



FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO

ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE
CHIHUAHUA

Secretaría de Educación y
Deporte

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
INSTITUTO ESTATAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

TESINA

“LA REPARACIÓN DE DAÑO, LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL
DELITO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL”

Para obtener el Grado de:

MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS Y PERSPECTIVA DE
GÉNERO

Catedrática: MTRA. ETHEL GARZA ARMENDÁRIZ

Postulante: LIC. MARIO CESAR PEREZ TREVIZO

Chihuahua, Chih. A 13 de junio de 2022



FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO

ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE
CHIHUAHUA

Secretaría de Educación y
Deporte

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
INSTITUTO ESTATAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

TESINA

“LA REPARACIÓN DE DAÑO, LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL
DELITO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL”

Para obtener el Grado de:

MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS Y PERSPECTIVA DE
GÉNERO

Catedrática: MTRA. ETHEL GARZA ARMENDÁRIZ

Postulante: LIC. MARIO CESAR PEREZ TREVIZO

INSTITUTO ESTATAL
DE SEGURIDAD PÚBLICA



CHIHUAHUA
GOBIERNO DEL ESTADO
Juntos Si podemos



ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE CHIHUAHUA
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
INSTITUTO ESTATAL DE SEGURIDAD PÚBLICA
0603U0001E
CHIHUAHUA, CHIH

Chihuahua, Chih. A 13 de junio de 2022

DEDICATORIA

Con toda mi respeto y admiración quiero dedicar la presente a mi esposa Reynalda Bustillos Martínez así como a mis hijos Cesar Fernando y Carlos Rodrigo Pérez Bustillos, por depositar la confianza en mí y apoyarme para terminar un paso más el cual en un momento creí que ya no sería posible por las distancias que tenía que recorrer cada ocho días, pero gracias a su apoyo y comprensión pude concluir esta etapa más de mi vida, razón por demás para que sean mi esposa y mis hijos antes mencionados el motivo de dedicarles la presente, confiando que ellos también pueden lograr un propósito más y que sin duda alguna lo harán mejor.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por permitirme la vida, por darme la oportunidad de servir a lo largo de mi vida, y por darme fortaleza en momentos difíciles. Así mismo agradezco a mi esposa Reyna y mis hijos Cesar Fernando y Carlos Rodrigo por ser los motores que me inspiran a seguir adelante, a ellos por creer y confiar en mis expectativas, por los consejos y charlas que hemos tenido en relación a esta meta que está por concluir.

Agradezco a mis catedráticos de este honorable Instituto, por haber compartido con cada uno de nosotros sus vastos conocimientos en nuestra preparación, quienes a pesar de que muchos de nosotros somos de generaciones anteriores, nos tuvieron paciencia y dedicaron su apoyo incondicional.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, surge con el interés de analizar la participación real de la víctima o el ofendido en el proceso penal mexicano y destacar la importancia de que sea representado no sólo por la Institución del Ministerio Público, ya que si bien nuestra Carta Magna en el apartado B) del artículo 20, menciona las garantías que éste tiene en todo proceso del orden penal, la fracción II es la única que realmente contempla la posibilidad de una verdadera interacción de la víctima en el citado proceso, pero al ser la víctima o el ofendido la persona física o moral, que resulta directamente afectada por la conducta que causa la lesión al bien jurídico protegido, del cual, es titular y misma que en la práctica y en la mayoría de los casos no es perito en derecho, desconoce las situaciones de carácter legal, surgiendo la necesidad de recurrir y ser asesorado por un perito en Derecho, es decir, por un abogado que le brinde confianza y que le indique cada uno de los pasos del procedimiento penal, sus alcances y consecuencias, todas vez que si la ley contempla para el inculpado, la posibilidad de ser representado por uno o varios defensores, a juicio de la suscrita, este derecho no tiene porqué no ser extendido para la víctima u ofendido y de esta manera, se le brinde la posibilidad, si así es su deseo, de que durante el proceso penal sea representado por un abogado, al cual, jurídicamente se le reconozca tal personalidad y se le permita una verdadera y real participación en proceso penal.

En tal sentido, si bien es cierto, en el procedimiento penal mexicano, tanto en el fuero común como en el ámbito federal, la víctima u ofendido cuenta con el reconocimiento de derechos constitucionales, actualmente consagrados en el

apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se señala, entre otras cosas, que serán asesorados y representados por el Ministerio Público, institución que como una de sus características, lo es precisamente ser el representante de la sociedad; considero, (ya que la práctica así me lo deja ver), que en ocasiones, esa representación por parte de este órgano del Estado, resulta insuficiente para dar seguridad de asistencia jurídica y velar por los intereses de la víctima y como ésta última, en la mayoría de los casos, desconoce las situaciones de carácter legal, mayoritariamente carece de toda información sobre la administración de justicia y el proceso penal, por lo que con demasiada frecuencia, las víctimas u ofendido se sienten confundidos e intimidados al no estar informados sobre las actuaciones procesales ni sobre lo que se espera de ellos, expuestos además, a largas esperas o pérdidas de tiempo (como regularmente ellos lo señalan), aunado a esto, la tensión emocional de enfrentar al delincuente, sin olvidar la situación de estrés que representa para la víctima y para la familia vivir con temor, miedo, angustia y la posibilidad de ser victimizada nuevamente, dando cabida a que muchos hechos no sean denunciados, por lo que, por un lado, la respuesta institucional mediata, que en un primer momento se le brinde, será importante para la tranquilidad de la víctima y por ende, de la familia, por lo que si esta intervención policial no es positiva, la confianza de la víctima hacia un proceso penal, hacia un sistema de justicia, disminuye considerablemente, por lo que la posibilidad de que la víctima u ofendido cuente con un representante legal, un perito en Derecho, (que la víctima tenga por lo menos el derecho de elegir,

como lo hace el criminal al elegir quien lo defenderá), es decir, un abogado al que pueda recurrir, que lo asesore, que le brinde confianza y que le indique cada uno de los pasos del procedimiento penal, sus alcances y consecuencias, que incluso tenga derecho a comparecer en todos los actos del proceso, a intervenir y participar, si así lo desea, creará confiabilidad a dichas víctimas u ofendidos y a su vez, credibilidad a los fallos emitidos por los Tribunales de Justicia, ya que el juzgador no sólo desea ordenar sino también, convencer.

De acuerdo a lo expuesto, el presente trabajo se desarrolla bajo cuatro capítulos, el primero, trata sobre los conceptos de la víctima u ofendido, así como el marco jurídico, constitucional, leyes reglamentarias y el ejercicio de dichas garantías en el proceso penal. En el segundo, trataremos sobre la víctima en el ámbito internacional. Analizaremos algunos textos internacionales que sirvieron como directrices a los estados miembros para la protección, integridad y dignidad de las personas que sufrieron un delito o un abuso de poder.

El tercer capítulo, lo dedicaremos a la participación de la víctima, al tenor de la figura de "Coadyuvante del Ministerio Público", ya que si bien existe Texto Constitucional, legislación adjetiva e incluso una ley exclusiva cuyo objeto (como la misma lo señala), es garantizar a la víctima y ofendido del delito, el goce y ejercicio de los derechos y las medidas de atención y apoyo, (Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas para el Distrito Federal) enumerando los derechos que tiene toda víctima u ofendido, así como las diversas instituciones

encargadas de prestar tales servicios, cuyo reglamento (Reglamento de la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal) al hablar del Sistema de Auxilio a Víctimas, señala que se integrará con centros y servicios especializados en atención, apoyo psicológico y jurídico a las víctimas de delito, organizadas incluso, por el tipo de victimización, señalando en la fracción cuarta de su artículo sexto, que el sistema comprende la designación del representante legal del coadyuvante cuando así se le requiera en términos del artículo 70 del Código Procesal, sin embargo, su artículo quince señala que la asistencia a la víctima u ofendido cesará cuando, la víctima u ofendido cuente con asesor jurídico particular...” Surgiendo la siguiente interrogante, ¿acaso el representante legal que la víctima elige para que en términos del artículo 70 de la legislación procesal, participe en el proceso, no es un Licenciado en Derecho, un asesor jurídico particular? y en consecuencia, atendiendo a lo que el mismo reglamento señala en el precepto legal inmediato invocado, ¿la asistencia, que constitucionalmente faculta a las instituciones creadas para tal efecto, será negada a la víctima, que durante el proceso designe representante legal de la coadyuvancia? Interrogante que a lo largo del presente trabajo se analizará. Por ello, la importancia de que el representante de la víctima u ofendido en el procedimiento penal, sea reconocido, que pueda comparecer e intervenir en la audiencia y alegar lo que a su derecho convenga en las mismas condiciones que los defensores, que se le permita una verdadera intervención tanto en la fase de averiguación previa como en el proceso penal, es decir, la participación activa que deberá tener

como parte en el procedimiento penal y no sólo que se limite a ser coadyuvante del Ministerio Público para la acreditación del cuerpo del delito, la responsabilidad penal del inculcado, así como justificar la reparación del daño.

Finalmente, en el último capítulo, estudiaremos uno de los aspectos de la condena de mayor importancia como lo es la reparación del daño en el proceso penal, sus antecedentes, su fundamento jurídico, así como el derecho de la víctima, a petición del Ministerio Público, a que obtenga el cumplimiento de dicha reparación. Ya que desde el punto de vista de la víctima u ofendido, una sentencia condenatoria carecería de eficacia si mediante ella, no se restituyera a la víctima al estado que tenía respecto de los bienes, afectado antes de la perpetración del ilícito. Analizando los conceptos de daño y perjuicio, haciendo un breve estudio, (partiendo de un caso real), de que en caso de que dicha víctima realice gastos por su presentación, éstos puedan o no, deban o no, ser contemplados como parte de la reparación del daño

ÍNDICE

CAPITULO PRIMERO	3
LA VÍCTIMA EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL.....	3
1.1 Concepto de víctima y su participación en el juicio penal	3
1.2 La victimización	6
1.3 La víctima y su regulación en la Constitución Mexicana.....	8
1.4 Medios alternos para lograr la reparación de daños.	10
1.5 Los Derechos de la Víctima en la Constitución.	14
CAPITULO SEGUNDO.....	17
REPARACION DEL DAÑO.....	17
2.1.- Significado de la Palabra Reparación Del Daño.	17
2.2.- Reparación del Daño en Materia Penal.	22
2.3 Criterio de la CIDH, en cuanto a la Reparación de Daño.....	26
2.4.- Reforma de la Constitución de 2008 en cuanto a Reparación de Daño.	30
2.5.- Reparación del Daño y la Ley General de Víctimas.....	35
CAPITULO TERCERO	39
REPARACIÓN DEL DAÑO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011.....	39
3.1 Reforma Constitucional, Código Nacional de Procedimientos Penales y sus fundamentos legales relativos a la reparación del daño a las víctimas del delito.....	39
3.2 Derecho de las Víctimas a que se les repare el daño, obligación del Estado como garante.	42
3.3 Derechos y deberes generados por concepto de reparación del daño.....	45
3.4 Reparación del daño a la luz del principio pro persona y su interpretación.	48
3.5 Personas titulares del derecho a la reparación del daño.	56
CAPITULO CUARTO.....	61
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	61
4.1. El control de convencionalidad como principio	61
4.2.- México y el Control de Convencionalidad en la CIDH.....	66
4.3.- El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	70

4.4.- El Control de Convencionalidad en México.....	74
4.5. El Control de Convencionalidad y la Víctima.....	77
CAPÍTULO QUINTO.....	80
LA REPARACION DE DAÑO EN LA JUSTICIA INDIGENA, COMO ALTERNATIVA AL SISTEMA PENAL	80
5.1 El derecho indígena internacional	80
5.2 Reparación e indemnización.....	83
5.3 Libertad Anticipada y Reparación de daño.	84
5.4 Conmutación de la pena	86
5.5. Reparación integral con perspectiva de derechos humanos	88
CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFÍA.....	94

CAPITULO PRIMERO
LA VÍCTIMA EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA
PENAL

1.1 Concepto de víctima y su participación en el juicio penal

En nuestras leyes mexicanas hemos observado que existen diversos cuerpos de leyes que buscan dar la protección a las víctimas u ofendidas en la comisión de un delito, sin embargo, es necesario dejar bien señalado que siempre se ha estudiado a la víctima de manera superficial, pues estas permanecieron olvidadas por un largo tiempo , de tal manera ha sido objeto de estudio a través de la disciplina jurídica denominada Victimología, figura que en los últimos años se le ha dado una orientación diferente, pues ha imperado la necesidad de saber cuáles son las necesidades y derechos de la víctima del delito.

