacerla efectiva? ¿Podría la condena penal quitar efectividad al proceso? ¿Son compatibles?

Son muchas las preguntas a las cuales habría que responder. Lo que pongo sobre la mesa es ¿porqué no analizar y regular todas dichas cuestiones en lugar de darle la vuelta al problema evitando sentencias contradictorias cuando la consecuencia puede ser tan grave como lo es eliminar el derecho que tiene el ofendido a la reparación del daño?

No debe pasar desapercibido que la reparación del daño que se puede obtener en el proceso penal es muy distinta al pago que se deriva de un proceso civil o mercantil.

La condena a la reparación del daño por la comisión de un delito es una pena pública, según lo establece expresamente el artículo 34 del Código Penal Federal. Es una pena derivada de un proceso penal, que no corresponde imponer a la jurisdicción civil. El procedimiento penal tiene por objeto determinar si las conductas realizadas por los procesados se adecuan al tipo penal, si se acredita la responsabilidad plena de los procesados en la realización de dichas conductas, y sancionarlas mediante la imposición de una pena.

Por su parte, el procedimiento de concurso mercantil tiene por objeto maximizar el valor del patrimonio de la persona moral declarada en concurso mercantil, tratar de lograr un convenio de reestructuración de adeudos entre el comerciante declarado en concurso mercantil y sus acreedores, y realizar el pago a los acreedores.

Mientras el procedimiento de concurso mercantil busca la satisfacción o cumplimiento de obligaciones civiles o mercantiles, el proceso penal busca que se sancione a los sujetos activos del delito en caso de acreditarse la comisión del mismo y su responsabilidad.

En el procedimiento del concurso mercantil, los montos que deben pagarse a cada acreedor se toman de la contabilidad del comerciante, y de los documentos y evidencias que presentan los acreedores y el comerciante durante el procedimiento. Sin embargo, la Ley de Concursos Mercantiles no le atribuye al juez del concurso mercantil la discrecionalidad para modificar dichos montos atendiendo a diversas circunstancias.

Por el contrario, en el proceso penal, la Constitución Federal y las leyes secundarias le atribuyen al juez del proceso discrecionalidad para que con base en la valoración de la causa penal resuelva sobre las penas que, en su caso, impondrá a los procesados. En el proceso penal, el juez sólo puede poner una pena que sea asequible al inculpado, lo cual no es aplicable en el concurso mercantil.

Por lo anterior, la pena de reparación del daño derivada de un delito es distinta al pago que el deudor haya asumido contractualmente con sus acreedores. La primera

es una sanción por la comisión de un delito, la segunda equivale al cumplimiento de una obligación.

El artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles presenta el problema de no sancionar a quien comete un delito patrimonial con la sanción idónea para ese tipo de delitos: la sanción económica.

En 2008, nuestro Constituyente Permanente aprobó una reforma al sistema penal de justicia en México. Entre otras cuestiones, busca eliminar la prisión preventiva, y parte de una realidad: las cárceles están sobre-pobladas. Estamos en el proceso de que se regule un nuevo sistema penal. ¿No debería ser parte de ese nuevo sistema reforzar la sanción económica en los delitos patrimoniales? ¿Qué prefiere el ofendido en el caso de un delito patrimonial: que se le compense por la pérdida económica sufrida o que se meta a la cárcel al delincuente?

El artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles tiene el efecto de impedir que se aplique la pena de reparación del daño en el proceso penal, al impedir que el juez penal la imponga, y por otra parte, al impedir, a su vez, que el juez del concurso mercantil conozca del proceso penal.

De ahí que el primer tema a determinar es si debe ser procedente la reparación del daño en el proceso penal en los delitos relacionados con concursos mercantiles, o si debe eliminarse esa posibilidad, y concluir que la reparación del daño debe provenir exclusivamente del procedimiento mercantil.

Si la conclusión es que no debe proceder la reparación del daño en el proceso penal, sería conveniente revisar si dicho criterio no es contrario a las garantías constitucionales que la Constitución Federal otorga al ofendido por un delito, y en su caso, reformar la ley para decirlo claramente, puesto que la redacción actual se presta a confusiones.

