

La reparación del daño y la reparación integral, convergencias y divergencias conceptuales

Demagen reparation and comprehensive reparation, convergences and divergences conceptual

Carlos Alejandro Hernández Rivera

Profesor de la Facultad de Derecho "Abogado Ponciano Arriaga Leija", Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Doctorante en Derecho Penal y Políticas Criminales, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe). Maestro en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad de Ciencias Sociales (Flacso). Maestro en Políticas Públicas por el Colegio de San Luis (Colsan). Abogado y Catedrático en la UASLP.
Correo electrónico: carloshernandezrivera@hotmail.com
ORCID: 0000 0002 6846 2717

RESUMEN: La investigación aborda la problemática que deriva de los contenidos inherentes entre dos derechos en apariencia distintos, es el caso, de la reparación del daño proveniente del delito, frente, al derecho humano a la reparación integral, para lo cual, se aboca al análisis de los contenidos en ambas figuras jurídicas, así como, de los hilos teóricos que se han entretelado, sobre todo, a partir, de la irradiación de los derechos humanos en el derecho punitivo; al mismo tiempo se rescatan algunas diferencias que permanecen fijas, dada la funcionalidad de la materia penal.

Palabras clave: Reparación del daño proveniente del delito; Derecho Humano a la Reparación Integral; Pena; Sentencia punitiva.

ABSTRACT: The investigation addresses the problem that derives from the inherent contents between two apparently different rights, in the case of reparation for damage from crime, in front of the human right to comprehensive reparation, for which it focuses on the analysis of the contents in both legal figures, as well as the theoretical threads that have been interwoven, above all, from the irradiation of human rights in punitive law; At the same time, some differences that remain fixed are rescued, given the functionality of criminal matters.

Key words: Reparation of the damage caused by the crime; Human Right to Comprehensive Reparation; Grief; Punitive sentence.

Recibido: 10 de noviembre 2022. Dictaminado: 09 de diciembre de 2022

Introducción

La constitución nacional, en la fracción I inciso A del artículo 20, asigna como objeto del proceso penal la reparación de los daños causados por la comisión del delito. En este sentido, la legislación federal en materia punitiva, le asigna una serie de atributos y características, que son tendientes a revertir las secuelas del ilícito, es decir, en lo posible regresar las cosas a un estado previo. Por lo que, para la debida operacionalización de esta figura, es necesario la demostración plena de la conducta delictiva, dado que es evidente su naturaleza consecuente de la infracción penal, de ahí, su aparición a partir de una determinación judicial, por ejemplo, la sentencia.

Precisamente, la participación del derecho a la reparación del daño dentro de la determinación de la responsabilidad penal, es decir, la sentencia, conlleva a la conclusión de una naturaleza punitiva, como lo es, en su caso la pena.

En tal tesitura es que, encontramos por una parte la constatación del derecho a la reparación como un derecho humano de toda víctima, que ha sufrido en virtud de un ilícito penal un detrimento en sus bienes jurídicos, sobre todo, fundamentales; y, por otro lado, advertimos que también comparte la naturaleza de la pena.

Esta cuestión genera una serie de tensiones al momento de establecer el derecho a la reparación del daño, por ejemplo, si compartimos el enfoque de pena pública, entonces, resulta lógico que su enmarcamiento legal estuviera regido por el principio de taxatividad (lo que es propio a la pena), sin embargo, resultaría imposible para el legislador

prever modalidades, o montos incluso, aplicables a una reparación justa, que provenga del ilícito penal.

Por otra parte, si entendemos entonces que al hablar de la reparación del daño estamos ante un derecho autónomo de la víctima del delito, entonces nos estaríamos acercando a un concepto jurídico que proviene de otra disciplina, como lo son los derechos humanos (reparación integral), pero, este traslape interdisciplinario ocasiona la incorporación de características y contenidos, e incluso finalidades, no propios de la arena punitiva.

Ahora bien, lo anterior nos permite formular como hipótesis de trabajo, que la falta de una delimitación conceptual especial, propia al derecho punitivo, conlleva a una inefectiva implementación del derecho a la reparación integral, dicho en términos amplios de este derecho fundamental, gestándose en la praxis un déficit irradiador, que la mera disciplina penal se encuentra, teleológicamente, imposibilitada a colmar por sí misma.

El presente trabajo pretende explorar puntos de coincidencia, precisamente, entre la figura de la reparación del daño (desarrollada en el derecho penal), con la de reparación integral (propia de los derechos humanos), a efecto, de poder entender, cuando menos conceptualmente, si estamos en presencia de dos figuras distintas, con fines y teleologías diversas, o, si por el contrario, se trata de un mismo contenido de derechos que operan bajo dos denominativos diferentes.

