

La reparación del daño como mecanismo alternativo de sanción

Fernando Andrés Ortiz Cruz*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nociones generales sobre la reparación del daño*. III. *La reparación del daño y la noción del bien jurídico*. IV. *Naturaleza jurídica de la reparación del daño*. V. *La reparación del daño como mecanismo alternativo de sanción*. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Al reflexionar en torno a la materia penal en nuestro país, inmediatamente surgen dos problemáticas trascendentales que, entre otras muchas aristas del problema,¹ considero que son el eje central de análisis del *Ius poenale* en nuestra actualidad: a) el exponencial aumento de los índices de delincuencia en nuestro país; y b) la consecuente agravación de las tradicionales penas de prisión y pecuniarias, así como de las medidas de seguridad diseñadas para combatir el delito.

Este indisoluble binomio (*delincuencia-represión*) ha estado presente en la historia moderna de nuestro país, y su etiología es multifactorial,²

* Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

¹ De entre las cuales, podemos también destacar a manera de ejemplo, la ineficacia de las políticas generales de prevención general y especial del delito; la ineficacia de los actuales modelos político criminológicos que ponderen la prevención del delito por encima de su represión; el inobjetable mito de la readaptación social en nuestro país.

² Ya que indiscutiblemente han influido aspectos culturales, políticos, económicos y sociales en la preservación de ese indeseable *status quo* penal en nuestro país.

lo cual ha originado que muchas de sus nocivas consecuencias perduren hasta nuestros días y que, incluso, cotidianamente se agraven, sin visos cercanos de solución. Entre ellas, debemos mencionar la falsa concepción de que el desmedido aumento en la punibilidad de los delitos es la fórmula mágica para su erradicación; y la criminalización de múltiples conductas no lesivas de bienes jurídicos de trascendencia para la sociedad, lo que conlleva a un considerable aumento en las estadísticas judiciales de nuestro país, y al consecuente anquilosamiento y descrédito de las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia, muchas veces ante la impotencia de resolver oportuna y eficazmente las demandas sociales planteadas.

La explosión del número de procesos no es un fenómeno jurídico sino social que origina una depresión social que se expresa y se refuerza con la expansión del Derecho.³

Cabe mencionar que, aunado a la diversa problemática planteada, el poder legislador de nuestro país —*como único órgano facultado por nuestra Constitución General a fin de elaborar las leyes necesarias para hacer frente a esta situación*— ha sido rebasado por una avasalladora realidad socio-delictiva, frente a la cual sus esfuerzos, en la mayoría de los casos, han sido inoportunos y carentes de una visión interdisciplinaria del problema. Circunstancia que evidentemente no sólo afecta al justiciable y a la sociedad abstractamente concebida, sino de manera particular y directa a las personas que por cualquier razón ven afectada su esfera jurídica con la comisión de un hecho delictivo, esto es, tanto a la víctima como al ofendido en materia penal, quienes históricamente se encuentran en un lugar de olvido y abandono jurídico.

En la que podemos denominar la más moderna codificación penal en nuestro país, esto es, en el Código Penal para el Distrito Federal⁴, se

³ Sansone, José Manuel. “Manifestaciones más significativas de la denominada privatización del Derecho penal (Exposición de las ventajas y peligros de este fenómeno)”, sitio web: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Sansone.pdf.

⁴ Publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 16 de julio de 2002, que entró en vigor a los ciento veinte días naturales posteriores a su publicación, lo que ocurrió el trece de noviembre de ese año.

contiene un significativo avance para la sociedad mexicana —y *particularmente para los sujetos pasivos del delito*— ya que desarrolla, con cierta innovación, una asignatura de especial importancia y que había sido relegada en el campo del Derecho punitivo, me refiero a la “reparación del daño” para las víctimas del delito.