Si la conclusión es que sí debe proceder, entonces irremediablemente tendrá que ser el juez penal, que es quien tiene la competencia en materia penal y conoce el expediente penal, quien determine e imponga las sanciones, incluyendo la pena de reparación del daño.

Suponiendo que se haya concluido que sí debe ser procedente la reparación del daño en el proceso penal, hay varias preguntas que abordar relacionadas con la compatibilidad o incompatibilidad del proceso penal con el concurso mercantil.

Para resolver el problema, hay que analizar cada una de sus posibles salidas y sus consecuencias.

En un concurso mercantil, la finalidad de los acreedores es obtener el pago que se les adeuda. ¿Puede darse una situación de doble pago a los acreedores porque se ordene a la concursada el pago de los acreedores en el procedimiento de concurso mercantil y se ordene la reparación del daño en el proceso penal?

Para responder a esta pregunta, me parece esencial distinguir en primer lugar, si la persona declarada en concurso mercantil es la misma que está siendo procesada por una causa penal. De ahí que formulemos también la siguiente pregunta:

¿El artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles es aplicable al caso en que quien está siendo procesado penalmente es su administrador, por ende, una persona distinta a la que fue declarada en concurso mercantil?

Como se verá a continuación, la problemática más grave que presenta el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles es que no distingue la situación que se presenta cuando la persona que es procesada por alguno de los delitos tipificados en la ley es la misma persona que fue declarada en concurso mercantil, respecto del caso que se presenta cuando se declara en concurso mercantil a una persona moral, y en consecuencia quien está siendo procesado por algún delito tipificado en la ley es su administrador.

Es una distinción muy importante porque cuando se está en el segundo supuesto, es decir, que la persona declarada en concurso mercantil no es la misma persona inculpada con base en un procedimiento penal, el juez del concurso mercantil no tiene jurisdicción sobre el procesado ni sobre su patrimonio.

No se puede presentar una sentencia contradictoria, o un doble pago, que fue lo que quiso evitar la Ley de Concursos Mercantiles con el artículo 276, puesto que son personas y patrimonios distintos el de la concursada y el del administrador.

No obstante lo anterior, la falta de distinción en el artículo ha causado tal confusión que ninguna de las sentencias que resolvieron el asunto expuesto en los antecedentes en las diversas instancias federales hace referencia a la distinción que se comenta.

Pareciera que la judicatura ha partido del principio “donde la ley no distingue, el juzgador no debe distinguir”; por lo que ha considerado que el artículo es aplicable al caso en que la persona procesada por un delito penal y la persona concursada son distintas.

La propia ley prevé la situación en que se declare en concurso mercantil a una persona moral, en cuyo caso aclara que los delitos se atribuirán a sus administradores, sin embargo, en el tema de la reparación del daño se incorpora una oración prohibitiva categórica, sin hacer la aclaración de que dicha prohibición sólo es aplicable al caso en que la persona procesada por un delito penal es la misma persona declarada en concurso mercantil; y esa falta de aclaración ha causado problemas.

En mi opinión, dicha distinción es esencial, puesto que cuando la persona declarada en concurso mercantil es una persona moral, las personas morales no pueden ser sujetos penales en nuestro Derecho, por lo tanto, no habrá coincidencia entre la concursada y los procesados; y no puede ser aplicable lo ordenado por la norma en el sentido de que sea el juez concursal quien determine lo relativo a la reparación del daño en el proceso penal porque, como ya se indicó, no tiene jurisdicción sobre los procesados, ni sobre su patrimonio.

El artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles sólo debería ser aplicable a los casos en los que la persona procesada por el delito previsto en la ley concursal es la misma persona que fue declarada en concurso mercantil. Es el único caso en que se justifica el artículo, puesto que es el único caso en el que podría haber sentencias contradictorias, teniendo en cuenta que tanto el juez concursal como el juez penal tienen jurisdicción sobre el procesado.

Sin embargo, la judicatura no lo ha interpretado así, y no sabemos si lo hará. Sería conveniente una reforma a la ley en la que se realice dicha aclaración y se regulen algunas de las cuestiones que son puestas sobre la mesa en el presente artículo.