Para tal cometido, se explorará y comparará entre diversas disciplinas jurídicas como lo son: i.- el derecho internacional de los derechos humanos, a cuyo análisis se dedicará la primera parte de este trabajo; ii.- el derecho penal internacional, cuyo enfoque y utilidad será la de puente entre las disciplinas jurídicas, discusión que será reservada al punto segundo; por último, iii.- el derecho penal nacional.

Lo anterior, a efecto, de entender la definición y contenido del derecho a la reparación, sea, proveniente de un ilícito (internacional o nacional), o de la violación a un derecho fundamental de las personas.

Cabe precisar, las fuentes recurridas en el ámbito internacional, para su comprensión se dividirán en las altamente vinculantes para México (*hard law*), tales como, convenios y sentencias de internacionales, y, también, de documentos jurídicos, en apariencia, meramente orientativos.

En lo referente al plano nacional, la investigación se valdrá de recopilación de criterios judiciales mexicanos, incluyéndose jurisprudencias obligatorias, así como, tesis aisladas, esto, a efecto de evitar sesgo en las variables en observación, ya que, bajo este abordamiento, el contenido del derecho desarrollado en el país, también se nutre de un derecho “duro y suave”.

El derecho humano a la reparación integral

Para la disciplina del Derecho Internacional los Derechos Humanos, la primera obligación de un Estado es la de garantizar la protección de los mismos (Ríos, 2012), de hecho, se trata de una obligación internacional (CADH, 1969:1-2), como sostiene Moreno y Álvarez, ha surgido un nuevo paradigma emergente dentro de la Teoría del Estado, acerca de su fundamentación, en el sentido, de que ésta ya no puede ser visualizada, tan sólo, desde una dimensión frente a otras naciones, sino más bien, en función del deber de protección a los seres humanos que habitan en su territorio (2017).

Ahora bien, primeramente, se debe precisar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha asociado el concepto del “Derecho a la Reparación” a ciertas medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, pues, éstas deben consistir en formas tendientes a desaparecer los efectos de las violaciones cometi-

das, por lo que, su naturaleza (y monto) dependerán del daño ocasionado en los planos material e inmaterial (CIDH: 2008: 1).

Mientras que, para Vera a Piñeros, la evolución del concepto internacional tiende a la protección de las víctimas, redefiniendo el papel del Estado, ya que en un principio este término carecía de una perspectiva memorizante, y radicaba en un enfoque sancionatorio, debido a los fuertes criterios y principios retributivos de justicia involucrados, puesto que, se favorecía a los intereses sociales de prevención y reacción ante el crimen (2008: 742-745).

No obstante, cuando se trata, de evitar las lesiones o daños que se infringen entre sí sus pobladores, la respuesta estatal, figurada en la justicia penal ha quedado a deber, por olvidar la relevancia procesal de la víctima (Feria, 2006).

Por su parte, Uprimny y Guzmán, señala que el paradigma de la reparación es la *restitutio in integrum*, que implica empoderar y realizar los derechos de las víctimas y la construcción de la paz, por lo que, es deber de los Estados desarrollar una justicia correctiva que borre los efectos del crimen, y deshaga el daño causado, con el fin de restituir a la víctima a la situación en la que se encontraba antes del crimen (2010: 234-239).

Al respecto para Pablo De Greiff, el término se encuentra influenciado por una comprensión jurídica, entendiéndose a todas aquellas medidas que se pueden adoptar para resarcir los diversos tipos de daño, que pueden haber sufrido las víctimas como consecuencia de ciertos crímenes (2006: 408). Empero, como señalan Villa Gómez e Insuasty, en contextos socioambientales el derecho a la reparación no sólo implica la superación de condiciones de vulnerabilidad, sino también la conexión con la verdad y la justicia (2015).

El profesor Antonio Beristain refiere, la reparación es neutralizar el daño sufrido, teniendo en cuenta todos y cada uno de los ámbitos de la persona humana y sus familiares, ósea, el social, el cultural, el psico-

lógico, el físico, el educacional, el económico y el político (citado por Lovatón, 2009).

De lo anterior, podemos colegir entonces que, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho a la Reparación es un derecho fundamental de las víctimas del delito (violaciones de derechos elementales a la dignidad humana), cuya finalidad consiste en desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y, que además obedece al deber internacional de protección estatal hacia los derechos fundamentales (Rodríguez, 2004).

