

La víctima del delito y reparación del daño en la Constitución

The victim of a crime and the reparation of damage in the Constitution

NIMROD MIHAEL CHAMPO SÁNCHEZ

RESUMEN

En la redacción original de la Constitución de 1917 no figuraban los derechos de la víctima de un delito; fue hasta 2008, con la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, cuando se realizó una protección integral a sus derechos. En el artículo 20 constitucional, apartado C, se reconocen los derechos de la víctima del delito, particularmente el derecho a la reparación del daño; aunado a lo anterior, el artículo 17 constitucional incorpora los mecanismos alternativos de solución de conflictos en la materia penal.

Uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos utilizados en materia penal es la justicia restaurativa, que, al ser un programa que atiende las causas del delito, observa las necesidades de las personas involucradas y las reintegra a su vida en sociedad; es la mejor manera de reparar los daños causados por el delito, en virtud de su concepción de conflicto penal.

Palabras clave: víctima, reparación del daño, justicia restaurativa.

ABSTRACT

At the original wording of the 1917 Constitution, did not include the victim of a crime rights; It would be until 2008, with the constitutional reform in matters of security and justice, where an integral protection of their rights were carried out. In the article 20 of the Constitution at section C, the victim of the crime rights are recognized, particularly the right to compensation for the damage; in addition to the above, in the article 17 it incorporates the Alternative Dispute Resolution Mechanisms in criminal matters. One of the Alternative Dispute Resolution Mechanisms used in criminal matters is the Restorative justice, which is a program that addresses the causes of crime, also observes the needs of the people involved and reintegrates their life in society, which is why the best way to repair the damage caused by crime, in its conception of criminal conflict.

Keywords: victim, damage repair, restorative justice.

*Artículo de Investigación recibido el 23/8/18 y aceptado el 4/12/18.
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas (México) (champo3000@yahoo.com.mx). orcid.org/0000-0001-9366-2756

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La Constitución de 1917 / 3. La inclusión de la víctima en la Constitución: a) reforma de 1993, b) reforma del 2000, c) reforma del 2008 / 4. La reparación del daño / 5. El conflicto penal / 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Para entender la justicia restaurativa como la mejor manera de garantizar el derecho de la víctima del delito es menester revisar la evolución de su regulación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una vez que hemos revisado cómo paulatinamente se han ido incluyendo los derechos de la víctima en el texto constitucional, desarrollaremos brevemente el concepto de reparación del daño derivado de un delito, lo cual nos ayudará a vislumbrar que la idea tradicional de cuantificar el daño económicamente es insuficiente para garantizar los derechos de la víctima.

Por estas razones, nos daremos a la tarea de explicar brevemente cómo la justicia restaurativa atiende de mejor manera el fenómeno social llamado delito, desde una perspectiva integral que, más que en un castigo, atiende las causas y las necesidades de los intervinientes; lo anterior, en virtud de una concepción distinta de lo que es un conflicto en materia penal.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Nuestra Carta Magna nace como un proyecto de reforma de su antecesora, la Constitución de 1857;¹ a estos efectos, Venustiano Carranza expidió, el 14 de septiembre de 1916, el decreto reformativo de algunos artículos del Plan de Guadalupe. En su articulado, el decreto convocaba a elecciones para un Congreso Constituyente integrado por representantes de las entidades federativas en proporción al número de habitantes (con la prohibición de que “los que

¹ “En el año de 1916, una vez alcanzada la estabilidad y la culminación del conflicto armado, se llega el momento de restablecer el orden constitucional. Había dos opciones: la primera, restablecer lisa y llanamente la Constitución de 1857, lo cual pondría en peligro la reforma político-social producto de la revolución; y la segunda, el establecimiento de un Congreso Constituyente con la encomienda, ya sea de reformar la Constitución de 1857 o de expedir una nueva”. Cfr. Márquez Piñero, Rafael y Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *Imputabilidad e Inimputabilidad: El Derecho en México, dos siglos (1810-2010) Cuadernos del Bicentenario*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, pp. 303-352.

hubieren ayudado con las armas o servido empleos públicos en los gobiernos o facciones a la causa constitucionalista” no podrían ser diputados).²

Para Tena Ramírez, la Constitución de 1917 es, sin duda, una Constitución por su contenido y por su nombre; aunque por respeto a la de 1857 tuvo el único cometido de reformarla, es una Constitución –continúa Tena Ramírez– que reforma a otra Constitución.³

Concretamente, en materia penal se establecen, en el capítulo 1, “De las garantías individuales”, diversas disposiciones de carácter penal:⁴