Esto es muy importante porque lo que ha sucedido en la práctica en tribunales es que por virtud de esa prohibición, el juez penal que está procesando al administrador, persona que no está en concurso, y que además, tampoco está sujeta a la jurisdicción del juez del concurso, señala que la ley le prohíbe imponer la pena, porque lo hará el juez del concurso, pero la pregunta sigue siendo:

¿Cómo le pondrá la pena el juez del concurso si no puede conocer de la causa penal y si no tiene jurisdicción sobre esa persona? Sin dejar de insistir en que la imposición de penas es propia del proceso penal y no de un proceso civil.

Ahora bien, volviendo a la pregunta planteada inicialmente ¿puede darse un doble pago a los acreedores?

De lo expuesto anteriormente, se podría concluir que no se da un doble pago si la persona que está siendo procesada es distinta a la declarada en concurso mercantil.

Sin embargo, el problema no acaba ahí. Si se tratara de la misma persona, ¿podría sostenerse que tiene lugar un doble pago? ¿Tiene la misma naturaleza el pago derivado de una obligación civil o mercantil y el pago de una sanción económica impuesta por la legislación penal? Habría que tomar en cuenta que esta situación sólo se puede dar en el caso de personas físicas comerciantes que sean declaradas en concurso mercantil. Podría sostenerse que no puede haber un doble pago, en razón de la diversa naturaleza del pago y de la sanción. En un caso, se trata del cumplimiento de una obligación, en otro, el pago de una sanción económica de carácter penal. Sin embargo, ¿a cuanto debería ascender el monto de la reparación del daño?

¿La reparación del daño en el proceso penal debe forzosamente ser por el monto de los daños y perjuicios ocasionados al ofendido? ¿Tiene discrecionalidad del juez penal para fijar el monto de la reparación del daño?

Si se considera que debe ser por el monto total que haya perdido el ofendido, podría dar lugar a un doble pago. No debe pasar desapercibido que se trata del mismo acreedor y del mismo deudor en los dos procesos.

Considero que para evitar que se de ese doble pago, habría que acotar en que consistiría la reparación del daño en materia penal, puesto que no hay que dejar de considerar que, como ya se señaló, la fuente de ambas obligaciones es muy distinta.

Además, no debe pasar desapercibido que la persona a cuyo cargo es el pago de la sanción económica en el proceso penal ha sido declarada en concurso mercantil, y posiblemente en quiebra, por lo que, con base en la experiencia, es muy posible que el acreedor no pueda obtener un pago en el proceso mercantil.

Si acaso, lo que debería establecerse en la Ley de Concursos Mercantiles y en el Código Penal Federal es una estrecha comunicación entre los jueces que llevan ambos procedimientos para efectos de que el juez del concurso informe al juez penal (a) la cantidad que se adeuda al acreedor en el proceso mercantil, y (b) cuanto es lo que el deudor pagará con base en lo resuelto en la sentencia, con la finalidad de que el juez penal, en uso de la atribución que le da la Constitución Federal y el Código Penal Federal, pueda discrecionalmente, valorando el expediente penal, determinar cual es el monto de reparación del daño con el que se debe sancionar al procesado, en su caso.

No cabe duda que la regla general en el proceso penal es que la reparación del daño debe corresponder al valor de los bienes materiales que perdió el ofendido por razón del delito. Sin embargo, en una situación como la que analizamos, en la que convergen un delito patrimonial y una obligación de naturaleza civil o mercantil, valdría la pena preguntarse si la medida aplicable a la reparación del daño debe ser igual a la aplicada regularmente, o si deben de tomarse en cuenta los diversos elementos que confluyen en estos casos para buscar una salida óptima tanto para el ofendido por el delito, como para el procesado.