...el instituto de la responsabilidad civil en el Derecho penal no ha recibido hasta ahora un tratamiento demasiado detenido por parte de la doctrina científica. Quizá esta actitud se deba a la naturaleza interdisciplinaria del problema, situada a caballo entre tres disciplinas jurídicas: el Derecho penal, que lo regula; el Derecho civil, que aporta la teoría general de la responsabilidad civil, y el Derecho procesal, que determina el procedimiento y el orden jurisdiccional competente para conocer de dicha responsabilidad.⁵

La aparición de esta nueva legislación refleja ese intento por rescatar del olvido a quien padece el delito, sobre todo porque trata de resarcir de mejor manera el daño ocasionado por el delincuente. No obstante, ese Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no es de manera alguna la panacea que disminuya en definitiva los índices de criminalidad en la ciudad, mucho menos es la mejor herramienta para abatir la problemática imperante en materia de seguridad pública en nuestro país. Sin embargo, tampoco debemos minimizar el esfuerzo que, para mejorar la condición de la materia que nos ocupa, realizaron los depositarios del poder legislativo del Distrito Federal, sobre todo, porque dicha figura, desde una novedosa perspectiva político-criminológica como aquí lo propondremos, podría transformarse en una importante institución jurídica capaz de reducir significativamente los altos índices en las estadísticas judiciales que hoy en día imperan, así como también, en un eficaz mecanismo para que la víctima y/u ofendido por un delito puedan tener un papel mucho más activo y protagónico en la satisfacción de sus pretensiones, lo que traería aparejada una mayor credibilidad y certidumbre de las instituciones de nuestro país.

⁵ Casino Rubio, Miguel, *Responsabilidad civil de la administración y delito*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 193.

II. NOCIONES GENERALES SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Desde un primer plano, denominado etimológico, el vocablo “reparación” proviene del término latino “*reparatio-onis*”, que significa, según el *Diccionario de la Lengua Española*, la acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas.⁶ Luego, desde una perspectiva eminentemente jurídica, entendemos a la “reparación” como el desagravio, la satisfacción o el resarcimiento de un daño hecho a una persona en su esfera jurídica.

Por su parte, la palabra “daño”, proviene del latín “*damnum*” que significa “efecto de dañar”.⁷ Luego, es necesario desentrañar también el significado de este último vocablo, el cual se entiende como causar dolor, molestia, maltrato; estropear; deteriorar, o echar a perder una cosa. En un sentido jurídico *lato*, la palabra “daño” equivale a lesión, perjuicio, detrimento o menoscabo que, en abstracto, puede causarse en algo o en alguien.

Al respecto, Salvador Ochoa Olvera aporta diversas definiciones en torno a dicho concepto:

...Ordaz. —El daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera. Enneccerus-Lehman. —Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición). Carnelutti. —El daño es toda lesión a un interés. Aguilar. —Destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes.⁸

La multivocidad del término “daño” en el lenguaje común persiste en el léxico jurídico, ya que dicho término no tiene el mismo significado en el ámbito civil y en el ámbito penal, en virtud de que:

...los daños penales han de estar tipificados o ser efecto directo de un delito [...] los daños civiles comprenden también los efectos indirectos

⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2001, p. 726.

⁷ *Idem*, p. 1947.

⁸ Ochoa Olvera, Salvador, *El daño moral*, México, Montealbo, 1999, p. 3.

como son el lucro cesante, los daños morales y, en definitiva, toda clase de perjuicios que quedan fuera de lo estrictamente penal, si bien tienen importancia para determinar la responsabilidad civil derivada del delito.⁹

A manera de conclusión, debe puntualizarse que el *daño* relevante para el Derecho penal, y el único que en la materia estaría sujeto a reparación, es aquel que se produce a consecuencia de la comisión de un delito, mismo que evidente y necesariamente ha de recaer sobre un bien jurídicamente protegido por la ley.

