

REPARACIÓN DEL DAÑO Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CONTEXTO DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y MEXICANO

[Repair of damage and restorative justice In the context of the Spanish and Mexican Criminal Code]



Dr. Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ

Profesor Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNACH

Mtra. Lidia Inés SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de Chiapas
mihael.champo@ijj-unach.mx

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2018

Fecha de aceptación: 4 marzo 2019

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN ■ II. CLASIFICACIÓN GENERAL Y TIPOS DE DAÑOS ■ III. EL DAÑO JURÍDICO ■ IV. REPARACIÓN/RESARCIMIENTO DEL DAÑO ■ 1. *La reparación económica o material del daño* ■ 2. *La reparación del daño moral* ■ V. LA INDEMNIZACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL ■ VI. DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y PERJUICIO ■ VII. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL ■ 1. *España* ■ 2. *México* ■ VIII. JUSTICIA RESTAURATIVA ■ IX. CONCLUSIONES ■ X. BIBLIOGRAFIA.

Resumen

Al ser la reparación del daño una concepción de carácter patrimonial obtenida del Derecho civil, deja de lado cuestiones tanto sentimentales, emocionales y sociales, con todos los efectos que produce el delito en la vida de la víctima; por lo anterior, esa visión sobre la reparación del daño no puede considerarse la más adecuada, ya que intentar regresar

las cosas a su estado previo a la conducta delictiva es verdaderamente imposible.

El objetivo a conseguir del derecho penal debe ser alcanzar la paz social, y no únicamente la retribución del daño causado; ese instrumento pertinente para lograr dicho objetivo es la Justicia Restaurativa, la cual, propicia encuentros entre las personas afectadas para la solución del conflicto (y no la mera sanción de la conducta) y en lo cual es importante precisar, que no se traduce en una privatización de la justicia penal.

Abstract

Because the reparation of damages is a conception of patrimonial character gotten by civil rights, it puts aside sentimental, emotional and social issues, with all the effects the already stated felony produced in the victim's life, therefore, that vision on the reparation of damages can not be considered the most adequate, since trying to get things back to its previous state before a criminal conduct, is truly impossible.

The objective in criminal law is to reach social peace, not only the retribution of the damage caused; the relevant instrument to manage that objective is Restorative Justice which promotes encounters between victims for the conflicts solution (not just the conduct's fine or penalty), and it is important to specify that it does not translate in a privatisation of justice.

Palabras Clave

Daño, Reparación, Justicia Restaurativa, Perjuicio, Responsabilidad.

Keywords

Damage, Repair, Restorative Justice, Harm, Responsibility

I. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN

La palabra daño, proviene del latín *damnum*, que significa deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien¹. Existen diferentes teorías del daño, pero las mismas, siempre se traducen en un mal causado que tiene diferentes consecuencias negativas, mismas consecuencias que pueden tener diverso impacto y diferentes niveles de efectos en las cosas o en las personas.

1. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, «daño», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones jurídicas/ UNAM, tomo III D, Serie E, Núm. 24, 1983, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/1.pdf>, p. 13.

Para poder explicar el daño, podemos prestar atención a los orígenes de dicha figura, en donde adquiriría observancia como un principio general de derecho, de secular raíz, estableciendo que, todo aquel que cause un daño a otro tiene obligación de repararlo. Esta concepción surge en Roma en el año 287 a.C. en los comicios de la *plebem* a propuesta del tribunal Aquilio (por Aquilio Galo) quien dictó una ley que tenía por objeto regular la reparación del daño causado a otro. Su objeto era bastante limitado, ya que se refería sólo a los hechos de matar o herir a un esclavo o animal, o destruir o deteriorar una cosa, a la mencionada ley, se la conoce como *Lex Aquilia*².

Si hacemos un breve recuento de la aparición del daño en el tiempo, distinguiremos sus dos principales momentos, en sus inicios en la comunidad primitiva, caracterizada con el sistema de venganza privada, donde toda ofensa que ocasionara daño a un sujeto, se consideraba realizada contra todo su grupo familiar, por lo que era obligación del ofendido y de su familia, castigar al ofensor y también a todo su grupo familiar, por lo que la responsabilidad no se encontraba particularizada, sino que respondía a todos los miembros del clan familiar y no que ésta debía ser proporcional al daño ocasionado. Posteriormente, el Código de Hammurabi fue el primer cuerpo normativo registrado en la historia que hizo referencia a un tipo de compensación, pero que consistía en la restitución por el daño o el robo ocasionado a un sujeto, de hasta 30 veces más la cosa materia del perjuicio, y que en caso de no tenerse los medios para la indemnización se le condenaba a muerte, por lo que tal compensación corría a cuenta entonces del Estado³.

También, podemos encontrar en el Derecho Indio, el *Código de Manu* (600 a.C) que estaba caracterizado por su regulación jurídica, religiosa y moral, el cual añadió ya un tinte moral que gozaba de normas éticas, estableciendo a detalle la indemnización por daños provocados contra el honor y estableciendo así penas pecuniarias, corporales o incluso la muerte. Para el Antiguo Derecho Romano, la concepción de daño, en sus orígenes era de índole material, únicamente concebían la reparación del daño por una conducta ilícita que afectaba el patrimonio del titular, pero con su evolución y florecimiento, se crea la *Ley de las XII Tablas* que constituyó un antecedente del daño moral, en el que se desprende del concepto de injuria, considerada una ofensa o desprecio hacia los demás, que provocaba una frustración de índole anímico o espiritual. En este tenor, ya para la Edad Media, en las 7 partidas, encontramos la regulación de los daños y sus compensaciones, pero el daño moral adquiere gran presencia, comprendiendo la lesión tanto a un derecho patrimonial como a los extra-patrimoniales y su regulación e indemnización pecuniaria⁴.

Finalmente, en la Revolución Francesa con el gran desarrollo social, político y cultural de la época, que repercutió en los valores morales y espirituales y se consolidaban como ejes centrales para el desarrollo y organización de las sociedades, se les otorgó la protección constitucional⁵. Partiendo de este contexto y como distinguiremos más adelante, el daño abarca más que sólo al acatamiento de matar o herir, sino que es más amplio y por tanto, se dificulta en demasía, no sólo en la forma de poder identificarlo, ya que no hablamos únicamente del daño económico o material sino tal

2. *Ibidem*. p. 14.

3. BRITO GONZÁLEZ, MANUEL SEBASTIAN, *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*, Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Ecuador, 2013, disponible en: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>, p. 19.

4. *Ibidem*, p. 20.

5. *Ibidem*, pp.20 y 21.

vez, en un daño moral, el cual abre un gran abanico de posibilidades para resarcirlo y determinar la forma de la participación tanto de las víctimas como de los ofendidos para dicha situación.

II. CLASIFICACIÓN GENERAL Y TIPOS DE DAÑOS

Una vez explicado el origen y la definición del daño, tendremos en cuenta que de manera general podemos catalogarlos; según el tiempo o duración en daños **inmediatos y mediatos**, los *inmediatos* se producen en forma instantánea o en un tiempo relativamente breve después de presentada la causa; los *mediatos*, se dan con bastante posterioridad a la mediata. Otra distinción, se obtiene de la forma en que se presentan, en donde encontramos los daños **directos e indirectos**, los *directos*, son producidos por el suceso dañoso como causa eficiente, y los *indirectos*, reciben su existencia de otra causa y el evento dañoso solamente es de ocasión. Otra de las separaciones, radica en daños **ciertos e inciertos**, el *cierto* es aquel cuya naturaleza se conoce bien en sí misma, en sus límites y contornos, pero en el caso del daño *incierto*, es aquel cuya naturaleza no se puede precisar por ser susceptible de permanecer igual o de agravarse después. Pero para realizar con mayor precisión las diferentes clasificaciones que pueden encontrarse en el daño, añadimos lo siguiente ⁶:

Atendiendo al momento en que se manifiesta.

- *Daños inmediatos*, aquellos que resultan del incumplimiento de una obligación o de un ilícito extracontractual conforme al curso normal y ordinario de las cosas. Así encontramos por ejemplo, si una empresa de transporte aéreo no cumple con la obligación de transportar al pasajero en la fecha convenida, el daño inmediato estará representado por los gastos que deba realizar el viajero para lograr otro pasaje similar, incluyendo gastos de traslado, mayor precio, etcétera.
- *Daños mediatos*, los que resultan de la conexión del incumplimiento del deudor o del ilícito extracontractual con acontecimiento distinto. Por ejemplo, si no hay pasajes disponibles en ninguna empresa, el viajero se verá impedido de realizar el viaje, frustrándose sus vacaciones⁷.
- *Daño actual*, es aquel ya producido al momento de dictarse sentencia.
- *Daño futuro*, es el que todavía no se ha producido al momento de dictarse sentencia, pero que se presenta como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, o un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual. El daño futuro suele plasmarse de la siguiente forma:
 - a) Como un *perjuicio sucesivo*, esto es como una prolongación de un daño ya existente, que no se agota al momento de la sentencia. Por ejemplo: el lucro cesante permanente experimentado por quien, a raíz de un accidente, queda con incapacidad absoluta y total para trabajar.