Se considera víctima a la persona física que directa o indirectamente ha sufrido un daño o menoscabo en sus derechos producto de una violación de derechos humanos o de la comisión de un delito. Sin embargo, el Código Nacional de Procedimientos penales en su artículo 108 señala *"Para efectos de este código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Así mismo, se considera ofendido a la persona física o moral titular del bien*

jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito”¹

En cuanto al proceso penal podemos darnos cuenta de que el delito ya no es tarea de la víctima sino del estado, pues la víctima es neutralizada, pues es el estado quien debe hacer frente a cualquier ataque sufrido por la víctima a quien desde siempre se le ha prohibido hacerse justicia por si misma a excepción en la conocida ley del Talión. Ahora es al estado a quien le corresponde de forma exclusiva tener una reacción penal frente al delito o frente al daño sufrido por la víctima.

En nuestra legislación o en el Sistema Penal Mexicano solo tiene mayores garantías quien comete un delito, se espera que este cumpla la pena que le fue impuesta y en casos muy esporádicos reparan el daño causado. Con lo antes mencionado nos damos cuenta de que la víctima tiene escasas oportunidades de resarcir su daño, por eso es necesario hacer referencia a las palabras de Von Gerting, “Aunque la ley trate de excluir a la víctima de la participación en el delito, ha reconocido a veces titubeando y de mala gana, su implicación. Las leyes de los países latinos han ido más lejos en este camino, probablemente porque su cólera está más próxima a su punto de explosión”²

Hoy la víctima debe tener un papel protagónico en el proceso penal, ya que es necesaria su participación de manera más efectiva, debiendo jugar un papel en los mismos términos del inculpaado y no solo ajustarnos a que tiene asistencia

¹ Código Nacional de Procedimientos Penales 2021.

² Von Gerting, Reyes Calderón, José Adolfo, Ob. Cit. Pág. 246

jurídica, pues lo que busca en todo el proceso es el resarcimiento del daño que le fue causado. Es necesario hacer mención de que la Víctima siempre ha estado en segundo plano dentro de todo proceso penal, lo que no le ha permitido hacer valer adecuadamente sus derechos en el proceso y mucho menos con las condiciones que le permitan garantizarles una verdadera satisfacción a sus intereses. solo se le ha dejado estar en condiciones de que formule denuncias, lo que sin duda alguna no ocurre, pues en la mayoría de los casos no está debidamente informada, o no recibe una asesoría que le permita estar orientada, olvidándose por completo el órgano investigador que la víctima tiene un papel preponderante y por consecuencia no obtiene una pronta satisfacción del daño sufrido, con motivo del delito, o bien se enfrenta a un estado de insolvencia por parte del responsable de la comisión del delito. También es de importancia mencionar que en los diversos delitos que se persiguen de oficio, el papel de la víctima es básico, pues en la mayoría de las investigaciones se dan inicio gracias a la participación ciudadana. Es aquí donde se debe fortalecer la cultura de la denuncia, ya que la víctima, como lo menciona Rodríguez Manzanera “es un importante agente informal de control del crimen, no solamente en su decisión de denunciar, sino en su persistencia de lograr que la denuncia siga su curso”

“la confianza que deposita el Sistema de Justicia Penal en la Víctima es una poderosa herramienta de negociación para quienes buscan el resarcimiento más pleno de las necesidades de los derechos de las víctimas”³

³ Rodríguez Manzanera, Ob. Cit. Pág. 299

1.2 La victimización

Debido a que el papel de la víctima constantemente es abandonado, en el derecho penal surge una figura nueva o conceptualización que se la conocido como la Victimización secundaria, esta resulta de la situación en la que se encuentra ya que la figura principal es el inculpado, y en caso contrario la víctima se encuentra en segundo plano o en ocasiones marginada.

“la historia del sistema penal demuestra que la víctima en los últimos siglos se encuentra desamparada, e incluso victimizada durante el proceso penal, ella no cuenta casi para nada; solo actúan el poder estatal por una parte y el delincuente por la otra: Ambos abandonan o desconocen a la víctima. Muchas declaraciones oficiales y muchos estudios científicos lamentan que las víctimas se encuentren marginadas, reducidas a la importancia y que padezcan importantes problemas afectivos”. Cuando la víctima recurre a la autoridad persecutora del delito, existe una total carencia de tacto y la única preocupación de esta parece ser la de detener al responsable o los presuntos responsables, mientras la víctima no recibe toda aquella información necesaria sobre sus derechos, desconoce la situación jurídica que le corresponde como consecuencia del delito, no es orientada en su problema, quedando en condiciones de desamparo e inseguridad, quedando así con el sello de víctima, quedando de manifiesto que la autoridad persecutora del delito no tiene interés en resarcir el daño, sino solamente poner al delincuente a disposición de la autoridad judicial, a sabiendas que la ley faculta a la autoridad para exigir al autor del delito una inmediata reparación del daño causado.

Es cierto que conforme pasan los tiempos la actitud de las víctimas va cambiando en cuanto al su deseo de que se le imponga al delincuente una justa sanción punitiva, pues lo que reclama es la exigencia de recibir su debida compensación.

Es digno de reconocer que en el Poder Judicial a veces olvidan que las víctimas necesitan un tratamiento especial y no se cumplen con las medidas adecuadas para atenderlas. Es muy frecuente que se desconoce de las facilidades que el sistema judicial brinda a favor de las víctimas o bien dichas facilidades no llegan al grado deseado. Así mismo podremos ver que la difícil manera de poder denunciar o presentar querrela ya que siempre se justifica en las diversas cargas de trabajo que tienen los diversos funcionarios, se considera por parte de la víctima como una pérdida de tiempo, debido a los procesos tan lentos, en otros casos el simple hecho de darle continuidad al proceso genera una total y completa desconfianza, pues se corre el riesgo de que no se le dé seguimiento, que no se logre jamás la detención del delincuente o bien que la autoridad investigadora no ejercite acción penal, en otros casos cuando la persona es detenida, se olvidan de darle el curso necesario al procedimiento debido a las fuertes cargas de trabajo que presentan, por eso es justo mencionar lo que señala Israel Drapking " La protección de nuestros derechos a no ser victimizados es más urgente que ampliar nuestras garantías como delincuentes potenciales. También debemos precisar que estos derechos incipientes de las víctimas están basados en el reconocimiento que le asiste a todo ciudadano a no ser victimizado" ⁴

⁴ Maguire, Mike, Manual de Criminología, Ed. Oxford. 2002, pág. 246

1.3 La víctima y su regulación en la Constitución Mexicana

AL hacer una revisión o análisis a la constitución mexicana de 1917, podemos observar claramente que no existe ninguna disposición legal que le dé certeza a la víctima de regular sus derechos frente al delito, ya que únicamente da preferencia a la persona acusada, derivado de ella tenemos que en el mencionado cuerpo de leyes tenemos un catálogo amplio de derechos de la ⁵persona acusada de acuerdo lo que se encuentra establecido en el artículo 20, demostrando así que solo había derechos para el acusado dejando olvidado por completo a la víctima desde inicios del siglo, es decir en la constitución de 1917.

En el año 1993 empezamos a ver ciertos derechos de la víctima, pues en fecha 3 de septiembre de ese mismo año se publicó en el Diario Oficial de la Federación el tercer párrafo de la fracción X del artículo 20 algunos derechos de la víctima, sin embargo, hasta 76 años después se reconocieron los derechos de la víctima con carácter constitucional y dentro de estos derechos se contemplaba la reparación de los daños.

Artículo 20 fracción X párrafo tercero "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que le satisfaga la reparación del daño cuando procede, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica urgente cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes"⁵.

⁵ Reyes Calderón José Adolfo, Ob. Cit. Pág. 275

Fue hasta el año 2000 cuando se adiciona al artículo 20 constitucional, el apartado B, en donde se establecen 10 fracciones con garantías en favor de la víctima u ofendido, pero de manera particular la fracción IV misma que se refiere principalmente a la reparación del daño.

Artículo 20 apartados B párrafo IV "Que se le rapare el daño. En casos en que sea procedente, el Ministerio Publico estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación sí ha emitido una sentencia condenatoria"

Podemos observar que existe una obligación para el Ministerio Público a solicitar dicha reparación a favor de la víctima y en el juez a resolver debe condenar a la reparación respectiva, lo que significa que el plazo para lograr la obtención será dependiendo del tiempo que tarde la tramitación del proceso penal en primera instancia, considerando un grave problema para la víctima pues el proceso puede tardar varios años y mientras tanto no podrá hacer realidad lo que el legislador le concede en los numerales antes descritos.

Llegamos a la reforma del año 2008, en donde se señalan los juicios orales se modifica de nuevo la Constitución Mexicana en donde se establece en el artículo 20 Constitucional apartado A fracción I, como uno de los principios generadores el de reparar el daño a la víctima, dejando como una obligación de parte del legislador que sean las autoridades quienes se encarguen de hacer realidad lo señalado, por lo que me permito transcribir dicho numeral:

ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

Apartado 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 reparen

Sin embargo, en líneas del citado artículo se señala también que la misma víctima u ofendido pueden solicitar directamente dicha reparación, llegando a considerar que hubo un gran avance e incluso se le faculta a la víctima a solicitar la suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación de daño.

1.4 Medios alternos para lograr la reparación de daños.

Con el Sistema de Justicia Penal Acusatorio, se establece que existen Soluciones Alternas, como los Acuerdos Reparatorios para solucionar el conflicto penal, logrando resarcir el daño a la víctima, así como con el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio; y una vez aprobados por la autoridad competente, extinguir la acción penal. Esto implica romper el paradigma de que sólo cuando el imputado está preso se procura justicia.

En el decreto publicado el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, con la reforma al artículo 17 constitucional en su tercer párrafo se estableció que en materia penal se aplicarían los medios alternativos de solución de controversias, siendo prioridad para su aplicación la reparación del daño, considerado un avance para que la víctima no tenga que esperar todo el proceso para lograr obtener la reparación a su daño causado, sino que tendrá ahora otra forma de solucionar de manera pronta su problema reparatorio, siendo ésta a

través de la justicia restaurativa, la cual tiene como objetivo principal conservar la paz social, cuando se cometa un delito, esto es, mediante la pronta reparación del daño ocasionado a la víctima, con este mecanismo se le dará mayor celeridad a la problemática existente entre las instituciones responsables de la procuración de justicia y quienes se vean beneficiados del mismo.

Acuerdos Reparatorios:

Estos se pueden llevar a cabo ante el ministerio público o ante el juez de control y son los acuerdos que se llevan a cabo entre la víctima y la persona imputada en la comisión de un delito, principalmente se conceden en aquellos delitos que son de naturaleza culposa o donde procede el perdón del ofendido, o bien en aquellos de naturaleza patrimonial que se hayan cometido sin violencia en cuyos casos la pena no exceda del término de cinco años de prisión.

para que este acuerdo se pueda llevar a cabo se debe cubrir primero la reparación de daño, y con este medio alternativo la víctima puede obtener de manera rápida el pago de la reparación de daños, sin necesidad de llevar todo el proceso penal, y de esa misma manera las agencias del ministerio público desahogarían su carga de trabajo, pero ¿Qué sucede cuando no se tiene esta información en la víctima? pues simplemente está el desconocimiento y con ello el retardo para obtener íntegra su reparación al daño causado., es importante pues que fluya información referente al caso a fin de que las partes estén en condiciones de llegar a los acuerdos reparatorios cuando estos procedan.

a) Justicia restaurativa

La justicia restaurativa es un conjunto de mecanismos que se encarga de responder equitativamente a las necesidades de las víctimas, de la comunidad y de quienes cometen algún tipo de delito, porque a esta le importan las personas, porque como todos cometemos errores, tenemos la oportunidad de reparar el daño causado de acuerdo a las necesidades de la víctima.

Se pretende que el responsable reconozca el daño que ha causado e intente repararlo, considerando que no solo se considera a los implicados directos, sino que también participan aquellas personas que han podido verse afectadas, siendo esta forma de resolver conflictos una de las más conocidas pues se espera obtener un resultado pronto donde todos queden satisfechos.

En ocasiones se considera como una compasión en el daño hacia la víctima, sin embargo, debería considerarse como un apoyo en la solución de conflictos, pues debe existir el interés, ya como un medio de gestión se coloca como un dialogo para encontrar la paz social que se llegue a fracturar por el conflicto y reduce una respuesta violenta.

Gordon Bozmore y Lode Walgrave enfatizaban en el resultado final y la definen como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por la comisión de un delito⁶

Los medios alternos se encuentran pues revestidos de mayor facilidad de aplicación con respecto al proceso judicial porque solo adaptan a las particularidades de cada controversia. Además, “en estos métodos las partes han

⁶ José Alfonso Reyes, Ob. Cit. Pág. 277

de trabajar colaborativamente intentando ver satisfechos los intereses y necesidades propias, pero siendo conscientes de que la otra parte igualmente habrá de ver satisfechos sus propios intereses y necesidades.