...es el perjuicio, lesión o detrimento que se produce en la persona o bienes de alguien, por la acción u omisión de otra persona. La acción u omisión puede ser dolosa o culposa, aunque el daño puede provenir también de una cosa fortuita. El Derecho Penal fundamenta en el daño la tipificación objetiva de múltiples delitos, así como su punibilidad por el Estado.¹⁰

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA NOCIÓN DEL BIEN JURÍDICO

La noción de “bien jurídico” resulta ineludible en el estudio de la figura de la “reparación del daño” derivado de una relación de dependencia, en razón de que el ataque, daño o vulneración a que hemos hecho referencia, siempre deberá ocasionar una lesión precisamente a una de estas categorías axiológicas de la sociedad, sin la cual, no será procedente la *reparación del daño*.

...sin lesión o peligro, lesión para un interés de la vida humana, individual o colectivo, jurídicamente tutelado, falta la primera condición requerida para la integración de la esencia propia de lo antijurídico, pues si lo antijurídico es lo que contradice el Derecho y éste ontológicamente tiene que

⁹ Serrano Butragueño, Ignacio, *Los delitos de daños*, Pamplona, Aranzadi, 1994, pp. 21 y 22.

¹⁰ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal*, 4ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 587 y 588.

proteger y regular los intereses de la vida humana, la conducta que no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico no puede ser valorada como ilícita.¹¹

Por ello, la conducta que vulnera o pone en peligro alguno de dichos bienes jurídicos, entendidos como aquellos valores o categorías tanto individuales como colectivos que resultan imprescindibles para hacer posible la vida en sociedad, siempre será valorada como antisocial; misma conducta que puede o no ser penalmente relevante, si es que dicho comportamiento encuadra en la correspondiente descripción típica contemplada en el ordenamiento sustantivo penal.

En consecuencia, la aludida noción de “bien jurídico”, bajo un enfoque estrictamente *iuspenalista*, se encuentra íntimamente relacionada con el concepto “daño”, el cual, eventualmente puede ser equiparado con el concepto “delito”,¹² que no podría apartarse de la idea de la “pena”, así como esta pena no debe desligarse del concepto “reparación”. Este es, entonces, el fundamento lógico racional de nuestra propuesta de *reparación del daño como mecanismo alterno de sanción*.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Este tema ha sido materia de amplias discusiones entre los tratadistas a nivel nacional e internacional, sobre todo porque no se han puesto de acuerdo si la *reparación del daño* derivada de la comisión de un ilícito es una pena de carácter público, a cuya solicitud está obligado el Ministerio Público y a su imposición el órgano jurisdiccional; o bien, si resulta un derecho meramente personal que le asiste al ofendido o a la víctima por la comisión de algún delito. En efecto, esta institución suele ser identificada de muy diversas formas, ya sea concebida como una *responsabilidad civil cuasi criminal*, o como una *responsabilidad civil derivada del acto ilícito penal*; las posturas clásicas la definen como una *responsabi-*

¹¹ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, tomo I, 6ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 228 y 229.

¹² Esto es, que esa lesión a una categoría axiológica, *per se*, puede ser constitutiva de un ilícito, siempre y cuando se ajuste a la exigencias de la tipicidad.

lidad civil dimanante del delito o bien como una *responsabilidad civil ex delito o derivada de delito*.

...esta interrogante exige remontar el vuelo teórico en la indagación de cuál sea en concreto la naturaleza de dicha responsabilidad, con entera independencia del argumento formal que deriva de su efectiva inclusión en el articulado del Código Penal, habida cuenta de que no es la ubicación de un precepto la que le imprime naturaleza, sino que ésta deriva de su propia sustancia.¹³

En contraparte a estas definiciones doctrinales, del análisis sistemático del contenido de los artículos 30 (*catálogo de penas*), fracción V (*sanciones pecuniarias*), 37 (*la sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica*), y 46 (*obligados a reparar el daño*), del aludido Código Penal para el Distrito Federal, se concluye que el legislador capitalino le otorgó a la institución de la “reparación del daño”, una naturaleza jurídica dual, a saber: *pena pública* cuando se exige al sujeto activo del delito, y *responsabilidad civil derivada de delito*, cuando se exige a personas distintas a él¹⁴. Empero, la postura jurídica predominante es la que la asocia como una “pena pública”.