- La posesión de armas de cualquier clase para la seguridad y legítima defensa de los habitantes (art. 10).
- Impide el juzgamiento por leyes privativas y tribunales especiales; prohíbe la existencia de fueros, salvo el militar, introduciendo como novedad la imposibilidad de que el orden militar juzgue a un paisano que se encuentre “complicado” en un delito o falta militar (art. 13).
- Irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna; cualquier acto de privación será resultado de un juicio y formalidades procesales de conformidad con las leyes previamente establecidas. Pero, sobre todo, destaca la inclusión del principio de legalidad en materia penal: “*nullum crimen nulla poena sine lege*” (art. 14).
- Se establecen las características de los actos de molestia y de la orden de aprehensión o detención, regula de mejor manera la flagrancia y agrega los casos de urgencia y los requisitos del cateo (art. 16).
- La proscripción de la prisión por deudas civiles, así como de la justicia por propia mano, y el principio de justicia expedita y gratuita (art. 17).
- Las garantías de los imputados en todo juicio del orden criminal (art. 20).
- Las facultades investigadoras del Ministerio Público y, por último, la competencia de la autoridad administrativa (art. 21).
- La prohibición expresa de la pena de muerte por delitos políticos y, permitiéndola para un catálogo de delitos en *numerus clausus* (art. 22).

² En realidad, el proyecto de Carranza sufrió importantísimas modificaciones, no fue una reforma a la de 1857; sin embargo, heredó principios básicos de ella (forma de gobierno, soberanía popular, división de poderes y derechos individuales). En parte, se trata de una nueva ley que olvida los límites del Derecho Constitucional clásico al recoger los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, dando forma y creando originales instituciones sociales y económicas en su beneficio (como ejemplo, los artículos 3, 8, 27, 123, 130 y 131). Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 24 ed., 2005, pp. 809-810.

³ Rabasa, Emilio O., *Historia de las constituciones mexicanas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000, 2da ed., 2da reimpr., pp. 83-84.

⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917.

Como podemos observar, el diseño del sistema de justicia penal estaba basado en la protección de los derechos del imputado, sin que se vislumbrara, ni someramente, alguna referencia a los derechos de la víctima.⁵

Históricamente, el protagonista del proceso penal ha sido el imputado, al ser el Derecho Penal —y su pretensión punitiva— uno de los ámbitos de actuación del Estado que en mayor medida priva de derechos a los individuos. No es de extrañar que en diversas épocas y lugares se haya utilizado éste de manera desmedida, arbitraria, irracional, tiránica o autoritariamente. Es por eso que en el momento de la redacción de nuestra Carta Magna la principal preocupación del constituyente fuera garantizar los derechos del imputado en el proceso penal.

3. LA INCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA CONSTITUCIÓN

a) reforma de 1993

Como hemos visto, la víctima ha sido la gran ausente, normativa y físicamente hablando, del sistema de justicia penal, tanto que el texto original de la Constitución ni siquiera la contemplaba. No fue sino hasta 1994 cuando, mediante la reforma al artículo 21 constitucional, por primera vez se le reconocía el derecho de poder impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y el desistimiento de la acción penal.⁶ Fuera de esta posibilidad procesal de impugnación, la víctima del delito no tenía ninguna injerencia en el proceso penal.

b) Reforma del 2000

Ya en el 2000, 83 años después, sería reformado el artículo 20 constitucional para establecer dos apartados. El apartado A) establecía los derechos del imputado y el apartado B), los de la víctima y ofendido del delito.⁷

⁵ Inclusive, en el discurso de Venustiano Carranza, del 1 de diciembre de 1916, se expresó que la principal preocupación respecto al sistema de justicia penal es la violación a los derechos del imputado: "El Artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos". *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Ediciones de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Revolución Mexicana, 1960, p. 385.

⁶ *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1994.

⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 21 de septiembre del 2000.

- Asesoría jurídica
- Coadyuvar
- Recibir atención médica y psicológica
- Reparación del daño
- No carearse si son menores o víctimas de violación o secuestro
- Medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio

A pesar del avance que significó esta reforma, en materia de protección de los derechos de la víctima dicha regulación fue objeto de innumerables críticas, por considerar que otorgaba una protección “paternalista” y no consideraba a la víctima como verdadera parte procesal.

c) reforma del 2008

El 18 de junio del 2008 fue publicada la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, que reformó los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, estableciendo principalmente la aplicación del sistema acusatorio a nuestro país.⁸ En lo que respecta, en nuestro tema, los artículos relacionados directamente con los derechos de la víctima son los artículos 17 y 20, apartados A) y C). Concretamente, dicha reforma introdujo 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”.⁹

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 ofendido.¹⁰

⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰ “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”. Gobierno Federal, *Guía de Consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, México, 2008, p. 22.

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 repare 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”.¹¹

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 la reparación del daño, que es inclusive obligación del Ministerio Público solicitarla.

Por su parte, la implementación del sistema acusatorio supone también la utilización de los medios alternativos de solución de controversias, que tienen como uno de sus objetivos garantizar la reparación del daño de las víctimas del delito.

