



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

TRASCENDENCIA DEL DAÑO MORAL EN
MATERIA PENAL

T E S I S
QUE PARA OBTENAR EL TÍTULO DE LICENCIADO EN
DERECHO

P R E S E N T A:
CASTRO RODRÍGUEZ SUSAN

ASESOR: LIC. JORGE DELFÍN SÁNCHEZ



MEXICO, D. F.

2005

m. 346934



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/044/SP/03/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **CASTRO RODRÍGUEZ SUSAN**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. JORGE DELFÍN SANCHEZ**, la tesis profesional titulada "**TRASCENDENCIA DEL DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **LIC. JORGE DELFÍN SANCHEZ** en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**TRASCENDENCIA DEL DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **CASTRO RODRÍGUEZ SUSAN**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU" -
Cd. Universitaria, D. F., a 3 de marzo de 2005

LIC. JOSE PABLO MARTÍNEZ Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A mi mamá la Sra. Aurelia Rodríguez, a mi tía Juanita y mis Hermanos Iván y Carlos, por su ejemplo de constancia y superación

A la institución más Noble del País, la UNAM.

A mis maestros Alberto F. Senior (In memoria), Lic. Alejandro Domínguez García Villalobos, Dra. Robles Sotomayor, Dra. Ma. de la Luz González González, Dr. Limón Medina, Agustín García Suárez, Dr. Juan Andrés Hernández Islas, Lic. Arce Navarro Francisco Javier , Dr. Ovalle Favela. Auténticos pastulantes del derecho.

A mis amigos constantes en su apoyo y de gran calidad moral. Alberto Rodríguez Fragoso, Agustín García Mendoza (maestro y amigo), Miguel Ángel Barrón Soto, Jorge Vázquez de Guives, Ricardo Pastrana

Con todo mi amor a mi novio Esteban Luis Mancilla Ramírez.

Tu tienes lo que busco, lo que deseo, lo que amo, Tú lo tienes.

El puño de mi corazón está golpeando, llamando. Te agradezco a los cuentos, Doy gracias a tu madre y a tu padre.

J. Sabines

CAPITULADO

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS FILOSÓFICO DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, RESPECTO A LAS GARANTÍAS DE LA VÍCTIMA O EL OFENDIDO.

I.	INTRODUCCIÓN.	1
II.	MODERNIDAD.	2
	II.I POSITIVISMO JURÍDICO.	8
	II.II SISTEMÁTICA EN EL DERECHO PENAL.	14
	II.II.I CAUSALISMO.	17
	II.II.II NATURALISMO.	17
	II.II.III NEOKANTISMO.	18
	II.II.IV FINALISMO.	18
	II.III NUEVA ORIENTACIÓN EN LA SISTEMÁTICA PENAL.	20
	II.III.I FUNCIONALISMO.	20
	II.III.II POSFUNCIONALISMO.	22
III.	POSMODERNIDAD.	23
	III.I PROYECCIONES DE LA POSMODERNIDAD EN LA IUS FILOSOFÍA.	26
	III.II POLÍTICA CRIMINAL.	28
IV.	RENACIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL.	32

CAPÍTULO SEGUNDO
LA VÍCTIMA Y EL OFENDIDO

I.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	37
	I.I VENGANZA PRIVADA, LEY DEL TALIÓN COMPENSACIÓN.....	37
	I.II APARICIÓN DEL ESTADO MODERNO.....	37
II.	PRECURSORES DE LA VÍCTIMOLOGÍA.....	38
	II.I BERNIAMI MENDELSHOHN.....	39
	II.II HANS VON HETING.....	40
	II.III HELLENBERGER.....	41
	II.IV MARVING WOLFGANG.....	41
	II.V LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.....	42
	II.VI STEPHEN SCHAFER.....	42
	II.V ELIAS NEUMAN.....	43
III.	SYMPOSIUMS DE VÍCTIMOLOGÍA.....	47
IV.	CONCEPTO DE VÍCTIMA.....	51
V.	EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	59
VI.	LA VÍCTIMA COMO ACREEDOR DE LA OBLIGACIÓN DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	64
VII.	VÍCTIMA DEL DAÑO MATERIAL.....	65
VIII.	VÍCTIMA DEL DAÑO MORAL.....	65

IX.	AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA DEL DAÑO MORAL RESPECTO A LA VÍCTIMA DEL DAÑO MATERIAL.....	66
X.	CONCEPTO DE OFENDIDO.....	68
XI.	DIFERENCIA ENTRE VÍCTIMA Y OFENDIDO.....	68
XII.	EL PAPEL DE LA VÍCTIMA Y EL OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL.....	68

CAPÍTULO TERCERO

DAÑO MORAL

I.	CONCEPTO DE DAÑO.....	76
II.	CONCEPTO DE DAÑO MORAL.....	78
II.I	NATURALEZA DEL DAÑO MORAL.....	81
II.II	ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL.....	82
III.	NATURALEZA JURÍDICA.....	82
IV.	CARACTERÍSTICAS.....	83
IV.I	INMATERIALIDAD.....	83
IV.II	SUBJETIVIDAD.....	86
V.	DERIVADA DE SU NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS, LA NULA O POCA POSIBILIDAD DE SU PROBANZA.....	86
VI.	DEFINICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.....	86

VII.	FORMAS QUE PUEDE REVESTIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	87
	VII.I RESTITUCIÓN.....	89
	VII.II INDEMNIZACIÓN.....	89
	VII.III REPARACIÓN DEL DAÑO.....	89
VIII.	PRESUNCIÓN LEGAL.....	89
IX.	REQUISITOS NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA.....	91
X.	LA INCORRECTA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA PENAL.....	92
XI.	NECESIDAD DE UN CONCEPTO DE DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL.....	93
XII.	DISTINTOS PROCEDIMIENTOS PARA SU REPARACIÓN.....	94
XIII.	MECANISMO PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO.....	95
XIV.	LA PRESUNCIÓN EN MATERIA PENAL.....	98
XV.	MEDIOS DE PRUEBA DEL DAÑO MORAL.....	104
XVI.	PERICIAL EN PSICOLOGÍA.....	106
XVII.	BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL Y DAÑO MORAL.....	106
XVIII.	FALSA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO CON BIENES TUTELADOS POR LA CONSTITUCIÓN.....	107

XIX. ESTRUCTURACIÓN DE UN CONCEPTO DE DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL.....	109
---	------------

**CAPÍTULO CUARTO.
NATURALEZA DEL DAÑO MORAL**

I. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL Y SUS EFECTOS.....	111
II. DIFERENCIA ENTRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL Y CIVIL. (DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA PENAL).....	112
III. DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL.....	119
III.I LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA PÚBLICA.....	120
III.I.I TEORÍAS DE LA PENA.....	122
III.I.II TEORÍAS RETRIBUTIVAS.....	123
III.I.III TEORÍAS SOBRE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.....	125
III.I.IV TEORÍAS SOBRE LA PREVENCIÓN GENERAL.....	126
III.I.V TEORÍAS ABOLICIONISTAS DE LA PENA.....	127
III.II LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO RESPONSABILIDAD CIVIL.....	130
IV. MECANISMOS PARA SU REPARACIÓN.....	134
V. MODELO DE SANCIÓN PENAL INDEPENDIENTE.....	138

CAPÍTULO QUINTO.

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL COMO MECANISMO DE INSERCIÓN DE LA
VÍCTIMA EN LA SISTEMÁTICA PENAL.**

I.	LAS TRES ETAPAS DE LA SISTEMÁTICA PENAL.....	140
I.I	LA VÍCTIMA EN LA ETAPA LEGISLATIVA.....	141
I.II	LA VÍCTIMA EN LA ETAPA JUDICIAL.....	145
I.III	LA VÍCTIMA EN LA ETAPA EJECUTIVA.....	147
I.III. I.	LEY DE EJECUCIONES PENALES.....	148
I.III.II.	LA CREACIÓN DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA.....	158
I.	CONCLUSIONES.....	163
II.I	PROPUESTA SOBRE LOS CONCEPTOS DE VÍCTIMA Y OFENDIDO.....	168
II.II	PROPUESTA PARA LA INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	168
II.III	PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DE EJECUCIONES PENALES.....	169
	BIBLIOGRAFÍA.....	171
	HEMEROGRAFÍA.....	175
	DICCIONARIOS.....	178
	LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 2005.....	179

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación versa sobre la reparación del daño moral, el cual es indudablemente un tema de actual debate en el ámbito penal, y promete ser un verdadero punto de apoyo para replantear todo el sistema jurídico penal. Para realizar tal afirmación es preciso partir de una base filosófica sólida la cual se encuentre proyectada en la política criminal. Así partiremos del análisis del porque el sistema jurídico penal a girado en torno a la relación Sujeto Activo-Estado, marginando al sujeto pasivo del delito y a los perjudicados de forma directa.

La llamada modernidad filosófica se tradujo en la ius filosofía como el positivismo jurídico, partió como premisa fundamental de un concepto de ser humano, dicho concepto no pudo ser el eje de un nuevo sistema social, ya que en el fondo sólo busco la justificación del Estado Moderno, pero éste no es el debate sobre el que versa nuestra investigación, aunque si el punto de partida. Nuestro fundamento se encuentra en lo que se ha llamado Posmodernidad (como reacción a la modernidad) y que replantea el concepto de ser humano. Si la modernidad conceptúa al hombre como razón, el sistema jurídico lo tradujo como sistema, la posmodernidad define al ser humano en forma integral como un ser bio-psico-social, la definición puede parecer ingenua, pero llevada al ámbito jurídico crea relaciones de verdadero respeto al ente humano, ya que no pretende ser la justificación del Estado y las consecuencias en la relación Estado persona, realmente se invierten.

Cuando se hace referencia al tema de daño moral, de forma inmediata se hace referencia al aspecto psíquico del ser humano, a un ámbito inmaterial, subjetivo. Dicho concepto surge en la Doctrina Francesa como: "*Domages Morales*" en la rama civil. Y en la rama penal aunque no en forma directa, se presenta en la etapa de la venganza privada.

Antes de entrar al estudio directo del daño moral debemos abordar el tema de la víctima y del perjudicado para posteriormente señalar cuales son sus derechos definiendo ya en forma precisa que es el daño moral. Dentro del estudio de la víctima nos opondremos a la identificación de esta con el bien jurídico tutelado, se trata también de realizar una clara distinción entre la víctima del daño materia y la víctima del daño moral, es decir demostrar la autonomía de una categoría, respecto a la otra, sin descartar la posibilidad de que ambas se reúnan en una sola persona.

Ante las garantías concedidas a la víctima en la relativamente reciente reforma constitucional, en la cual se anexa el apartado B, al artículo 20 se otorgan también las mismas para el ofendido, pero quién es el ofendido. Uno de los puntos principales de la presente investigación es ubicar en su justa dimensión a la víctima y al ofendido para determinar quien es nuestro acreedor en la obligación de reparar el daño moral.

Para esta investigación como método principal se aplicará el analítico disociando la unidad de conocimiento en su unidad más simple, el cual se aplicará propiamente a los conceptos de víctima, perjudicado, daño, daño moral y pena.

En cuanto a un enfoque estructural del tema en comento se debe considerar que tiene una doble naturaleza como pena y como responsabilidad civil. Como pena tiene tres etapas principales legislativa, judicial y ejecutiva, en forma paralela a su estudio realizaremos el análisis de la víctima en las tres etapas ya que el daño moral es accesorio a la víctima y el perjudicado.

En la etapa legislativa se analizará la obligación de reparación como garantía constitucional, los catálogos de penas señalado por los artículos 30 del Código Penal para el Distrito Federal, 22 del Estado de México y los artículo 24 del Código Penal Federal, las sanciones pecuniarias en donde se encuentran ubicadas las reparaciones de los daño morales y materiales así como los perjuicios, los conceptos en la legislación civil de daño material, moral y perjuicio. La imprecisa aplicación del Código Civil. La supletoriedad de la Ley Federal del Trabajo, los sujetos obligados a la reparación (doble naturaleza), y los

sujetos acreedores de la reparación. En cuanto a la doble naturaleza cuando recae en el sujeto activo del delito, se trata de la aplicación de una pena, cuando dicha obligación recae en un tercero se trata de la responsabilidad civil que tiene otra forma de tramitación en la vía penal, pero que no puede ser una pena por el principio de legalidad expresado en el artículo primero del Código Penal para el Distrito Federal, así como por la Constitución Política. La Responsabilidad Civil derivada de un acto ilícito y regulada en el Código Civil, Resolución 40/34 de las Naciones Unidas.

En la etapa judicial se estudiará la naturaleza subjetiva e inmaterial del daño moral, la autonomía del daño moral respecto al material, diferencia entre la víctima del daño moral y el daño material, la dificultad de su probanza derivada de su naturaleza, la presunción legal, los requisitos necesarios para su procedencia, facultad discrecional del juzgador, elementos que deberán considerarse para su cuantificación.

Respecto a la etapa ejecutiva de la pena, se realizará un análisis sobre la nula consideración de la víctima al momento de la ejecución de la pena, partiendo del análisis de las teorías de la pena, el objeto de la pena señalado en la Carta Magna, el Derecho Comparado, La Ley de Ejecuciones Penales y el Fondo para la reparación del daño a la Víctima, y su Ley Reglamentaria.

Así iniciaremos nuestra investigación partiendo de las siguientes premisas:

- 1) El sistema jurídico de forma tacita ha aceptado la concepción filosófica posmoderna del *ser humano*.
- 2) La función del Estado a través de sus órganos: ejecutivo, legislativo y judicial, tutela el interés colectivo.
- 3) El interés colectivo gira en torno a el resguardo de los intereses de cada uno de los individuos que la integran.

- 4) La sociedad organizada en "Estado" busca conservarse a través de su orden coactivo.
- 5) El ordenamiento jurídico constitucional, establece la prevención general especial para la preservación de la sociedad.
- 6) En el momento histórico en que surge el Estado Moderno, era indispensable la tutela de intereses colectivos de respeto a derechos fundamentales del ciudadano frente al Poder del Gobierno.
- 7) El sistema jurídico debe evolucionar acorde a los intereses colectivos.
- 8) La norma se cumple no sólo por la amenaza de sanción, sino porque el ciudadano cree y se identifica con la colectividad, y como consecuencia con sus normas.
- 9) La víctima del delito no es considerada como parte del proceso, sino como medio de prueba.
- 10) La reacción del Estado frente al delito sólo se dirige al sentenciado e ignora a la víctima.
- 11) La victimización masiva que enfrenta el país en la actualidad genera desconfianza hacia el Estado y su Orden Jurídico.

La columna vertebral del trabajo por el cual me postulo para obtener el grado de licenciatura fue aportada por el Fiscal en Procesos Penales Oriente del Distrito Federal. Lic. Agustín García Mendoza, quien dirigió el inicio de los esfuerzos vertidos en mi tesis, planteando importantes cuestionamientos como: ¿Cuáles deberían ser las bases por las que se reconsiderará a la víctima del delito en su calidad de ser humano y no como objeto de prueba?, ¿Qué efecto tendría la inadecuada aplicación del Código Civil en nuestra disciplina?, ¿Cuál debería ser el concepto de daño moral en materia penal?, ¿Cómo podría tener eficacia una política criminal preventiva en nuestro sistema penal?, ¿Cuál debería ser la participación de la víctima en la etapa de ejecución de la pena?, entre otras incógnitas,

por lo cual le agradezco en lo mucho que vale el tiempo que dedica a estudiantes y estudiosos del Derecho penal, que comparten con él, como yo, el interés por una adecuada impartición de justicia por la que la ciudadanía recobre la confianza en su Sistema Jurídico y con ello la nación recupere la paz social tan anhelada para su engrandecimiento.

El objetivo del presente trabajo de investigación es acreditar que la víctima debe ser parte del proceso y no sólo un medio de prueba, debido a que ya existe una clara tendencia en la política criminal proyectada en la Constitución Política. El punto trunca de la investigación es la definición del ***Daño Moral***, porque a través de esta definición, inexistente en materia penal, y de distinta naturaleza a la civil, lograremos describir quien es la *víctima del delito*, su reconocimiento como un sujeto digno de respeto en la Sistemática Penal, (nos referimos a todas las etapas que ya hemos enunciado). Expondremos la oposición a que la víctima sea identificada con el bien jurídico que tutela la norma pena, a la posición que convierte en un ente abstracto a la víctima, negándole la dignidad de ser humano que le corresponde. Esta desatención produce una victimización masiva e implica que se pierde credibilidad en el sistema jurídico, y con ello el aumento del índice delictivo.

La víctima es un ente psíquico, que puede resentir o no daño material tangible. Toda vez que en todo delito existe una víctima, existe un daño moral. Es importante considerar en cuanto a esta afirmación que detrás del bien jurídico penal existe una valoración cultural, el bien jurídico, existe en cuanto existe un interés colectivo, el interés colectivo puede convertirse o no en un bien jurídico, según lo reconozca el sistema jurídico a través de sus normas, y cuando ese interés es de suma trascendencia acorde al principio de *ultima ratio* puede convertirse en un bien jurídico penal, pero ¿qué es un bien? El bien existe en cuanto a que es valorado,preciado, estimado, individual o colectivamente, cuando se trata de una valoración social puede o no elevarse al rango de bien jurídico siempre y cuando lo reconozca el orden normativo, cuando la política criminal reconoce ese bien jurídico y lo proyecta en la norma penal se convierte en bien jurídico penal, es de suma trascendencia que la valoración que produce que el bien se eleve a bien jurídico penal ocurre en la psique, que en ocasiones ese bien jurídico no es tangible, pero la valoración y reconocimiento de éste siempre ésta presente en toda norma por el principio de exclusiva protección de bienes

jurídicos que impera en el derecho penal. El bien Jurídico lo es en cuanto a que es reconocido, en la psique. El atentado contra bienes jurídicos lo es a la escala de valores del individuo y de la colectividad, el daño moral que le sucede es un ataque a la valoración cultural y que tiene sus efectos también en la medida de seguridad que tiene el individuo para realizar sus actividades en forma normal. Por lo tanto es aplicable la presunción establecida en el artículo 1916 del Código Civil que a la letra señala: "Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulneré o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas". En materia penal esta presunción es mayor ya que los bienes tutelados son de mayor valor por el principio de *ultima ratio*.

La política criminal que impacto la norma constitucional, deberá permear en todo el sistema penal, desde la creación de la garantía constitucional hasta la ejecución de la pena.

La posmodernidad no pretende borrar del sistema la razón, sino encontrar el equilibrio donde se pueda considerar lo insistematizable e irracional, pero que se encuentra presente en cada momento de los procesos sociales.

La incorporación del daño moral y el concepto de víctima en el Derecho penal, pueden modificar radicalmente la justicia penal.

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTOS FILOSÓFICO DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, RESPECTO A LAS GARANTÍAS DE LA VÍCTIMA O EL OFENDIDO.

**"EL MUNDO HA CAMBIADO, PERO
TODAVÍA DEBE CAMBIAR MÁS."
ROBESPIERRE.**

INTRODUCCIÓN.

Uno de los paradigmas de la modernidad en el sistema jurídico penal pretende ser la seguridad jurídica. La certeza de que cada individuo puede gozar de las garantías individuales y colectivas que le brinda el vivir en un Estado Democrático fundado en los valores y principios legados por el Occidente. El medio por el cual el Estado logra esta certidumbre es el sistema jurídico, y en última consecuencia por un sistema penal.

Desde que se funda el Estado Nación como lo conocemos, éste se preocupó por dar una mayor seguridad al gobernado, principalmente en los procesos penales por los cuales se habían aplicado grandes proporciones de autoritarismo, conduciendo al individuo a verdaderos regímenes de terror (como la historia de la humanidad lo ha conocido todo extremo conduce necesariamente a la injusticia). La modernidad si bien dio al individuo certeza en cuanto a los diversos procedimientos que debería de enfrentar, antepuso a los individuos en colectividad otra inseguridad, la impunidad, al tratar de eliminar todo elemento subjetivo, el sistema se condujo a un extremo probablemente aún más peligroso. Cuando en un sistema predomina la impunidad, la sociedad pierde confianza en el, no es posible

eliminar los elementos no racional, no cuantificables, subsisten y el sistema legal esta obligado a reconocerlos y protegerlos.

A través de la interpretación de distintas normas podemos deducir que dicho reconocimiento, si ha ocurrido, ejemplos de ello son la creación de una normatividad ambiental, que tutela la trascendencia de la humanidad, la creación de bloques económicos responde en realidad a la defensa de identidades culturales y es una clara reacción al proceso de globalización, la creación de tipos penales que tutelan la igualdad, el reconocimiento de la otredad o la tipificación del genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la tipificación de la violencia intrafamiliar tutela, la esfera psicológica del individuo, entre otros mecanismos de reconocimiento a un aspecto subjetivo de la humanidad.

Poco se habla de cuál es la posición filosófica de la que deriva un sistema social y su sistema jurídico, y menos aún, de éste fundamento en el Derecho penal, aunque es una verdad sabida que los Sistemas Jurídicos no surgen de una generación espontánea, sino de un proceso social.

González Rus señala que "a cada sociedad corresponde un Derecho Penal propio"¹

I. MODERNIDAD.

El modernismo es lo dominante, pero está muerto.
-Jurgen Habermas, Modernismo: un proyecto incompleto.