Podría considerarse que el monto reconocido en la sentencia de reconocimiento de créditos en el concurso mercantil es un tope máximo, o quizá en caso de acreditarse el delito penal y la plena responsabilidad del inculpado, podría agregarse un porcentaje adicional a dicho tope, en el entendido de que dicho adicional representa la sanción económica por la conducta penal del inculpado. De otra forma, no habría una sanción económica por el delito patrimonial; siendo que la sanción económica es muy importante en el caso de delitos patrimoniales.

Para efectos de fijar el monto de la reparación del daño en el proceso penal, debería de tomarse en cuenta, no sólo el monto reconocido en la sentencia de reconocimiento de créditos en el concurso mercantil, sino la posibilidad de pago de la persona declarada en concurso mercantil. ¿Se trata de una persona que tiene bienes suficientes para reestructurar sus adeudos, o es un caso que irremediablemente irá a la quiebra? ¿Qué posibilidades de pago tienen sus acreedores comunes?

A final de cuentas, es muy relevante conocer no sólo el monto de los adeudos reconocidos del concursado, sino las posibilidades de pago que tiene a su favor el ofendido, para poder fijar un monto de reparación del daño en el proceso penal que no sea excesivo, pero tampoco en defecto del monto que realmente perdió el ofendido por las conductas delictuosas.

Ahora bien, es correcto que si la concursada no tiene bienes para pagar en el proceso mercantil, la regla general será que tampoco los tendrá para pagar en el



proceso penal. No he querido decir que por el hecho de tratarse de un derecho distinto, de naturaleza penal, entonces sí habrá bienes para pagar.

Es cierto que una persona que no tiene bienes, no podrá pagar ni en un proceso civil ni en ninguno de otra naturaleza, puesto que la limitación del pago deriva de su propio patrimonio. Sin embargo, sabemos también que nuestra legislación no previene ni sanciona adecuadamente el mal uso que se hace de la personalidad jurídica. Por lo que el que la persona concursada no tenga bienes, no quiere decir que otras sociedades relacionadas, o el propio socio en algunos casos, tampoco los tenga. En la vía civil es casi imposible remediar lo anterior; pero en la vía penal, puede haber una mejor disposición para remediarlo. De ahí que si hay conductas delictuosas, constitutivas de tipos penales, vale la pena meditar sobre la eliminación de dicha vía para obtener reparación del daño, y dejar como vía única la mercantil, sobre todo tratándose de una persona que ha sido declarada insolvente.

Quizá el pago efectuado por el procesado o condenado por algún delito patrimonial, pudiese dar lugar al perdón por parte del ofendido.

A este respecto, valdría la pena analizar ¿si sigue siendo válida la razón por la que se sustrajo del conocimiento de los propios jueces de distrito que llevan concursos mercantiles, y que llevan también procesos penales, los procesos penales relacionados con el concurso mercantil?

¿No es el propio juez de distrito rector del concurso mercantil el que mejor conoce la situación de la concursada y de sus acreedores? ¿No sería más fácil para dicho juez conocer también del proceso penal que está directamente relacionado con el concurso mercantil puesto que es la causa del concurso?

Entiendo que quizá una de las razones principales por las que de la Ley de Concursos Mercantiles se sustrajo la posibilidad de acumular los demás juicios del concursado al concurso, es para evitar que éste se vuelva demasiado complejo y lento, que pueda ser ágil en el logro del pago a los acreedores. Sin embargo, pensaría que para que el concurso sea efectivo, debe tomar en cuenta los demás juicios pendientes, deben hacerse reservas para el caso de que de los mismos surjan más adeudos a cargo del comerciante concursado.

Lo que habría que analizar es si el especialista en el concurso mercantil debe también considerar y hacer reservas para incluir en la sentencia de reconocimiento de créditos la sanción económica que derive de juicios penales derivados de delitos patrimoniales, sobre todo, si éstos están relacionados con el propio concurso. Aquí cabe contestar a otra pregunta: ¿podría una sanción penal de carácter económico ser parte del concurso mercantil?

Si la conclusión es que no conviene que sea el propio juez de distrito, rector del concurso mercantil, el que conozca también de los procesos penales relacionados con el concurso mercantil, me parece que al menos es indispensable una estrecha comunicación entre los jueces rectores de ambos procesos, para poder brindar una administración de justicia completa a los acreedores ofendidos.