El hard law como fuente

Dentro de esta sección se buscará rescatar algunas disposiciones internacionales con vinculatoriedad a México, que señalan la inexcusable obligación de garantizar el Derecho a la Reparación para víctimas del delito, y que conformarían el llamado bloque de constitucionalidad (artículo 1 de la Constitución Nacional).

Para iniciar, considero pertinente dejar en claro que es lo que se entiende por *Corpus Iuris* en el Derecho Internacional, el cual para Daniel O'Donnell (2012), está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (vinculantes y no vinculantes).

Continúa el autor señalando que, en el sistema interamericano se emplea la expresión “interpretación autorizada” para referirse al uso de un instrumento en la interpretación de otro (en el ámbito internacional existe, además, otra fuente de vinculatoriedad, y sería el denominado derecho consuetudinario).

Ahora bien, refiere la fuente, ambas normas (la principal y la que servirá para interpretar) deben estar destinadas a proteger el mismo bien jurídico, Si la norma complementaria parece identificar o referirse a un elemento o aspecto esencial de la norma principal, entonces tiene relevancia (O'Donnell, 2012).

En el sistema interamericano por su parte, también lo encontramos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), que dispone:

Artículo 63.1: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido fallos consistentes y al respecto, en el Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988), en donde establece el deber jurídico de prevención sobre las violaciones de derechos humanos, así como, de investigar, enjuiciar y reparar (CoIDH, 1988: 164).

En el Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala: 2001), en el voto particular del Juez Cançado Trindade, acertadamente señaló: *“las reparaciones otorgadas tornan la vida de los familiares sobrevivientes quizás soportable, por el hecho de que, en el caso concreto, el silencio y la indiferencia y el olvido no han logrado sobreponerse a las atrocidades, y de que el mal perpetrado no ha prevalecido sobre la perenne búsqueda de la justicia”.*

Como señala Cubides Molina 2016, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el Caso Aloeboetoe vs Surinam, precisó que el artículo 63.1 de Convención Americana contiene una norma consuetudinaria y uno de los principios fundamentales del derecho internacional, por lo que, no puede ser modificada ni suspendida por un Estado invocando disposiciones de derecho interno (1993: 43-44).

Principios rectores desde el soft law

Dentro del derecho internacional de los derechos humanos, encontramos la expresión *soft law*, que implica aquella disposición orientativa del objeto y fin de un derecho, no obstante, carece de fuerza vinculante, sobre todo, en virtud de provenir de fuentes no jurisdiccionales (Uprimny, 2010), en el caso particular, encontramos bajo este tamiz a dos estándares básicos, a saber:

1. Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones (UN, 2005).
2. Declaración de Principios básicos de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (UN, 1985).

Precisamente, en ambos instrumentos del llamado “derecho suave”, es que encontramos las más específicas referencias al Derecho a la Reparación de las Víctimas, y, aunque se puede apreciar se trata en apariencia de dos temáticas distintas, lo cierto es, que como advertiremos en el siguiente capítulo, existe un elevado nivel de compaginación entre ambos documentos internacionales. Al respecto, cabe precisar, sobre el abordamiento dentro del apartado del Derecho Penal Internacional, se debe precisamente, que esta disciplina se decanta por incorporar (al primer documento en mérito), dentro de su desarrollo jurisprudencial, volviéndolo altamente vinculante.

En el sistema regional protector de derechos humanos, destaca el instrumento conocido como: “las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, y, a efecto de tales reglas, podemos destacar que: “se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y

el perjuicio económico. El termino víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa (OEA, 2008)”.

De lo anterior, podemos constatar la naturaleza de la reparación integral como un derecho autónomo público y subjetivo de todas las personas, cuya actualización dependerá de la violación a un derecho fundamental, empero, es importante precisar que, a pesar de esto, la obligación del Estado no se encuentra condicionada a la emisión de una sentencia, sino que bastará simplemente el reconocimiento de la calidad de víctima.

El Derecho a la Reparación desde el Derecho Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI), en la sentencia del llamado caso Thomas Lubanga Dyilo, como sostiene la profesora López Martín, dejó en claro que: es un derecho humano el deber de reparar de forma adecuada el daño causado, por una violación a derechos convencionales, lo que implica un principio general del derecho internacional (2013: 213- 214), reconocido en los siguientes instrumentos de carácter universal, y regional:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Convención contra la Tortura de 1984; Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965; a Convenio de La Haya sobre leyes y costumbres de guerra de 1907; del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra sobre protección a las víctimas de conflictos armados de 1977; Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950; Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los pueblos.