El hecho de otorgar naturaleza jurídica de *pena* a la *reparación del daño*, obedece a fines político criminales dada la íntima relación que, como ya advertimos, ambas instituciones guardan entre sí. Su regulación privilegiada, evidentemente que busca asegurar con mayor eficacia y prontitud la satisfacción que corresponde a la víctima del delito, dado

¹³ Casino Rubio, Miguel, *op. cit.*, p. 197.

¹⁴ Artículo 46 (Obligados a reparar el daño). Están obligados a reparar el daño:

I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

II. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios;

III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones [...].

el poder disuasivo —prevención general— en la aplicación de esta medida y las consecuencias generadas para el inculcado en caso de no acceder a resarcir el daño o perjuicio ocasionado al pasivo¹⁵.

...antes —y ahora mismo en muchos países, acaso la mayoría— se concibió a la reparación o resarcimiento como consecuencia civil del delito, aunque también se ha expuesto su probable naturaleza de sustitutivo de la pena de prisión cuando la consecuencia de reparar es, precisamente, la exención de aquélla [...] El resarcimiento es reclamable en vía penal, habida cuenta de la fuente de la obligación reparadora y de la conveniencia práctica de exigirla por la misma vía en que se tramita la pretensión punitiva, y no desplazarla a otra vía paralela o consecutiva a aquélla. Nada impide, en efecto, que el juez penal conozca de ambas pretensiones y resuelva sobre ellas en una sola sentencia: en tal sentido milita el interés social, encauzado como interés de la sociedad en la legítima satisfacción del ofendido. Así, la reparación queda como derecho del titular del bien jurídico vulnerado, de una parte, y como deber del reo ante aquel sujeto (o ante el Estado, inmediatamente, y mediatamente ante el ofendido), de la otra. El Estado actúa como facilitador del cumplimiento. Pone a su servicio el aparato de la justicia penal, nada menos.¹⁶

No obstante, muchos autores se han pronunciado en contra del carácter de *pena pública* que se le ha dado en México a la *reparación del daño*, ya que para algunos: “se trata de una sanción civil derivada de la obligación de restituir y resarcir el daño causado”.¹⁷

Otros autores, como el maestro Guillermo Colín Sánchez opinan:

¹⁵ A manera de ejemplo podemos citar el contenido del artículo 86 del Código Penal para el Distrito Federal donde se establece que:

“La sustitución de la sanción privativa de libertad procederá, cuando se cubra la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado”. Esto es, el sentenciado no podrá acogerse a ninguna de las medidas sustitutas de prisión, en tanto no haya cubierto dicha pena pública. De ahí la importancia de esta medida en el *Ius poenale*.

¹⁶ García Ramírez, Sergio, *Temas y problemas de la justicia penal*, México, Editorial Seminario de Cultura Mexicana, 1996, p. 466.

¹⁷ Díaz de León, Marco Antonio. *op. cit.*, pág. 2045.

...si se afirma que la reparación del daño es “una pena pública”, *contrario sensu* habría que pensar en “penas privadas”, como si aún el delito fuese considerado como un ente de esa naturaleza [...] en la legislación mexicana la reparación del daño en ocasiones es pena pública y en otras no lo es, llegando así al absurdo de que algo puede ser y no puede ser al mismo tiempo.¹⁸

Hay quienes piensan que el hecho de que la *reparación del daño* sea considerada como una pena pública, representa un retraso en la ley:

...ya que es confundir el objeto de una acción civil de carácter privado que obliga al pago, la restitución o la reparación o la indemnización con la acción penal, esencialmente pública o represiva. En México la reparación del daño no debería ser pena pública debido a que su mecánica es injusta, porque la condena se basa en el daño que sea preciso reparar conforme las pruebas obtenidas en el proceso.¹⁹

Acorde con estas definiciones, el objeto directo de afectación por la comisión de un delito es, primordialmente, el patrimonio en sentido amplio; de ahí que innumerables tratadistas le den a la reparación del daño el carácter de acción privada, siendo que ésta depende única y exclusivamente de la acción penal, de su no desistimiento y de que el juez de la causa, en la sentencia, determine su procedencia.