La modernidad es una cosmovisión filosófica que impacta en todos los ámbitos del saber y la cultura, nace como reacción y necesidad de su época, como

¹ González Rus, Juan José. "Teoría de la Pena y Constitución, en estudios Penales y Criminológicos", VII, 1984, Universidad de Santiago de Compostela, p.228.

un espíritu emancipador del alma humana. Señala Marshall Berman que: "Para muchas tesis historiográficas la condición moderna se inicia con el llamado Renacimiento en los siglos XV y XVI. Ideologías de libertad, de individualidad creadora, incursiones neoplatónica, cabalísticas y alquimias hacia los saberes prohibidos por el poder teocrático pronuncian y promueven las representaciones de la cultura burguesa: un sujeto camino a su autonomía de conciencia frente al tutelaje de dios, un libre albedrío alentado por la experimentación científica frente a los dogmas eclesiásticos, un conocimiento humanista de la naturaleza regido por ansia de aplicación, de utilidad de hallazgos de verdades terrenales, en un marco cultural trastocado por los estudios copérmicos."²

Pero en realidad es el siglo XVII, en la crónica de las ideas y del filosofar, el que planteará las problemáticas anticipadoras de la crisis con que nace la modernidad: discernimiento científico entre certeza y error, metodologías analíticas, esferas de sistematizaciones, y sobre todo ese punto de partida descartiano que hace del sujeto pensante el territorio, único, donde habita el Dios de los significados del mundo: la razón frente a las ilusiones y trampas de los otros caminos.

La modernidad es un mundo de representación que, desde la titánica lucha de la Razón ordenadora, refundo valores, saberes y certezas. Estableció paradigmas para la acción y reflexión, para la crítica y la utopía. Fijo identidades para la multiplicidad de lo real, denominadores comunes para el acceso al conocimiento y códigos de alcance universal para interrogarse sobre las cosas y los fenómenos.

El Discurso del Método de Rene Descartes creó una visión homocéntrica en la ontología y en la axiología, por ende en todos los ámbitos de la cultura. El

² Marshall Berman, Perry Anderson, Jürgen Habermas, Xabier Rubert de Ventos, J. F. Lyotard, Peter Burger, Carlos A. Viano, Lorenzo Infantino; Eduardo Subirats, Franco Crespi, Franco Rella, Tomás Maldonado, Andres Huyssen, Aldrecht Wellmer, Scott Lash. "El debate modernidad – posmodernidad. Compilación y prólogo por Nicolás Casullo. Puntosur editores. 2ª. Edición. Argentina 1989.

soporte fundamental de esta tesis fue la razón como explicación del hombre y el mundo, como método la observación. La tesis de Darwin sobre *El origen de las especies* planteó la necesidad de una evolución acelerada, propiamente una revolución tecnológica, a comienzos del siglo XX los filósofos del positivismo (Desde Bacon hasta Comte) establecieron reglas básicas para la generación de un saber objetivo. Se fundó la utopía del desarrollo ilimitado. Se fundó la utopía del desarrollo ilimitado.

El Círculo de Viena propugnó porque el método aplicado a las ciencias exactas se extendiera a las ciencias sociales que existían, como a las que comenzaban a surgir (la sociología y la psicología entre otras), a tal grado que Bertrand Russell expresó sobre las "ciencias sociales" que "producirían una matemática del comportamiento humano tan precisa como la matemática de las máquinas"³. Dicha posibilidad pretendió extenderse no sólo generando una filosofía analítica que desdeñara la ética, la metafísica y la teología, ya que su objeto de estudio no era observable, no pertenecía al mundo fenomenológico y por lo tanto eran especulaciones vacías.

La ciencia producto de la Modernidad creó nuevas posibilidades de desarrollo, de progreso (la evolución de los medios masivos de comunicación, las medicinas, las máquinas que reducirían el trabajo físico del hombre, el automóvil, el aeroplano, etc.), de expansión (privaba la *realpolitik*, la carrera del armamentismo y la guerra se hizo inminente), pero al mismo tiempo creó nuevos riesgos que tuvieron que ser regulados por el derecho.

En el arte se manifestó también éste nuevo argumento, así en la arquitectura, surge el Bauhaus, en la literatura surge la Nueva Crítica Cleanth, Brooks, John Crowe Ransom abordaron el análisis literario como una indagación empírica centrada en la estructura interna de la obra.⁴ Surge un nuevo diseño de la

³ Gergen, K.J. "El Yo Saturado, dilemas de identidad en el mundo contemporáneo. México. Paidós. 1997.

⁴ Op. cit., Pág. 55

ciudad urbana, que desplaza a la vida rural, en la música ya no se busca la interiorización del individuo en el yo sino "la exteriorización de la experiencia personal" así lo manifiestan compositores como Stravinsky y Shomberg. Bach igual que Mozart representan el momento cumbre de las ideas ilustradas, basta pensar en la serie de elementos Masónicos de "La Flauta Mágica". Aunque es innegable el retorno al romanticismo de Beethoven (su sonata Claro de Luna dedicada a "*mi amada inmortal*"), Richard Wagner, Brahms, Suman, Mendelssohn, Verdi y Chopin, y en la literatura una manifestación de éste retorno es la novela de J:W. Goethe, titulada Werther.

El desarrollo industrial, fundado en la idea de progreso ilimitado, impacto rápidamente el mundo del arte, así, los pintores cubistas comenzaron a concebir a los seres humanos como mecanismos complejos; Leger, Feininger, Kandinsky y Picaso, llenaban el paisaje visual de criaturas semejantes a robots. Chaplin en su película "Tiempos Modernos" realiza un análisis crítico a la mecanización del sujeto, que también se proyectó en la naciente ciencia de la psicología. El grupo Bahuaus entendía que la familiaridad con la máquina era esencial para cualquier estudio estético.

Para los psicólogos la imagen de la máquina produjo la metáfora para la persona. "Y si las máquinas son entre todos los materiales que el hombre conoce, las construcciones más complejas, por cierto debían parecerseles los seres humanos en su funcionamiento... En la actualidad, se dice que la mente funciona como una "minuciosa computadora"; que es, de hecho, una pieza de computación eficaz y sofisticada... Ahora la metáfora de la computadora se ha llevado a la práctica bajo las diversas formas de terapia cognitiva, las técnicas de "desprogramación" y los juguetes informáticos de "construcción mental" dirigidos a los niños."⁵

⁵ Op cit. Pág. 65.

Walter Benjamín distingue entre el arte aurático⁶ y el arte pseudopostaurático⁷, al primero le concede autenticidad y creatividad de un contexto histórico y el segundo como la reproducción técnica en un sistema de industria cultural y de los *mass media*. Al respecto señala:

“Los griegos sólo conocieron dos procedimientos de reproducción técnica de obras de arte: el vaciado y el acuñamiento. Bronces, terracotas y monedas eran las únicas obras de arte que ellos podían producir en masa. Todas las demás eran únicas e imposibles de reproducir técnicamente. Por esta razón debían ser hechas para la eternidad. *Fue el estado de su técnica lo que llevó a los griegos a producir valores eternos en el arte*. Esta es la razón del lugar excepcional que ocupan en la historia del arte; lugar respecto del cual quienes vinieron después pudieron ubicar el suyo. Nuestro lugar se encuentra en el polo opuesto al de los griegos. Nunca antes las obras de arte pudieron ser reproducidas técnicamente en una medida tan grande y con alcance tan amplio como puede serlo hoy. Por primera vez, con el cine tenemos una forma cuyo carácter artístico se encuentra determinado completamente por su reproductibilidad.”⁸

El mismo autor no niega que paralelamente al arte pseudopostaurático exista un arte aurático, éste es para él la verdadera vanguardia, pero el análisis de éste no corresponde a los fines del presente trabajo, sólo la enunciación de una interpretación del periodo en el que se genera el sistema jurídico que pretendemos analizar. La interpretación modernista penetra en todos los ámbitos de la cultura.

⁶ Para Walter Benjamín en el texto en el libro “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica” “El carácter único de la obra de arte es lo mismo que su imbricación en el conjunto de relaciones de la tradición: Y esta tradición, por cierto, es ella misma algo plenamente vivo, extraordinariamente cambiante. Una antigua estatua de Venus, por ejemplo se encontraba entre los griegos, que hacían de ella un objeto de culto, en un conjunto de relaciones tradicionales diferentes de las que prevalecían entre los clérigos medievales, que veían en ella un ídolo maligno. Algo, sin embargo se les ofrecía a ambos de la misma manera: su unicidad, es decir, su aura”.

⁷ Para el mismo autor: “... lo que se marcha de la obra de arte. Es un proceso sintomático, su importancia apunta más allá del ámbito del arte. *La técnica de reproducción se puede formular, en general separa a lo reproducido del ámbito de la tradición. Al multiplicar sus reproducciones, pone en lugar de su aparición única, su aparición masiva. Y al permitir que su reproducción aproxime a su receptor en su situación singular actualizada lo reproducido.*

⁸ Walter Benjamín. “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica”, traducción de Andrés E. Weikert. Introducción de Bolívar Echeverría. ED. ITACA. Primera edición. México 2003, Pág. 60.

En la Moderna Ciencia de la Psicología se rompe con la visión romántica del yo, donde éste es imperceptible para los sentidos, la identidad oculta de la persona puede ser definida a través de la observación y los poderes sistemáticos de la razón.

John Dollard y Neal E. Millar señalan en su libro "Personalidad y Psicoterapia". "La conducta humana es aprendida; precisamente esa conducta, que caracteriza al hombre como ser racional o como miembro de una nación o clase social determinadas, es aprendida y no innata". Las conductas son aprendidas del medio en que se desarrolla el hombre, por su naturaleza racional, en suma la pasión, el genio, la inspiración, etcétera, son conductas aprendidas racionalmente y no inherentes o innatas a la personalidad del individuo

J.B. Watson, "creador" del conductismo, señala que la personalidad del adulto se aprehende a través de sus primeras experiencias. En una guía popular dirigida a los padres escribió:

"Es particularmente sencillo modelar la vida emocional en la primera etapa: Podríamos hacer ésta sencilla comparación: el forjador de metales toma la masa sólida caliente, la coloca sobre el yunque y comienza a moldearla de acuerdo con lo que quiere. A veces usa una pesada masa, otra un martillo liviano; unas veces le asesta al material un golpe muy fuerte, otras lo roza apenas. Del mismo modo comenzamos a plasmar tajantemente, desde el nacimiento, la vida emocional de nuestros hijos. El herrero tiene a su favor muchas ventajas: Si su golpe fue demasiado rudo y torpe y estropeó la obra, podría devolver el metal al fuego, reanudar el proceso. Con el niño, no hay modo de corrección posible: cada golpe, correcto o fallido, surte un efecto. Lo mejor que podemos hacer es ocultar, con la mayor habilidad posible, los defectos de nuestra obra."⁹

Estas son las bases de las que partiremos para el análisis del sistema moderno de derecho, en particular el positivismo jurídico que prevalece en los sistemas jurídicos herederos de la cultura occidental como el nuestro.

⁹ Op cit. Pág. 68.

II.1 POSITIVISMO JURÍDICO.

El orden normativo a existido desde tiempo inmemoriales nos interesa en éste apartado resaltar, el carácter que obtuvo con el advenimiento de la modernidad, cuya máxima expresión consideramos, es el positivismo jurídico, derivado de el surgimiento de la ciencia, la nueva metodología para la búsqueda del conocimiento, la filosofía analítica y la nueva concepción del hombre, temas que ya han sido abordados en el apartado anterior.

Particularmente el impacto de las ideas ilustradas, en la formación del Estado Moderno, legitimado a través de los ideales de igualdad y democracia que principalmente encuentran su fundamento en "El Contrato Social" de Juan Jacobo Rousseau, para quien el hombre vivía en un "estado de naturaleza" vagando aislado, con una serie de necesidades que resolver, por lo cual decide asociarse con los demás de su especie, y crean un convenio o contrato. Para éste autor la "voluntad general" es la esencia del Estado, lo hombres viven libres en su estado natural, pero deciden asociarse, y para asociarse deben renunciar a dicho estado natural y renunciar a una parte de esta libertad, el estado representa la voluntad general y por tal razón, sus imperativos nunca pueden ir más allá que la voluntad general, como consecuencia lógica se impone un límite al poder del Estado, éste pensamiento es el fundamento de la doctrina democrática.

El momento histórico en que se genera ésta doctrina pensamiento es a mediados del siglo XVIII, la forma de gobierno eran las monarquías absolutas, despóticas a tal grado que Luis XIV, llegó a decir: "El Estado soy yo". Basando en un razonamiento como el de Boussuet: "Dios es omnipotente y Omnisciente, todo lo que existe y como existe, existe porque Dios lo quiere, y si yo gobierno éste pueblo es porque él, así lo quiere, gobierno por su voluntad". Se pretendía fundar teocráticamente el gobierno absolutista."¹⁰

¹⁰ Alberto F. Senior. "Sociología". Ed. Porrúa, 20ª. Edición, México, 1993.

Otro importante contractualista Thomas Hobbes, quien en su obra "Leviathan" representa con la figura legendaria de un monstruo cubierto de armas al Estado Ingles, ya que su teoría parte de que el estado natural del hombre es la guerra.

Las tesis contractualistas se basan en el reconocimiento de la racionalidad del individuo; su libre albedrío y la libertad innata de la que es titular y por la cual puede pactar libremente y crear el Estado, el concepto de libertad para el positivismo monista tiene que llegar a la conclusión de que si un sujeto goza de libertades es porque el Estado las reconoce, pero al mismo tiempo, el Estado existe por un pacto social. Eduardo García Máynez señala: "... cabría decir que nada importan las opiniones de los particulares acerca del derecho natural, ya que, para los órganos del Estado, no hay más normas que las sancionadas por estos mismos órganos. Al modo como el teórico del derecho natural niega validez a las prescripciones positivas que restringen o suprimen los derechos que juzga inalienables, el legislador repudia en absoluto cualquier pretensión no fundada en el ordenamiento vigente. Y el segundo tiene en todo caso la ventaja de que sus normas pueden ser coactivamente impuestas."¹¹

Para el Derecho uno de los pensadores más notables de éste periodo es Carlos de Montesquieu, en cuya obra "El Espíritu de las Leyes" justifica la división de poderes y el equilibrio que debe haber entre ellos.

La legitimación del Estado Moderno, fundado principalmente en las ideas de Montesquieu, Rosseau y Voltaire, generaron también nuevo sistema jurídico, el cual se debatía entre la abolición de el derecho natural, y la caracterización científica del mismo, el momento cumbre de dicho debate es en el siglo XIX, cuando las bases de las ideas ilustradas ya permeaban en todo el ámbito de la cultura, hasta ese momento el derecho había existido sólo con carácter técnico o teológico.

¹¹ Eduardo García Máynez. "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, cuadragésima novena reimpresión, México 1998.

Si el Estado existía por la voluntad general, esa voluntad general debería ser expresada en normas, las mismas que limitarían a los órganos de poder en que debía dividirse en Estado Democrático.

La tesis dualista del derecho natural fue el instrumento ideal para legitimar el nuevo orden en su surgimiento, un ejemplo es la Declaración de Derechos de los Hombre y del Ciudadano de 1789, por la cual se reconoce que el hombre "tiene derechos naturales, inalienables y sagrados"¹² y que dicha declaración tiene como objeto que las instituciones de gobierno los reconozcan y apeguen sus actos, a estos, y que en caso de no hacerlo el ciudadano funde sus reclamaciones en

¹² LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. DE 1789.

Artículo 1º. Los hombres nacen y viven libres iguales en derechos, las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2º. El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3º. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación, ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de aquélla.

Artículo 4º. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro, por tanto el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos.

Artículo 5º. La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley esta no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena.

Artículo 6º. La ley es la expresión de la voluntad general. todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de su representante a su formación. Debe ser la misma para todos sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos siendo iguales ante la ley son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos. según su capacidad y según sus virtudes y talentos.

Artículo 7º. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas por ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar ordenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante, y si se resiste se hace culpable.

Artículo 8º. La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito.

Artículo 9º. Debiendo presumirse todo hombre inocente, mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Artículo 10º. Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

Artículo 11º. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones, es uno de los más preciados derechos del hombre, por lo tanto todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Artículo 12º. La necesidad de una fuerza pública para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 13º. Por el mantenimiento de la cosa pública, y para los gastos de administración es indispensable una contribución común, contribución que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades.

Artículo 14º. Que todos los ciudadanos pueden comprobar por sí mismos o por medio de sus representantes, la necesidad de la contribución pública de consentirla libremente, seguir su empleo, el sistema de cobro, duración, etc.

Artículo 15º. La sociedad tiene derecho a pedir cuenta de su administración a todo empleado público.

Artículo 16º. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.

Artículo 17º. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública legalmente justificada lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización.

dichos principios. Dicha declaración es la transición entre imperativos éticos y preceptos coercitivos.

García Máynez al respecto señala: "Ahora bien como imperativos de carácter moral y filosófico, los derechos humanos asumen positividad en virtud de dicho reconocimiento. Esta asunción les otorga obligatoriedad jurídica al convertirse en el contenido de los derechos subjetivos¹³ que son elemento esencial integrante de las garantías individuales o del gobernado. Por consiguiente en merced a tal conversión adquieren coersitividad que se proyecta sobre la actuación de los órganos del Estado y la cual por esta razón se toma coercible. De esta afirmación se infiere la relación que existe entre los derechos humanos, los derechos subjetivos públicos y las garantías. Los primeros por su imperatividad ética, condicionan la previsión constitucional de los segundos que a su vez se implican en las garantías del gobernado"¹⁴.

Como ya lo enunciamos el debate acerca de la cientificidad del derecho surge a partir del siglo XIX, una vez que el derecho positivo predominaba en el mundo occidental y quedaron establecidas las características para que una disciplina fuera considerada científica. La trascendencia de estos temas para el objeto de estudio de nuestra tesis radica en que el concepto de daño moral se opone al positivismo y no puede ser entendido sino conociendo los elementos de contradicción de la modernidad y sus manifestaciones.

La teoría pura del derecho de Kelsen, dio lugar a una serie de disertaciones acerca de la cientificidad de nuestra disciplina, ya que en éste periodo de la historia era reconocida sólo como una técnica al servicio de los fines e intereses del Estado, en éste periodo el mundo comenzaba a dividirse entre el socialismo y

¹³ El derecho en un sentido objetivo es un conjunto de normas que implica preceptos impero atributivos. Es decir, son reglas que además de imponer deberes conceden facultades. El derecho vigente, también denominado derecho positivo, es un derecho legislado y emitido conforma a los cánones constitucionales de un Estado. Al hablar de derecho objetivo –conjunto de normas- debemos tener presente la definición relativa al derecho subjetivo. El derecho subjetivo es la norma que permite o prohíbe, es el permiso derivado de la norma. Quiroz Acosta. Lecciones de Derecho Constitucional. Ed Porrúa, 2ª. Edición, México 1999.

¹⁴ Op cit. Pág.

el capitalismo. El fascismo trataba de imponerse en Europa y se gestaba la segunda guerra mundial.

Kelsen llama a su teoría "teoría pura del derecho", porque su objetivo es precisamente el separa la política del derecho y darle a éste "... rango de una verdadera ciencia"¹⁵, el propio autor señala que muchas de las ideas que se desarrollan en ésta obra ya se encontraban en el positivismo jurídico del siglo XIX y se vincula con el liberalismo democrático, los opositores o detractores de la ciencia jurídica trataban de imponer los mismos paradigmas de las ciencias naturales a las sociales. El principal mérito acerca de la científicidad de nuestra disciplina, de Kelsen es la distinción del método causal para las ciencias exactas y lo que el llama método de la imputación. Señala al respecto: "Al igual que en la ley natural, la regla del derecho establece relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa efecto, la causalidad no interviene en la regla del derecho... La imputación vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal: el acto ilícito no es causa de una sanción ni ésta su efecto. La ciencia del derecho no pretende, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas... Podemos formular así: Si un individuo actúa bien, debe ser recompensado, y si actúa mal, debe ser penado. Entre la acción y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa o la pena, no hay una relación causa efecto, sino una imputación ya que la recompensa o castigo son imputados a la acción a la cual debe retribuir"¹⁶.

Esta crítica trasciende a todas las ciencias sociales, ya el principio de causalidad se estrella en el libre albedrío del hombre, que es precisamente la causa de la emancipación en éste periodo del espíritu humano¹⁷. Pero el carácter de científicidad de positivismo responde así, como ya lo habíamos mencionado en el apartado anterior porque los elemento que no pueden ser sometidos al método

¹⁵ Kelsen. Hans, "Teoría Pura del Derecho", Editorial universitaria de Buenos Aires, Argentina 1986. Pág. 9

¹⁶ Op cit. Págs. 19, 20, 21.

¹⁷ Para Kelsen "la libertad sería así la condición misma de la imputación religiosa o jurídica"

de la observación, por su subjetividad es "irracionalidad", son ignorados para la modernidad. La metafísica, la teología y la ética son menospreciada para esta nueva visión del mundo.

Otro de los meritos de Kelsen en el tema, es que logra delimitar el objeto de estudio de esta disciplina y clasificarla como ciencia normativa. Por otra parte se opone a que se aplique el método de la observación de la ilustración a nuestra disciplina al manifestar: "El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo que se perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso... Esta es una especificidad de las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho... Considerado en su aspecto exterior, un hecho es un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual."