Asimismo, la CPI en esta sentencia (particularmente en su párrafo 179), delinea las finalidades perseguidas con el derecho a la reparación mismas que son: a) aliviar el sufrimiento causado por el crimen; b) proporcionar justicia a las víctimas atenuando las consecuencias de la violación; c) impedir futuras violaciones; y d) contribuir a la efectiva reintegración de las víctimas (López, 2013: 214).

Por lo que, podemos entonces sintetizar lo hasta aquí dicho por la CPI, de que se trata de un derecho consuetudinario o *ius cogens*, es decir, que al tratarse de un principio sistemático del derecho internacional, su vinculatoriedad es total, sin importar que se encuentre positivizado o no en el derecho interno (Valencia, 2013), además, este derecho a ser reparado adecuadamente por la violación a un derecho fundamental de las personas, busca en última instancia la justicia, la rehabilitación y reintegración de la víctima a su vida previa al hecho victimizante.

Para Vera Piñeros, esta evolución del concepto internacional tiende a la protección de las víctimas, redefiniendo el papel del Estado, ya que, en un principio este término carecía de una perspectiva memorizante, y, radicaba en un enfoque sancionatorio, debido a los fuertes criterios y principios retributivos de justicia involucrados, puesto que se favorecía a los intereses sociales de prevención y reacción ante el crimen (2008: 742-745).

No obstante, cuando se trata, de evitar las lesiones o daños que se infringen entre sí sus pobladores, la respuesta estatal, figura en la justicia penal ha quedado a deber, en razón, por olvidar la relevancia procesal de la víctima (Feria, 2006).

Por su parte, la legislación punitiva internacional, denominado el Estatuto de Roma, en su artículo su artículo 75 define el derecho a la reparación de las víctimas, caracterizándola como la obligación del condenado, y el derecho de persona que sufrió el injusto, a ser restituido, indemnizado y rehabilitado; medidas que incluso pueden ser apor-

tadas por el organismo internacional, a través, de un fondo fiduciario creado ex profeso.

Como se advierte, la normatividad penal internacional, contempla plenamente la afectación a las víctimas, y en consecuencia la justa reparación, la que ha sido enriquecida con la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, como la sentencia aludida del 14 de marzo de 2012.

Luego entonces, desde esta tesitura, la reparación integral es un derecho fundamental tutelado tanto en el sistema universal, como en regional, protectores de los derechos humanos, inclusive se engloba dentro del llamado *ius cogens*, es decir, obedece a la costumbre internacional.

Así mismo, obedece a una obligación secundaria por parte del Estado, pues no debemos olvidar, que el compromiso primario es la tutela efectiva de todos los derechos humanos, en consecuencia, sus violaciones constituyen en sí, la infracción primigenia.

La incorporación del soft law

Ahora, en aras de encontrar los alcances y limitaciones en el derecho a la reparación para las víctimas, en el ámbito punitivo internacional, es pertinente recordar la diferenciación entre un derecho “duro” vinculante (*hard law*), generalmente proveniente de jurisprudencias de Tribunales Internacionales, y del derecho convencional (*strictu sensu*), en contraposición a un derecho suave (*soft law*), o persuasivo, cuya influencia proviene más de las razones y fines expuestos argumentativamente, pero, también en consideración del organismo internacional que las sugiere (Del Toro, 2006).

La Corte Penal Internacional hace un apropiamiento del llamado *soft law* o derecho suave, a través, de la sentencia del llamado caso Thomas Lubanga Dyilo (2012), siendo así, como emplea el estándar de “*los Principios y Directrices básicos sobre el Derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Hu-*

manos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y a obtener Reparaciones (UN, 2005)”, para desarrollar su propia jurisprudencia de matiz internacional.

Al anterior documento orientador, debemos aunarle la denominada “Declaración de Principios básicos de Justicia para las Víctimas de delitos y abuso de poder (UN, 1985), y, aunque, es verdad guardan gran compaginad ambos, también es cierto, marcan diferencias sustantivas.

Decíamos que, como se advierte ambos instrumentos orientadores presentan diferencias significativas, no únicamente en razón de materia (aunque no se debe soslayar que es en el más reciente de ellos, donde la CPI fundamenta el desarrollo de su jurisprudencia), sino, además por razón de evolución temporal, es por ello, que encontramos más enfática la disposición, no vinculante, sobre la obligación estatal al respecto, claro está, reconociéndose, que en la materia punitiva guarda un deber solidario, y, en el caso de violaciones a derechos humanos se trata de un deber primario.