Otro tema estrechamente relacionado con los anteriores, es evitar que los acreedores de un concurso mercantil puedan obtener recursos de la persona concursada por una vía distinta al concurso mercantil. Lo anterior traería como consecuencia la ineficacia del procedimiento de concurso, que pretende ser universal.

Por lo anterior, no es suficiente que el juez del concurso determine el monto de la reparación del daño, y el juez penal lo tome en cuenta para fijar la caución y al dictar sentencia; puesto que no parecería correcto que el acreedor que inició el proceso penal obtenga recursos por una vía distinta al procedimiento de concurso.

Si cada acreedor puede acudir al proceso penal para tratar de obtener un mejor pago, el proceso de concurso mercantil dejará de tener la efectividad que debe tener.

Recordemos que el concurso mercantil funciona porque es la única vía que tienen los acreedores para recuperar sus créditos en caso de insolvencia del deudor. Es obligatorio porque el acreedor que no participa puede quedarse sin el pago de su crédito. De ahí que si un acreedor desea recuperar alguna cantidad, tendrá que comparecer y presentar su solicitud de crédito, en caso contrario quedará obligado por la decisión tomada por la mayoría de los acreedores, salvo contadas excepciones. Por lo cual, sería muy desafortunado para el concurso mercantil establecer medios alternativos para recuperar los créditos, pues en consecuencia el concurso se volvería un procedimiento optativo, y no podría cumplir con su función: obligar al comerciante y a los acreedores a llegar a un acuerdo para reestructurar la deuda, en la medida posible, y en su defecto, declarar la quiebra de la empresa y pagar a todos los acreedores conforme a la prelación establecida en la ley.

En mi opinión, la solución debe ser, una vez más, la estrecha relación entre ambos procesos. Puesto que si el juez penal es el único que es competente para imponer sanciones penales y para fijar una caución, y por ende, es el único que tiene facultades para hacer efectivo el pago de dichas sanciones, también es cierto que aún y cuando el juez penal pueda hacer efectivo el pago, no lo tiene que entregar necesariamente al acreedor, podría regularse la obligación de que se entregue al juez del concurso mercantil, para que éste lo distribuya de conformidad con la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

Volvemos a la pregunta: ¿podría una sanción penal de carácter económico ser parte del concurso mercantil?

Considero que es algo que podría regularse en las leyes aplicables. Se trata sólo de incluir en la lista de acreedores un crédito que derivó de un proceso de carácter penal. De esa manera nos podríamos asegurar de que el acreedor de que se trate no reciba un doble pago literalmente, así como de que no se beneficie en forma indebida a un solo acreedor, puesto que cuando de un concurso mercantil se desprenden conductas tipificadas como penales, es muy probable que los actos fraudulentos hayan perjudicado a todos los acreedores, y no sólo a algunos.

De ahí surge otra pregunta ¿aún y cuando todos los acreedores sean víctimas del delito, habría que entregar todo el monto obtenido del proceso penal al acreedor que

lo promovió o debe distribuirse entre todos los acreedores en la forma establecida en el concurso?

Me parece que lo segundo es más equitativo, y además, no demerita el carácter obligatorio y universal que debe tener todo concurso mercantil. De tal manera que el juez concursal, que es quien conoce la situación de los diversos acreedores, pueda distribuir los montos obtenidos en forma equitativa, sin que se beneficien sólo los que pudieron pagar y seguir el proceso penal.

Sin embargo, la Ley de Concursos Mercantiles sólo previó la posibilidad de que cada acreedor recurra a la vía penal por su cuenta, en forma separada, en lugar de prever que fuera el propio especialista quien lo hiciera, en representación de la propia masa del concurso, o en función del interés de incrementar la masa y de proveer a una mejor solución del concurso.

De ahí que podría ayudar a obtener un mejor resultado el que la Ley de Concursos Mercantiles le de atribuciones al conciliador y al síndico del concurso mercantil para que éstos puedan iniciar querellas en caso de considerar que se está ante algún delito tipificado por la ley. Si los especialistas inician y dan seguimiento a los procesos penales, los montos que llegaren a obtenerse del proceso penal sin lugar a dudas deben distribuirse entre todos los acreedores conforme a las reglas establecidas para el concurso mercantil.