Otro requisito para que un esfera de conocimiento sea considerada como ciencia es la universalidad de sus principios, a lo cual Hans Welzel señala correctamente: "La dogmática jurídica es la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de alguna de sus partes..., la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad."¹⁸

¹⁸ Hans Welzel "Introducción a la Filosofía del Derecho". Derecho Natural y Justicia Material. Ed. Aguilar. 2ª. Edición, 3ª. Reimpresión, Madrid 1979. Pág. 193.

II.II SISTEMÁTICA EN EL DERECHO PENAL.

Los valores de la ilustración han influido principalmente en área del Derecho penal, debido a que en éste ámbito de la cultura; es en donde el oscurantismo provocó las mayores barbaries, con instituciones tan nefastas como el Tribunal de la Santa Inquisición. El positivismo jurídico, que derivó de alguna forma del ius natutarismo en el que se fundó el Estado moderno, como ya hemos hecho mención, brindó en nuestra disciplina -con un intento sistematización científica-, certeza jurídica a los individuos; la ley positiva¹⁹ fungió como verdad legal en la ciencia²⁰.

Uno de los criterios para dar validez al orden normativo positivo fue su elevación al rango de ciencia, tratando de dotarlo de las mismas características de ésta, como un conjunto de conocimientos, con pretensión de validez universal²¹, generalizados, referentes a una rama particular del saber y ordenados sistemáticamente.

¹⁹ Eduardo García Máynez en su libro *Introducción al Estudio del Derecho* "El *Derecho Positivo* es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo encuentra condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones de vigencia y validez formal, poseen en nuestra terminología igual significado. Estos atributos pueden aplicarse, tanto a las disposiciones establecidas legislativamente, como a las reglas nacidas de la costumbre. Frente a tales preceptos los derechos naturales son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos por ello se dice que el natural es el único auténtico, y que el vigente sólo podrá justificarse en medida que realice los dictados de aquel."

²⁰ Alberto F Senior define en su libro *Sociología a las Leyes científicas* como: "...la enunciación de la manera regular, uniforme y necesaria, como acaecen los fenómenos del mundo pertenecientes a una zona de la existencia, no son sino vastas generaciones de los fenómenos a los cuales se refieren: por ejemplo, la ley de la caída de los cuerpos en el vacío, de Newton, que enuncia: "Todos los cuerpos caen en el vacío a igual velocidad", no se refiere a determinados cuerpos, señalando el plomo o el algodón, la madera o el hierro. éste o aquel objeto, sino a todos los cuerpos en general independientemente de su masa, del tiempo y del lugar, siempre que caiga en el vacío. Lo mismo sucede con la Ley de Gravitación Universal, también de Newton que expresa: "Los cuerpos en el espacio se atraen en proporción directa de sus masas y en proporción inversa al cuadrado de su distancia". Todas las leyes naturales o científicas constituyen ejemplos máximos de conocimientos generalizados. No hay ninguna ley científica particular ..."

²¹ La Doctora Ma. De la Luz González González en su libro "Valores del Estado en el Pensamiento Político" distingue la ciencia como "conocimiento sistemático de los fenómenos, procesos, seres humanos, además que investiga las causas proximas y sus efectos inmediatos".

La ciencia del derecho penal, –como señala el maestro Torres López Mario Alberto–, es equiparada a la dogmática penal;²² y, la dogmática en palabras de Roxin "...es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y la opinión científica en el ámbito del derecho penal."²³ La dogmática se encarga en primer término de brindar a la sistemática los principios fundamentales sobre los cuales se ordenaran lógicamente los conocimientos particulares alcanzados en esta disciplina; es decir brinda una especie de axiomas que fundamentan la estructura sistemática y que deben servir al momento de su interpretación. El objeto de la sistemática según Schüneman es: "...ofrecer una panorámica lo más rápida y completa posible sobre el conjunto de enunciados particulares y su orden así como garantizar un acceso rápido, sin comprobaciones superfluas, a la parte del sistema relevante para el problema concreto."

Existen en las ciencias exactas –principalmente en las matemáticas– axiomas (fórmulas que fundan el conocimiento), que asociadas al método inductivo, permiten que los principio de no contradicción, independencia de los conocimientos y plenitud den certeza de verdad a todos los conceptos que integran una ciencia. La "pretensión de verdad" de las ciencias se busca, como bien señala González González,²⁴ a través de las causas próximas y sus efectos inmediatos. El principio de causalidad que opera en las ciencias exactas como ya lo señalamos, no opera en el ámbito de la cultura, a partir de estos argumentos pretendemos mostrar como la sistemática del derecho penal a fracasado en su intento de legitimación del orden existente, generando una crisis social, en la que tanto el régimen jurídico, como el político, con bases axiológicas por mucho rebasadas por los fenómenos sociales, se toman en ataques escleróticos, donde se radicalizan

²² Torres López, Mario Alberto. "Las Leyes Penales". Ed. Porrúa, tercera edición, México 1996.

²³ Claus Roxin. "Política Criminal y Estructura del Delito" (Elementos del Delito en base a la Política Criminal), Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormanzábal Malaré, Ed. PPU, primera edición. Barcelona 1992. Pag. 35.

²⁴ González González, Ma. De la Luz. "Valores del Estado en el Pensamiento Político" Ed. Mc Graw Hill, segunda edición, México 1997. Pág. 2

ante su derrumbe como lo describe el propio Octavio Paz en su libro "El Laberinto de la Soledad".

La sistemática jurídica, a partir del movimiento ilustrado del que parte la modernidad, ha seguido en estricto sentido tendencias filosóficas y así lo señala con desdén el propio Roxin al señalar: "...la construcción sistemática y conceptual penal, ...ha sido dependiente siempre de tendencias filosóficas y no de las tendencias político criminales. Así hasta bien entrado el siglo XIX dominó en los manuales de derecho penal la filosofía de Hegel. Alrededor de 1870 fue superada por un naturalismo científico espiritual orientado en el ideal de exactitud de las ciencias naturales, a lo cual siguió en el siglo XX una época de neokantismo y por último el finalismo referido a estructuras ontológicas."²⁵ Todas estas producto del pensamiento racionalista.

Según Bernd Schüneman²⁶ la sistematización del derecho penal moderno puede dividirse en cinco momentos o etapas: el naturalismo que domina hasta 1900; el neokantismo, hasta 1930, el irracionalismo, hasta 1945, el finalismo, hasta 1960, y el funcionalismo, quizás hasta 1990.

El derecho penal y en general, el derecho, no puede entenderse sin sistematización, sin embargo la aplicación de reglas de las ciencias exactas en este ámbito de la cultura lo vuelve incongruente y limitado en sus posibilidades de legitimación. El propio Roxin señala que: "...aún en aquellos casos en que se pueden deducir consecuencias jurídicas concretas de premisas dogmático-sistemáticas, los resultados en modo alguno son necesariamente correctos,

²⁵ Claus Roxin. "Política Criminal y Estructura del Delito" (Elementos del Delito en base a la Política Criminal). Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormanzábal Malarée. Ed. PPU, primera edición. Barcelona 1992. Pag. 42.

²⁶ Bernd Schüneman. "El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales". Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario. Traducción de Jesús María Silva Sánchez. Ed. Tecnos.

porque deducciones de conceptos abstractos no siempre se ajustan a las constelaciones de los casos concretos.²⁷

I.II.I CAUSALISMO.

La teoría "clásica" de Liszt y Beling, separa los elementos objetivos de los subjetivos del hecho como criterio diferenciador sistemático y entiende lo injusto como el lado objetivo del hecho, la culpabilidad como el lado subjetivo; entonces aparece el dolo como una característica esencial de la culpabilidad.

I.II.II NATURALISMO

Esta posición rechazó toda especulación trascendental, emprendió el intento de reproducir en el sistema del Derecho penal los elementos naturales del delito. Así la determinación de la producción del delito era idéntica al juicio existencial relativo a la existencia de determinados hechos perceptibles por los sentidos y describibles en un sistema de conceptos físicos o biológicos. El delito fue definido como acción (comportamiento determinado por la voluntad), típica, antijurídica y culpable, mostrándose el contenido naturalístico de la teoría de Beling y Von Liszt, únicamente en la subdefinición de tales elementos. A la tipicidad pertenecía únicamente el suceso externo (describible físicamente) relatado por el legislador en los concretos tipos delictivos de la parte especial, que se concebían descriptivamente (y que por ello, no requerían ninguna valoración más). Este aspecto objetivo del hecho, comprendido en el tipo, se complementaba con el aspecto subjetivo caracterizado como culpabilidad, que consistía en la relación psíquica del autor con su hecho y aparecía en las dos formas de culpabilidad, dolo e imprudencia. La acción, como comportamiento dominado por la voluntad, la tipicidad como comportamiento exterior descrito típicamente por el legislador, y la culpabilidad, como relación psicológica del autor con su hecho, al ser objetos

²⁷ Claus Roxin. "Política Criminal y Estructura del Delito" (Elementos del Delito en base a la Política Criminal), Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hornanzábal Malarée, Ed. PPU, primera edición, Barcelona 1992. Pág. 39.

materiales del mundo real, habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos. Únicamente la antijuridicidad constituía un cuerpo extraño de la naturaleza normativa en el seno del sistema naturalista. El sistema naturalista se encontró muy ligado al positivismo científico.

I.II.III

NEOKANTISMO

Por el influjo de la filosofía neokantiana, mediante la cual se dio nuevo impulso a la noción de que de el ser no derivaba ningún deber ser (o en otras palabras, que jamás pueden hallarse daremos normativos para la valoración de la realidad por medio de un análisis empírico de la misma), con esta concepción se recupero para la dogmática y la sistemática penal la dimensión de la decisión específica jurídica, esto es , aquella que tiene lugar según criterios de valor. Así la carga normativa de los conceptos sistemáticos fundamentales de antijuridicidad y la culpabilidad, situados en el segundo nivel de abstracción de la pirámide conceptual, se hizo fructífera hasta la resolución de casos concretos.

La culpabilidad normativa sustituyo a la culpabilidad psicológica, y con ello las causas de exculpación que no tenían cabida el sistema naturalista, la tuvieron en éste, en rechazo al positivismo se produjeron una elaboración teleológica de conceptos, a partir de un nuevo planteamiento de las ciencias de la cultura. El concepto de bien jurídico impacto directamente en la tipicidad como su valor rector.

II.II. IV

FINALISMO.

En la estructura lógico-objetiva de esta teoría planteada por Welzel, se trata de constantes antropológicas que existen de modo previo al Derecho, sin poder ser modificadas por éste, y que por ello, deben ser necesariamente observadas también por el legislador.

Welzel fijó como estructura lógico objetiva fundamental para el Derecho penal a la acción humana, distinguiendo en ella características decisivas de la estructura final, esto es, la capacidad específica del ser humano de "prever el determinada medida, y sobre la base de su saber causal, las posibles consecuencias de su actividad, de marcarse por ello objetivos diversos y dirigir aquellas actividades con arreglo a un plan hacia la obtención de dichos fines. El hecho de que esta estructura pre-jurídica (es decir previamente en la realidad) de la acción humana como ejercicio de la actividad final, constituyera una estructura lógico-objetiva esencial para el Derecho penal resultaba para Welzel de un análisis de funciones e instrumentos de la legislación penal. Dado que el fin del derecho penal de protección de bienes jurídicos ha de alcanzarse a través de prohibiciones y mandatos acompañados de las respectivas sanciones, la capacidad del ser humano de causar o evitar resultados por medio de una actividad final, expresada en la estructura final de la acción se convierte en sustrato directo del Derecho penal y, con ello, la finalidad en su estructura lógico objetiva fundamental.

El sistema finalista definió de un modo mucho más profundo las categorías de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ya existentes en el naturalismo, la acción se materializó al sustituirla del "movimiento corporal voluntario" por el "ejercicio de la acción final". El concepto de tipo, mediante la construcción del tipo subjetivo con el núcleo situado en el dolo, que habría de abarcar todos los elementos objetivos del tipo, se convirtió por primera vez en soporte de una materia de prohibición específicamente jurídico-penal, en ningún caso puede constituir exclusivamente en la causación de la lesión del bien jurídico como tal "el desvalor del resultado"; sino que, debido a la finalidad del derecho penal de influir sobre el comportamiento humano, siempre presupone también un "desvalor de la acción" (la finalidad de la acción del autor, desvalorada por el Derecho). La idea expresada aquí, relativa a que lo importante para el Derecho penal es un específico injusto penal ayudó a entender en adelante que la justificación de un hecho dependiera, en determinadas circunstancias, de elementos subjetivos (los

elementos subjetivos de justificación), como, por ejemplo, la legítima defensa, de la voluntad de defenderse (más exactamente, del conocimiento de los presupuestos de la legítima defensa). Mediante ese reconocimiento de los tres niveles sistemáticos, se posibilita a su vez, la identificación de la culpabilidad con la reprochabilidad.

III.III NUEVA ORIENTACIÓN EN LA SISTEMÁTICA PENAL.

Una nueva orientación en la sistemática penal, se perfila a través de la política criminal. A partir de la inclusión de ésta, la orientación hacia fines resocializadores de prevención general y especial del delito. El precursor principal de esta corriente es el penalista alemán Claus Roxin quien pretende que los conocimientos obtenidos a través del sistema jurídico no requieran de corrección posterior (es decir, un sistema cerrado), lo cual sería posible con dos condiciones: la primera, que los conceptos jurídicos de la parte general sean determinados desde sus consecuencias jurídicas y la segunda, que la conexión sistemática se origine en criterios directrices político criminales²⁸.

Por otra parte la inclinación por un sistema abierto de derecho penal, atento a fenómenos sociales cambiantes que implican la flexibilización de éste, en relación de los fines del derecho penal. Así lo manifiesta Bernd Shüneman quien señala que las cualidades en cuanto al contenido del sistema son en realidad puntos de vista valorativos “que hayan sido tenidos en cuenta a la hora de su construcción y cuándo un nuevo estado de cosas muestre también nuevos aspectos valorativos.”²⁹

III.III.I FUNCIONALISMO.

²⁸ Claus Roxin. “Política Criminal y Estructura del Delito” (Elementos del Delito en base a la Política Criminal), Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormanzábal Malarée. Ed. PPU, primera edición. Barcelona 1992. Págs. 40-42.

²⁹ Bernd Shüneman. “El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales”. Pág. 76.

Como ya lo hemos enunciado en el apartado anterior, el precursor de esta posición es Claus Roxin, promotor de que la dogmática penal como punto de partida sea orientada por una política criminal resocializadora, como un principio superior en la teoría penal, señalando que el fin de la pena es exclusivamente de prevención, tanto general como especial, que la prevención general debe entenderse en sentido positivo, con el objetivo de restaurar la paz jurídica y la confianza de los individuos “en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves. El derecho penal en éste entendimiento es un factor integrador social, en cuyos efectos también se incluye al autor; pues con el castigo se soluciona el conflicto social producido a través del hecho, de modo que el autor puede ser re-integrado socialmente.”³⁰

La sistematización y organización de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como ya enunciamos se realiza en función de una política criminal preventiva. La tipicidad representa para el autor “el motivo central de función política-criminal”, la prevención general en cuanto a la confianza jurídica en la restitución del orden; a la antijuridicidad el ámbito de soluciones sociales de los conflictos y la culpabilidad como la necesaria resocialización como función social.

Uno de los conceptos claves en la teoría de Roxin es la culpabilidad, ya que esta ya no se basa en el libre albedrío del sujeto, sino en la necesidad de resocialización, en el resultado de la conducta socialmente y no más en la reprochabilidad, sino como responsabilidad (como motividad normativa).

La prevención especial se basara según éste autor en enseñanza profesional, programas de aprendizaje social y tratamiento psicoterapéutico.

³⁰ Claus Roxin. “Política Criminal y Estructura del Delito” (Elementos del Delito en base a la Política Criminal), Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormanzábal Malarée, Ed. PPU, primera edición, Barcelona 1992. Pág. 46.

Una de las críticas que se le han hecho a la posición de Roxin es que la pena debe ser medida en función de la culpabilidad y que el grado de culpabilidad no coincide necesariamente con la necesidad de resocialización a lo que el autor contesta que el castigo responde a la necesidad de pena y la pena a la necesidad de prevención.

Sobre esta propuesta comenta Schüneman "...el aquí llamado "razonamiento sistemático teleológico" ha sentado, a lo largo de un decenio, las bases para una profunda modificación del sistema del Derecho penal. Ésta se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un *desarrollo ulterior del neokantismo*. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeña el papel rector. Sin embargo, se diferencia sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del *fin de prevención*, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la Administración de justicia penal."³¹

III.III.II POSFUNCIONALISMO

El representante de esta postura es Jakobs, quien radicaliza la postura iniciada por Roxin, negando terminantemente que la capacidad de actuar de otro modo, que la doctrina dominante considera como fundamento ontológico de la culpabilidad (de la reprochabilidad), constituya un estado constatable, procediendo a explicarlo como una atribución que tiene lugar porque debe procesarse un conflicto, y no puede procesarse más que retrotrayéndolo a una persona. Dado que únicamente el fin da contenido al concepto de culpabilidad y el fin del efecto de la culpabilidad radica en el efecto preventivo-general (en la estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbada por el comportamiento delictivo), la

³¹ Bernd Schüneman. "El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales" Pág. 67.

culpabilidad se fundamenta en la prevención general. El concepto de culpabilidad y sus presupuestos se desarrollaran en torno a la prevención general.

I. POSMODERNIDAD.

El termino posmodernidad remite en forma general a una nueva visión cultural que permite una reinterpretación del mundo y sus procesos. Inicia en la arquitectura y se expande a una amplia gama de expresiones culturales, filosofía, estética, industria, procesos económicos y sociales, arte, etc. Dicha renovación responde en palabras de Nicolas Casullo "...al agotamiento del proyecto de la modernidad en la dimensión de sus grandes relatos legitimadores. Asistiríamos a la perdida de la legitimidad de aquellas narraciones modernas que operaron en términos de la filosofía de la historia: concepciones de un devenir emancipador de los hombres y de la sociedad, protagonismo del sujeto moderno como el lugar de la emancipación racional de la verdad y de la transparencia de los sentidos de la realidad, visión de derrotero humano como un progreso indeclinable hacia la libertad, hacia una absoluta soberanía de los pueblos y la justa igualdad en la distribución de la riqueza. Esta discursividad científica avalada en el mundo moderno florecía en el tiempo de la ilustración y reverenciada por casi todos los credos revolucionarios, vivirá hoy su declinación de acuerdo a una lectura que se asume parte de una edad posmoderna."³²

Principalmente se atribuyen a la posmodernidad tres posturas, como un proceso reaccionario a la modernidad, como el máximo desarrollo de la modernidad o como un proceso crítico y paralelo a ella. Por el contexto histórico de su surgimiento nos inclinamos por la última postura. Si aceptamos que se trata de un proceso crítico y paralelo a la modernidad aceptamos también que uno de sus

³² Marshall Berman, Perry Anderson, Jurgen Habermas, Xavier Rubert de Ventos, J.F. Lyotard, Meter Burger. Carlos A. Viano, Lorenzo Infantino, Eduardo Subirats, Franco Crespi. Franco Rella, Tomás Maldonado. Andreas Huyssen, Albrecht Wellmer, Scout Lash. "El Debate Modernidad-Posmodernidad", Compilación y prólogo por Nicolás Casullo. Ed. Puntosur, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1989. Pág. 17, 18.

principales crítico fue el incomprendido y atacado Nietzsche, entre muchos otros en la literatura, la política, el arte y la filosofía.

La tendencia general en la ubicación de esta nueva argumentación se presenta en la arquitectura, así señala Luis González Placencia: "Originalmente, la idea de posmodernidad emergió en el terreno de la estética en relación con la emergencia de formas culturales ostensibles nuevas. Hablando en general, sus orígenes pueden localizarse en los cincuenta y han tenido que ver con una reacción contra la modernidad y el modernismo que muy pronto alcanzó también los campos de la ética y de la ciencia. Parafraseando a Sousa Santos, es posible decir que la principal característica de ésta búsqueda es el deseo de cruzar las fronteras, de mezclar los códigos y de revivir el sentido adverso de la vida – presente en el arte, la ciencia y la moral– no negando el mundo, sino afirmándolo y buceando profundamente en su realidad."³³

La modernidad desde sus inicios tuvo sus críticos, quienes consideraban que la promesa de progreso ilimitado era sólo una utopía, veían desplomarse ante sus ojos a las Instituciones que dieron vida a un orden, así Enrique Heine en una frase lapidaria enuncia el derrumbe de la ideología del catolicismo "Puedes oír el tañir de las campanas, arrodíllate, porque le están trayendo los sacramentos a un Dios que agoniza", para el poeta, lo que subsiste es una estructura bacia, sin fundamentos, ya que la nueva explicación racional del mundo niega toda teología. Dios sólo es una metáfora que representa los valores de esa institución.