Sin embargo, a pesar de las aparentes diferencias, resulta innegable puntos coincidentes en ambos documentos internacionales referidos, por ejemplo: i.- En el deber de apoyo asistencial para con las víctimas, sobre todo, en los primeros momentos de acontecido el hecho víctimizante; ii.- La obligación del Estado de contar con fondos públicos para operar medidas de compensación económica, sean de causa de daño moral o de daño material; iii.- El reconocimiento de la sentencia misma como medida de no repetición, y de satisfacción hacia la víctima; iv.- El reconocimiento de víctimas de primer (directas) y de segundo momento (indirectas); v.- Coincidencia en la conceptualización del daño como objeto de protección normativa internacional (López, 2013).

Por último, también podemos advertir, que un estándar latinoamericano propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta de utilidad en la aplicación del enjuiciamiento criminal, sobre todo, en cuanto al Derecho a la Reparación de las Víctimas.

El Derecho a la Reparación desde el Derecho Penal

A partir del desarrollo de criterios jurisprudenciales, el derecho judicial mexicano ha venido dotando de contenido al Derecho de la Reparación, mismo que, ha implicado una evolución, sobre todo, con el reconocimiento de los derechos humanos en México, en 2011, pues, con ello, derivó una paulatina incorporación de la figura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la aplicación del derecho punitivo nacional.

Para Bernardino Esparza, la reparación del daño ha ido evolucionando en el derecho penal mexicano, originalmente sólo tenía la naturaleza de pena pública ligada a la indemnización de los daños materiales secuela del delito, no fue sino hasta el año 2000 que permutó a una “garantía del impuesto”, posteriormente, ya con la reforma constitucional, al artículo 20 apartado C, será considerado como un derecho humano (2017: 217-219).

La reforma de 2008 amplió el alcance de los derechos de las víctimas, quienes, se vieron favorecidas con un reconocimiento dentro de juicio penal poniéndolas en pie de igualdad frente a las otras partes, además, permitió la resignificación en la lógica de retribuirle a la víctima, aquello que perdió por la comisión del ilícito, por lo que, como sostiene Esparza, la reparación tiene una consideración legal compartida, de a) derecho fundamental, b) pena pública, y c) obligación particular de quien cometió el delito (2017: 233).

Cabe señalar, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha reconocido la evolución del propio derecho, al precisar: “la ignorancia en el derecho positivo mexicano, desde la promulgación de la constitución en 1917 hasta el año 2000, precisamente de la noción de la Reparación del Daño, sino que será el producto de cuatro reformas constitucionales las que terminarán por darle el contenido que hoy le reconocemos (SCJN, 2018)”.

Continúa señalando el Alto Tribunal –sobre las cuatro reformas fundamentales– que, la primera, se dio el 21 de septiembre de 2000, al introducir un apartado B al artículo 20 constitucional dota de un elenco mínimo de derechos a las víctimas, uno de ellos fue el de la Reparación de Daño. La segunda ocurrió el 14 de junio de 2002, en el artículo 113 constitucional, aunque no propiamente sobre el tópico del delito. La tercera el 18 de junio de 2008, en el seno de la incorporación de los juicios penales de corte acusatorio, al adicionarse un apartado C al artículo 20 de la Constitución, donde, se le reconoce a las víctimas el derecho a impugnar determinaciones de la Fiscalía. Y, por último, la del 10 de junio de 2010, que al darle existencia a las acciones colectivas abre la puerta a los mecanismos de reparación (SCJN, 2018).

Sobre este mismo criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018), conviene destacar, que es precisamente en esta tesis que realiza una anotación de primordial significación a la postre, en del Derecho a la Reparación de la Víctimas del Delito, y, es precisamente cuando expresa:

Para entender el concepto de “reparación” incorporado a la Constitución, es importante señalar que el Senado invocó el concepto de “reparación integral” desarrollado en el marco de las Naciones Unidas, partiendo de los “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Subrayado propio).

Lo anterior, decíamos, será determinante para la comprensión del Derecho a la Reparación de la Víctimas del Delito, y, precisamente, dándole el reconocimiento al documento internacional de Naciones Unidas, tal cual, lo había hecho anteriormente la Corte Penal Internacional, ergo, hasta aquí las cosas, podemos advertir que no debiera gra-

uitar -cuando menos en la aplicación, que, la institución jurídica de la Reparación Integral provenga de una disciplina ajena al Derecho Penal, pues inconcuso no existe confusión alguna, se habla exactamente de la misma categoría conceptual.