4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde el punto de vista jurídico, 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:¹²

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, extrapatrimonial 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 etcétera.¹³
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.¹⁴

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

¹² Frúgoli, Martín A., Daño: conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente, *Resarcimiento: Derecho y cambio social*, año 8, núm. 23, pp. 10-12. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500735>.

¹³ Cienfuegos Salgado, David, Responsabilidad civil por daño moral, *Revista de Derecho Privado*, año 9, núm. 27, 1998, p. 56.

¹⁴ Borrego, Aparicio, Barquero Sánchez, Iburgüen *et al.*, Concepto de daño corporal y antecedentes históricos, *Revista Rehabilitación*, vol. 42, núm. 6. Disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.

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 a 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.¹⁵

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.

Dicha 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 claro y específico contenido patrimonial. Cuando la reparación del daño deba ser hecha 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.¹⁶

En la actualidad, podemos encontrar en la doctrina y en la práctica tres modelos distintos de reparación del daño: como 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 el juez no puede dejar de condenar a su pago. Solamente será cuestión accesoria al proceso si se promueve

¹⁵ *Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia*, España, Banzason Imprenta de la Viuda de Don Joaquín Eseriche, pp. 528-529.

¹⁶ Esta distinción se encuentra plasmada en el artículo 34 del Código Penal Federal mexicano:

Artículo 34.- La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente".

la reparación del daño contra algún tercero ajeno al inculpado, adoptando la forma de responsabilidad civil.¹⁷

Aunque considerada como pena pública, la reparación del daño, al estar asociada la sanción pecuniaria, solamente contempla aspectos económicos, patrimoniales y monetarios. Aunque los códigos penales tengan previstas las indemnizaciones de todo tipo de atención médica y psicológica, rehabilitación, etc., se olvidan de 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 dicha 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 personas, no solamente es el pago de una cantidad económica como pena o indemnización.¹⁸ Más que reparar el daño, en el sentido tradicional del

¹⁷ 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. 341-356.

¹⁸ "Otro principio a tener en cuenta consistiría en la prohibición de cualquier intento de mediatización del ser humano. Tal como afirmaba Immanuel (sic) KANT en su célebre postulado, 'No debe tratarse nadie a sí mismo, ni a los demás como simples medios, sino como un fin en sí mismo'. La idea central es el respeto por el individuo y por la dignidad humana, considerando que el hombre debe ser tratado como el sujeto de las políticas y nunca como un objeto, como un medio que en tanto medio, pueda ser utilizado como moneda de cambio para objetivos posteriores, por muy loables que éstos sean. ¿Aspiramos a que los ciudadanos recuperen su autonomía? Comencemos pues, por respetarla desde los enunciados jurídicos, de ésta manera, podremos exigir de los mismo, responsabilidad sobre sus actos. 'La creencia en el significado de la autonomía individual presupone seres humanos capaces de regular su propio comportamiento. En muchas oportunidades, el argumento de la inexistencia del sujeto autónomo es esgrimido no para restar responsabilidades al individuo, sino para quitarle derechos. Es muy fácil (económico, práctico) enarbolar la bandera de las responsabilidades ante la sociedad cuando se utilizan para condenar a un desdichado marginal en mérito a la generación de un dudoso ejemplo de justicia que eventualmente serviría para evitar que se cometan nuevos delitos. El sujeto goza de autonomía a la hora de cargar con todo el peso de un castigo a causa del delito cometido, pero nadie recuerda a esa misma autonomía en el momento de respetar su individualidad, su carácter de no-objeto. Pareciera hasta anticuado repetirlo, pero como cada ser humano es un sujeto único e irrepetible, es imposible valorarlo en todas sus dimensiones, es inmoral utilizarlo como un escalón para lograr cualquier objetivo.

"La apropiación del monopolio de la fuerza por parte del Estado en algún momento de la historia, legítima o ilegítimamente conseguida, cedida por la sociedad o expropiada por éste, hizo mella en la teoría de la retribución, orientándose cada vez más, en la medida en que la necesidad de un mayor control social lo hizo necesario, hacia las teorías de la prevención, dejando a estas últimas casi como único fundamento real de toda punición. De esta manera, tanto víctima como victimario pasaron a ser utilizados, el uno para fundamentar la necesidad y la justicia del castigo en mérito al sufrimiento producto del daño, y el otro como mero elemento ejemplificador de cara al

Derecho Penal (pensando en regresar las cosas a su estado anterior), se trata de enmendarlo en cuanto construir una nueva realidad, distinta a la preexistente al delito y diversa a la creada por el delito, que permita a quienes sufrieron un hecho delictivo dejar de observar la realidad que les circunda única y exclusivamente desde su pupila de víctimas (ya que existen delitos que causan daños graves y son de difícil o imposible reparación, por ejemplo aún 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 llegar a un acuerdo no es el objetivo primordial de la mediación penal dentro del contexto de la justicia restaurativa pero, en caso de que las partes lleguen a un acuerdo que se plasme en un convenio, 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 etcétera).

