

LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL NACIONAL *

BERNARDINO ESPARZA MARTÍNEZ**

I. Introducción

El estudio de la figura de la “reparación del daño”, es un tema notable en el ámbito de los derechos humanos, y quizá, poco abordado en su aplicación por el especialista en la materia. Por ende, en este trabajo se aborda su contexto jurídico en el derecho penal nacional. No sin antes mencionar, que, para mayor abundamiento, podrán consultar mi libro denominado La reparación del daño, publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Es un trabajo de investigación que vengo realizando desde el año 2014, y que se ha publicado en su primera edición en el 2015, y con su primera reimpresión de la primera edición en 2017. De la misma forma, la actualización de este libro ya se encuentra en la editorial para una reciente edición actualizada (2019).

Por tal motivo, es de mi interés mostrar en esta ocasión y en este estudio uno de los temas que se destacan en el contenido de la citada obra. Principalmente, por conocer la interpretación jurisdiccional de la concepción de la reparación del daño.

* Fecha de recepción: mayo, 2019. Aceptado para su publicación: junio, 2019.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nivel II del Sistema Nacional de Investigadores y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (México).

Luego entonces, son cuatro los periodos que abarca su propia formación: su concepción inicial, alcances y procedimientos; su concepción como garantía; su concepción en las reformas constitucionales; y su concepción en los delitos y en el daño moral. Por ello, es relevante, destacar en este estudio que la figura de la “reparación del daño” comprende su protección y reparación en la vulneración de los derechos humanos y en las víctimas de los delitos. De tal manera los periodos referidos son parte del análisis de las tesis jurisprudenciales que se incluyen en este estudio.

La reparación del daño es fundamental para la restitución de los derechos de las personas, por violación de sus derechos humanos y para la restitución de los derechos de las víctimas de los delitos. En la presente investigación estos son los principios con los que se construye el análisis que nos introduce a sustentar lo que es la reparación del daño. Es una figura constitucional que se encuentra dispuesta en los Artículos 1, 17 y 20 del texto constitucional, como norma jurídica suprema, se desprenden diversos ordenamientos jurídicos que instrumentan la forma en la que se implementa en sus dispositivos la figura de reparación del daño.

Con estas disposiciones surge la fundamentación para que las partes afectadas, según sea el caso, interpongan en los órganos de procuración de justicia las denuncias penales que reclamen la restitución de sus derechos vulnerados, entre ellos, el Derecho a la reparación del daño.

Asimismo, parte de esta característica es cuando el órgano jurisdiccional se encarga de interpretar el contenido de la legislación que se fundamenta en dichas denuncias. El juzgador emite diferentes criterios jurídicos, que al respecto aquí en nuestro estudio, los acumulamos de acorde al tema de reparación del daño. Son distintos criterios jurisprudenciales que clasifico, porque describen lo que significa en diversos planteamientos jurídicos, la figura de la reparación del daño. Por ende, además, de la procuración de justicia, es también el de la administración de justicia. Con ella, se construyen las interpretaciones jurídicas que resultan ser los criterios jurisprudenciales de transcendencia, pero más aún, porque el tema de la reparación de daño es uno de los principios centrales de los derechos humanos y de las víctimas de los delitos.

Ahora, bien, desde la fundamentación constitucional se confiere su contenido bajo los siguientes principios: la obligación de las autoridades a reparar las violaciones a los derechos humanos (Artículo 1; p. 3); las leyes en materia penal aseguran la reparación del daño (Artículo 17; p. 3); y, como derecho de la víctima o del ofendido para que se le repare el daño (Artículo 20, inc. C, f. IV). Además, el de expedir la Ley General de Víctimas, publicada el 9 de enero de 2013, y reformada, adicionada y derogada en diversos artículos, el 3 de enero de 2017.

Las reformas constitucionales en procuración y administración de la justicia de 2008, de derechos humanos de 2011 y en materia de amparo de 2013, suponen un cambio trascendental en la concepción del derecho mexicano que afecta muchas de las estructuras existentes en el sistema penal nacional. No sólo porque se introducen los juicios orales, o se transita a un sistema acusatorio, no sólo porque se busca reducir el gasto público dentro de la materia, sino también porque se incorpora un sistema garantista que pretende otorgar una mayor seguridad jurídica tanto al imputado como también a la víctima u ofendido. Para el primero se generan una serie de derechos y beneficios que permiten acceder a un trato más justo, equitativo y transparente y al segundo porque se le otorga el carácter de parte y se amplían sus derechos en el marco de un proceso penal.

En este último sentido la concepción de la reparación del daño se ha modificado radicalmente. Ya no sólo se trata de una pena pública impuesta por el juzgador, sino que comienza a ser observado como un derecho humano al que tiene derecho la víctima u ofendido. Así los criterios de la Suprema Corte de Justicia, en tanto a los alcances de ésta se han modificado trascendentalmente en los últimos seis años, por ello, y en un afán de mostrar la evolución del concepto, se hará un breve análisis de la figura tal y como era concebida hasta antes de la reforma para posteriormente mostrar cómo se observa hoy en día. Ello a través de los criterios jurisprudenciales principalmente.