6. Cf. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, «Responsabilidad civil por daño moral», en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, México, año 9, No. 27, septiembre-diciembre, 1998, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>, p. 53.

7. LÍCARI LISANDRO, «Derecho de Daños», en *Bolilla no. 1: Introducción al derecho de daños*, Argentina, s.a., pp. 15 y 16.

- b) Como un *nuevo daño*, no existente al momento de dictarse sentencia, pero que conforme al curso normal y ordinario de las cosas, se producirá después de una vez pronunciada la sentencia. Por ejemplo: Una joven de 25 años es embestida por un automóvil y sufre la amputación de sus piernas, quedando imposibilitada absolutamente para trabajar. El daño actual, es aquel ya producido al momento de dictarse sentencia, que abarca el daño emergente (gastos médicos, de internación, medicamentos, etcétera.) y lucro cesante (ganancias frustradas hasta ese momento). De esta forma, el daño futuro está dado por aquellos gastos necesarios que, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, deba realizarse en el futuro, tales como nuevas intervenciones quirúrgicas, rehabilitación, asistencia médica, etcétera (daño emergente futuro) y por las ganancias frustradas a raíz de la incapacidad que padece, calculadas desde la fecha de la sentencia hasta el momento en que esté en condiciones de jubilarse (lucro cesante futuro).

Atendiendo al momento de su cuantificación.

- *Daño previsto o previsible*, es aquel que puede ser advertido, empleando la debida atención y conocimiento de la cosa.
- *Daño imprevisible*, es el que en tales circunstancias o por ciertas razones, no puede ser previsto o advertido. Si un daño es previsible, la falta de previsión en la conducta del autor evidencia entonces, la culpa.

Atendiendo en que se apoya la pretensión.

- *Daño al interés positivo*, comprende el daño adicional que se resarce al acreedor cuando se concreta la ejecución forzada directa o indirecta, es decir, aquello que el acreedor tiene derecho a obtener como reparación en caso de que el contrato celebrado hubiese sido cumplido conforme a lo pactado por el deudor. Comprende el daño moratorio y compensatorio, según sean los casos.
- *Daño al interés negativo*, es aquel que se comprende por todos los daños sufridos por el acreedor a causa de haber confiado en la vigilancia de un contrato que no se concretó o que se extinguió, es decir, todos aquellos que se encuentren en relación de causalidad adecuada con la frustración.

Como podemos observar, existen diferentes formas de clasificar y ejemplificar el daño, pero comúnmente bajo los engranajes del derecho civil, y en específico de su responsabilidad. Pero dentro de estas ideas, existen quienes hablan de la afectación del interés por el hecho ilícito, quienes definen al daño de acuerdo al derecho o bien jurídico menoscabado y también quienes hablan del daño como el resultado de la violación del derecho o interés vinculado al bien jurídicamente protegido, como un concepto unitario que abarca la lesión o lesiones y la resarcibilidad de la proyección del menoscabo en la persona, producida por el hecho que causa fuente de la obligación⁸.

Fernández Sessarego, que relaciona directamente el daño con el sujeto, afirma que el daño es un «*todo unitario*», por lo que entonces, la reparación o indemnización

8. FRÚGOLI, MARTÍN A., «Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente. Resarcimiento», en *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, 2004, disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/revista023/Dano_conceptos_clasificaciones_autonom%C3%ADas.pdf, p. 3.

en definitiva es *una* porque el daño de la víctima también lo es; como la persona es un todo y no se puede separar completamente su físico de su mente, ni de sus bienes, etcétera. En este contexto, el concepto de daño es *uno sólo*, más allá de todas las dimensiones, clasificaciones y proyecciones del daño que los hombres del Derecho realizan, para sujetar su verdadera dimensión en las personas. Aquí es importante señalar, que en la actualidad se han hablado de «nuevos daños» en la necesidad de agregarle un apellido que los particularice, como es el daño psicológico, daño estético, daño biológico, daño a la salud, daño al honor entre muchos otros, que aumentan conforme a los avances y descubrimientos científicos⁹.

Se puede pensar en que la utilidad de las calificaciones se encontrará en la adecuación y logro del resarcimiento de dicho daño o daños; sin embargo, existen autores que afirman que no existen los llamados «nuevos daños» ya que siempre han existido» lo que surgen, más bien son nuevas «causas de daños» por las nuevas conductas generadoras del menoscabo, ya con el aumento de la violencia, de la ciencia, de las tecnologías y de la globalización, pero lo verdaderamente innovador, está en su reconcomiendo jurídico¹⁰. Un ejemplo del mencionado avance de la ciencia y de la tecnología, que propio de la era moderna post industrial, logró un impacto en la legislación mundial, porque trajo consigo una serie de nuevos riesgos para la salud y el medio ambiente que se tradujo en el «daño ambiental»¹¹, daño que no se juzgara de nuevo, pero sí de necesaria observancia para el reconocimiento jurídico y en los temerarios paradigmas para su posible resarcimiento.

III. EL DAÑO JURÍDICO

Una vez que establecimos el parámetro del terreno de daño, en el mundo jurídico encontramos la existencia tres tipos de daños: el daño causado en el patrimonio, el daño en la integridad moral y el daño en la integridad física de las personas. Cada una la podemos entender de la siguiente forma:

- *Daño físico*, es la lesión o daño corporal que sería en su definición clásica, «*toda alteración anatómica o funcional causada por agentes externos, y desde un punto de vista médico-legal toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso*»¹².
- *Daño patrimonial*, es aquel que recae sobre bienes susceptibles de una valoración económica, ya sean corporales o incorporales, o que no poseen una naturaleza patrimonial, como por ejemplo la vida o la salud.¹³ En este sentido, se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valuación económica) de una persona física o moral, ocasionado por un agente externo¹⁴.

9. *Ibidem*, pp. 3 y 4.

10. *Ibidem*, p. 5.

11. PEÑA CHACÓN, MARIO, «Daño Responsabilidad y Reparación Ambiental», en *International Union for Conservation of Nature*, México, 2005 disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penacha-con03.pdf, p. 6.

12. R. BORREGO APARICI, *et. al.*, «Rehabilitación», en *Revista Elsevier*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre España, 2008, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

13. *Cfr.* PEÑA CHACÓN, MARIO, «Daño Responsabilidad...», *op. cit.*, p. 5.

14. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, «Daño patrimonial...», *op. cit.*, p. 15.

- *Daño extrapatrimonial o moral*, él cual resulta a veces complejo identificar, ya que no conduce a una disminución del patrimonio por recaer en bienes fundamentales que no pueden ser valorados desde una perspectiva pecuniaria, pero en la cual pareciera, que su única forma de reparación consiste en el resarcimiento económico, donde se incluyen las lesiones a los derechos de la personalidad, a los derechos fundamentales individuales o colectivos, así como el sufrimiento y molestias derivadas de tales afectaciones¹⁵. Es decir, que el daño moral es la afectación de valores no apreciables en dinero o de carácter no económico; Savatier, lo define como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, o un sufrimiento moral de origen diverso, en el que la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, en afecciones, entre otras¹⁶.

Un elemento importante en el daño moral, es que en él, hay «*una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial*»¹⁷. En esta tesitura, existen doctrinas que niegan que el daño moral sea reparable, dentro de los que niegan la reparabilidad del daño moral, que abordaremos detalladamente más adelante.

En consecuencia, entendemos el daño jurídico, en sentido amplio, como toda suerte de mal material o moral, es decir el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en sus bienes. Dicho daño puede provenir del dolo, de la culpa o de un caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. El daño doloso, obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos dentro de la complejidad de esta materia. El jurista Karl Larenz, define al daño en el sentido jurídico como aquel menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales o sobre su patrimonio¹⁸. De esta forma todo daño o detrimento, que tenga una consecuencia jurídica, es por tanto, reclamable o exigible de reparación a través de un proceso.

IV. REPARACIÓN/RESARCIMIENTO DEL DAÑO

En un sentido amplio, en la definición que nos aporta la Real Academia Española, podemos encontrar la palabra «*reparación*» como «*arreglar algo que está roto o estropeado*», «*enmendar, corregir o remediar, así como, «desagraviar, satisfacer al ofendido*»¹⁹. Dichas palabras nos llevan inmediatamente a relacionar que si el daño, es el deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provoca en la persona, cosas o valores morales o sociales de alguien, necesita analizarse con mayor profundidad.

15. Cfr. PEÑA CHACÓN, MARIO, «Daño Responsabilidad...», *op. cit.*, p.6.

16. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 56.