Por ultimo podemos mencionar que la justicia restaurativa no es la respuesta a todos los males en la aplicación de la justicia, pero es una herramienta que permite a la sociedad tomar la responsabilidad y el control de las situaciones que le afectan, es decir, transformar sus vidas y la forma de relacionarse entre sí, es una respuesta más a las conductas delictivas.

La justicia alternativa y sus mecanismos son una herramienta que protege y fortalece los Derechos Humanos de los intervinientes. Son medios para fomentar la cultura del diálogo, la paz, el respeto y la restauración de las relaciones tanto humanas como sociales. Surgen para atender y ayudar a las víctimas u ofendidos y a los imputados a que voluntariamente asuman su responsabilidad. La voluntad de las partes es determinante en la aplicación de las medidas alternas para generar el diálogo, esencial en la solución de un conflicto. Con la implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal se propicia la cultura de la justicia alternativa, en donde los intervinientes proponen solución al conflicto penal, reparan el daño, cuando sea el caso, y se procura una justicia pronta y expedita.⁷

⁷ Felipe Tena Ramírez, *leyes fundamentales de México 1808-2005*. Ed. México Porrúa pág. 110

1.5 Los Derechos de la Víctima en la Constitución.

Es evidente que aun cuando la participación de la víctima en el proceso penal es aún precaria, su presencia sin duda se traduce en un cúmulo de derechos que trascienden en tanto suponen no sólo mayor presencia de las víctimas en el escenario penal, sino la consecuente disminución de las potestades del Estado.

Ha sido paulatina, si bien lenta la incorporación de los derechos de las víctimas y ofendidos por el delito, a través de las reformas que desde la década de los noventa y hasta la fecha se han venido sucediendo. Tales reformas son muestra de la también progresiva incorporación de la víctima en el procedimiento penal.

Si eres víctima de algún delito, la Constitución establece a tu favor los siguientes derechos:

- Que recibas asesoría jurídica y se te informe, a través del Ministerio Público, de los derechos que a tu favor establece la Constitución.
- Contribuir en la investigación que realice el Ministerio Público, aportando pruebas, ya sea durante la investigación o durante el desarrollo del proceso, que la autoridad investigadora está obligada a recibir. Así también, con la finalidad de esclarecer los hechos del delito, podrás formular a la autoridad investigadora las observaciones que resulten necesarias para que ésta investigue algún hecho relacionado con el delito del que fuiste víctima. Podrás intervenir en el juicio e interponer los recursos necesarios para una mejor defensa de tus derechos.
- El encargado de realizar la investigación por la comisión de un delito es el Ministerio Público y durante el juicio es el encargado de representarte, sin

embargo, durante la investigación éste puede dictar medidas con las que no estés de acuerdo, por ello la Constitución te reconoce el derecho de impugnarlas ante un juez, mediante los mecanismos legales para hacerlo.

- Desde el momento en que se comete un delito en tu contra, tienes derecho a recibir cualquier tipo de atención que sea necesaria, ya sea médica, psicológica o jurídica. El Ministerio Público debe brindarte la orientación que requieras y, en su caso, canalizarte al área o institución correspondiente para que puedas recibir una atención eficaz y oportuna.
- Se te debe informar todo lo relacionado con el delito del que fuiste víctima, esto incluye: la o las personas que participaron en él, o cualquier dato que sirva para el esclarecimiento de los hechos.
- Que tu identidad y otros datos personales sean resguardados. Si como víctima del delito eres menor de edad, o víctima de los delitos de violación, trata de personas, secuestro, delincuencia organizada, durante la investigación y el trámite del juicio deberá resguardarse tu identidad, esto como medida para protegerte.
- Que puedas participar en las audiencias penales, con las mismas oportunidades de intervención que tiene el acusado y su defensa; de la misma forma, podrás interponer los recursos que la ley te otorgue contra las resoluciones del juez con las que no estés de acuerdo, el juez deberá oír tus inconformidades y tomarlas en cuenta para resolver.
- Que se te repare el daño causado por el delito cometido; en los casos de delitos contra el patrimonio, como es el robo, la persona que lo cometió deberá

regresar el objeto robado o pagar su valor; en el caso de delitos contra la salud, como el de lesiones, la persona que lo haya cometido deberá pagar los gastos médicos correspondientes para su curación, o la indemnización correspondiente en caso de daño permanente.

CAPITULO SEGUNDO REPARACION DEL DAÑO

2.1.- Significado de la Palabra Reparación Del Daño.

Es la pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de delito que cometió.

Lo primero, (statu quo ante) significa que el condenado está obligado a restituir la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible el pago del precio de la misma, lo segundo, significa la indemnización de los daños material y moral y los perjuicios ocasionados, incluyendo el pago de tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

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

Para poder explicar el daño, podemos prestar atención a los orígenes de dicha figura, en donde adquiriría observancia como un principio general de derecho, de secular raíz, estableciendo que, todo aquel que cause un daño a otro tiene obligación de repararlo.

En cuanto al significado del término "reparación del daño" en el Diccionario para Juristas, se alude que es el derecho al resarcimiento económico a quien ha sufrido un menoscabo en su patrimonio por acto ilícito o delito. Y "reparar" significa precaver o remediar un daño o perjuicio. "Daño" en Derecho es el delito que se comete cuando por cualquier medio se causan daños, destrucción o deterioro en cosa de otro o en cosa propia con perjuicio de tercero.

Al respecto, considero importante explicar los diferentes términos que se mencionan en relación al pago de la reparación del daño, a saber:

1.- El daño equivale al menoscabo o deterioro de una cosa siempre que en virtud de la infracción cause el sujeto activo del delito un resultado, por lo cual deberá presentarse la reparación, es decir, el resarcimiento del mismo.

2.- La reparación es la compensación o desagravio por un daño o una ofensa.

3.- El resarcimiento es la reparación del daño a cargo del delinciente e implica una gama amplia de daños, incluyendo perjuicios, lesiones personales y menoscabo de la propiedad.

4.- La indemnización es la compensación monetaria u otra cosa que recibe una persona por un daño o perjuicio que ha recibido ella misma o en sus propiedades, esta puede ser a cargo del victimario y/o del Estado.

Si hacemos un breve recuento de la aparición del daño en el tiempo, distinguiremos sus dos principales momentos, en sus inicios en la comunidad primitiva, caracterizada con el sistema de venganza privada, donde toda ofensa

que ocasionara daño a un sujeto, se consideraba realizada contra todo su grupo familiar, por lo que era obligación del ofendido y de su familia, castigar al ofensor y también a todo su grupo familiar, por lo que la responsabilidad no se encontraba particularizada, sino que respondía a todos los miembros del clan familiar y no que ésta debía ser proporcional al daño ocasionado.

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

Posteriormente, en la Revolución Francesa con el gran desarrollo social, político y cultural de la época, que repercutió en los valores morales y espirituales y se consolidaban como ejes centrales para el desarrollo y organización de las

sociedades, se les otorgó la protección constitucional. Partiendo de este contexto y como distinguiremos más adelante, el daño abarca más que sólo al acatamiento de matar o herir, sino que es más amplio y, por tanto, se dificulta en demasía, no sólo en la forma de poder identificarlo, ya que no hablamos únicamente del daño económico o material sino tal vez, en un daño moral, el cual abre un gran abanico de posibilidades para resarcirlo y determinar la forma de la participación tanto de las víctimas como de los ofendidos para dicha situación.

Se habla del daño como una consecuencia jurídica que cumpla el delito; como consecuencia jurídica ha sido propuesta la reparación del daño por Roxín como una tercera consecuencia jurídica del delito o una tercera vía junto con las penas y medidas de seguridad.

Considera Roxín que la reparación del daño a la víctima puede servir para cumplir los fines del Derecho Penal con carácter general salvo en los delitos más graves, de manera que la reparación del daño puede cumplir una función de prevención general positiva, prevención especial en muchos delitos excepto en los más graves.

En México, la ley señala que las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido a consecuencia de un delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

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:

1. El daño patrimonial se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valuación económica) de una persona, ya sea física o moral, ocasionado por un agente externo.
2. El daño moral es la afectación de valores no apreciables en dinero, extra patrimonial o de carácter no económico. Savatier lo define como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria o un sufrimiento moral de origen diverso en el que la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones y un largo etcétera.⁸
3. Otra definición del daño moral importa una modificación de valiosa 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

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 133 ed. México Porrúa.

agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso.

El concepto de daño surge del Derecho Civil, y ha tenido un gran desarrollo teórico y dogmático en esta rama del Derecho. El Derecho Penal toma este concepto del Derecho Civil con ciertas particularidades; en materia de daños, la responsabilidad penal y civil tiene diferencias importantes. La responsabilidad penal tiene como fuente la realización de conductas tipificadas; en cambio, la responsabilidad civil puede surgir de cualquier daño causado, inclusive de la realización de una conducta delictiva.

2.2.- Reparación del Daño en Materia 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 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.

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.

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 la pretensión punitiva del Estado, sino de atender las necesidades de las personas y de la comunidad, que se tenían en el olvido.

En otro orden de ideas el autor R. Rodríguez (2016), al referirse a la víctima, expresa que "el Derecho Penal no se ocupa de la víctima ni se puede ocupar de ella. Esta aseveración se puede fundamentar con un sencillo ejemplo: la víctima de una agresión sexual es víctima de tal delito sin importar de lo que el Derecho Penal haga, y no dejará de ostentar la calidad empírica de víctima porque se procese penalmente a su agresor".

El Derecho Penal no se preocupa de la víctima de manera particular, por cuanto si una persona es víctima de la comisión de un delito, le corresponde al Derecho Penal con la intervención del fiscal como titular del ejercicio público de la acción y al juzgador imponer la sanción al victimario en los términos que expresamente determina la ley, lo cual significa dar cumplimiento al principio de legalidad. Pero, se disiente respecto a que la víctima no tiene el derecho a la reparación integral, por cuanto la misma es un sujeto procesal y tiene un tratamiento diferente, ya que en el mismo juicio penal se debe resolver la reparación integral para la víctima y la garantía de protección de la misma se realiza durante la sustanciación del proceso penal.

El Doctor Howard Zehr mejor conocido como el abuelo de la justicia restaurativa 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

En dicho sentido tenemos que el artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el proceso penal será acusatorio y oral y que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Esta misma disposición establece el derecho de la víctima o del ofendido a "que se le repare el daño" esto dentro del inciso C, fracción IV. La referida fracción adiciona lo siguiente: "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". Finalmente, el artículo 22° de la Constitución, en su párrafo segundo, refiere que: "No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito.

2.3 Criterio de la CIDH, en cuanto a la Reparación de Daño.

El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una obligación que los Estados deben cumplir a través de diversas medidas de derecho interno y que presentan problemas que inciden en su eficacia. El derecho internacional puede colaborar con los Estados en esa tarea, pero para ello se requiere que operen ciertas modificaciones en la normativa interamericana que conduzcan a mejorar los niveles de cumplimiento al interior de los Estados parte.

Desde la primera sentencia sobre reparaciones dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han transcurrido aproximadamente tres décadas. En ese tiempo, las medidas ordenadas han incidido tanto en el proyecto de vida de las víctimas y sus familias como así también en el desarrollo institucional de los Estados parte.

No obstante, como contracara de lo anterior, han surgido problemas en el cumplimiento de estas sentencias que inciden negativamente en su efectividad y que atentan directamente contra el derecho a la reparación de las víctimas.

Esto obedece en términos generales al hecho de que el cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno de un Estado, es un acto complejo de competencias concurrentes que requiere la permanente interacción entre ambos ámbitos jurídicos. Ello se debe a que, si bien el procedimiento se desarrolla normativamente bajo las reglas del derecho

internacional, el tribunal brinda un margen de acción para que el Estado condenado cumpla con las medidas de reparación ordenadas en la sentencia utilizando los mecanismos internos que considere prudente a tales efectos; Aun en aquellos casos en los que la determinación de responsabilidad internacional obedezca al actuar de un órgano determinado. Por ejemplo, en el caso Cantoral Benavidez vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había ordenado que el Estado adoptara todas las medidas que fueran necesarias para dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de ese país, que había convalidado la detención de la víctima bajo un régimen militar. Si bien la responsabilidad internacional habría surgido desde la órbita del Poder Judicial, el Estado, a través de su Poder Ejecutivo, indultó a la víctima, deviniendo en abstracto la sentencia cuestionada y cumpliendo de esa manera la medida ordenada por el Tribunal interamericano.