II. Primer periodo: su concepción inicial, alcances y procedimientos

En una de las discusiones iniciales en torno a la concepción y procedimientos a seguir en torno a la figura de la reparación del daño se produjo esta primera tesis:

DAÑO, REPARACION DEL.¹

El concepto por el cual el Artículo 374 del Código de Procedimientos Penales de 1894, para el Distrito Federal, se remitía a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, al tratarse del secuestro judicial en materia penal, ha sido variado por el sistema del Código de Pro-

¹ Amparo penal en revisión 5349/34. Begne Álvarez Manuel, 8 de diciembre de 1934, mayoría de tres votos, ausente: Enrique Osorno Aguilar. Disidente, Francisco Barba, la publicación no menciona el nombre del ponente.

cedimientos Penales de 1929, y por el Código de Procedimientos del mismo ramo, actualmente en vigor; debiendo entenderse el cambio, en el sentido de que dentro de los dos sistemas de estos códigos, la reparación del daño debe ser de carácter privado, por formar parte de la sanción del delito, quedando por lo tanto, reglamentada expresamente por las disposiciones de la ley penal vigente, sin que supletoriamente puedan aplicarse las del procedimiento civil.

A unos cuantos meses de haberse publicado el Código de Procedimientos Penales (que en su momento estaba en proceso de abrogación paulatina, conforme se introducía el sistema acusatorio) se presentó un primer criterio jurisprudencial que determinaba la imposibilidad de hacer uso de del procedimiento civil para fijar los montos de la reparación del daño. Ello debido a que en principio se le decretó un carácter privado por ser considerada parte de la sanción del delito.

Pronto, sin embargo, se generaron diversos criterios jurisprudenciales que desmintieron el anterior en tanto a que la reparación del daño no puede ser considerada de carácter privada, sino que la misma constituye una pena pública que es responsabilidad del Ejecutivo. Mas para ello, por lo menos en la legislación de Coahuila tuvieron que hacerse algunas reformas al Código de Procedimientos Penales:

REPARACION DEL DAÑO, CARACTER DE LA.²

Aunque en los términos originales de los Artículos 21, 26, 27, fracción I, y 74 del Código Penal y 491 del Código de Procedimientos Penales vigentes en el Estado de Coahuila, la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y corresponde al Ejecutivo del Estado el cumplimiento de las sanciones de esa naturaleza, por reforma de 6 de mayo de 1933 y por Decreto Número 435 expedido por la H. Comisión Permanente, del expresando Estado, se derogaron las disposiciones de los Códigos Penal, de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en lo referente a la reparación del daño por delitos, y a su carácter de pena pública, exigible, de oficio, por la representación social; por lo que se deduce que el Artículos 5o., de ese decreto, que dice: «Cuando la responsabilidad civil se reduzca sólo a la devolución de la cosa, objeto del delito, el interesado podrá seguir el juicio sumario correspondiente, o limitarse a pedir dicha devolución ante el juez que concede el proceso penal, quien acordará la restitución, al estar comprobado el cuerpo del delito, y sin más trámite que una audiencia para oírse al inculpado y al que hizo la reclamación. La resolución del incidente que ordene o niegue la devolución, es apelable en el efecto devolutivo, y se ejecutará por el Juez, sin necesidad

² Amparo penal en revisión 5326/33. Galván Pablo D. 22 de mayo de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Daniel Galindo. La publicación no menciona el nombre del ponente

de fianza, sustanciándose la apelación conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles», contiene evidentemente una disposición de carácter procesal que, por ese motivo, es de orden público, debe aplicarse, cualquiera que sea el estado de la causa, y es indudable que el Juez puede ejecutar la resolución que dicte, de acuerdo con dicho Artículos, en cualquier estado en que se encuentre el proceso.

Como se observa en un primer momento la figura causó diversas problemáticas en torno a su forma de aplicación y la responsabilidad del pago de la misma, así como sus alcances y su carácter obligatorio. Así en 1935 se emitió una tesis muy corta que únicamente determinó el carácter público y obligatorio de la misma. Pues de las tesis históricas referidas se estima que ésta no era del todo obligada:

REPARACION DEL DAÑO.³

Por la estructura del Código Penal vigente en el Distrito Federal, la reparación del daño debe considerarse como una pena pública, con carácter general y no de excepción.

El mismo entendimiento del concepto se puede mostrar en la siguiente tesis:

REPARACIÓN DEL DAÑO.⁴

La reparación tiene el carácter de pena pública, y comprende la restitución de la cosa obtenida por el delito, o, en caso contrario, el pago del precio de la misma y debe exigirse de oficio por el Ministerio Público, y esa pena surge en cada en que, al infringirse una ley sustantiva, se ataca el patrimonio moral y material de la víctima, aun cuando el legislador no la haya enumerado al tratar de cada uno de los delitos.

Otra tesis que muestra uno de los extraordinarios cambios que ha sufrido el Derecho Penal en la materia es la siguiente:

REPARACION DEL DAÑO COMO PENA PÚBLICA. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PEDIDO POR EL AFECTADO.

La reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; por lo tanto, su imposición debe apoyarse en la declaración de responsabilidad penal correspondiente, por lo

³ Amparo penal directo 2257/33. Ríos Torres Enrique. 8 de marzo de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Excusa: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁴ Amparo penal directo 538/34. Aponte Baillet Enrique. 4 de marzo de 1936. Mayoría de tres votos. Ausente: Hermilo López Sánchez. Disidente: Rodolfo Asiáin. La publicación no menciona el nombre del ponente.

que si se estimara procedente el amparo, que haga valer el ofendido aduciendo que la responsabilidad culposa del acusado, debió hacerse considerándola como grave y no leve, equivaldría a conceder a la parte ofendida en el proceso, a través del juicio constitucional, el ejercicio de la acción penal que sólo incumbe al Ministerio Público.⁵

En términos similares al anterior se advierte también la siguiente tesis:

REPARACION DEL DAÑO, PAPEL QUE DESEMPEÑA EL OFENDIDO EN EL JUICIO RESPECTO DE LA.⁶

El papel que desempeña el ofendido en el proceso, puede decirse que es nulo. Nuestro Derecho Procesal, no le reconoce el carácter de parte en él, ya que en su Artículos 9 sólo le concede la facultad de poner a disposición del Ministerio Público y del Juez Instructor todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño; pero debe advertirse, por una parte, que la facultad que se le concede, es más bien una obligación, atento lo que dispone el Artículos 400 del Código Penal, y por la otra, que toda petición que haga, inclusive la demanda de reparación del daño, queda sujeta a la voluntad del Ministerio Público, que es quien exige dicha reparación. En consecuencia, lo único que en realidad hace el ofendido es manifestar el interés que tiene en la reparación del daño y acreditar el derecho que para ello le asiste. El ofendido, atento lo que dispone el Artículos 417, fracción III, tendrá derecho a apelar cuando coadyuve en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta. De los términos de esta disposición se desprende con absoluta claridad que el ofendido sólo puede apelar en lo relativo al incidente de reparación del daño que, propiamente, es un incidente civil dentro del proceso penal, pero que no puede hacerlo en éste, por no ser parte en él y porque legalmente ningún agravio le causa ni le puede causar que se imponga determinada pena al acusado o que se le absuelva del delito. Es indudable que en la apelación podrá formular agravios, única y exclusivamente en lo que se refiere al monto de la reparación y a la procedencia de condenar a ella; pero no por lo que respecte a la comprobación del delito, ni a la responsabilidad del acusado, ni a la pena impuesta, y si no obstante lo anterior los formula, el juzgador no podrá tomarlos en consideración, sencillamente por ser ilegal que el ofendido se arroge en el proceso una facultad que no tiene.

⁵ Primera Sala Tomo CXXXII. Pág. 439 Tesis Aislada (Penal Amparo directo 2463/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de junio de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

⁶ Tesis: Semanario Judicial de la Federación Quinta Época, 29, 2904, 20 de 969 Primera Sala Tomo CXXX, Pág. 156 Tesis Aislada (Penal) Amparo directo 3908/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 11 de octubre de 1956. Mayoría de tres votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez.

Si bien el Artículo 10 de la Ley de Amparo publicada el viernes 10 de enero de 1936 (ahora abrogada) advertía que el ofendido podía promover un juicio de amparo en torno a la reparación del daño. De las tesis anteriores se advierte que tal posibilidad o derecho es limitado en tanto a que su participación en el proceso penal es inexistente. La víctima puede expresar el deseo de la reparación, pero es obligación del Ministerio Público exigirla.

De todo lo anterior se advierte que, en un primer momento, si bien se introduce el concepto de la reparación del daño, mismo que supone la restitución moral o física de la víctima, en muchos sentidos éste no se vincula directamente con la víctima en tanto que ésta no se encuentra legitimada para exigir la restitución de la cosa y el acceso al amparo a su vez es limitado.

Así también, dado que la reparación no es observada como un derecho humano de la víctima, en realidad tiene pocos alcances y en muchos sentidos es improcedente, como se observa en la siguiente jurisprudencia (ya superada) que estima que la reparación del daño no puede solicitarse en delitos de peligro:

ABANDONO DE PERSONAS, IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE REPARACION DEL DAÑO TRATANDOSE DEL DELITO DE.⁷

El delito de abandono de personas que, en puridad técnica debe denominarse «omisión de deberes de asistencia familiar», es un delito que