...de no concurrir, especialmente esto último existiría un serio obstáculo, para el ofendido y víctima, en el ejercicio de sus derechos por la vía civil, motivo por el cual habrán de sujetarse, a que en el momento procesal correspondiente, se declare la responsabilidad y se precise lo referente a la reparación del daño.²⁰

No obstante, sin desdeñar la naturaleza jurídica de Derecho privado de la institución de la *reparación del daño*, y sin soslayar su importancia

¹⁸ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 17ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998, p. 720.

¹⁹ Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, Mc Graw-Hill, 1999, pp. 262 y 263.

²⁰ Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.*, p. 721.

pragmática en el ámbito del Derecho penal,²¹ debe decirse que tal como se ha venido apuntando, se busca ampliar la naturaleza jurídica de la *reparación del daño*, a fin de transformarla en una pena pública principal, incluso, alterna a las tradicionales de prisión/multa, así como a las medidas de seguridad. Esto es, se busca transformarla en una auténtica tercera vía para solucionar los conflictos en materia penal.

Esto es, se pugna para que la *reparación del daño* se presente como una verdadera y propia pena de aplicación complementaria y, en ciertos casos, sustitutiva de la sanción penal: “lo que lleva a la exigencia de que la reparación civil del daño deba ser realizada en el ámbito de la acción penal y de oficio, y asegurada asimismo en casos de real o supuesta insolvencia.”²²

Por ello, resulta oportuno contemplar a la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la política criminal como un arma *civil* a utilizar en el tratamiento del delito, pero como advierten autores de la talla de Santiago Mir Puig:

...la utilización político-criminal de la responsabilidad civil, que puede resultar conveniente, no puede oscurecer la naturaleza conceptual de esta clase de responsabilidad. Se trata de una responsabilidad de carácter civil.²³

V. LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO MECANISMO ALTERNO DE SANCIÓN

En la actualidad, es evidente la insatisfacción de la sociedad frente a los titulares del poder público, en virtud de la deficiente o nula atención a sus legítimos reclamos sociales, respecto de los cuales, también es innegable que el tradicional sistema penal no puede alcanzar a solucionar todos estos conflictos. Ante este escenario, históricamente se ha plan-

²¹ Ya que tal como se ha precisado, el hecho de que el delito evidentemente cause un daño social y, a menudo, un daño particular que afecta los bienes de cierto individuo (*víctima y/o ofendido*), se constituye como la fuente de la obligación de resarcimiento de ese daño en sede jurisdiccional.

²² Casino Rubio, Miguel, *op. cit.*, p. 199.

²³ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal: Parte general*, 3ª edición corregida y puesta al día, Barcelona, Tecfotó, 1990, p. 15.

teado la urgente necesidad de reformular los modelos tradicionales sancionatorios, a fin de orientarlos hacia un esquema que analice y resuelva determinados asuntos de corte criminal, al margen de la aplicación de la ley penal estatal.²⁴ En algunos de estos esquemas, se pugna por colocar a la víctima del delito en una posición de especial consideración como partícipe central del conflicto y, en otros, a la reparación del daño como una tercera consecuencia jurídico penal, alternativa de la pena privativa de libertad y de la medida de seguridad.