En consecuencia, este "acto complejo" enfrentará problemas en ambos ámbitos jurídicos, tanto desde lo normativo, que a bien dichos problemas de cumplimiento de la sentencia operan por la ausencia total de marco normativo aplicable, o bien, por vacíos en la normativa existente, cualquiera sea el ámbito de aplicación nacional o internacional; o bien de lo estructural institucional que aquí los problemas derivan de la nula o errónea aplicación e interpretación del marco normativo por parte de los operadores estatales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido abundantes criterios sobre el daño y sus dimensiones, pues estructuralmente inicia en la determinación

del daño para establecer las medidas de reparación que se deberán de aplicar en cada caso concreto.

A partir del análisis de sus sentencias, es posible plantear que el Daño constituye aquella afectación, en la esfera individual o colectiva, que menoscabe o provoque sufrimiento emocional, genere lesiones físicas o mentales; que incidan en las relaciones sociales y la dinámica familiar de la víctima; la pérdida de los medios de subsistencia; la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, así como pérdidas económico patrimoniales como resultado de una acción u omisión que constituyan actos antijurídicos o violatorios de derechos humanos.

En el caso de nuestro país, el concepto de Daño utilizado para los casos de violaciones de derechos humanos y la comisión de delitos, es la que se menciona en el artículo 6° fracción VI, de la Ley General de Víctimas, el cual es definido como: Muerte o lesiones corporales, daños o perjuicios morales y materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños; pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico; pérdidas de ingresos directamente derivadas del uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos; costo de las medidas de restablecimiento, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse; y costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten.

Como se puede advertir, la definición de daño a que se hace referencia, aunque retoma parámetros internacionales, haciendo notar que existen daños adicionales al patrimonial, como el daño medio ambiental, es una definición confusa, circular y poco amplia pues, además de no señalar de forma específica que existen dimensiones del daño que deben ser diferenciadas para poder evaluar adecuadamente las medidas de reparación, se enfoca principalmente en el aspecto económico-material del daño, limitando con ello la reparación integral que se debe otorgar a las víctimas. Otro concepto relacionado es el "Hecho victimizante", el cual también se menciona en la Ley General de Víctimas, en su artículo 6° fracción X, el cual se define como los "Actos u omisiones que dañan, menoscaban o ponen en peligro los bienes jurídicos o derechos de una persona convirtiéndola en víctima. Estos pueden estar tipificados como delitos o constituir una violación a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que México forme parte".

Esto hace denotar a partir de que se configura el Daño en la esfera jurídica de la persona. Si bien esta noción pueda considerarse como parte del vínculo causa-efecto del daño, éste concepto apunta directamente el momento, el hecho, o la acción a partir de la cual se derivan una serie de consecuencias negativas en la esfera de derechos de la víctima, de ahí que, al contrario del concepto de daño, esta noción constituye un aporte sustancial a la teoría del daño, pues a través de la identificación del momento coyuntural que trastoca la esfera de derechos y la vida de una persona es posible también definir la autoría, responsabilidad, legitimidad, legalidad, bienes afectados, trascendencia temporal, complejidad de

la consecuencia, y las opciones objetivas y razonables que permitan la reparación del daño.

De ahí que resulte necesario abreviar los criterios de la Corte relativos a las dimensiones reconocidas del Daño, para que, en un ejercicio de armonización, se tomen como referentes y sean aplicados en la reparación integral del daño por parte de las autoridades del Estado mexicano.

2.4.- Reforma de la Constitución de 2008 en cuanto a Reparación de Daño.

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. Para así ver cómo paulatinamente se han ido incluyendo los derechos de la víctima en el texto constitucional, pero no podemos hablar de reparación del daño sin abordar lo que es la justicia restaurativa dentro de nuestra legislación ya que esta 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.

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. En lo que respecta, a la reparación del daño, 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.

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:

⁹ IDEM

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 reparen;

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".¹⁰

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.

¹⁰ (Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos)

En el marco de la reforma constitucional de junio de 2011 se incluyó el deber de reparar las violaciones a los derechos humanos como una de las principales obligaciones del Estado en la materia, al establecer en el artículo 1º lo siguiente:

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

Lo anterior ha merecido la atención del Poder Judicial de la Federación, en diversos criterios, entre los cuales encontramos el siguiente:

“REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO O JUSTA INDEMNIZACIÓN. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL QUEDÓ INCORPORADO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO A RAÍZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. El decreto de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el medio de difusión y fecha referidos, tuvo por objeto ampliar el marco jurídico en la protección de los derechos fundamentales y obligar a los órganos del Estado a promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos, para lo cual se consideró necesario incorporar a la Ley Fundamental los derechos humanos previstos en los tratados internacionales celebrados por

el Estado Mexicano, a fin de que trasciendan y se garantice su aplicación a todo el ordenamiento jurídico, no sólo como normas secundarias, pues de los procesos legislativos correspondientes se advierte que la intención del Constituyente Permanente es garantizar que se apliquen eficaz y directamente, así como incorporar expresamente en el artículo 1o. constitucional el principio de interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, conocido como *pro personae* o *pro homine*, que indica que éstos deben interpretarse favoreciendo la protección más amplia posible y limitando del modo más estricto posible las normas que los menoscaban. De conformidad con lo anterior, corresponde al Estado tomar las medidas necesarias para asegurar que cualquier violación a los derechos fundamentales de los gobernados, ocasionada por particulares, sea reparada por el causante del daño. Así, a partir de la entrada en vigor de la citada reforma constitucional, el derecho a una reparación integral o justa indemnización ante la vulneración de derechos fundamentales, previsto en el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede considerarse incorporado al ordenamiento jurídico mexicano".¹¹

Sin embargo, hasta antes de la promulgación de la Ley General de Víctimas, el ordenamiento jurídico mexicano se cuestionaba sobre las diferencias entre las víctimas del delito u ofendido de acuerdo con la redacción del artículo 20°

¹¹ (Reparación integral del daño o justa indemnización. este derecho fundamental quedó incorporado al ordenamiento jurídico mexicano a raíz de la reforma al artículo 1o. constitucional, publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011., 2012)

constitucional y las víctimas, así como los derechos que deberían corresponderles. En la primera hipótesis, el tratamiento de la víctima se delegaba exclusivamente al derecho penal y procesal penal; mientras que la segunda se imputaba directamente al Estado y su tratamiento se enfocaba al concepto de reparación integral del daño.

Por lo cual aún estábamos muy cortos en cuanto al tema de reparación del daño ya que no se daba dentro de la legislación un parámetro que nos diera luz a ver que era una reparación del daño integral sino es así hasta la promulgación de la Ley General de Víctimas que surge o se empieza a hablar de una justicia restaurativa a favor de las víctimas ||u ofendidos del delito.

2.5.- Reparación del Daño y la Ley General de Víctimas.

El 9 de enero de 2013 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Víctimas. Su creación no fue resultado único ni espontáneo dentro del proceso de reforma procesal penal, sino que surge en el contexto de las movilizaciones y denuncias de diversos grupos de víctimas, cuya expresión más visible fue el Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (encabezado, entre otros, por el poeta Javier Sicilia) en 2011. Esta expresión ciudadana pretendía dos demandas esenciales: el reconocimiento, por parte del Estado, de su responsabilidad respecto a miles de víctimas de delitos y violaciones a los derechos humanos en el marco del combate o guerra contra el narcotráfico, y, por

ende, que el mismo garantice la atención a sus necesidades y sus derechos como víctimas, en el sentido de establecer una reparación integral a favor de las mismas víctimas.

Y tenemos que dentro de los principios que marca esta Ley de los múltiples que establece a importancia y sobre el tema tenemos que hablar de Ayuda, asistencia o reparación integral esto dentro del párrafo final del artículo 1o. de dicha Ley; de igual forma la Ley General de Víctimas en su artículo 6°, fracción VI define al daño de la manera siguiente:

Daño: Muerte o lesiones corporales, daños o perjuicios morales y materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños; pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico; pérdidas de ingresos directamente derivadas del uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos; costo de las medidas de restablecimiento, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse; y costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten.¹²

La Ley General de Víctimas tiene como objetivo fundamental, de acuerdo con su decreto de expedición: "atender la obligación constitucional de todos los poderes y los órdenes de gobierno que integran el Estado mexicano del respeto, protección

¹² (Bazemore, Gordon y Walgrave, *Iode Restaurative Juvenile Justice*, Missouri, Tree 1999, pag. 49)

y promoción de los derechos humanos de las personas y de la atención a las víctimas como sujetos titulares de esos derechos.”

La misma disposición crea el Sistema Nacional de Atención a Víctimas y a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas para su operación. Un órgano descentralizado de la administración pública que tiene como objeto brindar una reparación integral, a quienes, después de haber acreditado su calidad de víctima, por la comisión de un delito o por violaciones de derechos humanos, determinada en atención del daño recibido, mediante una o las cinco medidas que se detallan a continuación:

- I. La restitución: busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o la violación de sus derechos humanos;
- II. La rehabilitación: pretende facilitar a la víctima enfrentar los efectos sufridos por el delito o las violaciones de sus derechos;
- III. La satisfacción: que busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas,
- IV. La compensación: que responde por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente calculables, consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial.

Adicionalmente, se prevén medidas de no repetición para garantizar que la causa que motivó el daño a la víctima no vuelva a ocurrir. La Ley General de Víctimas pretende proteger a quienes sufren daños consecuencia de un delito o de violaciones a sus derechos humanos; y que dicha protección debe llevar como

consecuencia una reparación del daño integral en beneficio de la víctima. La reparación integral involucra aquellas medidas destinadas a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y a indemnizarlas. Se trata de reparar los daños a la víctima, sean estos materiales e inmateriales, patrimoniales y hasta familiares, procura implementar diferentes formas de reparación.

La reparación integral como consecuencia de la afectación de un bien jurídico protegido, es decir, cuando la víctima sufre las consecuencias negativas del delito cometido en su contra, no solo sufre daños materiales, sino un daño moral que le puede afectar a su personalidad, su honor, su dignidad, aspectos que no son cuantificables pero que el juzgador tiene la obligación de establecer una reparación justa, tomando en cuenta el tipo de delito, el daño ocasionado a la víctima y el daño psicológico que puede subsistir de por vida en su mente. Lo mencionado es responsabilidad directa del Estado, sin que sea necesaria la presencia del infractor o su juzgamiento como tal. Justamente ahí está el reto estatal de reparación integral a la víctima que llegue a apartarse del proceso penal, pero que aquello no signifique que pierde su derecho a la reparación directa desde el Estado y las demás instituciones, según el caso.

CAPITULO TERCERO REPARACIÓN DEL DAÑO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

3.1 Reforma Constitucional, Código Nacional de Procedimientos Penales y sus fundamentos legales relativos a la reparación del daño a las víctimas del delito.

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011 incorporó una obligación fundamental a cargo del Estado en materia de derechos humanos, es decir, la obligación de "reparar".

Así, el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala: "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad." En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado ampliamente el deber de reparar las violaciones de derechos humanos. En particular, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, especialmente, el párrafo primero del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual México es parte desde el dos de marzo de mil novecientos ochenta y uno, establecen esta obligación. Por eso, la expresión "en los términos que establezca la ley" a los que relaciona el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual, desde mi muy particular punto de vista, el deber de

reparar es insuficiente, pues parece que no toma en cuenta que la materia se ha reelaborado bajo la doble luz concurrente de la tradición y la normativa nacional, la tradición y la normativa internacional. Estos dos puntos son correctos pues el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe ser leído conjuntamente con lo dispuesto por su párrafo segundo, es decir, en el sentido de que las: "normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia". En esta misma línea, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado el contenido del deber de reparar en términos más amplios que los del otorgamiento de una mera indemnización o compensación pecuniaria, como suele ser entendida en el ámbito interno de los Estados, pues la reparación debe ser integral. La reparación no se limita al ámbito penal, procede en todas las materias, entre otras, la civil y familiar; más aún, en los casos los que se hayan vulnerado derechos humanos.

Entre los factores que han contribuido a esta nueva visión de la reparación como parte del sistema de consecuencias penales se encuentra la atención a la víctima del delito, cuyas necesidades habían sido instrumentalizadas por el sistema punitivo a cumplir una función exclusiva de denunciante, testigo, u ofendido con el hecho ilícito. La participación de la víctima históricamente estuvo limitada por el Derecho penal a la reparación del daño civil, entendiéndose que la vulneración de bienes jurídicos se sustrae a los intereses particulares y es una ofensa contra la colectividad, contra el Estado. La reparación del daño es un derecho de las

víctimas protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 20, el cual, desde la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, establece que: "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".