17. Cfr. LÍCARI LISANDRO, «Derecho de Daños», *op. cit.*, p. 17.

18. BRITO GONZÁLEZ, MANUEL SEBASTIAN, *El daño moral y los criterios...* *op. cit.*, p. 17.

19. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Reparar», en RAE, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=W0Nbalw>

Entonces ¿qué diferencia hay con «resarcir» y «restaurar»? para la RAE, «resarcir», significa, dar u obtener, una compensación por un daño o perjuicio, la cual, puede construirse de dos formas: a) La persona que recibe la compensación se expresa mediante un complemento directo, que es a menudo reflexivo, y el daño o perjuicio se expresa mediante un complemento con *de* o *por*. b) El perjuicio, es expresado por el complemento directo y la persona resarcida por un complemento indirecto, pero no debe usarse con el sentido de congraciarse²⁰, en cuanto a la palabra «restaurar», la misma Academia nos refiere que es recuperar o recobrar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía²¹.

Para entender sobre el sentido en el que se ha venido aplicado e interpretado la reparación del daño en nuestros códigos, el Dr. Díaz de León comenta, que la reparación del daño capta la esencia del Derecho Social a partir de la Constitución de 1917, pero es menester recordar, que durante el siglo pasado, y principios del actual, la época del liberalismo económico se caracterizaba por un respetar ilimitado de las «supuestas leyes económicas naturales», bajo estos principios la reparación del daño, no poseía el carácter de pena, pues deriva de la concepción privada de la reparación civil, es decir, que la reparación, indemnización y gastos judiciales, sólo podían exigirse por vía de demanda civil y por tanto satisfacerse con la leyes de la misma; en consecuencia, la reparación del daño –vista como pena pública– nace propiamente a partir de la Constitución de 1917, y al establecerse de tal forma, emerge como uno de los logros más valiosos de nuestro sistema penal (el mexicano), el cual de manera equitativa salvaguarda a los ofendidos por el delito en el aspecto de los daños y perjuicios que acarrea casi siempre la comisión de éste²².

Ahora bien, el derecho de la responsabilidad civil está encaminado, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se le debe otorgar. Este principio, acogido en gran parte por los sistemas jurídicos de orientación francesa, implica que la violación del «*alterum non laedere*» es decir, de un incumplimiento contractual, conlleva al restablecimiento del equilibrio por causar un daño. Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de «borrar la sombra de lo acontecido» (reparación in natura) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario tomando en cuenta todos los efectos de daño sufridos²³.

Una vez que ha quedado claro, qué es la reparación en materia de la responsabilidad civil, podemos manifestar que ninguna indemnización es ilimitada, pues todas tienen o marcan un límite, ya sea por el análisis de los mismos presupuestos de la responsabilidad civil, o por la forma de resarcirse. En este contexto, la reparación integral no es reparación ilimitada. La llamada reparación integral busca humanizar la indemnización y amparar mayormente a los injustamente damnificados. La «indemnización holística», se basa en que reparar un daño implicará buscar todos los medios posibles, no sólo económicos o en equivalentes, sino también en especie,

20. *Idem*.

21. *Idem*.

22. DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, *Código Penal Federal con comentarios*, Porrúa, México, 1998, pp. 73 y 74.

23. SANDOVAL GARRIDO, «Reparación integral y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Núm. 25, 2013, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>

para intentar volver las cosas al estado anterior al daño. Para lograr individualizar un resarcimiento acorde al Derecho y la Justicia, se habla entonces en un horizonte indemnizatorio tendiente a una reparación holística²⁴.

En este tenor, como y como mencionamos al inicio del presente artículo, al existir diferentes tipos de daño, existen diferentes formas de repararlo según se trate de la forma y grado de afectación provocada por ese daño o perjuicio, pero coincidimos en que éste debe ser integral, por lo que a continuación se explica la forma de reparar el daño tanto físico, como el daño moral.

1. La reparación económica o material del daño

En el sentido material de la reparación, en México diversos autores consideran que esta responsabilidad no se cumple plenamente, ya que la reparación del daño en las leyes y en la práctica se ha burocratizado, limitándose a un trámite administrativo posterior a un fallo judicial para otorgar una mera indemnización económica, o representada en dinero en caso de existir daños materiales e inmateriales, lo que evidencia, por un lado, un desdén hacia las víctimas y las violaciones a derechos humanos; y por el otro, una violación sistemática al derecho a la justicia, lo que incrementa gravemente la impunidad²⁵.

En el sentido formal, la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales, y e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, y servicios psicológicos y sociales²⁶. Por lo que la reparación del daño material a víctimas del delito parece ser como una especie de indemnización a partir de la cual se restituyen las cosas al estado en que se encontraban antes del delito²⁷. Pero la SCJN, se ha pronunciado en este sentido, refiriendo que la reparación del daño material tiene el carácter de pena pública, independientemente de la acción civil y que se exigirá por oficio por el Ministerio Público, determinando su cuantía con base en las pruebas obtenidas en el proceso²⁸; por lo que dicha reparación comprende el daño moral, el material, así como los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas y a sus familiares.

24. FRÚGOLI, MARTÍN A., «Daño: conceptos, clasificaciones...», *op. cit.*, p. 12.

25. ÓRGANO OFICIAL DE DIFUSIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, «12 Reparación del daño: obligación de justicia», en *defensor Revista de Derechos Humanos*, diciembre de 2016, http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_12_2010.pdf, p. 5.

26. *Ibidem*, p. 47.

27. COQUIS VELASCO, ARIADNA, *La reparación del daño material a víctimas del delito y la mediación penal en el Distrito Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/7.pdf>, p. 63

28. *Idem*.

2. Reparación del daño moral

De manera general, se ha concebido al daño moral como un atentado a un derecho extra-patrimonial o no pecuniario, es decir la lesión de bienes morales. En virtud de que el daño moral es algo «abstracto», es muy complicado determinarlo así como cuantificarlo, por lo que se han desarrollado diversas teorías para ello.

- *Tesis negativa clásica*: Según esta doctrina, el daño moral no resultaría indemnizable, por cuanto ello importaría vulnerar principios jurídicos y éticos. Desde el punto de vista jurídico, se sostiene que la reparación del daño moral atentaría contra elementales principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente y al hacerlo sobre parámetros totalmente arbitrarios. Desde el punto de vista moral y ético se ha sostenido que es inmoral y escandaloso poner precio al dolor o discutir el valor de los afectos.

Según estos autores, la reparación sólo resultaría admisible en caso de daños patrimoniales, ámbito en el cual siempre es factible el pleno restablecimiento del equilibrio alterado. Esta función quedaría totalmente desnaturalizada si se autorizase el pago de una indemnización, pese a no existir daño material. Ya que habría, según tal concepción, un enriquecimiento sin causa de la pretendida víctima y una evidente expropiación del indicado como responsable.

- *Tesis negativa moderna*: La tesis negativa moderna de la reparación del daño moral, es fruto de una cosmovisión diferente del derecho y de la vida: aquella que impera en los países comunistas. La mayoría de esas legislaciones no acogen la reparación del daño moral de forma total. La mejor explicación de este fenómeno puede encontrarse en el perjuicio de concebirla como una materialización del espíritu burgués, que todo lo reduce a dinero.
- *Doctrina que admite la reparabilidad*: La doctrina moderna admite pacíficamente la indemnización del daño moral. Existen discrepancias respecto del fundamento que asume esta obligación, habiéndose formulado diferentes líneas de pensamiento.
- *Doctrina de la pena o sanción ejemplar*: Para este sector doctrinario –hoy minoritario la reparación del daño moral no constituiría un resarcimiento, sino una verdadera pena civil, mediante la cual se reprobaría de manera ejemplar la falta cometida por el ofensor. Siempre estaríamos en presencia de una sanción, que asumiría una finalidad preventiva abstracta, dirigida a la comunidad y también al responsable, para que en el futuro se abstenga de incurrir en conductas similares a las que dieron lugar al daño.
- *Doctrina del resarcimiento del daño moral*: La tendencia dominante en el derecho moderno admite el carácter netamente resarcitorio que asume la indemnización por daño moral. El dinero que se paga en concepto de daño moral, cumple una función netamente satisfactoria; no se trata de alcanzar una equivalencia exacta de índole patrimonial ni de sancionar al responsable, sino de brindar una satisfacción o compensación jurídica al damnificado; imperfecta, porque no borra el perjuicio, ni lo hace desaparecer del mundo de los hechos reales, pero simplemente satisface al fin²⁹.

29. Cfr. LÍCARI LISANDRO, *Derecho de Daños*, op. cit., pp. 17 y 18.

- *Prueba del daño moral*: Una parte de la doctrina y jurisprudencia, formula una distinción según el lugar, de donde provenga el daño moral, ya sea de un acto ilícito o del incumplimiento contractual. En el primer supuesto, acreditada la acción lesiva, el daño moral debería tenerse por acreditado, correspondiendo la prueba en contrario al indicado como responsable. En la responsabilidad contractual, en cambio, el daño moral no se presumiría, exigiéndose una prueba clara y categórica, cuya carga pesaría sobre el accionante.