En la medida en que el Estado monopoliza cada vez más los conflictos sociales se va alejando a la víctima de sus problemas; lo que no indica, por supuesto, que la víctima se desentiende de éstos porque obtiene sin más, solución estatal satisfactoria. Lo que sucede es que pierde espacios o posibilidades de ser ella la actora principal que decida la forma de resolver sus conflictos, particularmente los que afectan sus propios bienes jurídicos.²⁵

Este fenómeno surgió a finales de los años setenta, cuando se inició una importante discusión sobre una nueva vertiente en el tratamiento retribucionista de la pena estatal, que consideraba al delito, primero, como una ofensa a las relaciones humanas y, después, como una violación a la ley. A partir de entonces, fue que se concedió a la víctima un rol primordial, como uno de los protagonistas del proceso, en vistas a tener en consideración la reparación de los perjuicios y el reestablecimiento de las relaciones.

...la justicia restitutiva se relaciona con la noción de componer entuertos, de desagraviar relaciones o rehacer situaciones como mejor se pueda, luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar.²⁶

²⁴ Una muestra de esa tendencia es la creciente proliferación de métodos no convencionales de solución de controversias del orden penal, mejor conocidos como “medios alternativos para la resolución de conflictos”, identificados cual procedimientos alternativos y contrapuestos al litigio judicial, reservados para hacer frente a problemas de escasa relevancia penal en los que la aplicación de la norma penal resultaría más perjudicial que disuadir a las partes para arribar a una conciliación pacífica.

²⁵ Moreno Hernández, Moisés, “Política criminal y dogmática de las víctimas”, en *Teorías actuales en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 369.

²⁶ Highton, E. et. al, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 83.

Para Muñoz Conde, la cuestión de atribuir un papel importante en el sistema punitivo a la reparación del daño a la víctima del delito parte:

Actualmente, tal propuesta parte de lo que se considera una necesidad de “volver la mirada” hacia la víctima, convirtiéndola también en objeto de atención para el Derecho penal; a dicho argumento se une, en ocasiones, la invocación del Derecho penal como *ultima ratio*, lo que aconsejaría sustituir las penas tradicionales por una intervención menos agresiva, cual es la reparación a la víctima.²⁷

A manera de antecedente, es menester precisar también que hasta hace dos décadas aproximadamente, se consideraba que la reparación del daño era una institución civil inmiscuida en el Derecho penal, como una consecuencia accesoria, incapaz de solucionar por sí misma, un litigio penal.

...no estaba considerada como una posible vía de solución de conflictos sociales ni muchos menos una tercera vía a adoptar, en lugar de la pena y medida de seguridad.²⁸

Razón por la cual, no fue sino hasta el desarrollo y adopción a nivel mundial del pensamiento político criminológico del maestro de la Universidad de Bonn, Claus Roxin, cuando se pretendió introducir a la víctima en el Derecho penal con un rol importante en la toma de decisiones.

Hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesio-

²⁷ Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho penal: Parte general*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 604 y 605.

²⁸ Ocrospoma Pella, Enrique, “La reparación penal”, en *Boletín Jurídico Derecho.com*, 2ª época, núm. XLVII, 16-30 de septiembre de 2002, 3.3, §2. El trabajo fue desarrollado sobre la base del Código Penal Español de 1995 y está disponible en el sitio web: www.derecho.com/boletin/articulos (consultado el 15 de junio de 2007).

nado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena.²⁹

No se debe olvidar la crisis generalizada en que cayó el sistema penitenciario no sólo en nuestro continente, sino en el mundo entero, por lo que la *pena privativa de libertad* perdió legitimidad, no obstante ha permanecido por razones diversas a las jurídicas (*la cárcel lleva a cuestras, estigmas como el de que lejos de socializar o resocializar perjudica al reo*). Además de que, en materia de delitos no graves, es común observar que la víctima y/o el ofendido están muy lejos de interesarse en la respuesta carcelaria ofrecida por el sistema penal convencional.