⁷ Tribunales Colegiados de Circuito Volumen 97-102, Sexta Parte Pag.343 Jurisprudencia (Penal) Superada por contradicción TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. Séptima Época, Sexta Parte: Volumen 61, página 15. Amparo directo 65/73. Noé Alvarado Montejo. 31 de enero de 1974. Unanimidad de votos. Ponente: Renato Sales Gasque. Volumen 77, página 15. Amparo directo 256/74. Carmen Hernández Salvador. 29 de mayo de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Barredo Pereira. Secretario: Héctor Ruiz Elvira. Volumen 79, página 15 Amparo directo 73/75. Bernardo Félix Chablé. 14 de julio de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Barredo Pereira. Secretario: José Isabel Hernández Díaz. Volumen 79, página 15. Amparo directo 88/75. Candelario Díaz Jiménez. 23 de julio de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Renato Sales Gasque. Secretario: Teodoro Camacho Pelayo. Volúmenes 97-102, página 13 Amparo directo 130/77. Ernesto Sánchez López. 23 de junio de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Barredo Pereira. Secretario: José Isabel Hernández Díaz. Notas: En los Informes de 1974 y 1977, la tesis aparece bajo el rubro "DELITO DE ABANDONO DE PERSONAS. IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE REPARACIÓN DEL DAÑO". Esta tesis contendió en la contradicción 20/98-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivaron las tesis 1a./J. 21/99 y 1a./J. 20/99, que aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, mayo de 1999, páginas 339 y 362, con los rubros: «REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR. LA IMPOSICION DE ESA PENA NO EXCLUYE LA POSIBILIDAD QUE TIENEN LOS ACREEDORES PARA RECLAMAR EL PAGO DE ALIMENTOS POR LA VIA CIVIL.» y «REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR. PROCEDE CONDENAR A ELLA POR LAS DEUDAS Y OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR LOS ACREEDORES DURANTE EL LAPSO EN QUE PERSISTIO ESA INASISTENCIA.», respectivamente.

tutela la vida e integridad corporal de los sujetos pasivos específicamente determinados en la figura, cuya consumación se actualiza con la puesta en peligro de estos bienes jurídicos, lo cual revela que en orden al resultado, debe considerarse como delito de peligro, en el que no puede existir daño material o moral que dé base a la sanción reparadora. En efecto, la reparación del daño, que forma parte de la sanción pecuniaria, no debe ser objeto de condena, tratándose de delitos de peligro, ya que éstos, por su naturaleza especial, no causan daños, sin que esto implique que el acreedor alimentista no tenga expedita su acción civil para obtener el pago de las pensiones adeudadas, ya que a través de la figura delictiva se ha pretendido únicamente una más efectiva tutela, para evitar los incumplimientos de deberes de asistencia que pongan en peligro completo la vida e integridad corporal del cónyuge e hijos menores, quienes por la conducta omisa del sujeto activo quedan en situación de desamparo total; pero es patente que esta tutela de naturaleza penal no elimina la posibilidad de ejercicio de las acciones civiles que, en su caso, podría ejercitar el acreedor alimentista.

Del texto anterior se desprende que el derecho de la víctima no puede ser exigido en aquellos tipos penales de peligro en tanto a que estos “por su naturaleza especial, no causan daños” y por lo mismo no es necesario restituirlos.

Así, sobre la percepción del concepto hacia esta etapa del derecho, se advierte también que ésta puede ser exigible “siempre que el hecho constitutivo de delito causa daño”,⁸ de tal suerte que la concepción establece una perspectiva en la cual, no siempre se produce un perjuicio en el desarrollo de un hecho delictuoso, y por lo mismo, no es exigible en todos los actos delictivos, sino sólo en aquellos en los que puede probarse que existe un daño.

⁸ Tesis: *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época 236869. 401 de 412. Primera Sala Volumen 20, Segunda Parte, Pág. 27, Tesis Aislada (Penal) Daño, reparación del. son problemas distintos su declaración como pena pública y su exigibilidad. Amparo directo 1038/70. Pablo Rosales Salazar. 6 de agosto de 1970. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Abel Huitrón y Aguado. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Secretario: Fernando Curiel Defosse.

III. Segundo periodo: su concepción como garantía

Hacia 1993 el Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sufrió una primera reforma importante en materia de garantías y derechos en el ámbito penal. Se reformaron algunos numerales en torno a los derechos del imputado y se incluyó un párrafo final que refería lo siguiente:

...En todo proceso penal, la víctima u ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le sufraga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y los demás que señalen las leyes.⁹

Esta modificación al Artículo 20 constitucional constitucionalizó los primeros derechos de la víctima, misma que a partir de entonces comienza a tener mayor relevancia dentro del proceso penal, si anteriormente su actuación era nula y la reparación del daño era una exigencia exclusiva del Ministerio Público a favor de la víctima, ahora constituye un derecho.

Sin embargo, de la redacción del precepto, tal y como estaba previsto en 1993, se observa que la reparación del daño no procedía en todos los supuestos penales, la cláusula “cuando proceda” advierte que tal derecho se encuentra sujeto a una serie de características que limitan dicho derecho. En este sentido se produjeron nuevos criterios jurisprudenciales que amplían y modifican la concepción del mismo como se observa a continuación:

REPARACION DEL DAÑO. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA.¹⁰

La reparación del daño es una sanción pecuniaria establecida en el Artículos 30 del Código Penal para el Distrito Federal, y que tiene como finalidad la restitución, y si no fuere posible, el pago del precio de la cosa obtenida por el delito, la indemnización del daño material y moral, así como de los perjuicios causados a la víctima o sujeto pasivo del delito, susceptible de cuantificación, de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso, por lo que el pago de dicha pena debe ser impuesta en favor del ofendido y en caso de fallecimiento del mismo a los familiares o bien a quienes dependan económicamente de él al momento

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

de su muerte, por lo que el acto reclamado que impone dicha pena únicamente a favor del Estado viola garantías y procede conceder el amparo para el único efecto de que se elimine la misma por una clara inobservancia del Artículo 30 bis del Código Penal en comento.