Sin embargo, Pizarro sostiene que la diferente raíz del daño moral no debería tener incidencia en materia de prueba, puesto que no hay razón alguna que justifica la dualidad de criterios. En consecuencia, por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, el daño moral debe, en principio, ser probado por quien lo alega³⁰.

V. LA INDEMNIZACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Hablar de responsabilidad civil y de la obligación de responder ante un mal causado y sus posibles formas, no hace dirigimos a Rojina Villegas, cuando señala que, «el daño causado es la condición sine qua non de la responsabilidad civil», es decir, que el daño determina la existencia de la responsabilidad civil y por ende la obligación de otorgar una indemnización a quien lo haya sufrido³¹. Por lo que no existe la obligación de responder, si no hubo previamente un mal dirigido, que se intenta «restablecer» a través de una compensación, llamada indemnización.

La indemnización es un acto que consiste en el restablecimiento de las cosas o circunstancias al estado que guardaban antes de producirse el daño, de no ser posible la indemnización se traducirá en un pago que debe fijarse en dinero³². Por lo que adquiere relevancia, cuando esa reparación no puede regresar las cosas o las circunstancias al estado anterior, y debe buscarse la forma, en que el pago, logre compensar o ser equivalente al mal causado, es decir, que procurar encontrar una llamada reparación integral que busque humanizar la indemnización³³ y encaminarse a amparar de mayor forma a los afectados.

También se le conoce con el nombre de «indemnización holística», ya que reparar un daño implicará buscar todos los medios posibles, no sólo económicos o en equivalente, sino también en especie, (sin desconocer la reparación por antonomasia en equivalente, por ser el dinero la unidad de valor con la cual se pueden adquirir numerosas cosas), para intentar volver las cosas al estado anterior al daño. Para lograr individualizar un resarcimiento acorde al Derecho y a la justicia, es que se debe trabajar entonces en un horizonte indemnizatorio tendiente a una reparación holística³⁴, o integral, ya que si hablamos de responsabilidad civil objetiva, traducida en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, que puede derivar de diversas fuentes, como contractuales, de una declaración unilateral de voluntad, de figuras autónomas o de un hecho ilícito, de un delito o de un mandato legal por causas objetivas³⁵, y nos

30. Cfr. *Ibidem*. p. 20.

31. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, «daño», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., p. 159.

32. *Idem*.

33. FRÚGOLI, MARTÍN A., «Daño: conceptos, clasificaciones...», op. cit., pp. 10 a 12.

34. *Idem*.

35. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, «daño», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., pp. 13 y 14.

encontraríamos con la responsabilidad objetiva³⁶. Pero en general, todo daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa, o por caso fortuito, siendo así, el modo verdaderamente importa en cualquier evento para arreglar la responsabilidad³⁷.

La obligación que surge de una responsabilidad civil, siempre tiene una fuente no voluntaria, es decir, siempre surge de la ley, ya que para que hubiera tal obligación como fuente voluntaria, se requeriría la creación de un acto en el que la voluntad sea expresada en el sentido de generar la responsabilidad, cosa que sólo se puede vislumbrarse en los casos de los actos jurídicos sujetos a cláusula penal.

La responsabilidad penal y civil se diferencian en que la pena tiene como fuente a las conductas (tipos penales) que se encuentran catalogados en el código penal, mientras que la responsabilidad civil puede surgir de cualquier daño que se cause, inclusive si proviene de un delito. Estos dos tipos de responsabilidad no se excluyen mutuamente, ya que puede suceder que un sujeto resulte responsable en los dos ámbitos por el mismo hecho; otra diferencia en la responsabilidad penal, es que el monto de la reparación varía en función del daño causado en el grado de culpabilidad, lo que va a determinar la pena, entonces se trata de la culpabilidad subjetiva o anímica del autor y no como en el campo civil que es culpabilidad objetiva³⁸.

Por eso es que la palabra reparar *strictu sensu*, es el vocablo adecuado para indicar la obligación primaria en los daños patrimoniales (materia civil) en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la producción del daño y resarcirlo, es decir, el cumplimiento de la obligación subrogada, o el equivalente pecuniario de la obligación primaria³⁹, el problema jurídico, en el daño –sobre todo en materia penal– consiste en individualizar los límites y criterios, de determinación para hacer que se el restablecimiento de las situaciones alteradas, por el quebranto, manifieste o represente el carácter estrictamente resarcitorio de la responsabilidad en el derecho de tradición romanista⁴⁰. Donde el autor de la lesión, caía bajo la responsabilidad del lesionado de la que únicamente se liberaba mediante el pago del rescate con el valor del resarcimiento.

El resarcimiento, es un remedio que surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto la obligación de reparar el daño ocasionado a otro, «dicha obligación de resarcir, parte de un dato imprescindible, el daño, es como si el ojo del jurista pasará por alto la causa del *damnum* y únicamente se interesará por el resultado, ciertamente producido». Juan Espinoza Espinoza, refiere que «no importa el origen del daño, sino como solucionar las consecuencias»⁴¹.

Pero es necesario observar la situación de la víctima, ya que la víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que el daño le produce, así que una vez causado éste, surge como mecanismo de protección, la obligación de indemnizar

36. *Idem*.

37. DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, Bensanzon imprenta de la viuda, de Don Joaquín Escriche, España, pp. 528 y 529.

38. *Cfr.* CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 51.

39. *Cfr. Ibidem*, p. 55.

40. FLORES MADRIGAL, GEORGINA ALICIA, «La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal», en *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Año I, Núm. 2, Julio-Diciembre, IJUNAM, 2012 pp. 62 y 63.

41. *Idem*.

por parte del responsable, convirtiendo a la víctima en titular del derecho a exigir la reparación del daño y al responsable en deudor⁴².

La finalidad o finalidades de la mencionada responsabilidad, es estrictamente re-sarcitoria o reparadora de la obligación, sin embargo algunos autores, como Fernando Hinestrosa, refiere que las funciones de la responsabilidad civil tienen que hacer vistas a partir de sus protagonistas⁴³:

- a) Con respecto a la víctima es satisfactiva.
- b) Con respecto al agresor es sancionadora.
- c) Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d) Común respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

También L. Leysser, para quien las funciones de la responsabilidad civil: reparación, prevención, sanción y distribución «demuestran la imposibilidad de agotarla explicación funcional de la responsabilidad civil en la reparación del daño»⁴⁴.

Por lo tanto, la reparación del daño, es la función de la responsabilidad civil, si bien, para algunos, la función primordial, aunque indirectamente consiga un efecto preventivo, cada día más traído a colación y aceptado, sea porque se hable de la tutela inhibitoria del daño, o porque se haga énfasis en que la presencia del daño, se asuma por el causante, en cuanto reporta más beneficios causararlo que evitarlo. Tal es el caso del causante del daño que con su conducta obtiene un beneficio mayor a los daños que ocasiona, pues pareciera que la producción del daño le resulta rentable, ya que, tras desembolsar la cuantía correspondiente a la indemnización, dispone pese a todo de un saldo positivo de ganancia o saldo a favor. Esto produce de inmediato una reacción por parte del legislador quien con el fin de impedir que ciertas personas se beneficien causando daños a terceros, fortalece el aspecto preventivo, que puede dar origen y es una de sus críticas, al enriquecimiento injusto⁴⁵.

Pero en el caso del daño físico, la reparación del daño producido será finalmente determinada por el tribunal o por el juez competente mediante la aportación de datos objetivos sobre el daño existente facilitados por profesionales médicos que actúan como peritos. El perito médico deberá proporcionar al juez el máximo de datos precisos y con la mayor exactitud posible acerca de todos los factores del daño personal que deben ser indemnizados, valorándolos correctamente⁴⁶.

En esta tesitura, aparece la idea de instaurar una *defensa de la finalidad punitiva de la responsabilidad civil*, con la cual nos encontraríamos ante una institución encaminada, no sólo a la reparación del daño, sino también al castigo del responsable en atención a su conducta especialmente reprobable, ha sido sostenida en el derecho anglosajón mientras que es rebatida por la doctrina española, sin embargo, Reglero

42. *Idem*.

43. *Ibidem*, p. 65.

44. *Idem*.

45. *Ibidem*, p. 66.

46. BORREGO APARICI, et. al., «Concepto de daño corporal y antecedentes históricos. Daño a las personas en derecho penal, civil y laboral y en el ámbito de las compañías de seguros», en *Revista Rehabilitación*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre 2008, España, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

Campos refiere que no puede afirmarse que los *punitive damages* sean una categoría de daños totalmente desconocida en los ordenamientos europeos, sólo para ciertos casos en los que se atiende al grado de reproche de la conducta o actividad del causante del daño, lo que se refleja en la mayor o menor extensión de la indemnización, sin embargo las penas privadas tienen por finalidad castigar al causante del daño, por su conducta reprochable y suelen exceder la totalidad del daño⁴⁷.