Consideramos que el hecho de que el Derecho penal acentúe su interés por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración tanto del infractor como de la víctima u ofendido del delito a través de la figura de la *reparación del daño*, no implica sino el cumplimiento de su función social, que es la de solucionar conflictos. A este fenómeno, se le ha llamado también *privatización del Derecho penal*, entendido como una forma autónoma de composición de litigio, por vía de retrotraer el estado de cosas al momento anterior al delito, y a través del cual, se otorgue a la víctima o al ofendido, el rol principal y no secundario que merece en el sistema penal, sin soslayar la importancia de su voluntad o disposición tanto para aceptar una reparación o reemplazo de lo dañado, como para otorgar perdón al ofensor. Éste es entonces, el fundamento sociológico jurídico de las más modernas posturas político criminales que buscan fomentar la *conciliación víctima-victimario*, atentos a que el fin último del Derecho es, precisamente, la paz social.

²⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal: Parte general*, tomo I, traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997, pp. 108 y 109.

...se refiere a la mediación, la conciliación o la reparación como formas extrañas al sistema penal tradicional que conllevarían minimizar el símbolo estigmatizador de la penal estatal.³⁰

Sobre el particular, es muy importante destacar que la *reparación del daño* como alternativa de sanción, cumple con los postulados de la *Prevención general*, ya que se estima generadora de un efecto de satisfacción en el conglomerado social al haberse resarcido el daño ocasionado por el delito, y, aun cuando no sea en todos los casos, esta reparación puede expresar el reconocimiento y consiguiente estabilización de la norma vulnerada, suficientes para producir cierto efecto de confianza en el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

...la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima, y de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable [...] La reparación del daño sustituiría como “tercera vía” a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada.³¹

Por otra parte, tocante a la *Prevención especial*, no hay duda de que la *reparación del daño* se dirige a la satisfacción de la víctima concreta luego de haber resentido un delito; de esta forma, la reparación del daño se dirige a minimizar los efectos negativos del ilícito, pero también se busca resocializar al delincuente, sensibilizándolo con los actos concretos de resarcimiento.

No obstante, existen posturas antagónicas con la concesión a favor de la *reparación del daño*, del carácter de tercera vía de sanción o de sustitutivo de pena, bajo el argumento de que dicha figura no es el instrumento adecuado para cumplir la totalidad de los fines de la pena.

El Derecho penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las

³⁰ García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 319.

³¹ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 109.

víctimas. Ello no impide, desde luego, que las penas deban ser proporcionadas a la gravedad de los hechos ni que para valorarla se atienda al grado de afectación de la víctima [...] En otras palabras, la pena no se aplica para reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del Derecho penal como protector de bienes jurídicos y, en definitiva, para constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr la realización de los fines preventivos.³²

Otros autores, sin desmerecer la importancia de la reparación del daño, consideran que dicha figura no tiene carácter penal, sino civil, por ende, es inoperante para solucionar conflictos de aquella naturaleza.

...la proximidad al Derecho civil se expresa aquí en que la indemnización, según opinión mayoritaria no posee carácter penal, sino que, por su naturaleza jurídica, debe coordinarse con el derecho de daños del Derecho civil.³³

Sin embargo, contrariamente a estas posturas, consideramos que dicha propuesta constituye una solución menos gravosa para los sujetos activo y pasivo del delito al verse inmiscuidos en el drama penal. Se debe tener presente que, si queremos adoptar esta vía en nuestro país, habrán de respetarse los límites constitucionales que imponen las garantías individuales del inculcado; aunado a que también es necesario fomentar en las partes una cultura o conciencia de *contacto* con su antagonista, a fin de solucionar eficazmente la problemática en la que están envueltos.

Implementar este modelo puede contribuir a que sistemática y paulatinamente se despenalicen o discriminalicen ciertas conductas, así como a la ubicación de la víctima y a la protección de sus intereses en el justo medio que les corresponde, sin menguar los derechos públicos subjetivos del delincuente. De igual forma, contribuiría a la creación de una atmósfera de confianza en el sistema de Derecho penal de nuestro país, porque la ciudadanía sería testigo del restablecimiento de la paz social violentada por el delito

³² Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 605.