Del criterio anteriormente transcrito se observa que hay una importante transformación en la concepción de dicha pena pública. Ya no sólo es una imposición exigible por el Estado, sino que ésta tiene el carácter de derecho de la víctima y además puede ser reclamada por terceros. No sólo se impone a favor del Estado, sino que se solicita a favor de la víctima.

La reparación del daño sufrió una importante modificación en tanto a su entendimiento, misma que se robusteció con la reforma constitucional del 2000 en tal sentido, en la que se incorporó un apartado B al Artículo 20 constitucional con el fin de enumerar los derechos de la víctima, entre los cuales se reafirmó la reparación del daño:

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.¹¹

La reforma del año 2000 estableció como obligación del Ministerio Público la exigencia de la reparación del daño, lo cual significó la obligatoriedad de solicitar en nombre de la víctima el derecho al que queda sujeto con motivo de encontrarse sujeta a un acto constitutivo de delito. Lo mismo ocurre con el juzgador quien deberá condenar la reparación respectiva en la sentencia definitiva. Si bien ello a su vez supuso un avance, tal precepto final significa que el plazo para lograr la obtención de la restitución dependerá del tiempo que tarde el trámite del proceso penal en primera instancia y hasta la emisión de la sentencia definitiva.¹² Ello en principio supone un problema para la víctima porque tal resarcimiento puede durar varios años.

En este sentido y en tanto a los alcances del precepto se observan aún dos limitantes, en principio es la incapacidad de la víctima para solicitar por sí misma la reparación del daño, sino que ésta se realiza a través del Ministerio Público y la segunda es que la misma continúa siendo res-

¹¹ Secretaría de Gobernación. Decreto por que se declaran reformadas, adicionadas y derogadas diversas disposiciones del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día jueves 21 de septiembre de 2000.

¹² Vázquez Acevedo Enrique, "La víctima y la reparación del daño", en *Revista de derechos humanos-defensor*, Número 12, Diciembre 2010, p. 22.

trictiva a aquellos delitos considerados de daño y no de peligro, hecho que se justifica en tanto a que un delito de peligro no vulnera el bien jurídico tutelado y por lo mismo no es necesario resarcirlo. No obstante, a ello, hoy en día lo anterior también se ha modificado en el marco de la misma transformación del derecho penal.

IV. Tercer periodo: su concepción en las reformas constitucionales

La reforma constitucional penal del 2008 posibilitó a la víctima ser parte dentro del proceso penal, así como la reciente promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales se desprende que, si bien el Ministerio Público tiene la obligación de solicitar la reparación del daño, la víctima queda facultada para exigirla por sí mismo. Esto en tanto a que ya no sólo se trata de una pena pública sino de un derecho que la persona agraviada puede y debe exigir a fin de resarcir el agravio causado como consecuencia de un hecho ilícito. En tal sentido se abre un marco importante en torno a la relación de la víctima dentro del derecho penal.

Uno de los criterios más controvertidos en torno a la reparación del daño versa en torno a cuándo y bajo qué circunstancias es aplicable. En este sentido, todavía en 2009 se emitieron dos tesis aisladas en torno a la improcedencia de la reparación del daño cuando se trata de delitos de peligro y no de daño como se muestra a continuación:

REPARACIÓN DEL DAÑO. RESULTA IMPROCEDENTE EN DELITOS DE PELIGRO Y NO DE DAÑO.

Aun cuando la reparación del daño está considerada como pena pública, por lo que el juzgador no puede absolver al sentenciado si ha emitido una sentencia condenatoria, sin embargo, tal deber sólo opera para los delitos de resultado y no de mero peligro, en virtud de que éstos no producen un resultado material o daño que deba ser reparado.¹³

¹³ Tribunales Colegiados de Circuito Tomo XXIX, Enero de 2009 Pág. 282 tesis Aislada (Penal) TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO. Amparo directo 579/2008. 28 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretaria: Ana Delfina Gutiérrez Montoya.

Y a su vez:

NEGATIVA A PRESTAR ASISTENCIA MÉDICA A UNA PERSONA EN CASO DE NOTORIA URGENCIA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 469 DE LA LEY GENERAL DE SALUD ES DE PELIGRO Y NO DE DAÑO, POR LO QUE RESULTA IMPROCEDENTE LA CONDENA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO.¹⁴

El examen de dicho precepto revela que se trata de un delito de omisión, en virtud de que sanciona la abstención del agente de cumplir con lo ordenado por la ley, en el sentido de negarse a prestar la atención médica requerida por una persona en caso de notoria urgencia. El delito es formal o de mero peligro, ya que no requiere para su integración de la producción de un resultado material, sino sólo la mera puesta en peligro del bien jurídico tutelado, la vida, que se agota con la simple negativa del agente. Y no puede ser de otra manera, porque si la puesta en peligro de la vida se materializa en un resultado dañoso, lesión u homicidio, se estaría en presencia de un delito de lesión por el daño causado, y material por el resultado objetivo. Entonces, si solamente es un delito de peligro y no de daño, la reparación del daño como pena pública no aplica, tanto porque no existe nada que restituir, como porque el daño material y moral que se hubiesen causado corresponden al delito o delitos con los que se identifiquen esos daños.