Pero los principales argumentos utilizados a favor de la posibilidad de atribuir un fin punitivo al sistema español de responsabilidad civil suelen ser: la consideración del grado de culpa en la conducta del causante del daño, que la cuantía impuesta por concepto de indemnización sea superior a la que corresponde por el perjuicio o daño causado, circunstancia que de existir sí parece revelar el ánimo de imponer un castigo. La obligación de reparar nace con el daño, no con el hecho ilícito, teniendo esta idea clara evitaremos caer en la tentación de castigar los comportamientos dañosos en el ámbito de la responsabilidad civil⁴⁸.

VI. DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y PERJUICIO

La distinción entre daño y perjuicio, llevo a los glosadores a distinguir entre daño emergente y el lucro cesante, el perjuicio es el *lucrum cesans*, el daño es el *damnus emergens*, es decir, que el daño o menoscabo patrimonial, en sentido estricto, es objeto de reparación propiamente dicha y el perjuicio, es el que alude a la falta de ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor, al ser materia de indemnización, y la responsabilidad civil, comprende a elección del ofendido, el restablecimiento de los daños además la indemnización por los perjuicios causados⁴⁹.

Encontramos que la legislación vigente diferencia daño de perjuicio:

El Código Civil Federal mexicano establece que:

Art. 2108.— Se entiende por **daño** la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Art. 2109.— Se reputa **perjuicio** la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Art. 1916.— Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928. La acción de reparación no es transmisible a

47. FLORES MADRIGAL, GEORGINA ALICIA, «La reparación de los daños causados...», *op. cit.*, p. 66 y 67

48. *Idem.*

49. *Cfr.* CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 54.

terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

VII. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL

Históricamente el proceso penal se ha centrado en la figura del imputado, en general, los esfuerzos para poner límites al ejercicio del poder punitivo se han traducido en una serie de derechos y requisitos para procesar a una persona, los cuales podemos englobarlos en la idea del debido proceso. Lo anterior, se ha traducido en un olvido histórico de la víctima dentro del proceso penal.

Si bien desde mediados del siglo pasado se comenzó a tomar en cuenta a la víctima, la cual, debe ser oída en el proceso y contar con la posibilidad de expresar su concepción de la reparación del daño, esto no ha sido enteramente posible ya que la concepción de la reparación del daño ha sido tomada del Derecho civil, lo anterior se ha traducido en una mera concepción económica, dejando a un lado las cuestiones anímicas y sociales de la víctima.

Esta armonización entre el Derecho civil (reparación del daño) y el Derecho penal (pretensión punitiva del Estado) resulta artificiosa, ya que mientras el Derecho penal considera el delito como una afectación a los derechos fundamentales de la sociedad, el Derecho civil lo considera como un hecho ilícito que lacera un interés meramente particular, del cual surge un deber jurídico de resarcimiento que recae únicamente sobre el verdadero responsable. Es por estas razones, que en la vía penal el delito está sujeto, simultáneamente, a las normas penales (responsabilidad penal) y a las civiles (reparación del daño). En este sentido, Javier Madrigal expresa: *«El derecho penal debe contribuir a lograr la paz social. El derecho penal no puede tener como simple finalidad la retribución del daño causado. La paz social puede lograrse mediante el arreglo pacífico, íntegro y satisfactorio, y por ello se han contemplado dentro del proceso penal los instrumentos pertinentes que en etapas anteriores al juicio permitan lograr un encuentro armonioso entre el actor-víctima y el imputado, para impedir que la cosa juzgada material impida solucionar el conflicto y que además trascienda en la conciencia de los individuos para que los resultados obtenidos alcancen la virtud del arreglo armonioso e impida la revancha rebelde o violenta de las partes.»*⁵⁰.

1. España

En el ordenamiento español, la víctima de un delito tiene el derecho a obtener la indemnización por los daños sufridos a través del ejercicio de la acción civil; existiendo dos vías procesales para que la víctima ejerza dicho derecho: en el proceso penal y/o en el proceso civil⁵¹.

50. MADRIGAL NAVARRO, JAVIER LISANDRO, «La imputación para la reparación del daño en las sedes civil y penal», en *Revista Judicial*, Costa Rica, No. 105, Septiembre 2012, pp. 131-147.

51. OCHOA CASTELEIRO, ANA, «La Indemnización de la Víctima en el Proceso Penal Español y la Nueva Directiva De la UE.» en *Good practice for Protecting victims, inside and outside the criminal process*. Resumen del discurso pronunciado en la Universidad de Bolonia, el 12 de Abril de 2013, durante la conferencia L'immane concretezza della vittima: «buone pratiche» e sviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, Disponible en: <http://www.protectingvictims.eu/>, p. 2.

«En el derecho comparado, son varios los sistemas establecidos para el ejercicio de la Acción Civil derivada de hechos constitutivos de delito o falta.

Tratando de ser respetuosa con la víctima y garantizándole sus derechos, la legislación española puede intervenir en el proceso penal, de tres formas:

1. Como Acusador particular, ejerciendo la acción civil y la penal en el mismo procedimiento.
2. Como Acusador particular, pero ejerciendo la acción penal y reservándose expresamente la acción civil, una vez terminado el proceso penal.
3. Como actor civil, ejerciendo únicamente la acción civil en el proceso penal.

Lo anterior en virtud de lo establecido en los artículos 1092 y 1093 del Código Civil, de que las obligaciones civiles que se deriven de delitos se regirán por las disposiciones del Código Penal, siendo supletorias las de Código Civil. La responsabilidad civil derivada de delitos y de las faltas, se encuentra regulada en los artículos 109 a 122 del Código Penal (CP) en cuanto a normas sustantivas y en los artículos 100 y 106 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) en cuanto a lo procesal⁵².

De esta forma, la responsabilidad civil derivada de un delito se puede dar en tres sentidos (art. 110 CP):

- La restitución,
- La reparación del daño, y
- La indemnización de perjuicios

La restitución del mismo bien dañado o perjudicado deberá realizarse siempre que ésta sea posible; pero en cuanto a la reparación del daño, está podrá consistir en obligación de dar, de hacer o de no hacer lo que establezca el tribunal atendiendo a la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o puede ser ejecutadas a su costa (arts. 111 y 112 CP).

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros; es decir, por los daños producidos directamente como consecuencia de los hechos constitutivos del delito o falta (daño emergente) como también, por aquellas ganancias o beneficios dejados de obtener como consecuencia de ese ilícito penal (lucro cesante), lo cual habrá que acreditar. La indemnización incluye el daño emergente y el lucro cesante, los daños patrimoniales y los morales, los gastos habidos y los gastos previsibles (arts. 112 a 115 C.P.).

Para la valoración de la indemnización de los daños en los bienes se utiliza un principio, propio de la teoría general de la responsabilidad civil, que es de «*restitutio integrum*», o principio del resarcimiento íntegro del daño efectivamente causado, conforme a lo que la jurisprudencia dispone, donde la reparación debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado⁵³.

En algunos países, el proceso penal solo castiga las conductas constitutivas de delito y la acción civil se ejerce siempre en el proceso civil con separación de la acción penal (procedimiento penal anglo-norteamericano, por ejemplo).

En otros sistemas es posible el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, colaborando con la Fiscalía para obtener el derecho al resarcimiento.»

52. *Idem*.

53. *Ibidem*, p. 5.

Desde la antigüedad, la valoración del daño personal se ha realizado desde un punto de vista fundamentalmente anatómico, dando a la globalidad del cuerpo un valor máximo, y adjudicando un valor parcial a cada órgano, sistema o parte del mismo. Ello ha dado origen a los distintos «baremos», que se fundamentan en conceptos anatómicos con pinceladas funcionales, el perjuicio estético aparte. Los baremos presentan una serie de características comunes: constan de una lista de lesiones, enfermedades o secuelas; a cada una de ellas se les asigna un valor fijo o un intervalo; el valor más alto, generalmente, es el 100, que corresponde a la muerte física o a la máxima pérdida funcional de la persona; el valor o el número puede representar una incapacidad funcional, un valor monetario o una puntuación que incluya el daño moral; y por último, persiguen que los contenidos de las listas sean proporcionales, es decir, que a mayor gravedad de lesión o de secuela le tendría que corresponder un valor, puntuación o porcentaje superior⁵⁴.