De hecho, el anterior argumento, previamente ya había sido usado por el Alto Tribunal, por ejemplo, la Primera Sala (2015, 2016), incluso, ya había señalado el “parámetro” a cumplir en la Reparación del Daño derivada de la comisión de un delito, en donde, vuelve propio el estándar de la Reparación Integral delineado por la Naciones Unidas (A.- expedita. Proporcional, justa; B.- oportuna, plena, integral, efectiva; C- restitutiva o compensadora).

Ahora bien, otro punto nodal en la evolución del contenido del Derecho a la Reparación del Delito, desde su desarrollo jurisprudencial, ha sido el reconocimiento de la Ley General de Víctimas (2013), en especial, para su aplicabilidad en los procedimientos de naturaleza penal (TCC, 2017), porque, con ello, no solo ha incorporado en el discurso del enjuiciamiento criminal, categorías novedosas como: la subsidiariedad en la aplicación de las medidas de compensación (TCC, 2022), criterios que han dejado ver, el enfoque judicial para la operacionalización de las medidas de reparación, empero, lo significativo es el reconocimiento de carácter de trámite administrativo éste, aun cuando sobrevenga de una fuente judicial (SCJN, 2017).

En la misma lógica del párrafo anterior, es que podemos subrayar referencias a tópicos propios de la Reparación Integral, como el daño moral (TCC, 2018), o, el daño material, y su prolongada costumbre a la remisión al artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo, al considerar a las tarifas contempladas en esta legislación como un piso mínimo (SCJN, 2013; TCC, 2016).

Pero quizás hay dos puntos muy relevantes en la jurisprudencia nacional que merecen comentario particular; y estos son: i) la finalidad del propio derecho en comento, y ii). el concepto mismo del Derecho

a la Reparación del Daño. Cuestiones que nos abocaremos a continuación.

Según, el desarrollo jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Derecho a la Reparación es un Derecho Fundamental de carácter sustantivo de las víctimas (2017), que permite en, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del delito –económica, moral, física, psicológica, etcétera– (2015), y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, procede el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria de los daños ocasionados (2017).

La Reparación del Daño como Pena Pública

En México, el artículo 30 del Código Penal Federal contempla a la Reparación del Daño como pena pública. Sin embargo, su definición actual se encuentra más cercana al derecho humano de la Reparación Integral, veamos:

La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, 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 requiera 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 su 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 ocasionados; 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 sufrir 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.

Ahora bien, retomando lo señalado por Bernardo Esparza (2015) al inicio de este capítulo, la Reparación del Daño, también, suele ser vista desde una función punitiva, la cual, el propio autor, señala busca crear una obligación particular en quien cometió el delito.

Ahora bien, vale precisar que para Roxin las penas poseen tres finalidades, a saber:

1ª- Debe retribuir servir a la justicia, imponiendo una carga, independientemente de cualquier efecto social -la teoría de la retribución-.

2ª- En impedir que el autor cometa otros delitos -teoría de la prevención especial-.

3ª- Y la de motivar a la generalidad, de la sociedad, hacia una conducta legal, de esta manera, demostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico, fortalecer la fidelidad jurídica de la población -teoría de la prevención general-(2017:616).

En opinión de Nistal Burón, la Reparación del Daño cumple con las anteriores categorías, pues, desde la óptica de la retribución es importante que el delincuente se arrepienta compensando a la víctima por el mal causado, a su vez, tendría el efecto de la prevención especial, porque el infractor buscaría no generar más víctimas en el futuro, respetando la ley penal, finalmente, también refuerza al ordenamiento jurídico generalidad reforzando la convivencia social (2012:121).

Y es que ciertamente, como sostiene Giménez, desde el enfoque de la prevención general, cuando no se resuelven los problemas derivados del delito, no sólo la víctima queda en un desamparo, además, la convivencia comunal no supera su ruptura y en este último sentido, el Estado posee la obligación principal de garantizar la paz y la armonía social (2012:64), por lo que, dirá Nistal, desde esta tesitura el código penal es visto como un instrumento de convivencia (2012:102).

De tal suerte que, la pena debe buscar superar el drama penal (Giménez, 2012:63), entonces, es necesario vigilar el cabal cumplimiento de la Reparación del Daño, pues, como sostiene Sampedro, la eficacia punitiva no se mide por el número de sentencias condenatorias, sino, en la forma que éstas son capaces de resarcir a las víctimas (2008).