Como bien establecen las tesis referidas, en principio la reparación del daño no puede ser exigible en tanto a que el bien jurídico tutelado no sufrió ningún daño. En el caso de la última tesis se habla de la vida. No obstante, lo anterior en el marco de las últimas reformas constitucionales de 2008 y 2011, mismas que amplían el concepto aquí analizado, lo anterior puede ser debatido. A fin de explicar esto es necesario referir algunos conceptos en torno a los delitos de daño y peligro.

En este sentido, por delitos de peligro se entienden todas aquellas conductas que crean la posibilidad de una lesión del bien jurídico que la figura protege.¹⁵ A su vez, estos últimos se dividen en abstracto y concreto. “El delito de peligro concreto es aquel que requiere que el bien jurídico haya efectivamente experimentado un riesgo, y se perfecciona cuando el sujeto provoca la situación de riesgo específica que el tipo penal señala.

¹⁴ Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXIX, Febrero de 2009, Pág. 1981, Tesis Aislada (Penal) TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO. Amparo directo 579/2008. 28 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretaria: Ana Delfina Gutiérrez Montoya.

¹⁵ *Idem*.

El delito de peligro abstracto se configura con la ejecución de una conducta que en sí misma posee aptitud para poner en peligro el bien jurídico, aunque éste no haya sufrido riesgo a consecuencia de la ejecución de ella.”¹⁶

Por su parte, los delitos de daños suponen aquellos en los que el bien jurídico tutelado sufre algún tipo de daño.

De conformidad con lo anterior, en principio y por regla general, a lo largo de la teoría de la reparación del daño no procede cuando se trata de un delito de peligro en tanto a que, como ya se mencionó anteriormente, no existe un daño que resarcir porque el bien jurídico tutelado no recibió ninguna afectación a consecuencia de la comisión de un ilícito.

Si bien lo anterior podría ser cierto, con la introducción del sistema acusatorio en México se incorporaron una serie de figuras procesales que refieren especial interés en la reparación del daño, misma que ya sólo se trata de restituir la situación jurídica de la víctima, sino que ésta se incorpora al sistema de sanciones, pudiendo llegar a sustituir incluso la pena privativa de libertad.¹⁷

En este sentido, la incorporación de las llamadas soluciones alternas, previstas en el Artículo 184 del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales prevén soluciones distintas a la prisión, estableciendo efectivamente como requisito para ello, efectivamente la reparación del daño. Tales medidas son: a) los acuerdos reparatorios y b) la suspensión condicional del proceso.

El primero procede cuando se tratan de delitos perseguidos por querrela, delitos culposos o patrimoniales sin violencia. La segunda puede ser empleada por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, y que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido.

Si bien no es mi intención ahondar en los procedimientos incorporados con el nuevo sistema de justicia es importante advertir que con ellos la reparación del daño no sólo puede ser concebida bajo un principio pecuniario, sino que también funciona como un mecanismo que permite reestructurar el tejido social a través de una relación entre la víctima u ofendido y por lo mismo la reparación puede presentarse en diversas formas. Esto es porque se parte del principio de que la comunidad es o puede ser víctima de todos los delitos, todos los miembros son potenciales víctimas y por lo mismo la reparación o compensación puede presentarse a través de diversos aspectos como devolver algo a la sociedad y compensar el

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

daño potencial que causó una conducta. Desde este enfoque, la última tesis referida sobre que la reparación del daño no procede en tanto a que no se violentó el bien jurídico tutelado que dicho caso es la vida, no sería procedente en tanto a que tal negativa pudiera volverse a producir y en un segundo caso sí pudiera llegar a existir alguna afectación.

Si tomamos en cuenta que la punibilidad para el delito advertido anteriormente se encuentra dentro de los marcos y supuestos referidos para solicitar suspensión condicional de proceso de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales, entonces independientemente que se trate de un delito de riesgo, la persona imputada estaría obligada a establecer un plan de restauración y en consecuencia, reparar el daño.

De igual forma, y en tanto a la reparación del daño en materia penal por delitos de riesgo, se ha comenzado a hablar de una reparación simbólica, la cual parte del supuesto de que Cuando la doctrina se refiere a la reparación simbólica, lo hace desde la perspectiva de que la “reparación no puede limitarse solamente a los delitos que causan un daño material, sino que también debería abarcar aquellos que no han sido consumados (tentativa fracasada) o algunos delitos de peligro abstracto (conducción imprudente sin consecuencias lesivas). Lo cual puede ser utilizado o empleado en un fondo para víctimas.¹⁸ De esta forma, hoy en día, aunque no exista un daño específico que resarcir, aun así, existe o debería existir la obligatoriedad de reparar un daño simbólico.