Imposible resultaría negar que en distintos sectores de la cultura surgieron opositores a las manifestaciones de la modernidad, entre las obras clásicas de ésta tendencia, destacan es el "Fausto" de Goethe. El "Capital" de Carlos Marx, éste último es un análisis de cómo las condiciones de producción del

³³ ALTER. Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho. año I, No. 1, enero-abril. 1997. Luis González Placencia. "Hacia la deconstrucción de los derechos humanos: un análisis desde la comprensión posmoderna de la justicia". Pág. 88.

capitalismo se revertirían contra si mismas, al prever medio siglo antes que la superestructura avanzaría mucho más lentamente que la infraestructura, de esto derivó que se podría esperar una explotación mucho más aguda de el proletariado, final mete vislumbro las condiciones necesarias para la abolición de éste sistema. Una frase de su obra fue utilizada precisamente como subtítulo en un libro cuyo tema central es la crítica a la modernidad³⁴ *“Todo lo sólido se desvanece en el aire y todo lo sagrado es profanado.”*

Marshall Berman coloca en una misma corriente crítica a Marx y Nietzsche señalando: “Para Nietzsche como para Marx, las corrientes de la historia moderna eran irónicas y dialécticas: así los ideales cristianos de la integridad del alma y el deseo de verdad habían llegado a destruir el propio cristianismo. El resultado eran los sucesos traumáticos que Nietzsche llamo “la muerte de Dios” y el “advenimiento de el nihilismo”. La humanidad moderna se encontró en medio de una gran ausencia y vacío de valores.”³⁵ El merito principal en éste tema, en el autor, consideramos que es el poner al descubierto que con el paradigma de la “razón “ y “la búsqueda de la verdad” se habían eliminado una serie de valores éticos y morales que eran necesarios para el buen funcionamiento de la sociedad.

Mientras que existe un creciente llamado por el respeto a los derechos humanos y la democracia, así como por la hermandad social y la solidaridad, fenómenos culturales de lo más interesantes, tales como las nuevas formas de feudalismo, regionalismo, nacionalismo y fundamentalismo, han mostrado la brutalidad de la capacidad de destrucción humana. De hecho, la aparición de éstos particularismos llama la atención hacia la disgregación del ideal universalista en nuevas formas de sincretismo cultural.

No por casualidad la idea de posmodernidad se ha constituido en un desafío para los intelectuales, sean estos de izquierda o de derecha. Dado que ésta, ha

³⁴ De Marshall Berman “Introducción a la Modernidad: ayer, hoy y mañana”

³⁵ Marshall Berman “Introducción a la Modernidad: ayer, hoy y mañana” Ed. Siglo XXI.

sido relacionada con el agotamiento de la modernidad, lo posmoderno se vislumbra como la superación de las promesas incumplidas de la modernidad, de hecho, la posmodernidad es el horizonte en el cual se muestran los límites de la modernidad. En éste sentido, probablemente la concepción más comprehensiva sobre posmodernidad aparece en Michel Foucault, de acuerdo con quien la "posmodernidad" no se refiere, como podría pensarse, a alguna cierta nueva era que ocurre después de la modernidad, tampoco a un estadio superior del paradigma moderno; por el contrario, ésta debe ser entendida como una actitud, esto es, como:

"... una forma de relacionarse con la realidad contemporánea: una elección voluntaria tomada por una cierta gente ... una forma de pensar y de sentir; una forma, también, de actuar y de comportarse que de una vez y al mismo tiempo marca una relación de pertenencia y se presenta así misma como una tarea."³⁶

En el arte se manifestó también éste nuevo argumento, así en la arquitectura, surge el Bauhaus, en la literatura surge la Nueva Crítica Cleanth, Brooks, John Crowe Ranson abordaron el análisis literario como una indagación empírica centrada en la estructura interna de la obra.³⁷

III.1 PROYECCIONES DE LA POSMODERNIDAD EN LA IUS FILOSOFÍA.

Para Luis González Placencia "Junto a la ciencia y al arte, el derecho ha sido, sin duda, una de los grandes relatos de la modernidad. Ciertamente, fue pensado como "... el guardián de las fronteras entre el Estado y el ciudadano y de

³⁶ ALTER. Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho, año I, No. 1, enero-abril, 1997. Luis González Placencia. "Hacia la deconstrucción de los derechos humanos: un análisis desde la comprensión posmoderna de la justicia". Pág. 89.

³⁷ Gergen, K.J. "El Yo Saturado, dilemas de identidad en el mundo contemporáneo, México, Paidós, 1997. Pág. 55.

los límites entre los individuos, ambos límites marcados por normas legales". Sin embargo, donde las categorías Estado, individuo y ciudadano se vuelven relativas, desde una perspectiva posmoderna, el rol privilegiado del derecho cae en el vacío ³⁸ El Estado Democrático como máximo valuarte de la modernidad, como ya ha quedado señalado, se justifica a través del individuo gracias a la declaración ética de los derechos del hombre y del ciudadano, el derecho es el instrumento que preserva el orden del Estado.

Continúa González Placencia: "Evidentemente, el derecho es una práctica en sí mismo y por tanto, no puede ser separado de los procesos sociales. Por ello la juridificación de la sociedad (como parte del proceso de colonización del "mundo de la vida" descrito por Habermas) tiene que ser, necesariamente, reinterpretada a la luz de la relación que guarda con el proceso inverso de "socialización de la justicia". Ambos procesos iluminan un espacio donde las fronteras entre derecho y sociedad se diluyen dando lugar a la emergencia de las llamadas "terceras culturas", espacios de interlegalidad en los que la trivialización y vulgarización del propio derecho tienen lugar... En el ámbito de la reflexión académica del último tercio de éste siglo ha surgido una preocupación especial como consecuencia de la pérdida de confianza en las explicaciones modernas de la realidad.

Formalmente hablando el paradigma positivista del derecho continúa dominando las relaciones sociales, pero sí es un hecho que otras formas legales existen en su interior, y que mientras mayor terreno ganan las legalidades alternativas, más se corrompe la fuerza simbólica del derecho formal. En éste proceso los ordenes alternativos irán forzando al derecho formal al descender a la materialidad del *hic et nunc*, de modo que el discurso jurídico positivo no se quede estático y sea ignorado, sino que se torne realmente efectivo, aún cuando ello signifique que sea al nivel de pura referencia normativa. En éste sentido, tomar el

³⁸ ALTER. Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho, año I, No. 1. enero-abril. 1997. Luis González Placencia. "Hacia la deconstrucción de los derechos humanos: un análisis desde la comprensión posmoderna de la justicia". Pág. 94.

riesgo de la trivialización del derecho puede significar la posibilidad de una nueva forma de apelar por la justicia.³⁹

Es evidente que autor citado se inclina por un sistema abierto y flexible, que permita incluir elementos no contenidos en la sistemática y que son trascendentes en la realidad social, las relaciones políticas legitimadoras ya no serán el máximo valuarte de los sistemas, que pretendan en forma reaccionaria mantenerse como tales.

III.II POLÍTICA CRIMINAL.

En el mismo tenor de ideas, la política criminal pretende hacer evidentes los fines sociales olvidados o intrascendentes para el sistema, dejando en el pasado la "retribución legitimadora del Estado" donde parecía evidente que el único fin de la pena, era otorgar un mal, por otro mal, al actuar contrario a las normas del orden jurídico.

El Estado moderno estableció una serie de principios en la aplicación de penas, los cuales son un verdadero valuarte de la modernidad ya que gracias a ellos se limitaron abusos poder tras la necesaria aplicación de penas ya que "... todos los Derechos Punitivos conocen y necesitan para la ordenada convivencia (principio de necesidad) la reacción social contra el delincuente; aunque no han faltado tesis negadoras y aún abolicionistas del sistema penal, como la de Hulsman en 1982 ("Penas perdidas").⁴⁰

Para un a correcta legitimación de la pena retribuida por el Estado era necesaria la enunciación de determinados límites así la pena en su concepción moderna presenta, entre otras (principio derivado del de intervención mínima, de

³⁹ ALTER. Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho, año I, No. 1, enero-abril. 1997. Luis González Placencia. "Hacia la deconstrucción de los derechos humanos: un análisis desde la comprensión posmoderna de la justicia". Pág. 96.

⁴⁰ Op. Cit. Pág. 11.

igualdad, de humanidad, de proporcionalidad, de certeza, etc.), dos características fundamentales: que se encuentran establecidas por la ley y que tengan como presupuesto la culpabilidad del sujeto.⁴¹

El principio de legalidad; el cual se desglosa en una serie de principios:

- No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se encuentre establecida por la ley anterior a su perpetración, (nullum crimen, sine poena).
- No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme. Llamada garantía ejecutiva.
- No puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prevista por la ley o reglamento.
- Principio de personalidad. No hay pena sin culpabilidad.

La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que le asigne al Estado. Así en el Estado Moderno la pena es la consecuencia jurídica del delito..., y la medida de seguridad, la consecuencia jurídica de la peligrosidad ante la postdelincuencia⁴²

Claus Roxin define la política criminal señalando que: "La cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, conforma el objeto principal de la política criminal. La política criminal esta en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica. Por una parte se basa como ciencia en los conocimientos objetivos de los

⁴¹ Op. Cit. Pág. 12

⁴² SANTIAGO MIR PUIG. FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO. ED. BOSCH, 2ª. EDICIÓN. BARCELONA 1982.

delitos, en sus formas de manifestación empíricas y jurídicas; por otra parte quiere como una forma de la política establecer determinadas ideas o intereses, trata como teoría de desarrollar una estrategia definitiva de la lucha en contra del delito.”⁴³

Con base en la definición de Roxin se puede pensar que la decisión que adopta el poder legislativo sobre la forma de punición de las conductas, se basa en las reacciones sociales que resultan de la aplicación de las normas jurídicas y se limita con los axiomas penales de su sistemática. La forma en que el Poder Legislativo acopla la sistemática y fenómenos sociales, se basa en los valores que persigue cada sociedad.

Es decir que contrario al paradigma del positivismo jurídico en donde sólo la voluntad del legislador plasmada en la norma (sistema tazado de interpretación), debería ser el criterio de interpretación al momento de su aplicación, hoy el reconocimiento de la política criminal flexibiliza la sistemática o dogmática y permite, tanto en la etapa judicial como en la legislativa una mayor consideración de los fines que persigue la sociedad.

Edmundo Mezger en relación al método de la aplicación del derecho señala que: “Para el positivismo la voluntad del legislador era todo. En ella descansaba todo el derecho siendo todopoderosa. El reconocimiento de que en la interpretación lo que importa en última instancia no es sólo la voluntad del legislador, considerada como un acto histórico singular, sino decididamente la voluntad de la Ley y el influjo de la relación de fuerzas que la circundan, significa un progreso en el abandono de un punto de vista positivo unilateral por una consideración de más actualidad. Sin embargo, tampoco es la ley lo último para el derecho. Pues la ley sólo se convierte en derecho, se inserta en un valor en sí existente más alto de Justicia. Este valor considerado como valor espiritual es

⁴³ Claus Roxin. “Política Criminal y Estructura del Delito”, (Elementos del Delito en base a la Política Criminal). Pág. 58.

también objeto de una ciencia universal del ser (Ontología) y, en última instancia, es el fundamento de toda Dogmática del Derecho penal”⁴⁴

La teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, esto es, trazar límites a lo que puede castigar con una pena, lo cual depende de la función que la Constitución permita atribuir a la pena. No sólo la pena, sino también el delito a de encontrar, pues su fundamento en las concepciones del estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en soporte (valorativo) de los pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte General del Derecho.⁴⁵

La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de *utilidad*, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un “daño social”. Este fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la teoría que inicia el Derecho penal contemporáneo y origina una importante línea de pensamiento a lo largo del derecho penal clásico.⁴⁶

La teoría de la retribución no da ninguna posibilidad de excluir las causas psicológicas o sociales de una conducta criminal, sino que ve en la pena la imposición de un perjuicio sin consideración de sus consecuencias sociales. Pero a un criminal al que sólo se le causa perjuicio —aún cuando sea en forma humanitaria y soportable—, reaccionará en la mayoría de los casos con irritación y obstinación y dejará el establecimiento penitenciario más peligroso y más inadaptado a como ha entrado, porquén, en este sentido, la ejecución penal no puede dar ningún contenido positivo.

⁴⁴ Edmundo Mezger. “Modernas orientaciones de la dogmática jurídico penal”. Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde. Ed. TIRANT LO BLANCH. Valencia, 2000. Pág. 16.

⁴⁵ Santiago Mir Puig. “Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático”. Ed. BOSCH, 2ª. edición. Barcelona 982. Pág. 17.

⁴⁶ Op Cit. Pág. 26.

La mera retribución en la mayoría de los casos es perseguida por el autor como una venganza ordenada por el Estado y como una humillación.⁴⁷ La pena se debe corresponder a la culpa del autor, el principio de culpabilidad exige una proporcionalidad entre hecho y pena y que prohíbe las penas indeterminadas de duración desorbitadas.

El programa del Proyecto Alternativo que marcó la segunda fase de la política criminal germanoccidental en la posguerra, se ha impuesto en general en la actualidad en la República Federal Alemana y se ha ratificado en contra de la internacionalmente extendida corriente neoclásica. Se trata de una política criminal que dentro de las fronteras del principio de culpabilidad y sobre la base de la libre determinación quiere desarrollar en el autor de un hecho punible, la voluntad y la capacidad, por medio de ayudas psiquiátricas, psicológicas, pedagógicas y sociales, para que en el futuro lleve una vida libre de conminaciones penales.

Tampoco el procedimiento de restitución y el acento en la reparación son desarrollos especiales alemanes. Más bien se adhieren, aunque en forma propia, a las grandes tendencias de forma internacional, tal como se expresan en la moderna victimología en el movimiento de restitución americano, como ya lo hemos señalado al inicio de el presente capítulo.

Dado que hoy todos los Estados modernos en relación a la lucha contra el delito trabajan estrechamente vinculados, ninguna contribución puede vincularse a una visión nacional. Toda propuesta de solución es una voz en el dialogo internacional.

II. RENACIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL

El redescubrimiento de la víctima del delito se manifiesta principalmente en la política criminal y se proyecta en todas las fases del procedimiento penal, con

⁴⁷ Op. cit. Pág. 21

distintas tendencias, desde las que se manifiestan por un mayor interés por la protección de la víctima, y los que pretenden la despenalización de determinadas conductas en razón de la intervención directa de la víctima en la lesión de sus bienes jurídicos y derechos. Las manifestaciones de esta tendencia se presentan tanto en el ámbito nacional como internacional, en el derecho procesal y el material.

En numerosos países se debate la participación de la víctima en la lesión de sus bienes jurídicos. Este debate se genera a partir de un desarrollo industrial que eleva los niveles de riesgo para la sociedad en función de un progreso tecnológico, que debería traer como consecuencia la elevación de un nivel de vida.

Los factores que contribuyeron al olvido de la víctima en el sistema penal son múltiples, principalmente debemos señalar que el momento histórico en el que surge el Estado Moderno propicia la tutela de garantías al procesado (por el régimen de barbarie que precedió para éste), la privatización de la acción penal a favor del Estado (como forma de reconocimiento y legitimación de éste), la abstracción de la víctima del delito a través del concepto del bien jurídico tutelado, la concepción moderna occidental de ser humano que lo racionalizo a tal punto que olvido los elementos subjetivos constitutivos de éste (declaración de derechos del hombre y ciudadano). Existe la convicción creciente que la víctima necesita protección dentro y fuera del proceso penal.⁴⁸

Elias Neuman señala que: "Bajo la inspiración del derecho penal liberal y pese a las garantías que inviste como forma de reducir y contener en cierto modo al poder punitivo, la víctima queda al intemperie. Es dejada a un lado, porque ya no se la incluye, en realidad se la aparta, de la reparación de daños o cualquier otro tipo de resarcimiento." Y así por muchos años hasta que el positivismo criminológico, más propiamente Ferri, advertirá que la reparación debía formar

⁴⁸ Kurt Madlener. "El Redescubrimiento de la Víctima por las Ciencias Penales". en Revista: Cuaderno del instituto de Investigaciones Jurídicas, Problemas Actuales de las Ciencias Penales, Año IV, Núm. 10, enero-abril de 1989. Pág. 48.

parte de la pena, a punto tal que, en un principio fue perseguida por el propio Estado.⁴⁹

Las consecuencias principales del llamado renacimiento de la víctima en el derecho penal son a nuestra consideración las siguientes:

- Estudio de la situación jurídica de la víctima dentro del proceso penal,
- Su derecho a participar como parte del proceso y no como coadyubante,
- Su derecho de obtener reparación del daño sufrido y,
- Asistencia jurídica, psicológica y médica.

La tendencia del funcionalismo de los años sesentas y setentas, representada en la política criminal general preventiva, se inclino nuevamente por el interés del delincuente en su rehabilitación y reintegración a la sociedad, así como todas las anteriores tendencias preocupadas en la interpretación de la culpabilidad del delincuente.

El nacimiento de la victimología dentro de la criminología, no es casual, sino que deriva de aspectos psicológicos que ya se estudiaban del delincuente en relación a su culpabilidad y que necesariamente estaban vinculados a aspectos también psicológicos de la víctima y que incidían nuevamente en la culpabilidad del delincuente, los precursores de esta disciplina estudian a la víctima desde la perspectiva de la pareja penal víctima delincuente, grado de participación de las partes, factores que lógicamente incidían en el constante debate en el derecho penal, sobre la culpabilidad del autor.

⁴⁹ Elías Neuman. "Mediación y Conciliación Penal". Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1997. Pág. 4.

Consideramos que las principales corrientes del estudio de la víctima son tres, la primera se interesa por la participación de la víctima en el delito, la corresponsabilidad autor víctima, la segunda por una mayor protección de la víctima en el proceso, la tercera se refiere al abolicionismo penal, donde se pretende una privatización del conflicto.

La reintegración de la víctima y sus intereses en el derecho penal puede modificar tanto la parte adjetiva, como la sustantiva en el derecho penal, modificar la política criminal y con ello la ejecución de la pena, es decir plantear una verdadera reforma a la estructura penal, que permita su humanización, volviendo a los verdaderos intereses de la sociedad y, no como justificación del Estado moderno.

Nos interesa en particular el tema de la víctima en el desarrollo de éste trabajo porque a través de su definición podremos constatar que toda vez que hay delito, hay víctima, que la víctima es quien percibe el daño, el daño a los valores que defiende la colectividad a través de sus normas, los valores surgen en la psique del individuo y trascienden a la identidad colectiva. El ataque concreto contra los valores de un sujeto, trasciende a la colectividad cuando se transgrede su marco normativo que también es un valor, un valor que si no se sustenta, produce la desconfianza de su significado simbólico y por ello la trasgresión de éste por los demás miembros de la colectividad, creando un estado de anarquía, como el que hoy denuncian las estadísticas delictivas.

Señala Claus Roxin: "Punto de partida de una dogmática penal orientada político-criminalmente es la configuración de sus principios superiores en la teoría penal. Mi concepción es la siguiente: fin de la pena es exclusivamente la prevención y ciertamente tanto la prevención general como la especial. Al respecto la prevención general hay que entenderla... como "prevención integradora" positiva. Esto significa: la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores

potenciales de la perpetración de delitos... sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza de que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana puede reafirmarse en contra de perturbaciones graves.

Pero en aras de la libertad ciudadana, el principio de culpabilidad constituye el límite absoluto de todos los objetivos preventivo generales y especiales. Aún cuando fuese muy deseado preventivamente, no se ha de imponer pena, cuando el autor no tiene culpabilidad respecto de la realización típica concreta, y tampoco en el caso de un autor culpable, la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, esto es, la pena tiene que estar en correcta relación con la culpabilidad del autor.”⁵⁰

Por eso rige el principio: no hay pena sin culpabilidad. Pero la culpabilidad no sirve para la retribución, sino exclusivamente para la delimitación de la pena adecuada preventivamente.

“...La perturbación de la paz jurídica general, que hace necesaria la intervención del derecho penal por razones preventivo generales, no descansa exclusivamente en la acción fallida del autor, sino más bien en el resultado producido. Comportamientos culposos suceden en la sociedad diariamente a millares. Pero en la mayoría de los casos por fortuna todo va bien; y si nadie es perjudicado la intranquilidad de la generalidad es mínima o no se produce.”⁵¹

El derecho penal es la última ratio de la política social, y su intervención no es legítima cuando están a disposición “medios más leves” para la defensa de los daños sociales.

⁵⁰ Op cit. Pág. 47.

⁵¹ Op cit. Pág. 50.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA VÍCTIMA Y EL OFENDIDO

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

I.I VENGANZA PRIVADA, LEY DEL TALIÓN Y COMPENSACIÓN.

El origen del derecho penal se basa en la venganza privada de la víctima o de su familia, al lado de la venganza se establece el sistema de la compensación, éste sistema sustituye a la venganza por una prestación en dinero o en bienes que se negocian entre el ofendido y el delincuente o las familias respectivas. Esta claro que en esta época la figura central es la víctima; la venganza y prestación negociada deben compensar lo que ella a sufrido individualmente y como parte de la familia a que pertenece. Por consiguiente la víctima constituye el centro de interés cuando empieza a desarrollarse el derecho penal.

I.II APARICIÓN DEL ESTADO MODERNO.

El derecho romano distinguió entre los *delicta* y *crimina*, los primeros pertenecían a la persecución privada y los segundos eran perseguidos de oficio, señala Rodríguez Manzanera que los *delicta* en cuanto a beneficio para la víctima evolucionaron desde la venganza privada hasta la multa a favor del ofendido, pasando del talión a la compensación. Conforme el Estado fue haciéndose cargo de la administración de justicia, la víctima fue relegada en el proceso penal.⁵²

⁵² Luis Rodríguez Manzanera. "Victimología", Estudio de la Víctima. Ed. Porrúa, 2ª. Edición, México 1990. Pág. 6.