Es menester mencionar que en materias civil y familiar, reguladas de forma similar en cuanto a reparación, los jueces, en la mayoría de las ocasiones determinan a su arbitrio, bajo parámetros subjetivos, el monto para resarcir un daño; con excepción de las referencias a lo que establece la Ley Federal del Trabajo por muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de responsabilidad y, la capacidad económica de quien causa el daño y quien lo resiente. La práctica judicial, plantea varias preguntas sobre la reparación del daño. Es por ello que se debe trabajar con base en el actual marco legal para brindar a quienes operan el sistema de justicia mejores herramientas para que puedan ejercer adecuadamente su labor como garantes del derecho fundamental de reparación del daño, con independencia de los avances que puedan acontecer en el ámbito legislativo del Estado.

Es importante mencionar que se han implementado objetivos generales que puedan establecer herramientas que puedan servir al personal judicial de los Tribunales, a efecto de que se puedan obtener mejores resultados en cuanto a la

reparación del daño, en aras de proteger dicho derecho humano, de manera integral y conforme a los más altos estándares nacionales e internacionales con objetivos claros y específicos tales como: Generar una herramienta para establecer parámetros uniformes a las juezas y a los jueces del Poder Judicial que les permitan resolver los casos que sean de su conocimiento, presentar elementos objetivos que permitan un resarcimiento pleno a quien sufra un daño, en los casos en que ello proceda proponer lineamientos generales con el fin garantizar, en las resoluciones, la protección al derecho humano a la reparación, facilitar la implementación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en los diversos niveles del Poder Judicial en cuanto al proceso y los mecanismos, a fin de contar con la especialización requerida en la materia, coadyuvar en que la calidad de las sentencias en los aspectos de la reparación del daño se ajuste a los más altos estándares en materia de derechos humanos.¹³

3.2 Derecho de las Víctimas a que se les repare el daño, obligación del Estado como garante.

La respuesta natural del Estado frente a una víctima debe ser el esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la reparación del daño. La reparación del daño causado a la víctima se debe visualizar como un consuelo para ella, pero más que un consuelo, como una retribución al daño causado. Debe quedar plasmado como un derecho fundamental reconocido a la víctima.

¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Una de las metas de la impartición de justicia debe ser la imposición a la persona responsable de causar un daño, el deber de cumplir sus obligaciones de acuerdo al perjuicio causado y brindar la asistencia necesaria a la víctima, lo que contribuirá notablemente a la satisfacción entre el sujeto pasivo y el sujeto activo. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la reparación no sólo es una obligación que el Estado debe garantizar, sino que, a su vez, configura un derecho humano en favor de las personas.

El derecho a la reparación tiene dos dimensiones: una procesal y una sustantiva

Conforme a la primera, los Estados tienen el deber de proveer o garantizar recursos efectivos en el ámbito doméstico; esto se traduce, básicamente, en el derecho de acceso a la justicia, mediante el cual toda demanda o reclamo por la violación de derechos humanos debe ser atendida y decidida por las instancias estatales pertinentes.

La Segunda, debe concederse a las víctimas el derecho sustantivo a ser compensadas por el daño sufrido. De acuerdo con lo anterior, la justicia tiene que ver tanto con la búsqueda de justicia por parte de las víctimas como con los resultados de las reparaciones. Para que las víctimas puedan ejercer su derecho a la reparación, es fundamental que participen tanto en los procesos de impugnación y demanda como en el diseño, la ejecución y el seguimiento de las reparaciones. En este tenor, el Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de la

Organización de Naciones Unidas reconoce esta doble dimensión a igual que otros instrumentos internacionales.

Existe un procedimiento de reparación.

Tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio. En el ejercicio de dicho recurso, debe beneficiarse de una protección contra actos de intimidación y represalias. También pueden proporcionarse reparaciones mediante programas, basados en medidas legislativas o administrativas, financiados por fuentes nacionales o internacionales, dirigidos a individuos y a comunidades. Las víctimas y otros sectores de la sociedad civil deben desempeñar un papel significativo en la elaboración y aplicación de tales programas. Deben hacerse esfuerzos concertados para asegurar que las mujeres y los grupos minoritarios participen en las consultas públicas encaminadas a elaborar, aplicar y evaluar los programas de reparación.

De la demanda o reclamo, es decir, al remedio o reparación, en sentido estricto, de ser procedente. Este aspecto sustantivo se traduce en el derecho que tiene la persona que resiente el daño a que le sea reparado. En estos términos, el Derecho Internacional general y, sobre todo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se han ocupado más de esta segunda dimensión. En particular, esta última rama del Derecho ha desarrollado el deber de reparar tomando en cuenta la especificidad de la materia.

3.3 Derechos y deberes generados por concepto de reparación del daño.

Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor. Las dos dimensiones de la reparación del daño, traducidas a nuestro orden jurídico constitucional nos remiten a que la reparación del daño es tanto un derecho sustantivo como una garantía de otros derechos. Para entender este concepto debemos remitimos a la teoría del garantismo que tiene por noción central o articuladora precisamente la de garantía. Luigi Ferrajoli define en términos generales a una garantía como: "cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo". Aunque el concepto de garantía tiene un origen vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y, en particular, al derecho constitucional. Precizando el concepto general que ya se ha transcrito, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse: "toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo", entendiendo por "derecho subjetivo" toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). Si el derecho subjetivo se traduce entonces, en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos, nos encontraremos ante una garantía negativa, que precisamente obliga a los sujetos obligados, principalmente, a abstener de realizar ciertas conductas; en cambio, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estaremos frente a una garantía positiva, que obliga a tomar acciones o desarrollar comportamientos activos a los sujetos obligados. Existen

también, en la categorización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento, al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. Entonces, la reparación, además de ser un derecho, permite a la sociedad, mediante una serie de procedimientos, dirigir la responsabilidad de ésta a quienes legalmente tienen el deber de cubrirla. En las materias a que se referirá este Protocolo (penal, civil y familiar) los bienes jurídicos derechos subjetivos son tutelados por la ley, como una garantía para evitar su afectación, pero a su vez, la ley establece que de darse esa afectación, deberá ser reparada de forma integral, teniendo el Poder Judicial la obligación de determinar los componentes para garantizar este derecho; si bien es cierto, el deber de reparar corresponde a quien causó el daño -como se explicará más adelante- la abstención o imposibilidad del responsable primario no debe ser excusa para que una persona deje de gozar de su derecho a la reparación (analizando cada caso concreto), por lo que el Estado como garante original de

los Derechos, tendrá entonces el deber garantizar que cada persona pueda ver satisfecho a la reparación integral.¹⁴

Una vez establecido que la reparación del daño es un derecho, éste debe definirse a la luz de los derechos humanos. Para ello debemos entonces recurrir a dos técnicas de hermenéutica jurídica: la interpretación conforme y el principio pro persona. La reforma al artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha introducido formalmente en el texto constitucional lo que se conoce como interpretación conforme. El segundo párrafo de dicho artículo establece:..."Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia..."

Bajo ese nuevo esquema constitucional, se prioriza en nuestro país el goce de los derechos humanos reconocidos en nuestra Carta Magna, así como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, obligándose éste a otorgar las garantías necesarias para la protección de esos derechos, puntualizando que el ejercicio de tales prerrogativas solamente podrá restringirse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece. En su adicionado segundo párrafo, establece formalmente el sistema de interpretación para las normas relativas a los derechos humanos, que se conoce como "interpretación conforme", cuyo método y alcance, al ser novedoso en el sistema jurídico nacional país, ha dado lugar a numerosas discrepancias, tanto en su acepción meramente

¹⁴ Lulji Ferrajoli "teoría garantista" pág. 3

descriptiva, como en su aplicación en la práctica; si a lo anterior le sumamos que el tercer párrafo del reformado artículo primero constitucional obliga a las autoridades mexicanas –a todas– a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (cada una dentro de su ámbito competencial) y que el Estado mexicano deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley; aunado a que el tres de abril del año en curso, entró en vigor una nueva Ley de Amparo para adecuar su texto a las nuevas exigencias constitucionales; entonces, debe concluirse, que estamos frente a una nueva forma de justicia. Ello implica la utilización por parte de los tribunales locales, de las normas de derecho internacional, siempre y cuando éstas sean las más favorables para las personas.

3.4 Reparación del daño a la luz del principio pro persona y su interpretación.

A juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que realizan las autoridades del país distintas al Poder Judicial de la Federación, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto: "...el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas,

pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado... no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos..."

En este sentido se inserta la utilización del principio pro persona que ha sido definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la manera siguiente:

"PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden

jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.¹⁵

Por ello, a efecto de definir la reparación del daño, para efectos de este Protocolo, utilizaremos conceptos derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicho principio, por tanto, trae la obligación de aplicar la norma más amplia cuando se trate del ejercicio de un derecho y la más restrictiva, cuando se trate de limitarlo. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que: "es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente".

¹⁵ Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, principio pro persona selección de la norma de derecho fundamental aplicable

Por lo tanto, la vulneración a los derechos humanos conlleva el incumplimiento de obligaciones que cuando hayan provocado un daño, generan para los Estados responsabilidad internacional y, en consecuencia, la obligación de reparar.

Por su parte, los principios y directrices básicos de las Naciones Unidas 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 obtener remedio y reparación¹³ destacan las ideas generales del marco jurídico internacional que establece el derecho al remedio y la reparación. De acuerdo con estos principios básicos, los Estados tienen la obligación legal de ofrecer reparación por las violaciones graves que se les atribuye, dado que se les considera responsables de las violaciones ocurridas en tiempo de guerra. Los Estados están también obligados a reparar y compensar a las víctimas cuando los responsables no pueden o no quieren cumplir con sus obligaciones, en particular mediante la adopción de programas de reparación. Por su parte, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder señala -entre otras cosas-, que las víctimas "tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional"; asimismo dispone que "se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos". Si bien son cierto los instrumentos señalados no

tienen la naturaleza jurídica de tratados, de conformidad con los criterios del Poder Judicial de la Federación, a la luz del artículo primero. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados.

Ahora bien, con independencia de la obligatoriedad que revistan, su contenido puede ser útil para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos. El control de constitucionalidad y convencionalidad debe aplicarse aun cuando el derecho humano de que se trate se encuentre regulado en la propia Constitución Federal. Los y las juzgadoras deben aplicar el control de convencionalidad cuando la norma a aplicar despierte sospechas de ser violatoria de derechos humanos, ya sea que se advierta por la autoridad judicial o bien, señalada por una persona y, para realizar dicho control, se debe seguir la interpretación conforme en sentido amplio, la interpretación conforme en sentido estricto y, en su caso, inaplicar.

Para el Derecho Constitucional Mexicano la reparación del daño es un derecho fundamental de las víctimas reconocido en los artículos 1o y 20, constitucionales,

en relación con los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los que se advierte el ánimo de preservar los derechos fundamentales de las personas en contra de actos que pretendan violentarlos. En este sentido, la Ley General de Víctimas, reconoce este derecho de la manera siguiente: "Artículo 26. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición." De acuerdo con la citada Ley (artículo 27) y los instrumentos internacionales mencionados, el concepto de reparación integral comprende: las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica.¹⁶

En resumen, podemos definir la reparación del daño como el derecho de toda persona que ha sido vulnerada en sus derechos fundamentales de que esta afectación sea atendida integralmente por quien sea responsable de ésta, conforme a los procedimientos establecidos por el Estado, teniendo éste el deber de garantizar que efectivamente se repare el daño causado. Dicha reparación debe ser de carácter compensatorio y no de castigo, por lo que su límite es el detrimento que efectivamente se haya causado por el hecho dañoso; no debe acontecer un enriquecimiento ni un empobrecimiento ilegítimo.