5. EL CONFLICTO PENAL

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 de 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 donde ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna de las

resto de la sociedad, y sobre todo a aquellos grupos sociales pasibles de ser a su vez víctimas de la virulencia de la venganza estatal". Córdoba, Víctor Alfonso, *Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos: Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 79-80.

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. 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 Estado.¹⁹

La idea de protección de bienes jurídicos, derivada de las ideas contractualistas,²⁰ 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. Dicha noción de bien jurídico convirtió a la víctima en algo objetivo, donde la protección al bien jurídico fue más allá del daño

¹⁹ Highton, Elena I. et al., *Resolución alternativa de conflictos y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 40.

²⁰ 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, Jean, *El contrato social*, México, Porrúa, 10 ed., 1996, p. 14.

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 conducta.²¹

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 proceso, pero que en un modelo de justicia restaurativa pueden ser más importantes que el llegar a un acuerdo.²²

²¹ "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 condiciona 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, 5ta ed., 2004, pp. 32-33.

²² "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. 91-92.

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. Ampliar el círculo de los interesados/afectados que tienen algún interés o rol directo en un caso determinado 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 de atender las necesidades de las personas y de 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 ofensor:²³

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 hacer entender las consecuencias de sus acciones ni que desarrolle empatía por la víctima.</p> <p>El proceso y el castigo no implican 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.</p> <p>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.</p> <p>Las comunidades necesitan de la justicia:</p> <ul style="list-style-type: none"> · Ser reconocidas y atendidas como víctimas. · Oportunidades para desarrollar un sentido de comunidad y responsabilidad de los unos por los otros. · 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.

²³ Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos, Good Books/Centro Evangélico Menonita de Teología Asunción, 2010, pp. 19 ss.

6. CONCLUSIONES

Es evidente que el sistema de justicia penal ha ido evolucionando y, dentro de esa evolución, la víctima se ha ido incorporando en el texto constitucional, principalmente por el desarrollo de materias como la victimología.

Han sido tan sólo catorce años el tiempo en que se vieron reflejados los derechos de la víctima, a partir de 1994 hasta el 2008, en la Carta Magna; tiempo muy corto si lo comparamos con los más de setenta años en los que estuvieron completamente ausentes e ignorados sus derechos en materia del proceso penal.

Uno de los principales derechos que tiene la víctima es a la reparación del daño, ya que el delito afecta no sólo su esfera jurídica (bienes jurídicos), sino también su ámbito emocional y su desarrollo personal.

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; dicha concepción es insuficiente —por no decir injusta—, ya que los daños causados por el delito no solamente son materiales o económicos.

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 considerarla, a diferencia de la justicia tradicional o retributiva, un sistema que busca una 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.

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 de atender las necesidades de las personas y de la comunidad, que se tenían en el olvido.

7. BIBLIOGRAFÍA

Borrego, Aparicio y Barquero Sánchez, Ibargüen *et al.*, Concepto de daño corporal y antecedentes históricos, *Revista Rehabilitación*, vol. 42, núm. 6.

- Disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-rehabilitacion-120-articulo-concepto-dano-corporal-antecedentes-historicos--13129774>.
- Cienfuegos Salgado, David, Responsabilidad civil por daño moral, *Revista de Derecho Privado*, año 9, núm. 27, 1998.
- Córdoba, Víctor Alfonso, *Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistema de resolución de conflictos: Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917, México, Ediciones de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Revolución Mexicana, 1960.
- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, España, Banzason Imprenta de la Viuda de Don Joaquín Escriche.
- Eiras Nordenstahl, Ulf Christian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2005.
- Gobierno Federal, *Guía de Consulta, ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, México, 2008.
- 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, Ad-Hoc, 1998.
- Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Porrúa, 5ta ed., 2004.
- Márquez Piñero, Rafael y Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *Imputabilidad e inimputabilidad: El Derecho en México, dos siglos (1810-2010). Cuadernos del Bicentenario*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo VII, Derecho Penal, 2010.
- Martín A., Frúgoli, *Daño: Conceptos, clasificaciones y autonomías. El punto unánimemente coincidente*. Resarcimiento: Derecho y Cambio Social, Argentina, año 8, núm. 23, 2011. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500735>.
- Rabasa, Emilio O., *Historia de las constituciones mexicanas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000.
- Rousseau, Jean, *El contrato social*, México, Porrúa, 10 ed., 1996.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 24 ed., 2005.
- Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos, Good Books/Centro Evangélico Mennonita de Teología Asunción, 2010.