Si bien la víctima fue relegada antes de la aparición del Estado Moderno, la situación de injusticia para éste se acrecentó, al figurar su agresor como eje central de todo el sistema penal.

Se sitúa por lo general en los dos últimos decenios del siglo XVIII, el momento político social en que el Estado se apropia de los conflictos, incluso intersubjetivos de los habitantes, para decretar leyes mediante, su juzgamiento. Al Estado le interesa el delito y de él y de sus autores se incauta como una ofensa a la sociedad toda que debe restañar.⁵³

Menciona Luis Rodríguez Manzanera que: “La preocupación por la víctima esconde... un movimiento más universal pues, de ordinario, se plantea dentro del sistema penal establecido. La crisis del sistema penal pone de nuevo, enfrentados dos sistemas distintos de solución de conflictos sociales: aquel que los transforma en conflictos del autor con el Estado (*inquisición*), sinónimo de Derecho penal y de pena estatal, y aquel para el cual tales conflictos suceden entre personas, individuales o como conjunto, y debe ser resuelto por ellas (*composición*).”⁵⁴

II. PRECURSORES DE LA VICTIMOLOGÍA.

Etimológicamente la palabra victimología, significa tratado o estudio de la víctima, se refiere a la persona que sufre o es lesionada en su cuerpo o en su propiedad, por otra.⁵⁵

Señala Hans Joachim Hirsh que: “La corriente orientada a la víctima habla de la necesidad de orientar los intereses de protección de ésta. El punto de partida estaba conformado por la aspiración de que nuevamente se tome en cuenta la

⁵³ Elías Neuman. “Mediación y Conciliación Penal.” Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1997. Pág. 3.

⁵⁴ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. “DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS”, Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 11.

⁵⁵ Victimología, compuesta por víctima del latín *victima* y de la raíz griega *logos*. estudio-tratado. “Diccionario Hispánico Universal”. Pág. 147.

necesidad de justicia de la víctima, que había sido desatendida por la política criminal, solamente dirigida a la resocialización del autor... una segunda corriente, que utiliza el giro de la mirada hacia la víctima para buscar otras respuestas al delito, después del fracaso de los conceptos fundados unilateralmente en el tratamiento. La compensación autor-víctima relativa a la reparación del daño, se encuentra allí en el punto central."⁵⁶

"El proceso de victimización que se presenta en la doctrina penal y puja por penetrar en los sistemas penales en los últimos tiempos se despliega en el sentido de protección total a la persona de la víctima del delito, con lo que la reparación del equilibrio en el goce de los bienes que ese delito pudo haber quebrantado exceden la pura dimensión económica a la que el Derecho Civil nos había acostumbrado. Se propende a una reparación integral que prácticamente, se concibe constituida en una *reconstrucción de la persona de la víctima* tal como era su entidad antes del hecho."⁵⁷

II.1. BERNIAMI MENDELSHOHN.

Mendelshohn en Rumania es el primero en utilizar en 1946 el término victimología, dotando a esta disciplina de un carácter científico, y su objetivo es la reducción social de la victimización, a través de mecanismos que permitan disminuir los elementos perjudiciales de la situación de la víctima, así como la gravedad y magnitud de las consecuencias. Definió la victimología como la ciencia sobre víctimas y victimidad

Realiza una clasificación de las víctimas basada en el grado de participación de éstas en el evento dañoso, tipificándolas de la siguiente forma:

⁵⁶Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 56.

⁵⁷ Carlos Creus. "Reparación del Daño Producido por el Delito". Argentina 1995, Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 19.

- a) La víctima totalmente inocente.
- b) La víctima por ignorancia.
- c) La víctima es tan culpable como el delincuente.
- d) La víctima es más culpable que el autor.

Entre su obra destaca su investigación sobre los delitos de violación, en el año de 1940, y sus libros: Una nueva ciencia bio–psico–social: La victimología; El origen y la doctrina de la victimología.

Sus estudios comprenden también aspectos preventivos de la victimología, desde el grado de responsabilidad de la víctima el grado en que debe responder el procesado, es decir los grados de culpabilidad delictiva.

II.II. HANS VON HETING.

Heting también realiza una tipología de las víctimas dividiéndolas en:

- 1) Víctima voluntaria.
- 2) Víctima muda.
- 3) Víctima obstinada.
- 4) Víctima especuladora.
- 5) Víctima estafadora.

Pública en 1941, en Norteamérica "Notas sobre la interacción de perpetrador y víctima", 1948 el libro "El criminal y su víctima", en el que estudia la relación autor-víctima en diversos grados, desde una víctima conocida a una víctima desconocida, estudia esta pareja desde una perspectiva criminal, y la disposición de una persona a ser victimizada.

II.III. HELLENBERGER.

Hellenberger establece la siguiente tipología:

- a) Víctima no participe.
- b) Víctima latente.
- c) Víctima provocativa.
- d) Víctima participe.
- e) Falsa víctima (imaginaria o víctima de su propia negligencia).

Pública en 1958 "Las relaciones psicológicas entre el criminal y su víctima", hace un estudio de la personalidad de la víctima dividiendo sus características en objetivas y subjetivas, por las primeras entiende elementos externos como edad, sexo, condición social, ocupación y las segundas se refieren a aspectos psicoiógicas.

II.IV. MARVING WOLFGANG.

Wolfgang realiza la siguiente tipología:

- a) Amigo íntimo,
- b) Relación de parentesco,
- c) Conocido,
- d) Desconocido,
- e) Prostituta,
- f) Rival sexual y,
- g) Enemigo.

Distingue también lo que llama víctima precipitante y la catalizadora. El estudio entre éste tipo de víctimas y su agresor se basa en que el que inicia la violencia es

la víctima. Realiza un estudio *Patters in criminal homicida* en el que basado en un estudio de 588 casos de homicidio en Filadelfia determina que el 26% de los casos fueron provocados por la propia víctima. Estudia también las consecuencias del delito.

II.V. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

Realiza una división entre la víctima indiferente y víctima determinada en su trascendente obra *Víctimología, Estudio de Derecho Penal y Criminología*.

Clasifica a las víctimas en víctimas indiferentes y determinadas, a la última categoría a su vez la subdivide en resistentes y coadyuvantes. Las víctimas indiferentes son aquellas que no requieren característica especial, es decir cualquiera podría ser, son seleccionadas por el azar, como señala Rodríguez Manzanera.⁵⁸ Las víctimas específicas son seleccionadas por el sujeto activo, por tener determinadas características, dentro de esta categoría existen como ya lo señalamos víctimas resistentes, de las que puede o no existir la conciencia del sujeto activo del delito de que existirá o no resistencia. Las víctimas coadyuvantes, son aquellas que participan activamente en el delito, como los casos de riña, suicidio entre otros.

II.VI. STEPHEN SCHAFFER.

Realiza la siguiente tipología de la víctima:

- 1) Víctima sin relación con el criminal,
- 2) Víctima provocativa,
- 3) Víctima biológicamente débil,
- 4) Víctima socialmente débil,
- 5) Autovíctima y,

⁵⁸ Rodríguez Manzanera, op. cit, pág 88.

6) Víctima política.

Para esta tipología parte de un análisis de aspectos de la personalidad de la víctima.

II.V. ELIAS NEUMAN.

Elias Neuman⁵⁹ a clasificado las víctimas en: a) individuales; b) familiares; c) colectivas; d) sociales (o del sistema social).

- | | | |
|------------------------|--|---|
| | | 1.1. <i>Inocentes</i> |
| | 1. <i>Sin actitud victimal</i> | |
| | | 1.2. <i>Resistentes</i> |
| | | 2.1. <i>Provocadoras (legítima defensa)</i> |
| | | 2.2. <i>Provocadora genérica.</i> |
| a) <i>Individuales</i> | 2. <i>Con actitud victimal culposa</i> | 2.3. <i>Cooperadoras y coadyuvantes.</i> |
| | | 2.4. <i>Solicitantes rogantes (eutanasia).</i> |
| | | 3.1. <i>Por propia determinación (suicidio).</i> |
| | 3. <i>Con actitud victimal dolosa</i> | 3.2. <i>Delincuentes (ciertos tipos en la estafa)</i> |

⁵⁹ Elias Neuman. Op. cit. Pág. 56-59

1. Niños golpeados y explotados económicamente.(trabajo, instigación).

b). Familiares

2. Mujeres maltratadas (violación, incesto)

1. La comunidad como nación

1.1 Alta traición.

1.2 Rebelión.

1.3 Sedición.

1.4 Levantamientos.

1) Terrorismo,

2) Genocidio,

3) Etnocidio,

4) Delitos de cuello blanco cometidos por particulares (fraude bancario, financiero),

5) Polución de atmósfera, la tierra y las aguas.

2. Toda otra forma de conspiración para derrocar un gobierno legítimamente establecido.

6) Falsificación de medicamentos.

7) Falsificación de alimentos.

8) Tráfico internacional de drogas.

c) *Colectivas.* *2.La comunidad social*

9) *Compra fraudulenta de armas de guerra.*

10) *Abuso de poder gubernamental.*

11) *Terrorismo de Estado.*

12) *Abuso de poder económico estatal.*

13) *Terrorismo de Estado.*

14) *Abuso de poder gubernamental.*

15) *Evasión fraudulenta de capitales por funcionarios.*

16) *Ocultación de "beneficios" por funcionarios.*

17) *Monopolios ilegales.*

18) *Especulación ilegítima desde el poder (con motivo de conocimiento de desvalorizaciones monetarias, por ejemplo.).*

19) *Fraudes de planos urbanísticos.*

20) *Persecuciones políticas o disidentes de todo tipo.*

21) *Censura y uso abusivo de medios de comunicación.*

a. *Inexistencia de asistencia jurídica.*

b. *Exceso de detenciones preventivas.*

3. Víctimas del sistema penal

c. *Prisiones de alta seguridad promiscuas, que sólo atienden al depósito.*

d. *Inoperancia en la llamada reinserción social de liberados (definitivos o condicionales).*

e. *Dificultades para el resarcimiento económico de las víctimas.*

- d) *Victimas de la sociedad
o del sistema social.*
1. Niños abandonados "en" y "de" la calle.
 2. Enfermos.
 3. Minusválidos.
 4. Locos.
 5. Ancianos.
 6. Marginados sociales.
 7. Minorías étnicas, raciales y religiosas.
 8. Homosexuales.
 9. Accidentados laborales.
 10. Exiliados por razones políticas.
 11. Migrantes.
- e) *Ataques a la soberanía territorial*
- o *Invasión,*
 - o *Violación de fronteras,*
 - o *Control por tierra, mar, aire y satelital.*
 - o *Razones humanitarias.*
 - o *Ayuda militar.*
- 1) *Ataques a la soberanía
institucional por:*
- o *Imposiciones, sugerencias y extorsiones.*
 - o *Corporaciones transnacionales.*
 - o *Corporaciones transnacionales.*
- f) *Victimización supranacional
De naciones y pueblos
dependientes por:*
- o *Implantación de barrenderos nucleares o de otro tipo.*
 - o *Leyes y jurisprudencia extranjera.*
 - o *Secuestros y extradiciones forzadas,*
 - o *Policía militar y agentes extranjeros.*
 - o *Embargos, boicots.*

Los pioneros de la victimología utilizaron el mismo método inductivo-deductivo que la criminología positiva y en su desarrollo existen una serie de acuerdos y *symposiums* internacionales, los cuales sólo enunciaremos:

III. SYMPOSIUMS DE VÍCTIMOLOGÍA

- El Primer *Symposium* de Victimología se llevó a cabo en Jerusalén en 1973. se desarrollo en cuatro secciones las cuales fueron:
 - 1) El Estudio de la victimología (Concepto de víctima, victimología⁶⁰, la metodología de esta disciplina y sus aspectos interdisciplinarios, entre otros temas.)
 - 2) Tipología de la víctima y la víctima en el proceso penal.
 - 3) La relación victimario-víctima.
 - 4) La sociedad y víctima, actitudes y políticas⁶¹
- Se realiza en Boston, Norteamérica 1976, el Segundo *Symposium* Internacional de Victimología, en el que se destaca la importancia de brindar atención a la víctima y la necesidad de que el juez conozca y actué también en función de estos intereses.

El programa se organizó en tres secciones las cuales fueron:

⁶⁰ La victimología fue definida como: "el estudio científico de las víctimas del delito."

⁶¹ Luis Rodríguez Manzanera. "Victimología", Estudio de la Víctima. Ed. Porrúa, 2ª. Edición, México 1990. Pág. 12.

I. Aspectos conceptuales y legales de la victimología:

- a. Concepto y finalidad de la victimología.
- b. Tipologías victimales.
- c. La víctima en el procedimiento judicial.
- d. La víctima de hechos de tránsito.

II. Las relaciones victimales:

- a. Delitos contra las personas.
- b. Delitos contra la propiedad.
- c. La relación criminal-víctima y la policía.
- d. El delincuente político como víctima.

III. La víctima y la sociedad:

- a. La compensación a la víctima del delito.
- b. Victimización corporativa.
- c. La víctima y los mass-media
- d. Victimización de la víctima por la sociedad.

- Tercer Simposio en Alemania 1979, los temas abordados fueron: los conceptos, consecuencias descubrimientos y dimensiones de la victimología. Se organizó en seis secciones, las cuales fueron:

I. Conceptos, resultados, consecuencias, descubrimientos y dimensiones de la victimología.

II. Estudios de victimización criminal.

III. Las víctimas de diversas conductas criminales.

IV. El papel de las víctimas en el proceso de victimización.

- V. Tratamiento de las víctimas, reparación y prevención.
- VI. La víctima en el sistema de justicia penal.

- El Cuarto Simposio de Victimología se realiza el Japón en 1982. los temas desarrollados fueron: Fundamentos teóricos de la victimología, relación entre crimen y víctima, víctimas y causas de crimen, crimen de cuello blanco, crimen organizado, crimen económico, tratamiento y consejo a las víctimas, restitución y compensación, víctimas de la justicia penal. Se organizó en cuatro secciones:
 1. Problemas generales, definición y teoría.
 2. Investigación empírica, métodos, descubrimientos.
 3. Nuevos problemas: Víctimas del delito de cuello blanco, Víctimas de contaminación.
 4. Asistencia a las víctimas: Compensación, Restitución, Servicios a las víctimas y Centros de crisis.

- El Quinto Simposio tuvo lugar en Yugoslavia, en 1985, la temática fue: Las víctimas del abuso de poder, los mecanismos para asegurar justicia y reparación, asistencia de la víctima y prevención de la victimización. Se abordaron los siguientes temas:
 - a. Cuestiones teóricas y conceptuales.
 - b. Investigación.
 - c. Víctimas de abuso de poder.
 - d. Mecanismos para asegurar justicia y reparación para la víctima.
 - e. Asistencia a la víctima y prevención de la victimización.
 - f. Acción regional, integracional, internacional.

- El Sexto Simposio se realizó en 1988, en Italia.

- Séptimo Encuentro Internacional de Victimología en Rió de Janeiro en 1991.
- Australia 1994,
- Holanda 1997.
- En 1982 se aprobó en Estados Unidos de Norteamérica la “Ley de Protección a las Víctimas del Delito y protección de testigos de hechos”
- Convenio Europeo de 1983 sobre “La indemnización de las Víctimas de Delitos Violentos”;
- El Consejo de Europa celebró la XVI Conferencia sobre “Investigaciones acerca de la Victimación” en Estambul del 26 al 29 de noviembre de 1984.
- En diciembre de 1984 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles inhumanos y degradantes”
- En 1985 se celebró el VII Congreso Internacional de las Naciones Unidas Sobre la Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente, en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre. En éste Congreso la Sociedad Mundial de Victimología propuso para estudio y aprobación una “Declaración sobre Justicia y Asistencia a las Víctimas”, que posteriormente sería reconocida y adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas.
- Declaración de la ONU de 1985. Resolución 40/34 que contiene la “Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y Abuso de Poder”.

- En 1987 entra en vigor en la República Federal Alemana. La "Primera ley para el mejoramiento de la situación del afectado en el proceso penal."

Señala Antonio Beristain que la victimología moderna tiende a que los teóricos y legisladores reestructuren los controles sociales teniendo principalmente en cuenta las consecuencias victimizantes que se producen principalmente como consecuencia de los delitos en los sujetos pasivos, sus posibles remedios inmediatos y la deseable prevención en los crímenes, sin olvidar la responsabilidad penal del autor del delito, así como la corresponsabilidad de la víctima del delito, y la influencia del "*espacio social*" tal como se considera en la moderna ciencia penal y la criminológica.⁶²

En opinión de Elena Larrauri⁶³ son tres las áreas que hoy abarca la victimología y estas son:

2.4 Las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas).

2.5 La posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas).

2.6 La atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de la víctima).

IV. CONCEPTO DE VÍCTIMA.

Ni en el Código Penal Federal, ni en el Código Penal para el Distrito Federal, como tampoco, en el Código Penal para el Estado de México contiene una definición de la víctima o del ofendido del delito, pero numerosos son sus artículos en los que los enuncian.

⁶² Antonio Beristain. "Victimología. Nueve Palabras Clave". Ed. Tirant la blanch. Valencia 2000. Pág. 41.

⁶³ Elena Larrauri. "Victimología" Pág. 116.

El 22 de abril del año en curso fue publicada en la Gaceta del Gobierno del Distrito Federal, la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas de Delito para el Distrito Federal, la cual en su Capítulo Segundo (De la víctima y del ofendido del delito), define a la víctima y al ofendido, en los artículos séptimo y octavo respectivamente.

Artículo Séptimo. Se entiende por víctima a la persona que haya sufrido daño, como consecuencia de acciones u omisiones realizadas en su contra, tipificadas como delito y sancionadas por la legislación penal.

Artículo Octavo. Se entiende por ofendido al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro que asume la condición de sujeto pasivo del delito.

En materia internacional existe la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder, A. G. res. 40/34, annex, 40 U. N. GAOR Supp. (No. 53) p. 214, ONU Doc. A/40/53 (1985). El cual señala que por "víctima" se entenderá a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo substancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que prescribe el abuso de poder.

Los elementos de esta primera definición son:

- 1) Una persona que en forma individual o colectivamente.
- 2) Sufre daños e inclusive:
 - a) Lesiones físicas,
 - b) Lesiones mentales,
 - c) Sufrimiento emocional,

- d) Pérdida financiera o
- e) Menoscabo substancial de los derechos fundamentales.

3) Y que dichos daños son consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.

En el diccionario de la Real Academia Española⁶⁴ se estima el daño como sinónimo de detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.

Destacamos que daño es aquel mal o perjuicio producido a una persona o bien. Es también la consecuencia del delito que trasciende al individuo (sujeto pasivo), a los perjudicados (directos) y a la sociedad en su conjunto.

Etimológicamente la palabra víctima hace referencia al sufrimiento *Vinicere* animal que se sacrifica a los dioses o deidades o bien, *vincere* que representa al sujeto vencido. Del latín *damnu*, efecto de dañar, perjuicio, detrimento, menoscabo.

“Dañar”: (de *damnar*) causar detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor, etc., echar a perder, pervertir, condenar, dañar al prójimo en la honra.⁶⁵

Daño en el uso común significa todo detrimento o lesión que sufre una persona en el alma, cuerpo o bienes, cualquiera que sea la causa y cualquiera que sea el causante, aunque lo produzca el propio lesionado o suceda por un fenómeno natural.

Jurídicamente tiene una acepción más restringida, toda vez que éste vocablo se define únicamente en relación al concepto jurídico de persona, bien

⁶⁴ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Décimo novena edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1970, Pág. 420.

⁶⁵ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Op cit. , Pág. 422.

porque se cause directamente en ella o porque se origine en sus bienes o derechos.

En este sentido se manifiesta Hans Albert Fisher, en su libro "Los Daños Civiles y su Reparación", al afirmar que: "... jurídicamente la palabra daño parte del concepto vulgar, pero tiene una acepción más restringida pues comprende, todos los perjuicios que el individuo sujeto de derechos sufre en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que irroge el propio perjudicado."

El mismo autor considera que el daño tiene dos acepciones⁶⁶:

- 1) La vulgar, que lo determina como el perjuicio que alguien sufre en el alma, en su cuerpo, en sus bienes, sin indagar quien es el autor de la lesión.
- 2) La jurídica que establece una concepción fundamental, delimitada por su condición de pena o deber de indemnizar, y viene a ser el perjuicio sufrido por el sujeto de derecho a raíz de la violencia de éstos, por un hecho ajeno.

Autores como Bevilagua, Fisher, Minozzi, Carnelutti y Ennecerus, coinciden también en estimar al daño como toda lesión, disminución o menoscabo sufrido en un bien jurídico.⁶⁷

Para Ennecerus, El daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimoniales, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, etc.⁶⁸ Para Roberto H. Brebbia, el daño jurídico es "la violación de uno o varios derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de

⁶⁶ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo V., Pág. 600.

⁶⁷ Brebbia, Roberto H., "El Daño", Editorial. Orbí, Buenos Aires. 1967. Pág. 40.

⁶⁸ Ibidem, Pág. 60.

obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado como ilícito.

El mismo autor señala que no debe entenderse por bienes jurídicos sólo aquellos objetivos (materiales o inmateriales) susceptibles de ser valorados pecuniariamente, sino los bienes que por no tener una traducción adecuada en dinero como escapan en la esfera del patrimonio. Estos bienes extramatrimoniales, son de naturaleza especialísima pues se adquieren o pierden con independencia de la voluntad de las personas y escapan a los actos de comercio jurídico, por lo que son intransmisibles, inalienables e imprescriptibles.