En virtud de la anterior situación, se vuelve necesario un replanteamiento de la política criminal, donde, como sostiene Sampedro Arrubla, el garantismo se ocupe ya no sólo del inculpado, para también hacerlo por quienes sufrieron el agravio, y de la reparación a su daño (2008).

En este sentido, como precisa Claus Roxin, la teoría de la pena ayudaría a conseguir soluciones satisfactorias a la política criminal, pues, el derecho penal es capaz de contribuir en impedir la comisión de los delitos, también, de reforzar la confianza de los ciudadanos en la fuerza coercitiva del ordenamiento jurídico, asimismo, no se debe olvidar, que cuando la víctima es restablecida en el derecho lesionado e indemnizada se puede decir, se alcanza la paz jurídica (2017:625).

Decíamos, la noción de la Reparación del Daño ha vivido una evolución en el derecho positivo mexicano, principalmente en el apartado jurisprudencial, al respecto, como ha señalado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015):

La reparación del daño que procede de la comisión de un delito, y, es una consecuencia jurídica que deriva de la demostración plena de la responsabilidad penal

del sentenciado en la comisión del hecho ilícito penal, lo que genera una obligación de restitución por el sentenciado para resarcir el daño ocasionado; de ahí que sea exigible su pago a través de los mecanismos de ejecución establecidos para ese efecto por la ley procesal penal.

De lo anterior podemos colegir, al margen de lo comentado en líneas anteriores, es inconcuso que, en materia penal, está presente la lógica de la acreditación procesal para su operacionalización, como pena pública (2006), y, para hacer exigible la obligación a sujeto en específico, el comitente delictivo.

Sin embargo, y precisamente desde su concepción de pena pública, es que la reparación del daño, no ha estado exento de cuestionamientos sobre su sujeción al principio de estricta legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), en virtud, de que no posee un parámetro fijo, no obstante, ello resultaría nugatorio de la figura jurídica misma, pues, iría de la propia naturaleza de una reparación efectiva, en función al daño particularmente causado, así, que la individualización de la pena dependerá de las circunstancias concretas (SCJN, 2016).

Más bien considero, este punto es el que aclara su naturaleza atípica como pena sancionatoria, me explico, resulta notorio que la normalidad en la fijación de las penas –sea económica o corporal– es la fijación de un “piso” y de un “techo” del castigo, situación que evidentemente, no se advierte en la Reparación del Daño, descartando la relativa a daños objetivos materiales, ya que, debemos recordar existen también los daños inmateriales susceptibles de indemnización.

Precisamente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2006), al internarse en la naturaleza punitiva de la Reparación, preciso:

[“”]El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable

al delito de que se trate, lo que se traduce en que no existe delito ni pena si no se contiene en alguna ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Por otra parte, la reparación del daño ha sido elevada a rango de garantía fundamental en el artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional, y, a nivel legal en el artículo 22, apartado A, fracción III, del Código citado (Estado de México), en que se prevé como pena pública. Toda vez que la imposición de esa pena, se justifica en la medida en que el Constituyente sancionó como garantía constitucional a favor de la parte ofendida a que se le repare el daño, garantía que el legislador local la hizo extensiva en la norma de mérito (mediante la figura sancionatoria penal), lo que determina el cumplimiento a aquel principio constitucional.

Conclusión

Hemos visto como desde el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la reparación integral, es una prerrogativa fundamental derivada de la materialización de una violación o transgresión en la esfera de las personas, es así, que decimos que posee una naturaleza temporal secundaria, pues, sin duda, el óptimo aspiracional es que no ocurriera tal trasgresión.

Empero, y a pesar de esta situación, cierto es, entonces se gesta un derecho subjetivo público, además de autónomo, cuyo titular es la víctima de tal violación, y quien posee la facultad de exigir una serie de medidas, tendientes a neutralizar o desaparecer los efectos perniciosos.

Ahora bien, como se vio en este trabajo, cierto es, algunas de estas medidas reparatorias trascienden la esfera inmediata de la persona, traduciéndose sus efectos en verdaderas transformaciones sociales, dada su finalidad de evitar la nueva ocurrencia de la violación, es decir, la no repetición.

Por su parte, la investigación sobre el derecho penal internacional advierte, si bien, el derecho a la reparación posee una concurrencia con la pena o castigo, lo que, conlleva a su corroboración fáctica en el

juicio criminal internacional, también, es claro, que para esta disciplina dicha figura jurídica posee cierta independencia de teleología penal, siendo más proclive la utilización de estándares provenientes del derecho internacional a los derechos humanos.