¹⁶ Ley de Atención a Víctimas

Para sustentar lo anterior, me permito citar la siguiente tesis aislada:

"[TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3; Pág. 2660 REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. CONTENIDO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Conforme al principio pro persona, contenido en los tres primeros párrafos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y al derecho de la víctima u ofendido del delito a que se le repare el daño, reconocido en el artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), en relación con los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los que se advierte el ánimo de preservar los derechos fundamentales de las personas en contra de actos que pretendan violentarlos, se colige que la víctima u ofendido de un ilícito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, sino a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia, porque el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica. En ese sentido, puede establecerse que la víctima tiene tres derechos relevantes: 1. A la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió; 2. A que se haga justicia y que no haya impunidad; y, 3. A la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito. En el Estado de Chiapas, el contenido del derecho a la reparación del daño está delimitado por el artículo 37 de su Código

Penal, al disponer que comprende: 1) La restitución de la cosa obtenida por el delito y si dicha restitución no es posible, el pago del precio del objeto a valor actualizado; 2) El restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la consumación del delito; 3) El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; 4) La reparación del daño material y moral, incluso, el pago de los tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; 5) En el caso de homicidio, lesiones graves o incapacitantes, el pago de pensiones alimenticias cuando existan hijos menores de edad, dependientes incapaces del ofendido o éste haya quedado imposibilitado para valerse por sí mismo; y 6) La publicación especial de la sentencia cuando el juzgador lo estime necesario. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA OCTAVA REGIÓN Amparo directo 248/2013 (expediente auxiliar 397/2013). 24 de mayo de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, con fundamento en los artículos 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 42, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.¹⁷

¹⁷ Tesis aislada 10ª época: T.C.C.S.J.F y su gaceta; libro XXXIV, septiembre 2013, tomo 3, pág. 2660. Reparación del daño de la víctima u ofendido del delito (legislación del estado de Chiapas)

3.5 Personas titulares del derecho a la reparación del daño.

Es de suma importancia entrar en análisis de quiénes son las personas titulares del derecho a una reparación del daño. Se debe reparar a toda persona que resienta una afectación, siempre y cuando exista un nexo causal entre los hechos, las violaciones de derechos humanos declaradas y los daños acreditados. Toda persona que se declara como víctima de la violación de los derechos humanos se considera parte lesionada y por ello es acreedora a la reparación. Por tanto, es importante en materia de reparaciones distinguir entre víctimas, "parte lesionada" y familiares; estos conceptos pueden dar origen a distintas consecuencias y se desprenden de las consideraciones que se exponen a continuación. En los casos en los que la violación de derechos humanos tiene especial gravedad, no sólo las que debieran ser consideradas como víctimas "directas" tienen el derecho a la reparación; en algunos casos, sobre todo quienes sean familiares pueden recibir algún tipo de reparación; esto dependiendo del tipo de relación o lazo filial que se tuvo o tiene con la "víctima directa" y el impacto que hubieren recibido respecto del daño causado, sin necesidad de que sean sus derechohabientes. En materia de beneficiarios, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realiza una distinción; por una parte, determina "...que los familiares de la víctima pueden ser reparados respecto de aquellas violaciones en que son víctimas directas y también pueden ser reparados como causahabientes de sus familiares, cuando éstos han fallecido. La primera hipótesis, es la aplicación de las normas comunes sobre responsabilidad, de acuerdo con éstas, los familiares en cuanto se

Determine que han sido objeto de una afectación ilegítima de sus derechos- pueden ser sujetos de reparaciones directamente. Este ha sido el razonamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos en que ha determinado que, por la naturaleza de las violaciones, los familiares pueden haber visto afectado su derecho a la integridad personal, al debido proceso y/o a un recurso efectivo. En cuanto a la segunda hipótesis, establece que los familiares de la víctima original de la violación, son causahabientes de ésta; por tanto, en casos de fallecimiento, sus derechos, incluida la reparación, pasan a sus sucesores. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido un alcance amplio a la definición de familiares, en tanto incluye a las personas que tienen un parentesco cercano, lo que incluye a hijos, padres y hermanos. Se debe distinguir, en todo caso, de las víctimas por derechos propios de los sucesores de éstas. De esta forma, las víctimas serán quienes hayan sufrido la violación directa de sus derechos por los hechos dañosos, lo que incluye a los familiares cercanos e incluso, conforme a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien haya resultado transgredido por asistir a la víctima directa, si con ello ha sufrido las consecuencias del hecho dañoso. Los "familiares pueden ser considerados víctimas por sí a partir de la forma en que se resuelve el caso y serán considerados como "parte lesionada" para efectos indemnizatorios. Por tanto, no todas las víctimas son "parte lesionada" y no todos los familiares son víctimas y "parte lesionada". Puede haber víctimas que son consideradas "parte lesionada" y otras no; los familiares podrán ser "parte lesionada" en tanto causahabientes o por derecho propio al ser considerados víctimas directas."

la Ley General de Víctimas, establece como víctima con derecho a reparación, tanto a la persona que sufre directamente el daño, como a sus familiares o personas que están a su cargo con una relación inmediata con la víctima, además de a cualquier persona que sufra alguna afectación en sus derechos por auxiliar a la víctima. "Artículo 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte. Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella. Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito. La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo. Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos." Conforme a lo anterior, sin importar el tipo de víctima que sea, se adquiere la calidad de tal mediante la

acreditación del daño o menoscabo de sus derechos en los términos establecidos por la propia Ley General de Víctimas.¹⁸

En conclusión, debe tenerse como víctima a toda aquella persona que haya resentido un daño derivado de un hecho que haya violado derechos humanos, sin importar que dicho daño se haya producido en forma directa o indirecta y tampoco tiene relevancia si se actuó con dolo o culpa. Es importante aclarar que la Ley no exige una declaratoria oficial de víctima, ni faculta a autoridades específicas para determinar la calidad de alguna persona; basta entonces que se reconozca en cualquier procedimiento legal que se han vulnerado sus derechos, cualesquiera que estos sean, para que adquiera la calidad legal de víctima y por lo tanto tenga el derecho a la reparación del daño por tal vulneración. En materia penal, el Código Nacional de Procedimientos Penales, hace su propia definición de víctimas y además marca una diferencia con lo que entenderá por persona ofendida, en el artículo que a continuación se cita:

"Artículo 108. Víctima u ofendido

Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito. En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente

¹⁸ Ley General de Víctimas

los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.”

CAPITULO CUARTO EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

4.1. El control de convencionalidad como principio

El control de convencionalidad es un principio articulado con estándares y reglas provenientes de sentencias de tribunales internacionales, con el derecho interno y con la garantía de acceso a la justicia, como una herramienta eficaz y obligatoria para los jueces nacionales y para hacer efectivos los derechos humanos.

La interpretación y acatamiento de los instrumentos internacionales se ha establecido como obligatorio para los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deberán respetar los derechos humanos, en acatamiento al principio de *pacta sunt servanda*, de cumplir lo pactado en un tratado.

El concepto de control de convencionalidad encuentra su antecedente en el concepto de control de constitucionalidad, que consiste en hacer valer el principio de la supremacía de la Constitución a través de su defensa, para que los juzgadores no deban de aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, verifican si las normas contradicen a la Constitución. Pero de igual forma el control constitucional también implica el deber de proteger los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

El control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. En el párrafo 27 de su voto, García Ramírez apunta que:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.¹⁹

De acuerdo con la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103°, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado Mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad."

¹⁹ (Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, 2003)

El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente. Recordemos que el artículo 1o. de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a "garantizar" su pleno y libre ejercicio; esto significa que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar (mandato que se contiene igualmente en nuestro artículo 1º párrafo tercero Constitucional) los derechos previstos en los ordenamientos internacionales.

Teniendo que el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. Lo anterior puede conducir, en un caso extremo, a que un juez no aplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional.

Los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sientan "deberes" específicos para los Estados a ella adheridos. El primero, esencialmente, establece dos: a) respetar los derechos de la Convención, y b) garantizar los, sin discriminación alguna. A su turno, el artículo 2º les obliga a adoptar "disposiciones legislativas o de otro

carácter" necesarias para efectivizar aquella garantía. Aquí se alude al "efecto útil" que debe tener el Pacto.

De igual forma podemos entender al control de convencionalidad como el mecanismo jurídico que un Estado tiene previsto para asegurar el cumplimiento de las normas establecidas en su constitución. Con este procedimiento se revisa la norma que se considere es contraria a lo dispuesto en la constitución y de ser necesario, se procede a su invalidación.

Carl Schmitt, considera que "la protección de la Constitución involucra todos los medios, instrumentos e instituciones que el Poder Constituyente ha estimado necesarios para mantener a los poderes políticos dentro de los límites de sus atribuciones, lo que permite un desarrollo armónico de sus actividades y repercute en el respeto de los derechos fundamentales de la persona." (Carl Schmitt. La Defensa de la Constitución. Traducida por Manuel Sánchez Sarto. Editorial Labor. España. 1931.)

El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en Almonacid Arellano la Corte precisa sus principales elementos.

El Control de Convencionalidad puede ser definido como el mecanismo por el cual todas las autoridades y órganos de un Estado parte, tienen la obligación de verificar si una norma o acto de autoridad es compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y con la interpretación que de esta realiza la Corte Interamericana a través de la jurisprudencia. Es decir, la autoridad correspondiente no solamente debe efectuar esta verificación con respecto a las normas contenidas en la Convención sino también de la jurisprudencia emanada de la Corte. Este control de convencionalidad debe abarcar asimismo a las demás Convenciones interamericanas de derechos humanos que hayan sido ratificadas por el Estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El jurista argentino Prof. Mario Midon, en su obra "Control de Convencionalidad", señala: *"...En la semántica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se conoce como control de convencionalidad al procedimiento mediante el cual un tribunal verifica si determinado acto legislativo o, en su caso, la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en un determinado Estado parte del sistema. Si el acto en cuestión no supera ese test de fiscalización, el tribunal deberá declararlo anti convencional o inconvencional, es decir, contrario a alguno o algunos de los artículos que establecen los tratados de derechos humanos que ese país suscribió y en el caso se negó a cumplirlo."*²⁰

²⁰ (Mario Midon, control de la convencionalidad)

4.2.- México y el Control de Convencionalidad en la CIDH.

El 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, resolviendo en el párrafo 124 lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²¹

En esta histórica sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece el concepto control de convencionalidad que trascenderá a los órdenes

²¹ (Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006)

jurídicos de los países firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Teniendo que dentro de dicha resolución destacan dentro del control de convencionalidad los puntos siguientes:

- Los jueces y tribunales domésticos están sometidos al imperio de la ley.
- La ratificación de la Convención Americana de los Derechos Humanos sujeta a los jueces de un Estado a su observancia.
- Los operadores jurídicos deben permanecer atentos a que las aplicaciones de leyes internas no sean contrarias al objeto y fin de la Convención.
- Las leyes contrarias a la Convención desde un inicio carecen de efectos jurídicos.
- Deben los jueces y tribunales llevar a cabo un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención.
- El Poder Judicial debe no sólo aplicar el contenido de la Convención sino las opiniones interpretativas que sobre la misma vierta la Corte.

Para dimensionar el alcance del control de convencionalidad es muy importante tener claro que dicho control surge como un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por tal razón, a continuación, nos permitimos realizar algunas precisiones históricas y conceptuales sobre el Sistema Interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos.

Respecto a los derechos humanos, México es parte de la totalidad de los tratados del hemisferio sobre la materia. En este punto es importante precisar que el

tratado interamericano que define ampliamente los derechos humanos y las correlativas obligaciones de los Estados parte, y que institucionaliza y articula el funcionamiento de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la que México es parte desde el mes de marzo de 1981. Y es de esta Convención de la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos que deriva la expresión "control de convencionalidad", por lo que el operador jurídico mexicano hoy debe conocer de manera profunda dicho tratado y todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos al igual que le corresponde conocer a profundidad la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo que una y otra se integran como un bloque de constitucionalidad que condicionan materialmente la validez de todo el orden jurídico mexicano.

Con posterioridad a su vinculación con la Convención en 1981, México se hizo parte de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura esto en 1987; del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" en 1996; de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" en 1998; de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad esto en el año 2001; de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en el año 2002, y del Protocolo de la Corte relativo a la Abolición de la Pena de Muerte en el año 2007 teniendo que todos estos tratados, *ratione materiae* y *ratione personae*,

desarrollan y amplían el contenido y alcance de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por lo que deben ser considerados al momento de realizar el control de convencionalidad según sea el caso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el control de convencionalidad en 28 sentencias, en 19 Resoluciones supervisión de cumplimiento de sentencia y en una Opinión Consultiva. En este acervo de jurisprudencia contenciosa, consultiva y de supervisión, la Corte IDH ha construido un importante conjunto de criterios interpretativos respecto de dicha figura jurídica.

Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos".

El Estado mexicano ha sido condenado a reparaciones por violaciones a los derechos humanos por la Corte Interamericana en seis casos, siendo reiterativa a

través de sus sentencias para recordar la obligación que tienen los jueces, para llevar a cabo el control de convencionalidad del derecho interno, es decir, de no contravenir a los instrumentos internacionales.