A diferencia de los bienes patrimoniales, que constituyen lo que la persona tiene, los bienes extrapatrimoniales o personales, forman el conjunto de lo que son las personas; la vida, la salud, la integridad física, honor, libertad, etc., constituyen los ejemplos más típicos de esta categoría. Por lo que concluimos que daño es todo perjuicio o menoscabo sufrido en cualquiera de los bienes jurídicos de la persona, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales.

La Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas de Delito para el Distrito Federal señala como daño: Art. 10. "se entiende por daño las lesiones físicas o mentales, o la pérdida patrimonial de cualquier naturaleza, como consecuencia de un delito.

Israel Drapkin en el primer *Symposium* de Victimología en 1973 señala que el término víctima tiene dos significados: uno religioso y otro común, éste último hace referencia a la persona que sufre, es lesionada o destruida por la acción de otro, como resultado de eventos o circunstancias desfavorables.⁶⁹

La víctima ha sido identificada con la persona que sufre la lesión. En forma general se confunde a la víctima con el bien jurídico que protege cada delito y

⁶⁹ Luis Rodríguez Manzanera. "Victimología", Estudio de la Víctima. Ed. Porrúa, 2ª. Edición, México 1990. Pág. 19.

funciona así porque en dichas descripciones, no se enuncia, a quien es protegido por la norma, sino, sólo su abstracción a través de ella, sin embargo es principio reconocido que toda norma penal protege un bien jurídico y que éste bien necesariamente tiene un titular. La concepción del bien jurídico, permitió despersonalizar el resultado dañoso, convirtiéndolo en un interés social.

La víctima es quien recibe directamente en su persona las consecuencias del ataque al bien jurídico tutelado en el cuerpo del delito.

Debe considerarse para esta definición que toda persona tiene que ser considerada biológicamente, psicológicamente y socialmente, así lo señala Hilda Malchori cuando señala: La víctima *sufre* física, psicológica y socialmente a consecuencia de la agresión.

Consideramos que la evocación del sufrimiento, como signo distintivo de la victimización es impreciso, toda vez que, cualquier persona que haya presenciado el delito puede sufrir a causa de la impresión, sobre todo, en los casos de delitos violentos, los familiares y los amigos e incluso conocidos, también pueden sufrir a consecuencia de un delito, que no afecta necesariamente bienes jurídicos propios.

Para Hilda Marchiori "La víctima es la persona que padece violencia a través del comportamiento del individuo –delincuente– que transgredió las leyes de su sociedad y cultura. De este modo, la víctima está íntimamente vinculada al concepto *consecuencias del delito*, que se refiere a los hechos o acontecimientos que resultan de la conducta antisocial principalmente el daño, su extensión y el peligro causado individualmente.

La violencia genéricamente es entendida como el abuso de fuerza, la coacción ejercida sobre una persona.

Existen delitos en los que el bien jurídico tutelado, es la seguridad directamente, la norma jurídica tutela un interés directo y otro indirecto, el primero se encuentra señalado concretamente en la propia descripción del delito y el segundo en la seguridad de la protección que brinda el sistema a todos los ciudadanos.

Al respecto señala Hilda Marchiori que: “La victimización produce una disminución del sentimiento de seguridad individual y colectivo porque el delito afecta profundamente a la víctima, a su familia y a su comunidad social y cultural...”

Todos los delitos implican una victimización, incluso los delitos que algunos llaman “sin víctima”, por ejemplo, los relativos al abuso y tráfico de drogas.⁷⁰ Además existe un sentimiento de pánico colectivo o sentimiento de inseguridad público, efecto de la criminalidad que no sólo perturba la vida de las víctimas directas, sino de la colectividad.

Hilda Marchiori a distinguido en su libro “*Criminología*” tres categorías de las consecuencias del delito: a) Consecuencias inmediatas-traumáticas; b) Consecuencias emocionales sociales; c) Consecuencias familiares-sociales.

a) *Consecuencias inmediatas-traumáticas*. Comprenden estrés, conmoción y desorganización de la personalidad de la víctima. Incredulidad, paralización temporal y negación de lo sucedido, terror, aturdimiento, desorientación, sentimiento de soledad, depresión.

Las consecuencias inmediatas suelen estar vinculadas a la reacción de la víctima frente a la agresión, es como una extensión vivencial que continúa sufriendo la víctima.

⁷⁰ Antonio Bernstein. “Victimología. Nueve Palabras Clave” . Ed. Tirant la blanch. Valencia 2000. Pág. 54.

b) *Consecuencias emocionales sociales.* Son las consecuencias que siguen al stress y conmoción por el delito sufrido, es decir los nuevos síntomas que presenta la víctima, que pueden aparecer semanas o meses de sucedido el delito. Implica graves cambios en el comportamiento y la personalidad de la víctima; se observan: sentimientos de tristeza, desconfianza, sentimientos de pérdida de dignidad, humillación, ira, rechazo familiar, rechazo hacia el medio social, pérdida de autonomía, ideas obsesivas relacionadas con el hecho traumático-delictivo, pesadillas permanentes, llanto incontrolado, angustia, depresión, sentimientos de soledad y abandono, miedo a la repetición del hecho traumático, miedo a la muerte.

c) *Consecuencias familiares-sociales.* Las consecuencias involucran de un modo determinante a todo el grupo familiar al cual pertenece la víctima. El daño y las secuelas están relacionados a la gravedad del delito pero también fundamentalmente al rol y función de la víctima en el grupo familiar.

Para Elias Neuman la víctima en el ámbito penal puede ser individual o colectiva y el daño resulta del hecho de la violación de bienes jurídicamente protegidos en la normativa penal.⁷¹ ES decir vincula directamente la trasgresión al bien jurídico con el concepto de víctima.

Elias Neuman señala que existen víctimas innominadas, como delincuentes innominados. Al respecto señala:

“Va siendo superada la sociedad industrial nacida finisecularmente para dar paso a una suerte de civilización tecnotrónica. Se han producido y producen en esta sociedad pots-industrial, nuevos e innominados delitos económicos, *white collar*, e innominados también y a veces innombrables sus autores: ejecutados por empresas transnacionales que hoy por hoy, detentan gran parte del poder

⁷¹ Elias Neuman, op. cit., pág. 23.

económico y financiero, capaces de ordenar a gobiernos y crear oligopolios, según se vio en países del Caribe y otros más cercanos, siempre con la convivencia de ciertas oligarquías vernácula y de políticos en altas funciones gubernamentales; delitos bancarios en tiempos en que para robar un banco es preciso fundarlo...; por computadora; de polución por lucro de la atmósfera, la tierra y las aguas; y, fundamentalmente, el cúmulo de ilicitudes penales que se derivan y perpetran desde las esferas gubernamentales, por abuso de poder sin consenso o utilización de éste poder para la opresión, el terror y la tortura contra las vidas humanas, propiedad, honra, salud, trabajo o familia. Derechos, éstos inherentes a la dignidad, y cuyo menoscabo o desprecio por la autoridad posibilita la conversión en víctimas de casi todos los habitantes, porque vulneran los Derechos Humanos *in genere...*”

Es importante la consideración que se hace en la Ley de Atención y Apoyo a las Víctima del Delito no depende de que se identifique al responsable del delito señalando:

Artículo Noveno. La calidad de víctima o ofendido, es independiente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al responsable del delito y de cualquier relación de parentesco que exista con el; por tanto, la víctima o el ofendido gozarán sin distinción alguna, de las mismas garantías, derechos, protecciones, asistencia, atención y demás que esta ley señale.

V. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Como ya quedo señalado en el apartado anterior la concepción del bien jurídico, permitió despersonalizar el resultado dañoso, convirtiéndolo en un interés social.

Antes de la ilustración el delito se consideraba como el simple hecho de no cumplir con las obligaciones o deberes impuestos o como aquella maldad que

infringía la ley, posteriormente como ya fue señalado en las teorías contractualistas el fundamento del poder coactivo del Estado y sus límites, no sólo establecidos en la división de poderes, sino en la posibilidad de punir una conducta, el Estado no tenía derecho a castigar una conducta si el hecho no revestía características de dañosidad social.⁷² Feverbach destacó que de acuerdo con el fin del Estado, éste podía intervenir penalmente sólo cuando existiera algún delito que lesionara algún derecho de los ciudadanos. Los objetivos de la punición deberían ser únicamente el ataque a los derechos subjetivos. El concepto de dañosidad social desarrollado por Feverbach pronto evolucionó al de Bien Jurídico tutelado con Birbaum, quien señaló que con la acción del delito se lesionan bienes de derecho. Birbaum fue quien creó el concepto de Bien Jurídico, para quien el objeto del delito, según el natural uso del idioma corresponde a la lesión del bien del derecho. Birbaum, no definió que era un bien, sino que, creó un concepto abierto que permitiera que cualquier cosa pudiera incorporarse a dicho concepto como la moral o el temor a Dios, para el los términos bien y bien jurídico eran equivalentes.

Hegel distinguió el delito como la conciente sublevación contra la voluntad general, dicho concepto negó que el derecho protegiera bienes jurídicos. La época en que el concepto de bien jurídico se puso en entre dicho fue aquella caracterizada por el fortalecimiento del formalismo del pensamiento jurídico positivo. El estado se convierte en un fin en si mismo, dichas ideas se fundamentaron en el mandato formal de seguridad jurídica del Estado de Derecho.

Binding señaló que el fin del Derecho Penal es la protección de objetos externos y no las condiciones humanas de la vida en conjunto. Para Binding el delito es “la culpable violación de una norma penal amenazada con pena”, el objeto del delito era el derecho subjetivo del Estado y éste quedaba lesionado formalmente, de lo cual se derivaba el aspecto material del Bien Jurídico, lo

⁷² González – Salas Campos Raúl. La Teoría del Bien Jurídico en el derecho Penal. Oxford. University Press, 2ª edición, México, 2001.

encontró Binding en el fin de las normas , pues entendía que el objeto de estas era garantizar las condiciones de paz y sana vida jurídica.

Von Ihering explicó los delitos como aquellos relacionados con los preceptos jurídicos de la seguridad de las condiciones de existencia, el fin de las leyes penales era el señalado por las leyes, esto es, proteger la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad.

“Toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar algo. Y a alguien: Algo y alguien relacionados. Relación que expresa un interés...una norma jurídica incriminadora nace porque y para que ese interés resulte preservado.”⁷³.

En el momento en que esa norma alcanza vigencia, y sus términos reflejan adecuadamente la protección buscada con ella, aquel interés –preexistente- se transforma en interés jurídico. Y en el mismo instante, la taumaturgia del derecho la tomará en un “bien”. Tanto si, con óptica metafísica o material, el interés se estima (individual y/o colectivamente) “bueno”, como si no se entiende así. De aquí el calificativo con que se acompaña al nombre: un bien, ciertamente; pero, un bien jurídico.⁷⁴

Luis Jiménez de Ásua respecto al bien jurídico señala: “Cuando los intereses fueron protegidos por el derecho, se elevaron a bienes jurídicos. Éstos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica.”

Distingue Hassemer entre concepciones del bien jurídico de carácter crítico y concepciones de bien jurídico de carácter sistemático... la del desempeño por el

⁷³ Emilio Octavio de Toledo y Ubieta. Función y Límites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLIII. Fascículo I Enero Abril MCMXC. Madrid España. Pág. 5

⁷⁴ Op cit. Pág.5.

bien jurídico de una función prevalentemente política y otra dogmática por consiguiente, garantística o de seguridad . La primera –que también lo es en el orden cronológico– se desarrolla en el momento legislativo. La segunda se desenvuelve en el momento judicial de interpretación y aplicación de la Ley.⁷⁵

Para Kurt Madlener el desarrollo de la noción de bien jurídico, por otra parte contribuye a distanciar más a la víctima del centro del interés del proceso penal. Ya no es la violación que la víctima a sufrido en su persona, sino es un bien jurídico de carácter más bien abstracto el que ha sido violado por el acto delictuoso.⁷⁶

Señala B. J. Maier: "... el concepto de "bien jurídico" establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el derecho penal se podía dedicar a su "protección", a la protección de aquellos que estaban más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social."⁷⁷

González Rus señala que "A cada sociedad corresponde un Derecho Penal propio y por ende las valoraciones penales serán informadas por los presupuestos ideológicos y filosóficos que la fundamentan"⁷⁸

⁷⁵ Op Cit. Pág. 7

⁷⁶ Kurt Madlener. "El Redescubrimiento de la Víctima por las Ciencias Penales". en Revista: Cuaderno del instituto de Investigaciones Jurídicas, Problemas Actuales de las Ciencias Penales. Año IV, Núm. 10, enero-abril de 1989. Pág. 48

⁷⁷ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 186.

⁷⁸ González Rus, Juan José. Teoría de la Pena y Constitución, en estudios Penales y Criminológicos. VII, 1984. Universidad de Santiago de Compostela, p.228.

Gómez Benítez señala que "...el proceso de identificación en el Derecho Penal de determinados valores culturales es un proceso histórico"⁷⁹

Los conceptos de Bien Jurídico, Víctima, Daño Moral, se encuentran unidos indisolublemente por lo señalado al respecto son deducibles las siguientes premisas:

- Todo delito tutela o protege un bien jurídico.
- El Bien Jurídico es un valor socialmente reconocido.
- La valoración de un objeto⁸⁰ se produce en la esfera psíquica del individuo.
- La valoración de un objeto responde a una identidad cultural.
- Cuando una valoración individual, corresponde con la valoración cultural colectiva⁸¹, se considera al objeto un bien.
 - Cuando un bien, es reconocido por el derecho positivo, eleva su rango, a la calidad de bien jurídico.
 - Un bien jurídico, puede ser tutelado por normas de derecho privado o por normas de Derecho público.
 - Un mismo bien jurídico puede ser tutelado por normas de derecho privado y público.
 - Cuando un bien jurídico es tutelado por el derecho penal, es en primer término por la alta valoración que socialmente tiene dicho bien.
 - El segundo término cumple el principio de última ratio del derecho penal.

⁷⁹ Gómez Benítez, José Manuel: Sobre la teoría del "Bien Jurídico" (aproximación al ilícito penal), Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 69, otoño, 1983, p.90.

⁸⁰ Utilizaremos el término objeto, no en el sentido material de la connotación, sino como circunstancia digna de consideración en la esfera psíquica de la colectividad o de él individuo, para evitar el término interés que es generalmente asociado a satisfactor de necesidades.

⁸¹ La valoración colectiva corresponde a un periodo de desarrollo de una cultura y a determinado ámbito territorial, entre otros elementos. Por ejemplo en un sistema capitalista, individualista como el nuestro el patrimonio es de mayor valor que la libertad sexual, así lo muestran los artículos del Código Penal Federal 365 BIS. "Al que prive ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión .", y 366. "Al que prive de la libertad a otro se le aplicará: I. De quince a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de: a) Obtener rescate.

- La valoración de que un mismo bien sea tutelado por otra rama del derecho y el Derecho penal, responde a la forma del ataque.
- No existe cuerpo del delito que no tutele un bien jurídico.
- Todo Bien Jurídico, tiene un titular.
- Existen valores, con rango de Bienes Jurídicos personales y valores colectivos o sociales.
- Aún las llamadas normas en blanco que tutelan derechos difusos, existe un titular, "la humanidad"

VI. LA VÍCTIMA COMO ACREEDOR DE LA OBLIGACIÓN DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Albin Eser que señala que: "A diferencia del imputado, que en cierto modo constituye la figura central del procedimiento penal, ya que todo gira en torno a su culpabilidad o inculpabilidad, el ofendido es, en el fondo sólo una figura marginal."⁸²

"...reforzar el papel que de la indemnización, que de simple reparación del daño podría constituirse en un medio de aproximación de la víctima al delincuente (Beristain) o, incluso, de eficaz y no marginador sustitutivo de la pena (Hulsman)."⁸³

Hirsh señala que: "...existen numerosos delitos carentes de víctima, como por ejemplo delitos que afectan a la generalidad y la tentativa punible. Ya que en estos casos por su misma naturaleza fracasa la posibilidad de una compensación autor –víctima y por ello no se puede prescindir de la pena estatal."⁸⁴

⁸² Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 196

⁸³ Mapelli Cafarena, Borja – Terradillos Basoco, Juan., "Las consecuencias jurídicas del delito", Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 237.

⁸⁴ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Págs. 58, 59.

A esta idea nos oponemos ya que también creemos en la existencia de víctimas indeterminadas

La norma fundamental refleja el modelo de Estado Social y Democrático, estableciendo límites a través de las Decisiones Políticas Fundamentales, sería inconcebible que se desprendan de la norma fundamental descripciones punitivas que no sean coherentes con éste modelo, por tal razón tanto la teoría de la pena, como la teoría del delito tendrán que desarrollarse acorde a dicho modelo, sin embargo esto no quiere decir que la Carta Magna tenga que enunciar Bienes Jurídicos para que el sistema penal establezca su tutela a través del orden punitivo. Si bien es cierto que la Ley Suprema establece límites al *ius puniendo*, en las decisiones políticas fundamentales, no menos cierto es que existe una política criminal, encargada de interpretar fenómenos y necesidades de la sociedad. El Poder Legislativo de un Estado debe al momento de la creación de normas punitivas adecuar la interpretación de la política criminal al modelo estatal.

VII. VÍCTIMA DEL DAÑO MATERIAL.

Si aceptamos que el daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una persona y que la víctima es el titular del bien jurídico, tutelado por la norma, existirá víctima de daño moral, siempre que el objeto de tutela de la norma penal sea directa o indirectamente bienes que sean susceptibles de valoración pecuniaria.

VIII. VÍCTIMA DEL DAÑO MORAL.

La víctima del daño moral es quien reciente directamente en su esfera psíquica un detrimento, menoscabo o sufrimiento a consecuencia del ataque a un bien jurídico del cual es titular. El concepto de víctima del daño moral es mucho

más amplio que el de la víctima del daño material, ya que todo bien jurídico patrimonial o no implica una valoración en la psique del individuo y no todo bien jurídico se encuentra dentro del patrimonio. El problema de acortar el círculo de personas afectadas por un daño moral que no en pocas ocasiones a todos aquellos que conocieron el delito⁸⁵ puede resolverse estableciendo dos condiciones: a) La titularidad del bien jurídico tutelado por la norma, transgredida y, b) el impacto psicológico determinado por la forma del ataque y el valor transgredido.

IX. AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA DEL DAÑO MORAL RESPECTO A LA VÍCTIMA DEL DAÑO MATERIAL.

En todo delito existe un valor social resguardado por la norma, aún en los delitos de riesgo en los que se resguarda la seguridad jurídica, pero no siempre estos bienes responden a un interés de carácter patrimonial. En forma acertada el derecho se amplía cada vez más, dirigiéndose sobre intereses que trascienden el ámbito material, pero que tienen repercusiones tan trascendentes como la vida social a través del reconocimiento de sus normas jurídicas.

Octava Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: VII. Abril de 1991

Tesis: I. 3º.C. 346 C

Página: 169

DAÑO MORAL. FUNDAMENTACIÓN DE SU CUANTIFICACIÓN. A diferencia de los daños y perjuicios de naturaleza material causados según las

⁸⁵ Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., "Las consecuencias jurídicas del delito", Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 237.

circunstancias a que se alude en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, que debe repararse a elección de la víctima u ofendido restableciendo el estado de cosas que tenía antes de la causación del daño cuando ello sea posible o en el pago en dinero equivalente a los daños y perjuicios o bien, en la hipótesis de que el daño recaiga en las personas y produzca la muerte o incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo que dispone la Ley Federal del Trabajo en su parte relativa, porque así lo dispone expresamente el segundo párrafo del artículo 1915 de dicho ordenamiento sustantivo, la reparación del daño que define e instituye el primer párrafo del artículo 1916 del citado Código Civil, debe hacerse de acuerdo a las prevenciones contenidas en los diversos párrafos de dicho artículo y especialmente en lo que concierne al monto de la indemnización, de acuerdo a la disposición contenida en el cuarto párrafo de dicho artículo. **La anterior determinación se funda en la naturaleza inmaterial del daño moral que es diferente a los daños y perjuicios derivados de lo que la doctrina y la ley denominan responsabilidad objetiva. Por eso la ley estableció la procedencia de la indemnización pecuniaria tratándose de la causación de los daños morales, independientemente de la circunstancia de que se hayan causado o no daños materiales, es decir, instituyó la autonomía del daño moral al que se ha hecho referencia.**

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6185/90. José Manuel González Gómez y otra. 28 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

X. CONCEPTO DE OFENDIDO.

Si aceptamos que la víctima es quien recibe directamente en su persona las consecuencias del ataque al bien jurídico tutelado por la norma penal y que entre la conducta prohibida por el derecho y ejecutada por el sujeto activo, se produce un sufrimiento derivado del ataque al valor que tutelaba la norma, debemos considerar que ese sufrimiento, trasciende a la sociedad que determina los valores que han de tutelarse. El concepto de ofendido resulta del sufrimiento producto del nexo causal entre victimario (su actuar) y víctima (titular del bien jurídico), en el cual las personas que se vinculan afectiva y jurídicamente a la víctima adquieren determinados derechos en el proceso penal. En realidad el derecho penal tutela esa relación afectiva al considerar a la parte ofendida y se limita por el vínculo jurídico (el grado de parentesco o la relación de concubinato reconocida por el derecho).