³³ Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1979. p. 175.

Evidentemente, como un primer paso —y *haciendo únicamente referencia a la legislación penal citada*— debe adecuarse el contexto normativo del Código Penal de la entidad, a fin de que, en breve, sea factible adoptar a la *reparación del daño* como una alternativa de sanción, la cual debe ser aceptada como una auténtica medida alternativa a la pena de prisión. El legislador penal evidentemente deberá resolver problemas complejos para su aplicación, tales como el catálogo de delitos que serían sujetos de ella, los requisitos para su procedencia y hasta dónde podría ser sustituida la pena. Aspectos que dada su amplitud y complejidad, no podrían ser cabalmente agotados en el presente trabajo, no obstante, se plantean algunos lineamientos generales, tales como el hecho de que dicha medida sustitutiva inicialmente podría ser procedente en tratándose de delitos de querrela y patrimoniales de poca monta; tendría que ser declarada en el seno de un procedimiento penal para que fuera constitucionalmente efectiva, mas no puede soslayarse la importancia de que el Representante Social, durante la indagatoria, fomente el acercamiento de las partes para dicho efecto. De tal suerte que las aristas del tema son verdaderamente complejas y, como se ha visto, implican modificaciones a todo el sistema punitivo de la capital, incluyendo el propio marco constitucional.

Congruentes con quienes opinamos que con la *reparación del daño* se resuelve el conflicto social creado por el delito, se restablece la paz jurídica y, sobre todo, se toma en cuenta a la víctima, insistimos en que su adopción constituye un camino mucho más claro rumbo al ideal de un verdadero resarcimiento para el doliente del injusto; ello sin dejar de puntualizar que si la reforma no se ve acompañada de una adecuación normativa global, integral y coherente, en la que se indiquen con toda precisión cuáles serán los métodos, reglas y procedimientos para la efectiva reposición de la lesión ocasionada, corre el riesgo de volverse Derecho positivo no vigente, y por si fuera poco, arrojará a la víctima un sufrimiento más grave que el ocasionado por el propio delito. El verdadero respeto a los derechos fundamentales del hombre no es una obligación de la autoridad para la exclusiva atención de quien comete el delito, sino de todo individuo, con mayor razón, para el que lo padece.

BIBLIOGRAFÍA

- Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, Mc Graw-Hill, 1999.
- Casino Rubio, Miguel, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Madrid, España, Marcial Pons, 1998.
- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 17ª ed., México, Porrúa, 1998.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- García Ramírez, Sergio, *Temas y problemas de la justicia penal*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1996.
- Highton, E. et. al., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, tomo I, 6ª ed., México, Porrúa, 2000.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal: Parte general*, 3ª ed. corregida y puesta al día, Barcelona, Tefoto, 1990.
- Moreno Hernández, Moisés, "Política criminal y dogmática de las víctimas", en *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Reimpresión a la segunda edición, Bogotá, Temis, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho penal: Parte general*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Ochoa Olvera, Salvador, *El daño moral*, México, Montealbo, 1999.
- Roxin, Claus, *Derecho penal: Parte general*, tomo I. traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997.
- Serrano Butragueño, Ignacio, *Los delitos de daños*, Pamplona, Aranzadi, 1994.
- Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1979.

DICCIONARIOS

- Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, 4ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 587 y 588.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 726.

FUENTES EN INTERNET

Ocrospoma Pella, Enrique, “La reparación penal”, en *Boletín Jurídico Derecho.com*, 2ª época, núm. XLVII, 16-30 de septiembre de 2002, 3.3, §2. El trabajo fue desarrollado sobre la base del Código Penal Español de 1995 y está disponible en el sitio web: www.derecho.com/boletin/articulos (consultado el 15 de junio de 2007).

Sansone, José Manuel, “Manifestaciones más significativas de la denominada privatización del derecho penal (Exposición de las ventajas y peligros de este fenómeno)”, consultable en el sitio web: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Sansone.pdf.