Quedaría a criterio del especialista decidir si hay elementos suficientes para iniciar una querrela y sobre todo, si hay posibilidades de obtener por la vía penal algún pago. Los gastos se cubrirían de la masa; salvo en el caso de que el procedimiento fuera iniciado por un acreedor. En dicho caso, podrían reembolsarse al acreedor los gastos incurridos razonables y debidamente documentados, y distribuir el resto entre todos los acreedores según se señaló.

Otra cuestión que quizá valdría la pena discutir es si el crédito derivado de un proceso penal debe considerarse un crédito común o si debe tener alguna prelación especial.

Otro tema que es relevante, al menos en tanto se elabora, se aprueba y entra en vigor la nueva legislación penal que tenga por efecto regular la reforma al sistema penal acogido por nuestra Constitución Federal en 1998, es lo relativo a la caución que debe fijar el juez penal para otorgar su libertad provisional a los procesados.

El texto vigente del artículo 20 de la Constitución Federal, regula en el apartado A garantías constitucionales del inculpado por un delito, y en el apartado B garantías constitucionales de la parte ofendida o víctima de un delito.

En el apartado A, fracción I, regula algunos aspectos de la libertad provisional de que pueden gozar los procesados, incluyendo, la obligación que tiene el juez penal de fijar una caución para que los procesados puedan gozar de su libertad provisional. El artículo incluso especifica los rubros que debe tomar en cuenta el juez penal para fijar el monto de la caución, y dentro de dichos rubros, indica que debe tomarse en cuenta "la reparación del daño" causado a la víctima u ofendido por el delito.

Se puede sostener que ese punto está ligado a la fracción IV del apartado B, del mismo artículo, que regula expresamente el derecho de la víctima u ofendido por el delito a obtener su reparación del daño.

La resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia a la que se hizo referencia contiene un apartado en el que se analizan con detenimiento los antecedentes de dicha garantía constitucional, y se concluye que la finalidad del Constituyente Permanente sí fue que se garantizara a la víctima del delito la totalidad de la reparación del daño para que los procesados pudiesen gozar de la libertad provisional.

No obstante lo anterior, la propia Constitución prevé en la misma fracción diversas garantías del inculpado que el juez penal debe respetar al fijar la caución, que implican forzosamente una valoración del expediente penal por parte del juez, tales como, “la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo”; y muy importante que “el monto y la forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para al inculpado”.

En el caso particular, la problemática se presentó al inicio de la instrucción, justo después de que el juez dictó el auto de formal prisión a los procesados, puesto que éstos solicitaron su libertad provisional y el juez atendiendo a lo dispuesto por el artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles, desatendió lo que dispone el artículo 20 Constitucional en cuanto a que el juez debe tomar en cuenta la reparación del daño a favor del ofendido para fijar la caución para que los procesados gocen de su libertad provisional.

Mientras el nuevo sistema penal no entre en vigor, tenemos una Constitución Federal que prevé la prisión preventiva, y que obliga a los jueces penales a tomar en cuenta la reparación del daño para fijar la caución para que los procesados obtengan su libertad provisional.

Si se concluye que la reparación del daño no debe excluirse en los delitos patrimoniales relacionados con concursos mercantiles, se debe concluir que es al juez penal a quien corresponde imponer las sanciones en el proceso penal, incluyendo la pena de reparación del daño, y sin lugar a dudas, es también el juez penal, en la medida aplicable, el competente para fijar la caución para que los procesados gocen de su libertad provisional, para lo cual está obligado a atender lo dispuesto por el artículo 20 Constitucional, que dispone que para que el procesado goce de la libertad provisional debe garantizar la reparación del daño<sup>8</sup>.