XI. DIFERENCIA ENTRE VÍCTIMA Y OFENDIDO.

La diferencia real entre víctima y ofendido se basa en la titularidad del bien tutelado por la norma. El derecho de la víctima surge de la tutela de bienes jurídicos, el derecho del ofendido deberá surgir de la reacción social contra valores que a todos interesan. En el mismo tenor de ideas puede considerarse que la participación en el proceso para víctima y ofendido deberá ser distinta. La víctima podría ofrecer pruebas directamente a la juzgadora, actuando por propio derecho y el ofendido a través de la representación social del Ministerio Público.

XII. EL PAPEL DE LA VÍCTIMA Y EL OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL.

Muchas son las voces que se alzan en las últimas dos décadas en contra de una sobrevictimación en la etapa procesal, y esto es producto de una tendencia de la criminología y la naciente victimología. Ya desde el año 1900 Garofalo y Prins,

con ocasión del VI Congreso Penitenciario en Brúcelas, pidieron que en el futuro todos los países de Europa considerasen la reparación a la víctima como una pena alternativa a la privativa de la libertad.⁸⁶

Señala B. J. Maier: "Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra en el sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *statu quo ante* –o a la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla por ello de una "expropiación" de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho penal, sobre todo la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima"⁸⁷

Indudablemente el papel de la víctima a repunteado considerablemente en las últimas dos décadas como ya lo enunciamos tanto en declaraciones y pactos internacionales, como en la legislación local, el problema de el rol de la víctima en la etapa procesal como un solo instrumento de prueba deriva como ya lo señaló el autor antes citado de la Teoría del Estado, y en particular de la dogmática penal que en la actualidad se debate entre si la reparación deberá ser o no objeto de la pena, es decir la cuestión es determinar a través de una simulada política criminal, cuales son las pretensiones sociales de la pena.

⁸⁶ Antonio Berinstain. "Victimología. Nueve Palabras Clave". Ed. Tirant la Blilanch. Valencia 2000. Pág. 49.

⁸⁷ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "De los Delitos y de las Víctimas", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Págs. 185-186

Existe una oposición que resulta casi reaccionaria en cuanto a una nueva orientación de la dogmática en la integración de los intereses de la víctima como la de Hans Joachim Hirsch quien señala: "No se debe tratar de ampliar las facultades del ofendido a costa de los justos derechos y garantías procesales del autor, ni de reducir el Derecho penal a un conflicto entre autor víctima, ni de reemplazar la pena estatal por prestaciones expiatorias al ofendido, ni de tornar borrosa la diferencia entre derecho penal y Derecho civil resarcitorio."⁸⁸

Pareciera que el problema de la víctima es haber llegado tarde a la repartición de garantías en el Derecho penal moderno o, como si la dogmática determinara el rumbo que deberán tomar las reacciones sociales dadas de un orden normativo y su política criminal.

Afortunadamente en contra de estas posiciones se a logrado tanto en la legislación local, federal como internacional el reconocimiento de una serie de garantías procesales a favor de la víctima. La múltiples ves citada Resolución 40/34 de la ONU señala en sus apartados al respecto:

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de justicia y una pronta reparación del daño que halla sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán 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 la víctima de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

⁸⁸ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Juho B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "De los Delitos y de las Víctimas", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 128.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a la necesidad de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema internacional de justicia penal correspondiente;

c) Presentando asistencia adecuada a la víctima durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas,

e) Proteger su intimidad en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; y

f) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

El artículo 17 Constitucional a consagrado desde 1917 el derecho a que se administre justicia a los ciudadanos, incluyen a las víctimas del delito (Garantía de la víctima de invocar justicia). Al señalar:

Art. 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las recientes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto a las garantías concedidas a la víctima en el Apartado B del artículo 20⁸⁹, han generado en el ámbito de la procuración de justicia mayor consideración para víctima, se ha insertado en los Códigos Penales de varios

⁸⁹ El Artículo 20 Constitucional en su Apartado B, señala las siguientes garantías para la víctima.

B. De la víctima o el ofendido.

I. Recibir accesoria jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; (*Garantía de la víctima de ser informada en el proceso de sus derechos y la garantía de asistencia jurídica*)

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes; (*Garantía de la víctima de instituirse en parte del procedimiento*)

III. Recibir desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; (*Garantía de asistencia médica a la víctima*).

IV. Que se repare el daño. En los casos que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria; (*Garantía de restitución de bienes a la víctima y Garantía de indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito y reclamados en el juicio*)

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar la sentencia en materia de reparación del daño.

V. Cuando la víctima o el ofendido sean mayores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley (*Garantía de seguridad jurídica de la víctima*); y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio. (*Garantía de seguridad jurídica de la víctima*)

Estados de la República el procedimiento de mediación⁹⁰, el cual se resuelve atendiendo los intereses y necesidades de la víctima.

La Procuraduría de Justicia del Distrito Federal a creado una serie de órganos como son: la Subprocuraduría de Atención a Víctimas Del Delito y Servicios a La Comunidad⁹¹, el Centro de Terapia de Apoyo a Víctimas de delitos sexuales (CTA)⁹² el Centro de Atención Victimológica y de Apoyo Operativo (CIVA)⁹³, el Centro de Apoyo de Personas Extraviadas y Ausentes (CAPEA)⁹⁴ y el Centro de Atención a Riesgos Victimales y Adicciones (CARIVA)⁹⁵, la Dirección General de

⁹⁰ El Apartado séptimo de la Resolución 40/34 marco una tendencia a la incorporación de mecanismos de justicia alternativa, la cual fue acogida por la legislación nacional, dicha resolución señala: "Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de la víctima.

⁹¹ La Subprocuraduría tiene como objetivo atender y brindar apoyo a la ciudadanía cuando sea objeto de algún hecho delictivo relacionado con personas extraviadas o ausentes, violencia familia, delitos sexuales, violentos o adicciones, así como establecer vínculos de participación entre la población capitalina y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, con el propósito de difundir los conceptos de derecho y responsabilidad de las tareas de impartición y procuración de Justicia. Como su nombre lo indica, Atención a Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad, ofrece a las víctimas y a sus familiares. apoyo y atención especializada, psicológica, social, médica y jurídica.

⁹² objetivo es brindar atención integral y especializada a quienes han sido afectados por delitos sexuales. por medio de orientación general, apoyo psicoterapéutico, elaboración de impresiones diagnósticas, asesoría, seguimiento y asistencia jurídica, así como la participación y asistencia médica, contando para ello con un equipo interdisciplinario de Trabajadoras Sociales, Peritos, Psicólogas Clínicas, Abogados y Médicos.

⁹³ Su Objetivo es administrar la atención psicológica a generadores de violencia familiar, voluntarios y sentenciados, así como apoyo operativo a los Centros de Atención para el buen funcionamiento de sus atribuciones, realizando además, evaluación de los programas que permitan establecer políticas de atención en materia victimológica, apoyando en materia de difusión, a través de la inducción hacia una cultura de asistencia victimal y en materia de informática con la elaboración de informes, reportes estadísticos, perfiles sociodemográficos y psicosociales. proporcionando y supervisando el auxilio a víctimas de primer nivel en las Coordinaciones Territoriales de Seguridad Pública y Procuración de Justicia.

⁹⁴ Su objetivo es intervenir en los casos de extravío o ausencia de personas, mediante una denuncia de hechos. que permita llevar a cabo una investigación sistemática e integral con profesionales de diversas disciplinas para la búsqueda y localización oportuna de las mismas.

⁹⁵ Su objetivo es coordinar e implementar el conjunto de acciones encauzadas a proporcionar la atención jurídica, médica y psicoterapéutica a las víctimas directas del uso indebido de drogas o sustancias, que han desarrollado una dependencia física o psicológica a éstas, o que abusan de las mismas sin haber desarrollado todavía una adicción, con la finalidad de que disminuyan y/o detengan el consumo, coadyuvando así al desarrollo y fortalecimiento de la autoeficiencia personal y a mejorar su calidad de vida.

Atención a Víctimas del Delito⁹⁶ y, el Centro de Apoyo Socio-jurídico a Víctimas de Delito Violento (ADEVI)⁹⁷

Existe en materia internacional una serie de documento que tutelan indirectamente los intereses de la víctima como lo son:

- o La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Establece la obligación por parte de los gobierno a impartir justicia pronta y expedita.
- o Declaración de los Derechos del Niño. Ginebra 1924.
- o Declaración de los Derechos del Niño. Naciones Unidas, 1959.
- o La Convención Americana sobre derechos Humanos o Pacto de San José de 1969. Señala la obligación de los Estados de adoptar medidas para la protección de los Derechos Humanos.
- o El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador de 1966.
- o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre de 1966; puesta en vigencia en 1976.
- o Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales . Diciembre de 1966; puesta en vigencia en 1976.
- o La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965.
- o La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.
- o La Convención sobre los derechos del niño de 1989.
- o La Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1950.
- o La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.

⁹⁶ La Dirección General de Servicios a la Comunidad brinda con oportunidad a la ciudadanía la información y la orientación jurídica sobre la Procuraduría

⁹⁷ Su objetivo es brindar a las víctimas de delito violento, servicios especializados en materia jurídica, psicológica y social, así como a sus familiares, además de realizar acciones conducentes a la obtención de la reparación del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que como consecuencia del delito sean necesario para la recuperación de la salud de la víctima y el resarcimiento de los prejuicios ocasionados.

- o La declaración de los Derechos del Niño de 1959.
- o Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1975.
- o Reglas de Beijing sobre justicia de menores. Resolución 40/33. Asamblea General de Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985.
- o La Declaración sobre el Progreso y Desarrollo Social de 1969.
- o Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 21 de noviembre de 1969; entro en vigor el 18 de julio de 1978.
- o La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986.

Generalmente en el proceso penal son consideradas en todo momento las garantías del inculpado como tema central, sin embargo poco son recordadas las garantías que se le otorgan a toda persona, no sólo por la Constitución Política de la República, sino por los pactos Internacionales que son firmados y ratificados y que muchas son las ocasiones en que en detrimento de estas se resguarda sólo el interés del inculpado. Un ejemplo de esto puede ser el caso en que un menor de edad es víctima de un abuso sexual que le produce una profunda afectación psicológica y sin embargo es careado con su agresor porque es una de sus garantías el derecho a ser careado con su acusador, sin importar que existan tratados internacionales, garantías constitucionales, leyes locales de orden público que tutelen su normal desarrollo psico-sexual.

Pese a las reformas antes señaladas inclinadas a la humanización de esta figura la víctima juega sólo un papel de coadyuvante con el Ministerio Público, cuya función objetivamente no es la defensa de los intereses de la víctima, sino los de la sociedad, la sociedad se identifica con sus normas y el interés del Ministerio Público es el estricto cumplimiento del marco normativo, por cierto, un marco normativo que no considera mucho los intereses de la víctima.

La víctima en la etapa de Averiguación Previa sufre una pérdida de tiempo una sensación de indefensión y soledad.

CAÍTULO TERCERO.

DAÑO MORAL

*"La pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra,
en lo posible, sin causar una segunda"*

Karl Binding

I. CONCEPTO DE DAÑO.

Actualmente, la figura del daño moral está ganando muchos más adeptos en el compendio jurídico de los países latinoamericanos, debido a las múltiples demandas ganadas en los países anglosajones. Sin embargo esta figura tiene sus orígenes en la doctrina francesa, en la que fue denominada por los juristas franceses como: "*Domages Morales*".

Destacamos que daño es aquel mal o perjuicio producido a una persona o bien. Moral es la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano.

El daño en materia penal es la consecuencia del delito que trasciende al individuo (sujeto pasivo), a los perjudicados (directos) y a la sociedad en su conjunto.

El concepto de daño puede ser comprendido con dos significados de distinta extensión: 1) en sentido amplio hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; 2) en sentido estricto la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera -en determinadas circunstancias- una sanción patrimonial.⁹⁸ La primera de estas posiciones es la adoptada por nuestro código civil, en cuanto a la segunda, es una

⁹⁸ José Alberto Garrone. "DICCIONARIO MANUAL JURÍDICO." ED. ABELEDO -PERRROT. Primera reimpresión. Buenos Aires.

postura reduccionista, ya que se evalúa el daño en tanto que produzca un menoscabo patrimonial, una "lesión patrimonial". Para señalar como inconclusa esta última definición es necesario mencionar la definición de patrimonio de Rojina Villegas que se refiere al patrimonio como: "Como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho."⁹⁹ Cuando se hace referencia a una lesión patrimonial, se reduce a un sentido pecuniario, en cambio la primera definición al señalar que hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo permite una definición mucho más amplia, claro que cuando se plantea la reparación del daño civil o penal indudablemente tiene que existir una valoración monetaria en cuanto a que los daños repercuten en el patrimonio, aunque no debemos negar que la reparación como tal sólo existe para daños de carácter material y para los daños morales no existe, sino más bien un resarcimiento o indemnización.

El daño puede ser considerado como un hecho jurídico productor de unos determinados derechos, el más importante de los cuales es el derecho al resarcimiento. Además para que el daño sea jurídico tiene que existir una relación de alteridad entre la persona sobre la que recae y la que tiene la obligación de resarcir.¹⁰⁰

Otro concepto de daño es el proporcionado por el autor español René A. Padilla quien señala que "consiste en el menoscabo sufrido por el damnificado al lesionarse como resultado de una acción contraria a la norma jurídica, un interés jurídicamente protegido cuyas consecuencias se imputaran al responsable."¹⁰¹

En el derecho civil común se entiende por daño el mal padecido por una persona o causado en una cosa a consecuencia de una lesión directa que recae

⁹⁹ Rafael Rojina Villegas. "Compendio de Derecho Civil" Tomo II. Bienes Derecho Reales y Sucesiones. Ed. Porrúa. México 1997.

¹⁰⁰ Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Murcia. Número 9. España 1986. Artículo: Aspectos de la Responsabilidad Civil, con especial referencia al Daño Moral.

¹⁰¹ René a. Pádilla. "SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL" ED. ABELEDO PERROT. BUENOS AIRES. 1997
Pág. 38.

sobre ella; y perjuicio es la ganancia o beneficio, cierto y positivo que ha dejado de obtener.¹⁰²

En la Definición del autor español De Cupis¹⁰³ el daño es una disminución que se opera en los bienes de una persona (en el patrimonio o haberes), pero estos debemos entenderlos no en el sentido económico contable sino vital.

Una forma didáctica de esquematizarlo del mismo autores es el siguiente esquema:



II. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal lo define como: "... la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulneren o menos caben ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

El concepto de daño moral que opera en materia civil es inaplicable en materia penal, porque no existe artículo alguno que permita la aplicación supletoria

¹⁰² DE CUPIS, " Fatti illeciti (en Trattato de Diritto civile)" Milano 1961 p. 17

¹⁰³ Op. Cit. Pág 17.

del Código Civil, en segundo termino existe jurisprudencia que niega esta supletoriedad. El artículo en comento nos permite independientemente de ser una definición casuística, observar implicaciones de este concepto:

1) La afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos. Implica la tutela de la esfera psicológica del individuo.

2) La consideración que de sí misma tienen los demás. Implica la trascendencia del daño a la esfera social.

3) Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulneren o menos caben ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. En relación a la naturaleza subjetiva e inmaterial, la dificultad de provanza por la que se establece la presunción, existe un ataque que por su naturaleza es difícil tazar el impacto real.

Para Díaz Picazo y Gullon¹⁰⁴ el daño moral es la "lesión o violación de los bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a ellos tengan también repercusiones en el patrimonio.

Una clasificación interesante del daño moral atendiendo al bien sobre el que se atente¹⁰⁵ es la siguiente:

1. Atentados a los derechos de la personalidad. Algunos ejemplos de éstos son: el nombre, al honor, a la vida profesional. (los derechos de la personalidad son considerados irrenunciables, imprescriptibles e inalienables).

¹⁰⁴ "Sistema de Derecho Civil". Vol II. 4ª. Ed. Madrid 1983, Pág. 623.

¹⁰⁵ ANALES DE DERECHO. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Murcia. Número 9. España 1986. Artículo ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO MORAL, PÁG. 57.

2. Atentados a los afectos. "Se alude a la pérdida de gozos de la vida. Si una persona sufre un daño físico, pierde su plenitud y en consecuencia, se ve privada también de actividades y formas de gratificación de que gozaba antes del evento dañoso."¹⁰⁶ Un ejemplo: Un hombre que es casado sufre un accidente a consecuencia de éste queda hemipléjico, por lo tanto imposibilitado de actividad sexual indudablemente esto repercute en la relación con su esposa.

3. Atentados corporales. Un caso de éstos es el de el delito de secuestro, el sentimiento de inseguridad que produce en la víctima, el tiempo que dura el cautiverio, y la posterior psicosis que seguramente afecta a las víctimas de éste más allá de tratamientos psicológicos, le niega la posibilidad de desplazarse de un lugar a otro sin temor. Esto puede ser un impedimento laboral y puede tener repercusiones económicas.

4. Daños morales diversos. Un ejemplo sería el sentimiento de culpa, la emoción provocada a una mujer en cinta por el accidente en que su marido a sido víctima y haya causado su aborto involuntario.

Derecho Comparado. Jurisprudencia Internacional

La jurisprudencia francesa ha establecido que daño moral, es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima sin repercusión patrimonial aunque importando una disminución de los atributos o facultades morales de quien sufre el daño.

La jurisprudencia argentina pronuncia que daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre

¹⁰⁶ Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Director Julián del Campo. Artículo: "La Reparación de los Daños a la Persona". Autor. Salvador Julio Postiglioni. Noviembre de 1995. Tomo 55.

que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.

La de Colombia considera que daño moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

Cabe señalar que el criterio que margina el daño moral en estos conceptos internacionales es la afectación anímica o espiritual que tiene un carácter estrictamente subjetivo.

Daño Moral es pues, aquel perjuicio sufrido en la esfera psíquica y social del individuo, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

II.1 NATURALEZA DEL DAÑO MORAL

El daño moral es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador. El límite de la afectación la encontramos en la tutela de bienes jurídicos.

Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos

derechos. Ello no implica que cualquiera persona podrá interponer una demanda por daño moral, sólo podrán impetrarla las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales así como los perjudicados.

Para que no haya escepticismo al respecto, aclaramos que si una persona es afectada directamente por la ilegalidad de un acto, puede apersonarse en el proceso para solicitar su reparación. Igualmente las personas que a raíz de un acto u omisión ilegal sean afectados indirectamente, por su relación con el perjudicado, podrán interponer el citado proceso.

Algunos autores han establecido que únicamente las personas naturales podrán interponer este tipo de demandas, ya que las jurídicas no son susceptibles de percibir una acción afectiva. Sin embargo otros afirman, que si bien es cierto no son capaces de tener sentimientos, sí tienen lo que se conoce como respetabilidad, honorabilidad y prestigio, Por lo cual, a criterio de la mayoría de los filósofos del derecho, bien puede demandar, una persona jurídica por daño moral.

II. II ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual la prueba del daño moral es "*in re ipsa*". Es decir se lo tiene por probado por la sola ocurrencia de la acción antijurídica; quien niega la existencia del agravio moral asume –en este caso– el *onus probandi* correspondiente

III. NATURALEZA JURÍDICA.

Señala el artículo 34 del Código Penal Federal que: "La reparación del daño proveniente del delito que deba ser hecha por el delincuente **tiene el carácter de pena pública...**

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil..."

Así mismo el artículo 29 del Código Penal del Estado de México señala: "La reparación del daño proveniente del delito que deba de cubrir el sentenciado **tiene el carácter de pena pública...**

Y el artículo 27 a su vez señala: "La reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil...

Francisco González de la Vega señala que la reparación no es sólo de interés público sino de orden público¹⁰⁷

IV. CARACTERÍSTICAS:

Las características del daño moral son totalmente opuestas a las del daño material, ampliamente reconocidas y estudiadas por el derecho y desprendidas del sistema capitalista del que emerge el daño material. Por tal razón los jueces, incluso en la práctica niegan la existencia de los daños morales, y en el mejor de los casos reconocen su existencia si en razón de estos se produjo un daño material. La principal distinción entre daño material y daño moral radica en estas características.

IV.I INMATERIALIDAD.

La naturaleza del daño moral es evidentemente subjetiva e inmaterial, es importante para ésta calificación su separación del daño material que genera una serie de confusiones entre ambas figuras. En lo que la primera ocurre en la psique del individuo la segunda produce sus efectos en el mundo material y puede presentarse en forma tangible y evidente a los ojos del juzgador, es susceptible de

¹⁰⁷ El Código Penal Comentado. 7ª ed., México, 1985, pág. 118.

prueba, la segunda tiene manifestaciones en el animo del individuo y de la comunidad en la que se desarrolla. Pese a la dificultad de su probanza puede traer aparejada consecuencias materiales aún más graves de las que pueda acarrear el daño material directo, un ejemplo de ello puede ser el de la víctima de un secuestro, que además fue victima de un delito sexual en el tiempo de su cautiverio. Materialmente se puede calcularse el daño presente y el futuro como los salarios que dejó de percibir durante su cautiverio y la perdida del empleo, pero innumerables e incalculables pueden ser los daños morales que sufre la víctima de tales delitos y que tendrán como consecuencia daños futuros materiales que no han quedado calculados o previstos, quien sufre éste tipo de daños puede presentar una psicosis que le impide desplazarse libremente, esto a su vez puede imposibilitarlo emocionalmente, lo puede privar de placeres como disfrutar de un concierto en un lugar lejano a su hogar, las víctimas de delitos sexuales pueden o no tener problemas en cuanto a su relación de pareja y ser privados de un placer de la vida, pero no necesariamente ocurre de la misma forma con todos los seres humano. El normal desarrollo mental y espiritual de cada persona depende de condiciones socio-culturales y hasta económicas de su medio de desarrollo y lo que puede afectar a un individuo es probable que a otro no, por eso es importante garantizar el conocimiento de todos los elementos necesario al juzgador para que en un criterio de equidad y prudencia en forma discrecional lo determine sin que el daño moral sea confundido con el daño material, pero evaluando las probables repercusiones futuras materiales que puede acarrear el daño moral.