Como hemos observado, el tema de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, como su nombre lo indica, está pensada desde una perspectiva mercantil y económica, por lo que resulta insuficiente para dar un verdadero apoyo a la víctima de un delito. Es por estas razones que la Unión Europea, en su compromiso con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo de la materia, adoptó la Decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Posteriormente, conforme a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI, estableciendo un concepto de víctima más restringido, regresando a la concepción tradicional y económica de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito; por último, como recepción en del derecho español de la nueva directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo, surge el *Estatuto de la Víctima en el proceso penal*, la cual, según su propia exposición de motivos, «tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas» (Ley 4/2015 de 27 de abril)⁵⁵.

En opinión del Dr. José Manuel Chozas Alonso, el Estatuto de la Víctima tiene la pretensión de ofrecer, por parte de los poderes públicos, no sólo una respuesta jurídico procesal, sino también una verdadera cobertura de corte social e integral⁵⁶; es decir, se trata de un catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de cualquier víctima, al partir de un concepto amplio de víctima y regular la protección y el apoyo a la víctima de manera integral. El artículo 2 establece el concepto general de víctima:

«Artículo 2. Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima.

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

54. R. BORREGO APARICI, *et. al.*, «Daño Corporal» *op. cit.*, p. 315.

55. B.O.E. de 28 de abril de 2015.

56. Chozas Alonso, José Manuel. «El estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, 2015, pp. 193-261.

«La LEVD consta de 35 artículos, distribuidos en cuatro Títulos –precedidos por un título preliminar–, más dos de Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria y seis Disposiciones finales (en la primera de las cuales se modifican e introducen diferentes preceptos de la LECrim).

- a) *Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.*
- b) *Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:*

1º. A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2º. En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieren sufrido perjuicios derivados del delito.

En el artículo 3 se consagran, a manera de listado, los derechos de la víctima, tales como: a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, participación activa en el proceso, y un amplio etcétera; destacando, para efectos de nuestro tema, el derecho a los servicios de justicia restaurativa. Cabe destacar, que el citado artículo establece que el ejercicio de estos derechos se regirá por lo dispuesto en la propia Ley y en las disposiciones reglamentarias.

En cuanto al tema que nos ocupa, el Artículo 15 regula los servicios de justicia restaurativa:

«1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) *El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;*
- b) *La víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido; sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;*
- c) *El infractor haya prestado su consentimiento;*
- d) *El procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y*
- e) *No esté prohibida por la ley para el delito cometido.*

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.»

Es de destacar que la legislación española contemple ya, de manera literal, la institución de la justicia restaurativa, intentando estar acorde con el movimiento ideológico de pacificación social. Lo lamentable es que dentro la regulación que establece, de manera muy general, limita la justicia restaurativa, inclusive tratándolo como sinónimos, a la mediación, cuando es bien sabido que existen otros modelos de encuentro aplicables para la resolución de conflictos.

A partir del establecimiento del requisito «*que no este prohibida por la Ley para el delito cometido*» se evidencia que el legislador español únicamente esta pensando en la aplicación de la justicia restaurativa para delitos de poca cuantía o de bajo impacto social, es decir, los efectos de la justicia restaurativa solamente se reflejaran en las consecuencias civiles del delito.

Para que la legislación española logre una adecuada regulación, es necesario una profunda reforma a la LECrim, en donde se establezcan los momentos procesales para su realización, los posibles efectos que pudiera tener (no necesariamente un sobreseimiento), su duración, y la sede (judicial o extrajudicial) en la que se podrá celebrar. Aunado a lo anterior, es necesario también una legislación específica que establezca los perfiles y requisitos para ser un facilitador, sus atribuciones y facultades, los tipos de procedimiento que se pueden utilizar, y las instituciones públicas o privadas que podrán prestar estos servicios.

En conclusión, si bien pareciera insuficiente y escueta la regulación que hace *El estatuto de la víctima del delito* a la justicia restaurativa, se ha dado un gran paso para sentar las bases para la incursión de esta figura en el derecho positivo español, e iniciando el camino para una correcta aplicación de la misma en la resolución de conflictos y, no sólo, en dirimir controversias jurídicas.

2. México

El 18 de junio del 2008 fue publicada la Reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia⁵⁷. Respecto de nuestro tema, los artículos relacionados directamente con los derechos de la víctima son: artículos 17, y 20 apartados A) y C). Concretamente, la reforma introduce en el artículo 17, un tercer párrafo (hoy quinto) que establece los mecanismos alternativos de solución de controversias y que en materia penal, deberán garantizar la reparación del daño.

«Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.»⁵⁸.

57. Diario Oficial de la Federación, Reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia 18 de junio de 2008, disponible en: www.dof.gom.mx.

58. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20.

Por su parte, el artículo 20 indica que el proceso penal tendrá las características de acusatorio y oral, y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Aunado a lo anterior, dicho artículo contiene tres apartados: A) De los principios generales; B) De los derechos de toda persona imputada, y C) De los derechos de la víctima o del ofendido⁵⁹.

Por lo que podemos decir que, con la reforma, se tiende a alcanzar el fortalecimiento de las garantías y protección de los derechos de la víctima, así como una participación más activa durante el proceso penal.

«A) De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se raparen;

...

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

IV. Que se le rapare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, 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.

...

VIII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.»⁶⁰.

Haciendo un análisis íntegro y sistemático de los artículos constitucionales en comento, se desprende que existe un reconocimiento al derecho de la víctima del delito a una reparación del daño, que es incluso, obligación del Ministerio Público solicitarla.

Por otra parte, la implementación del sistema acusatorio supone también la utilización de los medios alternativos de solución de controversias, que tiene como uno de sus objetivos el garantizar la reparación del daño de las víctimas del delito; éstos permitirán la utilización de la justicia restaurativa como la mejor herramienta para la reparación del daño, más allá de lo establecido en los artículos 29 f. I y 30 del Código Penal Federal mexicano, que siguen la idea tradicional de una reparación económica, inclusive por considerarla como parte de la sanción pecuniaria⁶¹.

59. SETEC «El fortalecimiento de las garantías de la víctima y el ofendido se dirige a una mejor defensa de su integridad y su interés, así como una participación más activa durante el proceso» en *Gobierno Federal*, Guía de Consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma, México, 2008, disponible en <http://portal.setec.gob.mx/docs/guia.pdf>, p. 22.

60. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

61. Código Penal Federal:

Artículo 29.– La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

...

VIII. JUSTICIA RESTAURATIVA

En la actualidad, podemos encontrar tanto en la doctrina, como en la práctica, tres modelos distintos de reparación del daño: como la imposición de un tribunal, la suspensión del proceso a prueba o condicional y, por Justicia Restaurativa.

En cuanto a la reparación del daño, el Ilustre profesor mexicano Julio Hernández Pliego opina que, por regla general, la acción de **reparación de daños constituye una pena pública** en nuestro medio, al corresponderle su ejercicio obligatorio al Ministerio Público y en su caso, el Juez no puede dejar de condenar a su pago. Solamente será cuestión accesoria al proceso si se promueve la reparación del daño contra algún tercero ajeno al inculgado, adoptando la forma de responsabilidad civil⁶².

Aunque considerada como pena pública, la reparación del daño al estar asociada con la sanción pecuniaria, solamente contempla los aspectos económicos, patrimoniales y monetarios. Aunque los códigos penales tengan previstos las indemnizaciones de todo tipo, incluso la de atención médica y psicológica, rehabilitación, etc., se olvidan que hay muchas cosas que, solamente el encuentro con su ofensor puede sanar. La víctima no tiene incidencia en cuanto a la forma y momento de reparar el daño.

La suspensión del proceso a prueba o suspensión condicional del proceso es una variante del anterior, ya que como requisito para la suspensión se requiere que se repare el daño o se garantice la reparación (es decir, se puede extender en el tiempo); se traduce, en un ofrecimiento de reparación de la defensa (imputado y defensor) que el juzgador puede admitir o no sin importar en mayor medida la opinión de la víctima.

La **Justicia Restaurativa** es un sistema que busca la reparación proporcional y a la vez consensuada, que trata de restablecer la confianza perdida entre dos o más

Artículo 30.– La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación surgida, comprenderá cuando menos:

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

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiere la víctima, como consecuencia del delito. En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;

III. El resarcimiento de los perjuicios causados;

IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de surgir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;

V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;

VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;

VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públicos.

Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

62. HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO, *La reparación del daño en el CNPP: El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM/ Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015, pp. 341 a 356.

personas, no solamente es el pago de una cantidad económica como pena o indemnización. Más que reparar el daño se trata de enmendarlo, ya que existen delitos que causan daños graves y son de difícil o imposible reparación (aunque se trate de un robo simple, la víctima puede tener un daño más allá de lo económico, sino la pérdida de la seguridad y tranquilidad que no se reparan con dinero).

Una actitud –por parte del ofensor, de empatía– de asumir sus responsabilidades, de intentar reparar el daño (material o económicamente), puede ayudar en el proceso de atención a las necesidades de la víctima, aunque nunca se restaure por completo su daño. Este modelo busca también tratar las causas del delito, la acción de enmendar el mal causado a la sociedad implica adoptar medidas para evitar que el ofensor siga con su conducta y que otros realicen conductas parecidas, recordemos que los modelos de Justicia Restaurativa amplían el círculo de interesados pudiendo intervenir los miembros de la comunidad.