De ahí que el texto del artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles que señala: “*en los delitos en situación de concurso mercantil, el juez penal no conocerá de la reparación del daño*”, es desafortunada, puesto que hay que hacer malabares para sostener que la interpretación correcta del artículo es la contraria. En otras palabras,

<sup>8</sup> De la revisión de la exposición de motivos de las reformas al artículo 20 Constitucional se llegó a esa conclusión, aunque la redacción final del artículo no es muy afortunada en reflejar la intención del Constituyente Permanente. Para ver un resumen de las razones de las reformas por parte del Constituyente Permanente se sugiere revisar el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

para que el artículo funcione, y no prive al acreedor de su derecho a obtener reparación del daño en el proceso penal, hay que sostener que el artículo dice justo lo contrario de lo que establece, algo como lo siguiente: “El artículo dice que el juez penal no conocerá, pero quiere decir que sí, en cierta medida, debe conocer para poder tomar en cuenta el monto de la reparación del daño al fijar la caución a los procesados, ya que el juez del concurso mercantil no tiene competencia para fijar una caución en un proceso penal, y naturalmente el sostener lo anterior implica reconocer la facultad del juez penal para fijar en la sentencia que dicte a los procesados la pena de reparación del daño, en caso de que sea aplicable.”

Ahora bien ¿Qué es lo que debe proceder al fijar dicha caución? Si según se ha analizado, debe haber una estrecha relación entre ambos procesos para efectos de que el derecho a la reparación del daño del ofendido por el delito no se haga nugatorio, y hay que determinar con base en la valoración del expediente penal y concursal cual es el monto que debe fijarse en el proceso penal como reparación del daño para evitar alguna posible doble pena ¿Con qué elementos debe contar el juez penal para poder fijar la caución para otorgar la libertad provisional?

Se podría sostener que cuando el procesado es el administrador de la persona concursada no existe la problemática del posible doble pago, y en principio habría que atender al adeudo reconocido al acreedor o a los acreedores en el concurso mercantil. Sin embargo, si se trata de la misma persona, quizá tendrían que tomarse en cuenta elementos adicionales.

Si de las exposiciones de motivos del Constituyente Permanente se desprende que la caución para otorgar la libertad provisional a los procesados debe garantizar el pago total de la reparación del daño ¿Cómo fijarla cuando son delitos relacionados con un concurso mercantil? ¿Cómo asegurarse que será asequible para el inculpado, según el propio artículo 20 de la Constitución Federal establece?

La solución más sencilla podría ser fijarla por el monto de adeudos reconocidos en el concurso mercantil, asumiendo que la consecuencia probable sea que los procesados no puedan obtener su libertad provisional si no pueden garantizar el pago de dicho monto, y esperar a que ambos juicios avancen para fijar el monto de reparación del daño que deba ser aplicable en la sentencia penal. Podríamos encontrarnos con la sorpresa de que los inculpados sí pueden pagar la caución que les fije el juez, tomando en cuenta que en dicho momento no se requiere el pago de la reparación del daño, sino sólo una garantía.

Finalmente, en la revisión de este asunto me encontré con un artículo del Código Penal Federal que, en mi opinión, requiere de una reforma, pues claramente no está pensado para una situación en la que la persona moral para la que trabaja o presta servicios el procesado está insolvente.

El artículo 32 del Código Penal Federal establece una distinción al señalar que cuando los delitos sean cometidos por empleados de una sociedad, responde por la reparación del daño la propia sociedad e incluso sus dueños; sin embargo, cuando el delito es cometido por un socio, responde sólo la sociedad.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Ver fracciones IV y V del artículo 32 del Código Penal Federal.

Quisiera pensar que la intención del legislador fue dar amplitud al derecho a la reparación del daño que tiene el ofendido de un delito, al pensar que si quien comete el delito es un empleado, será posible que éste no tenga fondos suficientes para reparar el daño, y por ende, deba obligarse a su patrón a responder por ese daño ocasionado a un tercero. De la misma manera que en su fracción VI, el mismo artículo señala que cuando quien cometa el delito sea un servidor público en el desempeño de sus funciones, será el Estado quien sea responsable por el pago de la reparación del daño.