En México, si bien no existen criterios jurisprudenciales en este respecto específico (pues el último data de 2009 y se emitió pocos meses después de la reforma penal y con base en el sistema inquisitivo), las tendencias jurídicas actuales se encaminan a tal concepción de la reparación del daño dentro del ámbito penal, pues además de la importancia que se le da en el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, se observa que en la también reciente Ley General de Víctimas se prevé la creación de un fondo para víctimas. Si bien dicho fondo aún no cuenta con legislación reglamentaria que lo regule, es posible que uno de sus subsidios se desarrolle a partir de la denominada reparación simbólica.

¹⁸ *Idem.*

V. Cuarto periodo: su concepción en los delitos y en el daño moral

Debe hacerse el pago en la reparación del daño tratándose del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria, tal como lo menciona la siguiente tesis.

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. ATENTO A LA NATURALEZA DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO, Y CONFORME A UNA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, EL ARTÍCULO 48 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (AHORA CIUDAD DE MÉXICO), QUE PERMITE EL PAGO DE SU MONTO EN PLAZOS, ES INAPLICABLE A LOS SENTENCIADOS POR DICHO ILÍCITO, POR LO QUE DEBE HACERSE EN UNA SOLA EXHIBICIÓN.¹⁹ Si bien es cierto que del precepto citado se advierte el derecho del sentenciado a pagar en plazos el monto de la reparación del daño, una vez acreditada su situación económica, los que en su conjunto no podrán exceder de un año, teniendo en cuenta el monto del daño a que fue condenado, con la potestad del juzgador de exigir una garantía si así lo estima conveniente; también lo es que la reparación del daño derivada de la comisión de un delito constituye un derecho humano reconocido en el Artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a favor de las víctimas u ofendidos de una conducta ilícita, cuyo cumplimiento exige que se satisfaga eficaz e integralmente; aspecto que no puede entenderse sin comprender la naturaleza del bien jurídico afectado, ya que existen bienes que no resisten la aparición del fenómeno de la permanencia en la consumación y, en el caso, el derecho a recibir los medios necesarios para la subsistencia jamás queda agotado, ya que su naturaleza le permite resistir una consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo. Además, la mujer, en la mayoría de los casos, es sujeto pasivo de este tipo de delitos y resulta ser la más afectada, por lo que debe impartirse justicia con base en una perspectiva de género, atento al reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, previstos en los Artículos 1° y 4° de la Constitución Federal. Por tanto, tratándose del delito de incumplimiento de la obligación alimentaria, el pago total a que fue condenado el sentenciado respecto del daño material, debe hacerse en una sola exhibición, pues al tratarse de una omisión de proporcionar alimentos a quien tiene derecho, se entiende que debe pagarse en su totalidad, aun cuando hubiera aducido, por ejemplo, no percibir ingresos, pero

¹⁹ *Idem.*

del convenio celebrado en el juicio de divorcio voluntario, se advierte, al liquidarse la sociedad conyugal, que se le quedaron diversos bienes que le permitían cumplir con la obligación alimentaria, sin que desde esa fecha lo haya hecho; además de que la ofendida no percibió retribución alguna durante todo el tiempo que duró su matrimonio civil, por haberse dedicado a la atención y cuidado de sus hijos y de su hogar; de ahí que, tratándose de dicho delito no debe aplicarse el Artículo 48 mencionado, ya que los alimentos tienen como principio total el de proporcionalidad, por lo que para cumplir con éste, debe dilucidarse de acuerdo con las circunstancias del caso concreto qué es lo que debe comprender el concepto de una vida digna y decorosa, y apreciar de ese modo las necesidades y posibilidades de los ex cónyuges y, especialmente, auxiliarse de su análisis de métodos jurídicos válidos, como el de impartir justicia con perspectiva de género.

Para el pago de la reparación del daño moral es necesario determinar características como las mencionadas en la siguiente tesis.

DAÑO MORAL. PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN, EN CASO DE PÉRDIDA DE LA VIDA, DEBEN CONSIDERARSE LOS PARÁMETROS INTERNACIONALES.²⁰

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que el pago de la reparación del daño moral debe comprender la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, en los sentimientos, afectos, vida privada u otros elementos que integran el aspecto moral de los dependientes económicos o derechohabientes de la víctima, así como los gastos funerarios efectuados, las erogaciones que se realizaron para tratar de restablecer estados de salud y otros más, que sólo las circunstancias del caso pueden determinar y que son consecuencia directa e inmediata de la comisión de ese evento. En otras palabras, el derecho humano a la indemnización por daño moral en caso de la pérdida de la vida humana debe implicar una restitución integral a favor de los familiares dependientes, lo anterior se explica porque en términos del Artículo 63, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ante la violación de un derecho humano surge la garantía de resarcimiento; sin embargo, en el caso del derecho a la vida, no es posible la restitución in integrum de manera que es necesario buscar formas sustitutivas de reparación en favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria. En consecuencia, esta indemnización se refiere primeramente a los perjuicios sufridos y éstos comprenden tanto el daño material como el moral, y para llegar a un monto adecuado sobre los daños sufridos por las víctimas, deben partir de los siguientes parámetros: a) Corresponder a cada una de las familias de las víctimas; b) Considerarse la edad de las víctimas al momento de su muerte y los años que les faltaban

²⁰ *Idem.*

para completar la expectativa de vida y los ingresos que obtenían con base en su salario real; y, c) A falta de salario real, o de la información respectiva, en el salario mínimo mensual vigente en el país, pero estimando la situación real económica y social para el cálculo de la indemnización.