Por todo esto, afirmamos que, el llegar a un acuerdo no es el objetivo primordial de la mediación penal dentro del contexto de la Justicia Restaurativa, pero en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo que se plasme en un convenio, éste podrá tener un contenido muy variado y no necesariamente económico o patrimonial (pedir disculpas o perdón, realización o abstención de ciertas conductas, prestación de servicios a la comunidad y un amplio etc.).

Para poder abordar, de manera adecuada, el estudio de la justicia restaurativa, lo que debemos hacer a partir de la idea de conflictos derivados a partir de la realización de un delito. De manera general se puede decir que el conflicto es inherente a la persona, que se podría traducir en un motor de cambio y crecimiento del individuo, dependiendo en la manera en que se afrontará.

En otras materias distintas a la penal, los conflictos que le competen a la mediación son aquellos interpersonales o intersubjetivos, es decir aquellos en donde existe una relación entre las partes en las que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna de las partes como incompatibles. Concretamente nos referiremos también a los conflictos que tienen o se traducen en una cuestión jurídica.

Pero en la materia penal, aunque en algunos casos pudieran darse conflictos derivados de la comisión de un acto delictivo con estas características, esto no siempre es así; por ejemplo, los delitos que no tiene una víctima concreta o cuando no hay una relación previa entre víctima y victimario. Pero aún en estos casos se genera un conflicto, donde hay personas afectadas y con objetivos considerados como incompatibles entre ellos.

Independientemente del tipo de delito, el Estado (con la concepción de la acción pública) arrebató el conflicto a las personas que originalmente estuvieron involucradas. Dicha expropiación se da mediante la realización de procedimientos formales por parte de órganos extraños a la situación, capaces de dar respuestas que, muchas veces, son completamente «incomprensibles» o «ridículas» para el autor de la conducta y la víctima. La víctima lo es frente a su agresor y también frente al Estado⁶³.

63. HIGHTON, ELENA I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1998, p. 40.

La idea de protección de bienes jurídicos, derivada de las ideas contractualistas⁶⁴, estableció a favor del Estado, facultades que deberían ser de la víctima, convirtiéndose en titular del conflicto en la búsqueda y protección del bien común. Esta noción de bien jurídico convirtió a la víctima en algo objetivo, donde la protección al bien jurídico fue más allá del daño real, material y moral provocado a la persona concreta, con el objetivo de preservar la paz jurídica.

El bien jurídico, a la luz de la teoría del delito, es el elemento rector de la interpretación del tipo, así como para la fijación de la punibilidad. El intervalo de punibilidad dependerá del valor –jurídico– del bien protegido; por lo que, hay una jerarquización de los bienes tutelados y por ende, una jerarquización de las punibilidades. Toda esta jerarquización se hace con base en una abstracción legislativa que, de ninguna manera, toma en cuenta las circunstancias y entorno en que se comete la conducta⁶⁵.

En este sentido, el conflicto quedó reducido a la relación Estado-súbdito y, procesalmente hablando, a la persecución del imputado por parte del Estado. La víctima fue alejada del proceso y del conflicto, ante el objetivo de protección abstracta de bien jurídico y no de la persona.

En un proceso penal existen cuestiones que no son tomadas en cuenta en el momento de juzgar, la conducta realizada puede tener en juego tensiones entre los diversos autores, que pueden influir en el comportamiento, pero que nada tienen ver con la concepción del delito desde la óptica de la dogmática jurídico-penal, ni con el

64. «LIBRO II
CAPÍTULO PRIMERO

La soberanía es inalienable

La primera y más importante consecuencia de los principios establecidos, es la de que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerza del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común; pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de sociedades, la conformidad de esos mismos intereses es lo que ha hecho posible, su existencia. Lo que hay de común en esos intereses es lo que constituye el vínculo social, porque si no hubiera un punto en el que todos concordasen, ninguna sociedad podría existir.

Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad.

En efecto, si no es posible que la voluntad particular se concilie con la general, es imposible, por lo menos, que este acuerdo sea durable y constante, pues la primera se entiende, por su naturaleza, a las preferencias y a la segunda a la igualdad. Más difícil aún es que haya un fiador de tal acuerdo, pero dado el caso de que existiera, no sería efecto del arte, sino de la casualidad. El soberano puede muy bien decir: «yo quiero lo que quiere actualmente tal hombre, o al menos, lo que dice querer»; pero no podrá decir: «lo que este hombre querrá mañana yo querré», puesto que es absurdo que la voluntad se encadene para lo futuro, y también porque no hay poder que pueda obligar al ser que quiere, a admitir o consentir en nada que sea contrario a su propio bien. Si, pues, el pueblo promete simplemente obedecer, pierde su condición de tal y se disuelve por el mismo acto: desde el instante en que tiene un dueño, desaparece el soberano y queda destruido el cuerpo político». Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Porrúa, 10 ed., 1996, p. 14.

65. La Dra, Olga Islas refiere:

«Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo penal.

El bien jurídico es el elemento básico en la estructura del tipo y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico-penal. La lesión que se le infiere o, al menos, el peligro a que se le expone, da lugar, excepto en los casos en que operan aspectos negativos, a la concreción de la punibilidad.

A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión. Asimismo, del bien jurídico depende la cantidad y las clases de elementos que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección que se quiera dar al bien condicione el número y la clase de elementos. Para una protección amplia, una menor cantidad de elementos; y para una protección limitada, un mayor número de ellos». ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, México, Porrúa, 5ªed., 2004, pp. 32 y 33.

proceso, pero que en un modelo de Justicia Restaurativa pueden ser más importantes que el llegar a un acuerdo⁶⁶.

La Justicia Restaurativa es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas, necesidades que el proceso judicial no atiende. Al ampliar el círculo de los interesados/afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado, lo cual incluye no sólo al Estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad. De esta forma, debe quedar claro que, no se trata de eliminar (privatizar) la pretensión punitiva del Estado, sino atender las necesidades de las personas y la comunidad, que se tenían en el olvido.

Howard Zehr, describe y explica cuáles son las necesidades, derivadas del conflicto producido por un crimen o delito, que deben ser atendidas de la víctima, de la comunidad y del propio ofensor⁶⁷:

66. Nordenstahl expone que:

«Dos causas se iniciaron simultáneamente. En una de ellas el dueño de una panadería denunciaba que un empleado lo había agredido y amenazado. En la otra, el referido empleado denunciaba al patrón por retener indebidamente efectos de su propiedad que estaban guardados en un armario del personal. Convocados a una audiencia de mediación, ambos concurren con sus abogados. A través de las entrevistas privadas el mediador pudo armar la historia. El patrón en todo momento decía que la otra parte era un excelente empleado, pero que debido a su adicción al alcohol llegaba permanentemente tarde y no cumplía con su trabajo. El empleado, por su parte, reconocía al otro como una muy buena persona, que inclusive había tomado a su hija como empleada de mostrador en la panadería, reconocía su adicción y su frustración al no poder sostener un tratamiento en alcohólicos anónimos. Había existido un episodio de violencia entre ambos, a resultas de una nueva llegada tarde del empleado. Este se retiró del lugar de trabajo y no regresó más. Manifestaba su angustia por la vergüenza que decía tener por lo sucedido. Entre las denuncias y la audiencia se habían cursado sendos telegramas laborales. Al pasar a la reunión conjunta, las partes volvieron a reconocer los aspectos positivos del otro y espontáneamente se disculparon mutuamente, comprometiéndose el Patrón a devolver los objetos que habían quedado en la panadería. El mediador propuso entonces a las partes la posibilidad de aprovechar el espacio y el buen diálogo a fin de resolver la cuestión laboral. Luego de consultar en forma privada con sus abogados, llegaron a un acuerdo respecto de la desvinculación laboral que quedó asentado en el acta para luego homologarlo en la sede del Ministerio de Trabajo». EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005, pp. 91 a 92.