4.3.- El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos, no es ninguna novedad, ya que, tal vez no con ese término, pero sí en cuanto a su objetivo y sus fines, ya que su origen se remonta al momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que en sí establece no como concepto, pero sí como obligación a los estados parte tal y como lo señala el artículo 62.1. el cual establece: *"Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención"*.²², así mismo el artículo 62.3 nos da un panorama de lo que es el principio de convencionalidad al establecer: *"La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por*

²² (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), 1969)

declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".²³ Esto es así, porque ahí se dispone expresamente que la Corte Interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la *interpretación y aplicación* de las disposiciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos que le sea sometido a su consideración, esto es, que el tribunal interamericano es el encargado de revisar que los actos y hechos de los Estados que han reconocido su competencia se ajusten a las disposiciones de la Convención Americana, de vigilar que el hacer o no hacer de los Estados se ajuste a la regularidad del tratado y, con ello, de asegurar y hacer efectiva la supremacía de éste.

En ese sentido, el control de convencionalidad está claramente previsto desde el origen mismo del sistema interamericano, es una función esencial de la Corte Interamericana y no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos unas nuevas competencias como algunos afirman.

El supuesto control de convencionalidad a cargo de los poderes judiciales nacionales, que no es más que una *interpretación de derecho y libertades acorde a tratados*, porque el control de convencionalidad como tal sólo lo tiene la Corte Interamericana, tampoco es una situación novedosa. Éste encuentra su fundamento, nuevamente adentrándonos al ámbito del sistema interamericano, en la ratificación o adhesión que un Estado hace a la Convención Americana, ya que con ello se obliga a respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

²³ (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), 1969)

jurisdicción, así como a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, donde lógicamente se incluyen las medidas de tipo jurisdiccional.

Teniendo así pues que el control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el ámbito internacional, siendo en este último que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ejerce el control de convencionalidad propiamente dicho ya que es la Corte la que en base al control que ejerce que le permite la expulsión de las normas que esta considere contrarias a la Convención a partir de los casos concretos que someten a su conocimiento. En relación a lo anterior tenemos que destacar que esto resulta efectivo a través de la supresión de normas locales opuestas a la Convención, como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la Convención²⁴; teniendo de igual forma que el fundamento del control de convencionalidad se encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención, teniendo que el artículo 1.1 de la Convención establece:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole,

²⁴ (Caso Barrios Altos vs Perú, 2001)

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 2° a su vez señala:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El artículo 29° establece:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquier de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De la lectura armonizada de dichos artículos se desprende que la protección de los derechos humanos deber ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión sea concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención y los estándares desarrollados por la jurisprudencia.

4.4.- El Control de Convencionalidad en México.

El paradigma del control concentrado de la constitucionalidad marcó el devenir histórico de la interpretación judicial en nuestro país durante el siglo pasado, consolidando así al Poder Judicial de la Federación como depositario y garante único de la interpretación de la norma fundamental.

A partir de la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos" y de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decidir sobre la consulta presentada por el Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia ante dicha sentencia, todos los juzgadores mexicanos, tanto aquellos que pertenecen al fuero federal como los del fuero común, se encuentran obligados a aplicar e interpretar los tratados internacionales de la manera más beneficiosa para la persona.

A más de tres años de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos, México atraviesa un importante proceso de transformaciones jurídicas, dentro de las que se destacan la adopción de la nueva ley de amparo y de una ley General de Víctimas; este contexto de profundas transformaciones jurídicas implica, sin duda, un enorme reto para lograr que las y los operadores jurídicos en general se apropien de los elementos fundamentales en materia de derechos humanos y redefinir una cultura jurídica que incorpore, en el discurso y en la práctica, un auténtica perspectiva de derechos y garantías.

Uno de los pilares básicos de las reformas constitucionales en comento es el establecimiento de una relación inescindible y del más alto nivel jurídico a rango constitucional entre las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las normas de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales. En palabras de Carpizo:

La relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional resulta inevitable e irreversible. No se trata de imponer uno sobre el otro, sino de complementar las visiones. Ya que no existe democracia real que no reconozca la importancia de los derechos humanos de fuente internacional. Por otra parte, el derecho internacional sólo existe por el reconocimiento expreso de los estados nacionales. Esta paradoja conduce a un doble e interesante fenómeno: la internacionalización de la justicia constitucional y la constitucionalización de la justicia internacional. Ambas pretenden la efectividad de los derechos y la protección de la dignidad de todos los seres humanos que, en esencia, es la última ratio a la cual aspiran las democracias latinoamericanas aquejadas de

graves problemas como el débil estado de derecho, parte de la población en pobreza y una insultante desigualdad social. (Jorge Carpizo, "Prologo" al libro *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius commune en América Latina?* México, UNAM, 2010.)

Como se sostuvo antes, la principal nota característica de la reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de junio del 2011 se concreta en el establecimiento de una relación jurídica necesaria entre el derecho interno o bien llamado Constitucional y el derecho internacional también conocido como el de los Derechos Humanos. Bajo esta premisa podemos sostener que, a partir de la reforma de junio del 2011, en México existe un sistema constitucional de protección de los derechos humanos que buscan integrar de manera armónica las normas de derechos humanos de la Constitución Política con las normas de los tratados internacionales de la materia, con el objetivo de proteger en la mayor medida posible a la persona humana y sus derechos.

A la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los derechos humanos son reconocidos por el estado. De esta suerte, podríamos precisar que tales derechos son inherentes a la persona humana siendo este titular de derechos, a quien su sola condición humana le habilita para exigir del estado en tanto lo hace de igual forma titular de obligaciones; una serie de actuaciones que tendría que realizar y conllevaría a una acción y una abstención para gozar efectivamente de sus derechos.

Teniendo el estado mexicano diferentes obligaciones en materia de los derechos humanos; como las que en el siguiente cuadro podremos ver:

4.5. El Control de Convencionalidad y la Víctima.

Tenemos que dentro del derecho penal en México a través de las reformas constitucionales que ha tenido y de la adhesión a los diversos tratados internacionales, se ha incluido a la víctima dentro del proceso o de la esfera penal, ya que al no tomarla en cuenta dentro del proceso penal se seguiría manteniendo una violencia o neutralización contra la víctima en sus derechos fundamentales; ya que se ha impulsado la reincorporación de la importancia de la víctima en el proceso penal y tal y como lo son las nuevas consideraciones de los derechos humanos en México, puesto que a partir de las reformas constitucionales del año 2011 se ha generado la maximización de los derechos de la víctima, incluso de su protección esto a través de diversas figuras como lo el control de convencionalidad y el principio *pro persona*.

Con el control de convencionalidad se pretende el respeto de los derechos humanos considerado en el corpus iuris internacional, es decir considerar no solamente aquellos derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política Federal sino también aquellos considerados en los tratados internacionales suscritos por México. Así en torno a las víctimas se pueden encontrar entre otros los siguientes instrumentos internacionales:

- a) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia Penal ("Reglas de Mallorca"): dentro de las cuales se hace alusión a la víctima en

sus artículos del 40 al 43, donde se requiere un trato humano digno, dispensarles la ayuda que necesiten, cuestiones relativas a la reparación del daño y la defensa de la víctima.

b) La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): en cual se establece la obligación de respetar los derechos humanos a todos los Estados que formen parte de la Convención, sin discriminación alguna; además deberán proteger la honra y dignidad de las personas.

c) Declaración Sobre Los Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos Y Del Abuso De Poder (Resolución 40-34 De La Asamblea General De Las Naciones Unidas De 1985): uno de los documentos más importantes en tomo a la víctima, estableciendo su definición, su derecho de acceso a la justicia y trato justo, cuestiones relativas al resarcimiento e indemnización, la asistencia de la víctima y los aspectos relativos a las víctimas del abuso de poder.

d) Declaración Universal de los Derechos Humanos: que desde luego establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, establece la igualdad ante la ley y el derecho de acceso a la justicia ante la vulneración de sus derechos fundamentales.

e) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece en su artículo 68 la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones, con el objeto de proteger a las víctimas y establecer las pautas para su intervención en las diferentes actuaciones del procedimiento penal.

Como se observa existen diversos instrumentos internacionales que se pronuncian por la protección y salvaguarda de los derechos de las víctimas y, que desde luego al estar suscrito por México son de aplicación en el territorio nacional.

Relacionado con ello, se encuentra el principio pro persona que es un mandato constitucional a través del cual se busca favorecer en todo momento la protección más amplia de la persona, el cual tiene relevancia en el proceso de interpretación de las normas que determinan el contenido y alcance de los derechos, sea cual fuere su fuente o rango dentro de un sistema jurídico determinado. Obviamente, el principio pro persona tiene lugar en cuanto a los derechos de la víctima dentro del procedimiento penal, en su atención y prevención victimal; teniendo un esquema que pudiera ilustrar como se establece la víctima dentro del proceso penal.

Como es bien sabido ya la Victimología, el Garantismo Penal, la maximización de los derechos humanos-que han traído el control de convencionalidad y el principio pro persona han contribuido a reintegrar a la víctima el papel preponderante que debe tener en el drama penal, después de que durante mucho tiempo se le neutralizó de dicho contexto.

CAPÍTULO QUINTO LA REPARACION DE DAÑO EN LA JUSTICIA INDIGENA, COMO ALTERNATIVA AL SISTEMA PENAL

5.1 El derecho indígena internacional

La regulación del derecho Internacional público moderno en materia indígena corresponde tanto a Convenios y Declaraciones en los que México se obligó a dar cumplimiento a través de su ratificación. Entre ellos tenemos el convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Éste instrumento nombra a los pueblos indígenas a los que por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Sin embargo, y a pesar que sus derechos son reconocidos internacionalmente es también cierto que siguen siendo víctimas de violaciones de los derechos humanos, tanto en lo individual como en lo colectivo.

En fecha 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación la reforma en materia penal en la cual se establece un sistema penal acusatorio en donde se respetaran los derechos de la víctima u ofendido, y del imputado, sin embargo esta ley no es exclusiva para quienes son indígenas. Pero, el Código Nacional de

Procedimientos Penales establece en el artículo 420 el procedimiento especial de pueblos y comunidades indígenas:

"Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en si caso los familiares, acepten el modo en que la comunidad, conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos proponga resolver el conflicto, se declarara la extinción de la acción penal, salvo en los casos en que la en que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior del niño y las niñas o el derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer"²⁵

el proceso penal acusatorio tiene 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 reparen (fracción I Artículo 20 de la Constitución Mexicana), y concede algunas prerrogativas a personas o población considerada vulnerable, en el caso de la población indígena el procedimiento considera dentro de las formalidades del procedimiento penal en relación a los miembros de pueblos y comunidades indígenas.

²⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales

En consideración a lo antes señalado nos damos cuenta de que si existen derechos en favor de la población indígena, pero estos no se ven reflejados ya que existen procedimientos que la persona indígena no comprende debido a su origen étnico, no obstante, el Código Nacional de Procedimientos Penales señala en el artículo 110 que la víctima tiene derecho a la designación de un asesor jurídico en cualquier etapa del procedimiento, pero ¿de qué sirve tener un asesor jurídico si este no pertenece a la etnia indígena, o bien no es licenciado en derecho? ya que cuando la víctima o el ofendido pertenezcan a un pueblo o comunidad indígena, el Asesor debe tener conocimiento de su lengua y su cultura, situación que no ocurre, sino todo lo contrario ya que es muy difícil encontrar abogados que pertenezcan a su misma etnia y los que existen no tienen conocimiento de su cultura.

Por otra parte el mismo Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 410 establece os criterios de individualización de la sanción penal o medida de seguridad, donde el tribunal debe de tomar en consideración que cuando ocurra este tipo de detenciones tomar en cuenta los usos y costumbres.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando se vean involucrados en un proceso judicial como víctimas, acusados, o testigos, la discriminación arraigada interfiere con el respeto de las garantías judiciales que aseguren el pleno respeto a sus

derechos procesales, ya que se da la falta de intérpretes, desconocimiento de la cultura.

5.2 Reparación e indemnización.

Reparar implica arreglar o enmendar un hecho u omisión e indemnizar resarcir de un daño o perjuicio causado, es por ello que para poder ahondar en este tema vamos a hacer una descripción de los que señala la Convención Americana de Derechos Humanos o bien como lo menciona Adelina Loiano en su libro la Evolución de la Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"En realidad, el artículo 63 CADH utiliza los términos "reparación" e "indemnización" en una relación género-especie. Es evidente que la Convención reserva la palabra "indemnización" para las condenas de dinero y "reparaciones" para cualquier tipo de sanciones no pecuniarias, como veremos más adelante. La "reparación" resulta entonces ser substitutiva de la obligación del Estado de respetar y garantizar un determinado derecho y consiste en una manera de hacer efectiva esa responsabilidad en caso concreto, pero en aras de interés general. De algún modo tiene que el Estado actué mediante actos positivos en el área donde lo ha hecho en forma deficiente, o ha emitido su deber de hacer o no hacer. La indemnización, por el contrario, no puede substituir

a la reparación por tener un destino diferente, siendo debida exclusivamente a la víctima de los familiares”²⁶

En atención a lo anterior, en qué momento se le da esta explicación a la víctima de que tiene derecho a recibir ya sea indemnización o reparación de daño, pues en la mayoría de los casos el juez al emitir la sentencia en contra del inculpado lo condena a una purgar una pena privativa de libertad y en el mismo fallo condenatorio lo sanciona al pago de reparación del daño, sin embargo, nos damos cuenta al menos en personas privadas de la libertad de extracción indígena que estos, nunca van a tener recurso para cubrir dicha reparación y purgan la totalidad de su condena y al salir libre no hay nadie que los obligue a cubrir dicha reparación.