¿Es cuantificable la violación del derecho a la vida? La cuantificación mediante la fijación de un mínimo y un máximo para su pago es inconven- cional, según lo señala la siguiente tesis.

CUANTIFICACIÓN MEDIANTE LA FIJACIÓN DE UN MÍNIMO Y UN MÁXIMO PARA SU PAGO, ES INCONVENCIONAL.²¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció como crite- rio para los casos de violación del derecho a la vida, que ante la imposibilidad de restituir éste, es necesario buscar formas sustitutivas de reparación en favor de familiares y dependientes como lo es la indem- nización pecuniaria. Al respecto, no se soslaya que la vida humana no puede restituirse en dinero, empero, la privación de este derecho humano amerita una reparación integral, que sea suficiente, justa y permita al afectado atender todas sus necesidades y llevar una vida digna. Es por esta razón que el Artículo 132 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo es inconvenicional porque la legislación civil vigente en esta entidad, remite expresamente a la norma laboral de manera subsidiaria y establece un parámetro mínimo y máximo para concretar la indemnización por daño moral. Esa regulación respecto a la cuantificación del daño moral es lesiva al marco jurídico conven- cional de índole internacional, porque en el Artículo 132 citado, fue el legislador local quien, arbitrariamente, fijó montos indemnizatorios, al margen de los casos que pudieran actualizarse y su realidad económi- ca y social, es decir, se califica de inconvenicional,

¿Qué debe de comprender el pago de la reparación del daño en caso de muerte?

El pago de la reparación del daño moral en caso de muerte debe comprender la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, en los sen- timientos, afectos, vida privada u otros elementos que integran el aspecto moral de los dependientes económicos o derechohabientes de la víctima, así como los gastos funerarios efectuados, las erogaciones que se reali- zaron para tratar de restablecer estados de salud y otros más, que sólo las circunstancias del caso pueden determinar y que son consecuencia directa e inmediata de la comisión de ese evento.

²¹ *Idem.*

¿Qué es el derecho humano a la indemnización por daño moral en caso de muerte?

Dicho de otra manera, el derecho humano a la indemnización por daño moral en caso de muerte debe implicar una restitución integral.

¿Cuál es la manera en que puede determinarse la indemnización por la pérdida de vida de una persona con base al criterio de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos?

Este aserto encuentra sustento en los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo a la manera en que puede determinarse la indemnización por la pérdida de la vida de una persona. Conforme a los cánones internacionales que rigen en materia de indemnización por daño en caso de pérdida de la vida, parten de los siguientes parámetros:

- A) Debe corresponder a cada una de las familias de las víctimas.
- B) Debe considerarse la edad de las víctimas al momento de su muerte y los años que le faltaban para completar la expectativa de vida y los ingresos que obtenían con base en su salario real.
- C) A falta de salario real, o de la información respectiva, en el salario mínimo mensual vigente en el país, pero estimando la situación real económica y social para el cálculo de la indemnización.

¿En qué consiste el criterio de compensación?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido que, para establecer la reparación del daño con motivo de la muerte de una persona, pueden tomarse como base, aplicando un criterio de compensación:

Los ingresos que los familiares dependientes podrían haber percibido de parte de la víctima, durante los años de la vida de ésta; asimismo, ha señalado que

a falta de información precisa sobre los ingresos reales de la víctima, debe tomar como base el salario mínimo para la actividad correspondiente en el país"; pero este criterio se acota a considerar por razones de equidad la situación real, económica y social latinoamericana.

Si esto es así, haciendo una comparación entre el límite establecido para el pago de daño moral que establece la legislación civil local, con los estándares internacionales mencionados, se concluye que el Artículo 132 referido, que establece una cantidad fija mínima y máxima para la indemnización en caso de muerte resulta inconvencional, pues no satisface los

estándares internacionales, ya que no considera la afectación que produjo esa muerte en los familiares de la víctima. Lo anterior es así, porque en los términos y alcances en que se redactó el Artículo 132, se contiene una limitación al juzgador para apreciar: las circunstancias particulares de cada caso concreto, al establecer un límite fijo impuesto en cantidad mínima y un límite superior susceptible que impide graduar el monto de la indemnización y lo anterior impide que la restitución sea integral. Consecuentemente, el Artículo 132 citado, al limitar la cuantificación mediante la fijación de un mínimo y un máximo para el pago del daño moral, resulta contrario a lo que en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha establecido; motivo por el cual, la responsabilidad civil que deriva de la privación de la vida de una persona no puede ser enmarcada dentro de un límite que así lo prevenga.