67. ZEHR, HOWARD, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, EE.UU. Good books and Centro Evangélico Mennonita de teología Asunción, 2010, pp. 19 y ss.

| NECESIDADES | | |
|---|---|--|
| VÍCTIMAS | OFENSORES | COMUNIDAD |
| <p>Información. Se les debe dar respuestas a sus preguntas concretas (¿Por qué sucedió? ¿Qué ha sucedido después del hecho?). Necesitan información real, no especulaciones, ni tampoco informaciones técnicas-legales. Acceso a los ofensores que posean dicha información.</p> <p>Narración de los hechos. La posibilidad de poder relatar su historia a aquellas personas que les causaron el daño y poder mostrarles el impacto que tuvieron sus acciones.</p> <p>Control. Es frecuente el sentimiento de pérdida de control después de un delito (de sus bienes, cuerpos, emociones y sus sueños). La participación directa y activa puede contribuir a recuperar el sentido de control.</p> <p>Restitución o reivindicación. Se pueden restituir los bienes materiales, pero también, el reconocimiento simbólico representado en la restitución es igualmente importante. Cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial. En cierto modo está diciendo: «Reconozco que yo soy responsable y que tú no tienes la culpa».</p> | <p>Se debe fomentar la responsabilidad activa del ofensor, pero la justicia retributiva (basada en el castigo) no es capaz de hacerlo entender las consecuencias de sus acciones ni que desarrolle empatía por la víctima.</p> <p>El proceso y el castigo, no implica una responsabilidad activa real antes, al contrario, exacerbaban la alienación social percibida por el ofensor.</p> <p>La responsabilidad activa implica motivarle para que comprenda el impacto de sus acciones (los daños ocasionados) e instarle para dar pasos concretos para reparar los daños en la medida de lo posible (pensando en las víctimas).</p> <p>Si queremos que los ofensores asuman sus responsabilidades, modifiquen su comportamiento y se conviertan en miembros útiles de la sociedad, se deberán atender también sus necesidades.</p> | <p>Si el Estado actúa a nuestro nombre se pierde el sentido de comunidad. Las comunidades también sufren el impacto del crimen, ya que –en muchos casos– tanto la víctima como el ofensor pertenecen a la misma.</p> <p>En este sentido, las comunidades también deben ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias. Las comunidades necesitan de la justicia:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ser reconocidas y atendidas como víctimas. <p>Oportunidades para desarrollar un sentido de comunidad y responsabilidad de los unos por los otros.</p> <p>Motivación para asumir sus responsabilidades en pro del bienestar de todos sus miembros, incluidas las víctimas y los ofensores, y fomentar las condiciones para crear y sostener comunidades sanas.</p> |

IX. CONCLUSIONES

PRIMERA: Desde el punto de vista jurídico, como hemos visto, el daño se puede clasificar en tres tipos: el causado en el patrimonio, en la integridad moral o en la integridad física de las personas:

1. El daño patrimonial se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valuación económica) de una persona ya sea física o moral, ocasionado por un agente externo.
2. El daño moral, es la afectación de valores no apreciables en dinero, extra-patrimonial o de carácter no económico, Savatier, lo define como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, o un sufrimiento moral de origen diverso, en el que la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones, y un largo etcétera⁶⁸:
3. Otra definición del daño moral, importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial.
4. El daño físico: lesión o daño corporal sería, en su definición clásica, toda alteración anatómica o funcional causada por agentes externos, y desde un punto de vista médico-legal toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso.

SEGUNDA: El concepto de daño surge del Derecho civil y ha tenido un gran desarrollo teórico y dogmático en esta rama del Derecho. El Derecho penal toma este concepto del Derecho civil con ciertas particularidades; en materia de daños, la responsabilidad penal y civil tiene diferencias importantes. La responsabilidad penal tiene como fuente la realización de conductas tipificadas, en cambio la responsabilidad civil, puede surgir de cualquier daño causado, inclusive de la realización de una conducta delictiva. Respecto de la culpabilidad en el ámbito del Derecho penal, es subjetiva o anímica del autor, lo que determina la pena; en cambio, la culpabilidad civil es objetiva.

TERCERA: Históricamente se ha considerado que la víctima que ha sufrido un daño en sus bienes jurídicos tiene el derecho a solicitar su reparación; inclusive es obligación del Estado, a través de sus representantes (Ministerio Público) conseguir dicha reparación, con independencia de las acciones que pueda tener la víctima para obtenerla. La pena no es el único efecto del delito, aquel que comete un delito deberá reparar el daño causado; se habla de la responsabilidad civil derivada de un delito.

CUARTA: La reparación se contempla como la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de daños y perjuicios materiales y morales, que tienen un

68. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 56.

claro y específico contenido patrimonial. Cuando la reparación del daño deba ser hecho por el delincuente tendrá el carácter de pena pública; en cambio, cuando la reparación debe exigirse a un tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará como incidente.

QUINTA: Tradicionalmente el daño producido por una conducta delictiva se ha considerado o, mejor dicho, cuantificado de manera económica, derivado de la concepción civilista de reparación del daño; tal concepción es insuficiente –por no decir injusta– ya que los daños causados por el delito no solamente son materiales o económicos.

SEXTA: La mejor manera de reparar el daño a la víctima de un delito es mediante el uso de la técnicas y métodos de la Justicia Restaurativa por considerar ésta, a diferencia de la justicia tradicional o retributiva, un sistema que busca la reparación proporcional y a la vez consensuada que trata de restablecer la confianza perdida entre dos o más personas, no solamente es el pago de una cantidad económica como pena o indemnización.

SEPTIMA: La Justicia Restaurativa, es un intento por replantear las necesidades que generan las conductas delictivas, así como los roles implícitos en ellas, esas necesidades que el proceso judicial no atiende. Al ampliar el círculo de los interesados/afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado, lo cual incluye no sólo al Estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad. De esta forma, debe quedar claro que, no se trata de eliminar (privatizar) la pretensión punitiva del Estado, sino atender las necesidades de las personas y la comunidad, que se tenían en el olvido.

X. BIBLIOGRAFÍA

BORREGO APARICI, et. al., «Concepto de daño corporal y antecedentes históricos. Daño a las personas en derecho penal, civil y laboral y en el ámbito de las compañías de seguros», en *Revista Rehabilitación*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre 2008, España, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

BRITO GONZÁLEZ, MANUEL SEBASTIAN, *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*, Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Ecuador, 2013, disponible en: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3186/1/09960.pdf>.

CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, «El estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal», en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dickinson, 2015.

CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, «Responsabilidad civil por daño moral», en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, México, año 9, No. 27, septiembre-diciembre, 1998, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/27/dtr/dtr3.pdf>.

COQUIS VELASCO, ARIADNA, *La reparación del daño material a víctimas del delito y la mediación penal en el Distrito Federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/7.pdf>.

- DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, *Código Penal Federal con comentarios*, Porrúa, México, 1998.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, «daño», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones jurídicas/ UNAM, tomo III D, Serie E, Núm. 24, 1983, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1170/1.pdf>.
- DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, Bensanzon imprenta de la viuda, de Don Joaquín Escriche, España.
- EIRAS NORDENSTAHL, ULF CHRISTIAN, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005.
- FLORES MADRIGAL, GEORGINA ALICIA, «La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal», en *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Año I, Núm. 2, Julio-Diciembre, IJUNAM, 2012.
- FRÚGOLI, MARTÍN A., «Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente. Resarcimiento», en *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, 2004, disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/Dano_conceptos_clasificaciones_autonom%C3%ADas.pdf.
- GOBIERNO FEDERAL, Guía de Consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma, México, 2008, disponible en <http://portal.setec.gob.mx/docs/guia.pdf>.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO, *La reparación del daño en el CNPP: El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM/ Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015.
- HIGHTON, ELENA I., et. al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1998.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, México, Porrúa, 5ª ed., 2004.
- LÍCARI LISANDRO, «Derecho de Daños», en *Bolilla no. 1: Introducción al derecho de daños*, Argentina, s.a.
- MADRIGAL NAVARRO, JAVIER LISANDRO, «La imputación para la reparación del daño en las sedes civil y penal», en *Revista Judicial*, Costa Rica, No. 105, Septiembre 2012.
- OCHOA CASTELEIRO, ANA, «La Indemnización de la Víctima en el Proceso Penal Español y la Nueva Directiva De la UE.» en *Good practice for Protecting victims, inside and outside the criminal process*. Resumen del discurso pronunciado en la Universidad de Bolonia, el 12 de Abril de 2013, durante la conferencia L'immane concretezza della vittima: «buone pratiche» e sviluppi normativi alla luce della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, Disponible en: <http://www.protectingvictims.eu/>.
- ÓRGANO OFICIAL DE DIFUSIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, «12 Reparación del daño: obligación de justicia», en

- dfensor Revista de Derechos Humanos*, diciembre de 2016, http://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_12_2010.pdf.
- PEÑA CHACÓN, MARIO, «Daño Responsabilidad y Reparacion Ambiental», en *International Union for Conservation of Nature*, México, 2005 disponible en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf.
- R. BORREGO APARICI, *et. al.*, «Rehabilitación», en *Revista Elsevier*, Vol. 42. Núm. 06. Noviembre España, 2008, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Reparar», en RAE, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=W0Nbalw>
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO, *El contrato social*, México, Porrúa, 10 ed., 1996, p. 14.
- SANDOVAL GARRIDO, «Reparación integral y responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Núm. 25, 2013, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>.
- ZEHR, HOWARD, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, EE.UU. Good books and Centro Evangélico Mennonita de teología Asunción, 2010.