5.3 Libertad Anticipada y Reparación de daño.

Como ya se ha mencionado con anterioridad reparar, significa componer, arreglar, restaurar una cosa que ha sufrido un menoscabo, o bien, corregir o remediar, y daño significa perjuicio, detrimento o menoscabo.

La reparación del daño en derecho penal lleva consigo a objetivos independientes del delito y su finalidad viene a ser obligatoria en la ejecución de sentencia y el dar cumplimiento a la restitución del bien o

²⁶ Convención Americana de Derechos Humanos

su equivalente en efectivo y a la vez satisfacer la lesión causada a la víctima del delito.

En este sentido podemos ver que la reparación de daños es una sanción pecuniaria del delito, sin embargo, de acuerdo al artículo 20 fracción novena inciso C precisa, "en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo..."²⁷

Podemos observar una gran discordancia con el artículo 141 inciso V de la Ley Nacional de Ejecución de Penas:

"haber cubierto la reparación de daño y la multa, en su caso"²⁷ pues como desprende de ambos numerales a uno solo le interesa la prisión, es decir que el culpable compurgue una pena privativa de libertad, mientras que la Ley Nacional de Ejecución Penal le da la oportunidad a la víctima de que se le repare el daño, quizá, el legislador, le faltó garantizar de alguna manera más eficiente que la víctima quedara satisfecha en la resarcimiento del daño y posteriormente haber dado seguimiento a la libertad.

La ejecución de la pena como lo dice Cuello Colon "es el sufrimiento impuesto por el estado en ejecución de una sentencia culpable de una infracción penal" es por ello que refiero a esta parte de la ejecución de

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

la pena para hacer notar que la ejecución lo vemos como un sufrimiento físico de la persona responsable del delito, pero no vemos en ningún medio la manera como la víctima puede quedar satisfecha en su reparación de daño, y una vez que el imputado logra cumplir su sufrimiento privativo de libertad se le debe poner en libertad para no violar sus derechos humanos, olvidándose por completo de cumplir cabalmente la sentencia emitida en su contra.

5.4 Conmutación de la pena

La conmutación de la sanción es una facultad que tiene el juzgador para concederla o negarla de acuerdo a las circunstancias que para su posible otorgamiento lo señale la ley, entendiendo esta como la reducción de sanciones, las cuales son discrecionales siempre y cuando se cumpla con los requisitos que señala la ley de la materia.

Para que surta efectos la Conmutación de Sanción deberá cubrir primero la reparación del daño y la multa que se la haya impuesto. incluso así lo señalaba el Código de Defensa Social del estado de Chihuahua en el artículo 86 fracción IV señala "que el reo haya reparado el daño causado u otorgado garantía para cubrir su monto"¹⁰ como podemos ver esta es una forma de garantizar la libertad del reo, pero para lograrlo debe cubrir los requisitos de reparación de daño y multa, sin embargo, esto no garantiza efectivamente su cumplimiento, pues es considerada una facultad y no una obligación, es por ello que

en la mayoría de los casos nos vamos a encontrar con que el reo prefiere compurgar su condena y no pagar la reparación de daño a sabiendas de que de todos modos obtendrá su libertad. Por ello es factible que la reparación de daño siendo un precepto constitucional como derecho de la víctima u ofendido deba garantizarse ya sea por otros medios como algún crédito fiscal o bancario donde se obligue de otra forma al reo a dar cumplimiento cabal a su sentencia, o bien a través de un fiador responsable con solvencia económica y moral que permita al reo estar obligado con ellos a su cumplimiento del pago.

Es importante observar nuestra legislación tanto federal como estatal donde únicamente se prevé el mecanismo de pago de la multa, dando importancia así solo a lo que el estado concierne mas no así a la reparación de daños. Por otro lado tenemos que la Ley de protección a víctimas en el artículo 23 considera en los casos de libertad por conmutación de sanción por multa únicamente el procedimiento para satisfacer este último rubro mas no toma en cuenta el pago a la reparación de daño que en su caso está en la sentencia emitida.

Artículo 20 constitucional en el apartado C fracción IV

C).- De los derechos de la Víctima o del Ofendido:

"...IV Que se repare el daño. En los casos que sea procedente, el ministerio Público está 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”

Es de gran interés lo que se señala con antelación ya que la Constitución garantiza la reparación de daño, en las leyes penales se garantiza la reparación del daño y quizá no haya alguna ley que sea aplicable sin sanción o coacción, entonces, debemos entender y quedarnos bien claro que la reparación del daño a la víctima es reconocido como un derecho constitucional, y en el numeral antes mencionado vemos la participación directa del Ministerio Público para lograr dicha reparación, pues este está obligado no solo a solicitar la reparación sino también a procurar la liquidación de la misma tal como lo contempla el juez.

Entonces el responsable con la intervención del Ministerio Público debería obligarse a hacer pagos parciales en favor de la víctima y que esta no quede en ningún momento desprotegida.

5.5. Reparación integral con perspectiva de derechos humanos

En la reparación integral corresponde analizar e identificar los daños causados o sufridos, pero también resulta indispensable comprender la reparación del daño con una doble dimensión: 1) como obligación del

Estado derivado de su responsabilidad, y 2) como un derecho fundamental de las víctimas.

Frente a la responsabilidad del estado, ya no solo se tiene el deber de reparar por parte del mismo Estado, sino que las víctimas cuentan con el derecho de exigir una reparación integral, misma que de ser procedente, el Estado deberá de cumplir a cabalidad. En este sentido, surge por ende el deber del estado de contar con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el acceso a la reparación integral del derecho de la víctima.

Otro de los elementos de la reparación integral es que la víctima sufrió afectaciones y consecuencias derivadas de la violación de un derecho humano, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido resoluciones y reparado en términos prácticos a víctimas directas del caso, así como a víctimas indirectas (familiares) y en su caso colectivas.

Por otra parte tenemos que la Convención Americana, según el artículo 63.1 establece que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcada y el pago de una justa retribución e indemnización a la parte lesionada. Por otra parte tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una jurisprudencia en la que señala la parte lesionada es aquella a quien se le viola un derecho consagrado

en la Convención Americana y a quien se le debe reparar dicho derecho.²⁸

Con lo anterior podemos mencionar que toda persona que sea susceptible a recibir reparación de daño, debe primeramente ser identificada como víctima directa o indirecta o persona que sufrió un daño como consecuencia de la violación principal de su derecho.

Para poder determinar los daños a cubrir en la reparación integral deben quedar identificados los daños sufridos, pues se puede hablar de afectaciones materiales, físicas o psicológicas. Hoy en nuestro país, el tema de la reparación en caso de violaciones de derechos humanos ha generado mayor visibilidad, es decir se ha venido contemplando con mayor claridad, pues el hecho de que no se repare el daño de una persona es una clara violación a sus derechos humanos y cualquier violación a estos derechos genera un impacto que afecta todos los ámbitos de la vida no solo de la persona afectada sino de todas las personas que están en su entorno.

Cuando el estado no condena y, más cuando participa de hechos como el que se trata en la presente, cuando se deja sin castigo, cuando la impunidad vuelve difusos los límites entre lo permitido y lo prohibido, es cuando se pierde la credibilidad al estado y se legitimizan conductas que desvalorizan la libertad y la vida.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos

NO debemos restarle importancia el hecho de que las personas requieren se dé su reparación integral de daño causado, por último es necesario que el estado ponga mecanismos necesarios para que el daño siempre sea resarcido, que la víctima no sea doblemente víctima al no recibir la reparación del daño, cuando la persona decide compurgar su pena olvidándose por completo de cumplir con el pago de los daños que ocasiono, ya sean físicos o materiales. No pueden dejar desprotegidos a las víctimas, máxime ahora que se cuentan con herramientas diversas en las legislaciones, mas no así en la realidad.

La corte Interamericana ya dio inicio a solucionar este tipo de reclamos en los cuales obliga al Estado a reparar los daños como fue el caso del Campo Algodonero y Rosendo Radilla Pacheco, donde si bien es cierto se condenó la responsabilidad de las autoridades por ser omisos en sus actuaciones, también estamos frente a una violación de derechos humanos, donde se tuvo que pagar la reparación de daño, se obligó a las autoridades a hacer un reconocimiento público de su responsabilidad, entonces, ¿Por qué las víctimas de un delito de homicidio tienen que ser víctimas sin derecho a obtener su reparación de daño? acaso ¿será necesario recurrir a instancias internacionales para hacer notar que en la mayoría de los casos la reparación no se cumple, no obstante de tener las instancias los mecanismos para ello, mismos que no utiliza porque generan un gasto que es de difícil recuperación.

CONCLUSIONES

El contenido de las garantías para la víctima u ofendido contempladas en el apartado B, del artículo 20 constitucional, han sido insuficientes para preservar los derechos de éstos; pues la realidad ha demostrado que existe más atención de los órganos encargados de procurar y administrar justicia para los inculpados que para las víctimas.

Una buena determinación jurídica, hará que se abra una gama de posibilidades para pensar en sentencias que condenen en forma general a la reparación de daños, que incluya gastos de representación de la víctima u ofendido, sin importar que no se hayan liquidado durante el procedimiento penal, pero, que se fijen en la sentencia de tal manera que después se pueda hacer una liquidación de la misma.

Que desde el momento de dictarse la sentencia condenatoria, la víctima tuviera la garantía de que se le repara el daño de manera directa por parte del inculpadado o que en su caso se nombrara a persona alguna que tenga solvencia económica y moral para responder por él y estar informado de manera mensual los avances de pago que se tengan. Además de que el liberado adopte un plazo para su cumplimiento.

La victimología, ha puesto al descubierto que la reparación del daño al ofendido y víctima, en nuestro país, adolece de eficacia al no quedar totalmente aclarado cómo, cuándo y en qué momento procesal, debe ser reparado el daño; aunque

este, está consagrado como una garantía constitucional, pero, aunque no existan los mecanismos que la hagan efectiva, al menos de forma pronta y expedita.

Propongo la creación de la representación de la víctima o el ofendido en el proceso penal, no sólo por el Ministerio Público, sino por un defensor particular, ello, traería un principio de igualdad procesal; ya que actualmente.

Es muy importante reflexionar sobre las disposiciones reguladoras de la reparación del daño, pues las mismas, deben conectar el interés de la víctima u ofendido con la posibilidad clara que tengan, de que una sanción pecuniaria se haga efectiva y se destine a cubrir la reparación del daño.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bazemore, Gordon y Walgrave, *Modelo restaurativo Juvenile Justice*, Missouri, Tree 1999, pág. 49.
2. Carretero Morales Emiliano, *la adecuación de la mediación y otros medios alternos de controversias como instrumentos para salvaguardar los derechos*. Revista del centro nacional de derechos humanos 2017.
3. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, 2006
4. Caso Barrios Altos vs Perú, 2001
5. Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, 2003
6. Código Nacional de Procedimientos Penales
7. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
8. Convención Americana de Derechos Humanos
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos
10. Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, principio pro persona selección de la norma de derecho fundamental aplicable.
11. Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*. Ed. México Porrúa, pág. 110

12. José Alfonso Reyes, ob. Cit. Pág. 277
13. Ley de Atención a Víctimas
14. Ley Federal del Trabajo
15. Ley General de Víctimas
16. Luján Ferrajoli, "teoría garantista" pág. 3
17. Maguire, Mike, Manual de Criminología, ed. Oxford, 2002, pág. 246
18. Reyes Calderón José Adolfo, ob. Cit. Pág. 275
19. Rodríguez Manzanera, ob. Cit. Pág. 299
20. Tesis aislada 10ª época: T.C.C.S.J.F y su gaceta; libro XXIV, septiembre 2013, tomo 3, pág. 2660. Reparación del daño de la víctima u ofendido del delito
21. Von Gerting, Reyes Calderón, José Adolfo, ob. Cit. Pág. 246