Por lo que toca a la discusión penal nacional, observamos el desarrollo del concepto dentro del derecho jurisprudencial, el cual, termina también por asimilar a la reparación del daño proveniente del delito con la reparación integral sobreviniente de violaciones a prerrogativas fundamentales.

Viendo entonces, la evolución de este concepto, nos lleva a sostener que, existe una coincidencia en los contenidos de ambas figuras, la reparación del daño proveniente del delito y el derecho humano a la reparación integral, implicando entonces, el traslape de consecuencias jurídico teológicas de la última disciplina hacia la primera; empero, esto hace, sin duda, difícil su operación por los impartidores de la justicia criminal, en virtud, de la amplitud del radio protector del derecho humano. Problemática que deberá ser abordada en ulteriores investigaciones.

Bibliografía

- Aranda, D. E. (2017). *Teoría del Delito Funcionalista*. Ed. Flores Editor. México.
- Bernardino E. (2015). *La reparación del daño*. Inacipe. México.
- Constitución de los Estados Unidos Mexicanos [Const.] (1917). [2016] / Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf
- Greiff, P. (2008). Reparaciones para las víctimas de violencia política: estudios de caso y análisis comparado. *Justicia y Reparaciones*, pp. 407-440.
- López, A. (2012). La Corte Penal Internacional hace Historia: Primer Veredicto de Culpabilidad y Primera Sentencia sobre Reparación a las Víctimas en el Caso del Fiscal V. Thomas Lubanga Dyilo. *Foro, Nueva Época*, 15(2), 255-281.

- López, Carlos (2010). *La Acción de Grupo: Mecanismo Adecuado y Efectivo para Reparar Graves Violaciones a los Derechos Humanos*. Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo Facultad de Jurisprudencia Bogotá D.C, Estudios Socio- Jurídicos, Bogotá (Colombia), 11 (2), julio-diciembre, pp. 301-334.
- López, M. Gemma, A. (2012). La Corte Penal Internacional hace Historia: primer veredicto de culpabilidad y primera sentencia sobre reparación a las víctimas en el caso de “El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, 15 (2), 255-28.
- Lovatón, D. (2009). Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología, *Revista IIDH*, 50, pp. 209-226.
- O'Donnell, G. (2003). “Democracia, desarrollo humano y derechos humanos”, en Guillermo O'Donnell et al. (comps.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Argentina, Homosapiens ediciones/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pp. 25-149.
- (2004). *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Argentina.
- Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. Asamblea General. (2005). Principios y directrices básicos sobre el ejercicio de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Disponible en: <http://www.ohcr.org>.
- Organización de los Estados Unidos Americanos [OEA.] (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/>.
- Organización de Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. Asamblea General. (16 de diciembre de 2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del

derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

- Organización de Naciones Unidas [ONU.]. Serie C. 183 Estatuto de Roma. 17 de julio de 1998.
- Ríos, L. (2012). Elementos sustantivos y procesales que garantizan la eficacia del principio de reparación integral. *Ambiente Jurídico*, (1), pp 118-139.
- Sampedro, J. (2008). Los Derechos Humanos de las Víctimas: Apuntes para la reformulación del sistema penal. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 12, ene-junio, pp. 353-372.
- Uprimny, R. & Guzmán, D. (2010), En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 231-286.
- Uprimny, R. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En C. Díaz, C. Nelson y Yepes (coord.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp.31-70), ICTJ- Unión Europea- De Justicia, Bogotá

Sentencias

- SCJN. (2018). Reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos. origen de su incorporación al texto constitucional en la reforma de 10 de junio de 2011. *Semanario Judicial de la Federación*, p.1.
- (2018). Ley general de víctimas. es aplicable en los procedimientos de naturaleza penal, con independencia del sistema procesal que los rijan. *Semanario Judicial de la Federación*, p.1.
- (2017). Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización concepto y alcance. *Semanario Judicial de la Federación*, p.5-33.
- (2015). Reparación del daño derivada de un delito. parámetros que deben observarse para cumplir con este derecho humano. *Semanario Judicial de la Federación*, p.1-2.

- (2013). Reparación del daño de la víctima u ofendido del delito. contenido de este derecho fundamental (legislación del estado de chiapas). Semanario Judicial de la Federación, p.1
- (2005). Reparación del daño, el artículo 29, del código penal para el estado de México que la prevé como pena, incluso tratándose de delitos patrimoniales, no viola la garantía de exacta aplicación de la ley penal. Semanario Judicial de la Federación, p.1.