Sin embargo, la redacción de la fracción V es muy desafortunada para un caso como el que nos ocupa: aquél en el que quien cometió el delito fue, nada más y nada menos, que el propio socio que también es administrador de la sociedad. Si el artículo se interpreta en forma limitativa, se podría concluir que la ley penal está haciendo extensiva la responsabilidad limitada que le es aplicable al socio de una sociedad mercantil también al ámbito penal. Lo cual no es aceptable, tomando en cuenta que la sanción penal es personal, y al menos en nuestro Derecho, no es válido sostener que corresponde el pago de la sanción penal a una persona distinta a la que se encontró penalmente responsable de la comisión del delito.

Por lo anterior, considero que debe dejarse claro que la obligación de reparar el daño es personal; y puede hacerse extensiva a las entidades de las cuales dependa económicamente el procesado o sentenciado, en el entendido de que dicha extensión no implica liberar de responsabilidad al procesado o sentenciado, puesto que es el principal responsable. Además, debe aclararse que la responsabilidad subsidiaria no puede ser aplicable cuando la personal moral ha sido declarada en concurso mercantil o en quiebra; pues se estaría privando a los acreedores del concurso de un pago al que tienen derecho por darle cabida al pago de una responsabilidad subsidiaria que no es atribuible a la persona concursada.

#### **4.- PREGUNTAS PARA DEBATIR EN EL CONGRESO.**

¿Viola el artículo 276 el derecho de ofendido de obtener la reparación del daño en el proceso penal?

¿Puede válidamente el juez concursal resolver sobre la reparación del daño en el proceso penal si el artículo 277 de la propia ley señala que sus decisiones no vinculan a la jurisdicción penal? ¿Cómo podría resolver lo conducente sin conocer la causa penal?

¿La interpretación correcta es que la Ley de Concursos Mercantiles buscó eliminar la reparación del daño en el proceso penal y considerarla una cuestión meramente civil?

¿Es conveniente eliminar el derecho del ofendido de obtener reparación del daño en el proceso penal, después del trabajo que ha costado que el ofendido vaya ganando derechos en el terreno penal? Sobre todo ¿Cuándo existen pocas posibilidades de obtener un pago en la vía mercantil considerando que la persona obligada al pago ha sido declarada insolvente?

¿El artículo 276 de la Ley de Concursos Mercantiles, que dispone que el juez penal no conocerá de la reparación del daño en el proceso penal, puede ser aplicable al caso en que quien está siendo procesado penalmente es el administrador de la persona moral declarada en concurso mercantil?

¿Es compatible la reparación del daño en el proceso penal con el concurso mercantil?

¿Puede el monto de reparación del daño en el proceso penal formar parte de los créditos reconocidos en el concurso mercantil? ¿Qué tratamiento debe dársele en un concurso mercantil?

¿Puede darse una situación de doble pago a los acreedores porque se ordene a la concursada el pago de los acreedores en el procedimiento de concurso mercantil y se ordene la reparación del daño en el proceso penal?

¿Tiene la misma naturaleza el pago derivado de una obligación civil o mercantil y el pago de una sanción económica impuesta por la legislación penal?

¿La reparación del daño en el proceso penal debe ser forzosamente por el monto de los daños y perjuicios ocasionados al ofendido o debe el juez penal tener discrecionalidad para fijar el monto? ¿Qué elementos deben tomarse en cuenta para fijar el monto de la reparación del daño proveniente de un delito relacionado con un concurso mercantil?

¿Si el propio juez de distrito, rector del concurso mercantil, es el que mejor conoce la situación de la concursada y de sus acreedores, no sería más fácil para dicho juez conocer también del proceso penal que está directamente relacionado con el concurso mercantil puesto que es la causa del concurso?

¿Debe entregarse el monto obtenido por concepto de reparación del daño en el proceso penal al acreedor que promovió la querrela o debe distribuirse entre todos los acreedores en la forma establecida en el concurso, mediante su entrega al juez concursal?

¿Es suficiente que sólo el comerciante, y cada acreedor en lo individual, tengan la posibilidad de presentar una querrela, o sería conveniente que dicha facultad también se otorgara a los especialistas para que lo hagan en beneficio de todos los acreedores?