Este argumento se puede sostener con el siguiente criterio.

"Sexta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Seminario Judicial de la Federación

"Volumen: LXXIV, Segunda Parte

"Página: 22

"DAÑO MORAL. LA FALTA DE PRUEBA SOBRE EL DAÑO MATERIAL, NO IMPIDE AL JUZGADOR FIJAR UNA INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE LA VÍCTIMA.- la falta de pruebas sobre el daño material, no impide al juzgador fijar una indemnización por el daño moral a favor de la víctima. En efecto, el daño moral no puede valorizarse exactamente. Su reparación económica no es posible medirla con precisión, y su monto o importancia pecuniaria no puede quedar sujeto a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una venganza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización mediante un juicio prudente, tomando en cuenta la capacidad del obligado, la naturaleza del daño y las constancias relativas que obren al proceso.

Sirve de apoyo a lo anterior, el siguiente precedente:

"Séptima Época

"Instancia: Tercera Sala

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación

"Volumen: 217-228, Cuarta Parte

"Página: 98

"DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO.- Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia de el dolor, el sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

IV.II SUBJETIVIDAD.

La subjetividad como característica atiende a la reacción de un individuo ante determinadas circunstancias, que afectan su persona y su entorno. Los sentimientos experimentados por cada individuo ante un delito, dependen de la personalidad y carácter del sujeto, así como su capacidad reponerse de determinada lesión. El máximo acercamiento del juzgador al sentimiento que experimenta la víctima de un delito será a través de dictámenes periciales.

V. DERIVADA DE SU NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS, LA NULA O POCA POSIBILIDAD DE SU PROBANZA.

Indudablemente el papel de la víctima a repunteado considerablemente en las últimas dos décadas como ya lo enunciamos tanto en declaraciones y pactos internacionales, como en la legislación local, el problema de el rol de la víctima en la etapa procesal como un solo instrumento de prueba deriva como ya lo señalo el autor antes citado de la Teoría del Estado, y en particular de la dogmática penal que en la actualidad se debate entre si la reparación deberá ser o no objeto de la pena, es decir la cuestión es determinar a través de una simulada política criminal, cuales son las pretensiones sociales de la pena.

VI. DEFINICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

Art. 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien la consideración que de dicha persona tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad, o la integridad física o psíquica de las personas.

El artículo citado al señalar que: "Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad, o la integridad física o

psíquica de las personas" proporciona un marco amplio en cuanto a la calificación del daño moral ya que no lo limita a determinados derechos subjetivos sino que plantea la posibilidad de la calificación de éste en cuanto se vea afectada en forma ilegítima la esfera social, el ámbito externo en cuanto a el actuar del individuo (la libertad), la integridad física que no requiere de mayor precisión y psíquica. Finalmente sintetiza una concepción integral del ser humano, ámbito social, psíquico y físico, aspectos que un Estado Democrático debe proteger por sustentarse en el respeto a las garantías individuales y sociales

El autor Leonel Cáceres Hernández respecto a este artículo comenta "...esta enunciación de bienes jurídicos tutelados no es limitativa es enunciativa y genérica, en tanto que admite la analogía de bienes en cuanto a su conculcación; por eso Rojina Villegas y Borja Soriano, clasifican los bienes que tutela el daño moral en la relación con el patrimonio al que pertenece; el primero de los citados, en su obra Derecho civil Mexicano expresa "El daño moral es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales; honor, honra, sentimientos, y afecciones" y el segundo en su libro Teoría General de las Obligaciones, asienta: "Dos categorías se oponen claramente. Por una parte los que tocan a los que se han llamado la parte inicial de patrimonio del individuo y hieren a la persona en su honor, reputación, su consideración, por otra parte los que tocan a la parte afectiva del patrimonio moral, hieren a un individuo en sus afectos, por ejemplo del dolor experimentado por una persona a la muerte de un ser que le es querido"¹⁰⁸.

La regulación al respecto se encuentra en el Anexo I.

VII. FORMAS QUE PUEDE REVESTIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El término de responsabilidad civil se ha entendido en un sentido equívoco, restringiéndolo pura y simplemente a la sujeción del patrimonio del deudor. Esta

¹⁰⁸ Revista Locus regis actum" artículo "daño moral" Leonel Cáceres Hernández, Número 008, Nueva Época, Publicaciones Trimestrales. Villahermosa Tabasco. Diciembre de 1996. Pág. 48.

noción debe ser ampliada, ya que responder es algo que no solamente se refiere a las obligaciones patrimoniales.¹⁰⁹

Proceso Evolutivo de la Responsabilidad.

- a) La responsabilidad surge por un hecho dañoso sobre la cosa.
- b) Se amplía el concepto al poder recaer el daño sobre las personas.
- c) Surge la idea de intencionalidad, sobre la base de la buena o mala fe.
- d) El Derecho Canónico acentúa el principio de intencionalidad y reconoce el principio del daño causado por omisión.
- e) En las codificaciones modernas aparecen estos principios y toda la teoría de la responsabilidad se fundamenta en la culpabilidad.¹¹⁰

El estudio de la responsabilidad se divide entre responsabilidad contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil derivada del delito se regula por las disposiciones de la legislación penal. Existe cierta unanimidad en afirmar que la llamada responsabilidad civil delictual no constituye una figura distinta a la responsabilidad civil extracontractual. Cuando el deber de reparar recae en terceros se tramita como incidente.

¹⁰⁹ ANALES DE DERECHO. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Murcia. Número 9. España 1986. Artículo: ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO MORAL. PÁG. 41.

¹¹⁰ Op. Cit. Pág. 46.

VII.I. RESTITUCIÓN.

Restitución significa devolver la misma cosa en el estado en que se encontraba antes de la comisión del delito¹¹¹

VII.II. INDEMNIZACIÓN.

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero¹¹²

VII.III. REPARACIÓN DEL DAÑO.

“Las reparaciones consisten en obligaciones de dar, hacer o no hacer, que el Juez o el Tribunal establecerá, atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del civilmente responsable. También determinará el Tribunal si las obligaciones han de ser cumplidas personalmente por el obligado o si pueden ser ejecutadas a su costa.”¹¹³

IV. PRESUNCIÓN LEGAL.

En materia civil como ya lo hemos señalado, es un acierto que su legislación establezca la presunción multi citada, como ya lo hemos señalado la reparación del daño moral es una cuestión subjetiva que no es posible acreditar, ni mucho menos estimar su monto mediante elementos de prueba corpóreos, tangibles, comunes como los establecidos por la ley Procesal; pero, tratándose del ataque a bienes jurídicos de alta estima, como son los tutelados por el derecho penal y que

¹¹¹ Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., “Las consecuencias jurídicas del delito”, Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 239.

¹¹² Op. cit. Pág. 240.

¹¹³ Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., “Las consecuencias jurídicas del delito”, Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 239.

influye la forma del ataque para su regulación penal y siendo facultad del juzgador apreciarlo según su prudente arbitrio, y como consecuencia, la de imponer la sanción pecuniaria que estime adecuada por dicho concepto.

Al respecto citamos las siguientes tesis:

Amparo directo 3578/65. Inocencio Aguirre Jiménez. 7 de diciembre de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Volumen XC, Segunda Parte, Pág.19. Amparo directo 3901/63. Flavio Ramírez Martínez. 7 de agosto de 1964. 5 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la federación.

Parte: XC, Segunda Parte

Tesis:

Página 19

DAÑO MORAL. SU PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES.

Tratándose de los delitos sexuales, el daño moral debe considerarse probado, aún cuando no se aporte en éste respecto elemento alguno de prueba en los autos, dado que va implícito en la consumación del acto carnal realizado en la persona de la víctima, quien indudablemente reciente perjuicios al ser lesionados su honor y dignidad, que constituyen valores morales de los más preciados para la mujer ante sí misma y ante la sociedad que indefectiblemente afectan su vida de relación, quedando el problema de la fijación del monto de la reparación correspondiente a la prudente apelación del juzgador. **TENIENDO EN CUENTA LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL ACUSADO** y las condiciones materiales de la ofendida.

Amparo directo 3901/63. Flavio Reyes Martínez. 7 de agosto de 1965. 5 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: LXXIV, Segunda Parte.

Tesis:

Página: 22.

V. REQUISITOS NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA.

El artículo 1916 BIS, párrafo segundo señala: "quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente que le hubiere causado tal conducta". Esto implica consecuentemente la infracción de la norma y la perturbación a la esfera jurídica del gobernado. Consecuentemente con éste concepto se cita la siguiente jurisprudencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado en su jurisprudencia los requisitos necesarios para que proceda la reparación del daño moral a saber:

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN. De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos **para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consiste en que se demuestre que el daño se ocasiono y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito.** La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevo a cabo una conducta ilícita, sino se demuestra que

esta produjo daño, pero no que fue la consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto no es exacto que después de la reforma del 1º. De enero de 1983, del artículo 1916 del Código Civil se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos ilícitos; por el contrario al entrar en vigor el artículo 1916 Bis, se precisaron con claridad los elementos que requieren para que la acción de reparación del daño moral proceda".

Octava Época.

Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Gaceta del Seminario Judicial

De la Federación. Tomo 85, Enero de 1995.

Tesis 1.5º. C J/39. Página 65.

VI. LA INCORRECTA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA PENAL.

No existe disposición expresa que permita la aplicación de disposiciones civiles en materia penal, el Derecho penal es de estricto derecho y no permite aplicación analógica o por mayoría de razón, como consecuencia de ello citamos la siguiente tesis:

El artículo 17 constitucional prohíbe la aplicación de penas, "por simple analogía y aún por mayoría de razón... que no estén decretadas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. No existe disposición penal alguna que nos remita al Código Civil para fijar dicho monto, puesto que el artículo 47 del Código y 556 del Código de Procedimientos Penales, únicamente hace alusión a la aplicación supletoria de la Ley Federación del Trabajo.

VII. NECESIDAD DE UN CONCEPTO DE DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL.

El término daño es en nuestro léxico jurídico, sinónimo en lo civil y en lo penal. En el plano subjetivo se ha tratado de delimitar el daño penal y el daño civil, reservando el primero para los daños dolosos y el segundo para los imprudentes.¹¹⁴ La primera afirmación, por la que se equiparan el daño civil al daño penal que hace el autor español Jorge Barreiro es aplicable al sistema jurídico mexicano ya que el Código Penal para el Distrito Federal en su numerales 30 (Las penas que se pueden imponer por los delitos), 37 (referente a las sanciones pecuniarias)y, 42 (alcance de la reparación del daño), no hace ninguna distinción de la pena en cuanto a los delitos dolosos y culposos, anteriormente el Código Penal de 1931 señalaba en su numeral 36 "Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos culposos, el Ejecutivo local reglamentará sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial la forma en que administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación". De el artículo citado se podía afirmar que tanto por delitos culposos, como dolosos se propiciaba un daño, incluyendo el daño moral.

Otra distinción que realiza la doctrina penal española es en cuanto a que el daño civil es más amplio que el daño penal ya que abarca tanto los daños materiales como los morales. Nuestro Código Penal Federal, ni el Código Penal para el Distrito Federal, ni el Código Penal del Estado de México, opera de la misma forma ya que en los artículos 30, 42 en su fracción III y 26 respectivamente contemplan la reparación de los daños materiales y morales.

Una posibilidad de diferenciarlos podría ser el nexo causal que une al sujeto con el resultado "Los daños y perjuicios¹¹⁵ deben ser consecuencia "inmediata" y "directa" de la falta de cumplimiento de la obligación; esto es,

¹¹⁴ "ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA ." Vol. II: Ed. Civitas 1995. Madrid España. Pág. 1899

¹¹⁵ Op cit.

establece una relación de causalidad necesaria entre el hecho del incumplimiento y los perjuicios generados.

XII. DISTINTOS PROCEDIMIENTOS PARA SU REPARACIÓN.

La acción civil y la acción penal nacidas de un mismo hecho pueden tener distintas suertes.

La reparación es, en virtud del artículo 37 del CPF, igual al empleado para cobrar multas. En otras palabras se trata de un procedimiento administrativo y no de una ejecución forzosa del derecho civil, además por lo dispuesto el artículo 41 se determina que es preferente la reparación del daño sobre la multa.

Elementos que deberán ser tomados en cuenta para establecer el monto del resarcimiento del daño.

- En el daño material:
 - Daño presente patrimonial.
 - Daño futuro patrimonial.

- En el daño moral:
 - La naturaleza del hecho culpable y el derecho agraviado.
 - Las facultades del autor.
 - La condición y situaciones personales del ofendido
 - El ámbito social, cultural y económico del ofendido.
 - La manera en que a sido afectado en sus actividades normales,
 - Consideración de los perjuicios físicos, psicológicos, materiales y sociales.

- No se debe marginar cualquier otra consecuencia lesiva derivada del delito,
- Repercusiones posibles, los placeres de la vida de los cuales quedará privado,
- Resarcimiento y no reparación de los elementos que tienen un carácter no patrimonial.
- Posibles repercusiones patrimoniales que pueden resultar posteriormente a partir del daño moral.
- Se deben tomar en cuenta las distintas formas en que se puede perpetrar el daño como son:
 - a) Daño actual.
 - b) Daño directo.
 - c) Daño eventual.
 - d) Daño futuro.
 - e) Daño imprevisible.
 - f) Daño indirecto.
 - g) Daño inmediato.
 - h) Daño material.
 - i) Daño mediato.
 - j) Daño moral.
 - k) Daño Previsto

XIII. MECANISMO PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO.

Quizá la más compleja tarea de las que encomienda la ley al juzgador sea en éste punto, la valoración de los daños morales; esto implica o plantea dos cuestiones fundamentales: como cuantificar el perjuicio en términos económicos y cómo hacerlo sin caer el riesgo señalado por Quintano, de convertir esta indemnización en una inmoral monetarización de bienes personalísimos.¹¹⁶

¹¹⁶ Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., "Las consecuencias jurídicas del delito", Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 240-241.

Lo que no podrá darse son reglas fijas para la valoración de la cuantía de la indemnización.

Las consecuencias del delito están vinculadas a la índole de la violencia sufrida, a las características de la personalidad de la víctima, a la relación de la familia y del medio social. Todas estas situaciones atenuarán la problemática victimológica o por el contrario la agravarán.¹¹⁷

CRITERIO

DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS PARA DETERMINAR SU MONTO, TRATÁNDOSE DE DERECHOS DE AUTOR. La autoridad a efecto de determinar el monto de la condena por concepto de reparación del daño moral, debe atender a lo dispuesto por el artículo 1916, cuarto párrafo del Código Civil para el Distrito federal de aplicación supletoria a la Ley Federal de Derechos de Autor, dispositivo legal que establece: "Art. 1916... El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.". Ahora bien, si el legislador reformó el contenido del artículo 1916 del código sustantivo citado, eliminando el porcentaje límite antes regulado en ese numeral para la reparación del daño moral, ello no implica la existencia de una laguna legal en la ley; sino que más bien esto implica que el espíritu o la intención del legislador fue, que el juzgador conforme a los elementos que debía observar establecidos en el numeral mencionado determinará discrecionalmente y conforme a su arbitrio el monto según el caso concreto al que debía ascender la reparación del daño moral. Eliminando con ello el límite de la condena antes regulado, lo que es justificable en razón de que atendiendo a cada caso específico puede ocurrir que el daño moral causado a una persona sea mayor al daño material."

¹¹⁷ Hilda Marchiori. "CRIMINOLOGÍA" La víctima del delito. Ed. Porrúa. 2ª. Edición, México 2000. Pág. 5.

Octava Época. Instancia: OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIII-Marzo, Tesis1. 8º. C. Página: 339; y conforme a lo sostenido por el SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, en la jurisprudencia que a la letra dice; "DAÑO MORAL. FIJACIÓN DEL. De lo estipulado por el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal aplicable en materia federal a toda la República se concluye que **el monto de la reparación del daño moral debe ser fijado por el juzgador de la instancia de manera potestativa**, y sólo debe atender a los derechos lesionados, al grado d la responsabilidad, a la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso."

Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV-julio, Página: 527.

Jurisprudencia: "DAÑO MORAL. FUNDAMENTACIÓN DE SU CUANTIFICACIÓN. A diferencia de los daños y perjuicios de naturaleza material causados según las circunstancias a que se alude en el artículo 1913 del Código Civil para al Distrito Federal, que deben repararse a elección de la víctima u ofendido reestableciendo el estado de las cosas que tenían antes de la causación del daño cuando ello sea posible o en el pago en dinero equivalente a los daños y perjuicios causados o bien, en la hipótesis de que el daño recaiga en las personas y produzca la muerte o incapacidad total o permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo que dispone la Ley Federal del Trabajo en su parte relativa,, porque así lo dispone expresamente l segundo párrafo del artículo 1915 de dicho ordenamiento sustantivo, la reparación del daño moral que define e instituye el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil citado, debe hacerse de acuerdo a las prevenciones contenidas en los diversos párrafos de dicho artículo y, específicamente, en lo que concierne al monto de la indemnización, de acuerdo a la disposición contenida en el cuarto párrafo de dicho

artículo. La anterior determinación se fundamenta en la naturaleza inmaterial del daño moral que es diferente a los daños y perjuicios derivados de lo que la doctrina y la ley denominan responsabilidad objetiva. **Por eso la ley estableció la procedencia de la indemnización pecuniaria tratándose de la causación de daños morales, independientemente de la circunstancia de que se hayan causado o no daños materiales, es decir, instituyó la autonomía del daño moral a que se ha hecho referencia."**

Octava Época. Instancia. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII-Abril, Tesis: 1.3º. C. Pág. 169.

Se enriquece más la jurisprudencia con la española que determina, que la fijación del monto por daño moral es de asaz difícil fijación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, por cuanto corresponde atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso.

Cabe señalar que el criterio que margina el daño moral en estos conceptos internacionales es la afectación anímica o espiritual que tiene un carácter estrictamente subjetivo.

XIV. LA PRESUNCIÓN EN MATERIA PENAL.

El Art. 193 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala: "Se admitirá como prueba todo elemento de convicción que se ofrezca como tal, siempre que pueda constituir la ajuicio del juez. Cuando éste lo juzgue necesario podrá por cualquier medio legal constatar la autenticidad de esa prueba."

El Art. 206. Del Código Federal de Procedimientos Penales señala: "Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad Judicial lo estime necesario podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad."

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece como medio de prueba la presunción en su artículo 135 fracción VI, y las define en el artículo 245 señalando. "Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados.

El Art. 261, del mismo ordenamiento señala: "El Ministerio Público, los jueces y Tribunales según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el alcance natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciará en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena."

Una vez aceptada la presunción en materia penal, reconocido que todo delito implica el ataque a un bien jurídico, que implica un valor altamente reconocido por la sociedad, y producido en la esfera psíquica del individuo. Podemos señalar que Toda vez que se comete un delito se afecta la esfera valorativa social e individual es decir, la esfera psíquica de los individuos, en éste sentido señalamos las siguiente tesis.

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su GACETA

Tomo: XIV, Diciembre de 2001.

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño será fijada por los Jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, también lo es que tratándose de delitos de homicidio, al resultar claro que tal reparación no puede consistir en la devolución de la cosa obtenida con motivo del delito o en el pago de su precio, ni tampoco en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su comisión, toda vez que, por una parte, es imposible restituir la vida de una persona y, por otra, ésta tampoco puede ser valuada económicamente por no encontrarse en el comercio, lo que, a su vez, trae como consecuencia que no sea viable que los beneficiarios o derechohabientes puedan exigir el lucro cesante por una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial derivada de la muerte de la víctima, la aludida reparación debe circunscribirse al pago de una indemnización por los daños materiales o morales causados a que se refiere la fracción II del artículo 30 del propio código, siendo que es de reconocido derecho que los primeros si pueden ser objeto de prueba, al revestir un contenido económico patrimonial, y por tanto, objetivo, mientras que los segundos al no compartir esa misma naturaleza, deben sujetarse a reglas especiales de valoración. Ahora bien, si éste aspecto, el artículo 30, último párrafo, del mencionado código punitivo establece, de manera especial, que tratándose de delitos que afectan la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que

resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevé una indemnización equivalente a dos meses de salario mínimo, con la cual se pretende demostrar el daño moral, es inconcuso que de manera imperativa obliga al juzgador en éste tipo de delitos, a condenar a la reparación del daño, simplemente con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio, por lo que, en principio no es necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral, pues en éste supuesto encontraría plena aplicación en principio general contenido en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 30 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 30, último párrafo, sólo establece una base mínima a la cual deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización.

Contradicción de tesis 102/2000-PS. Entre la sustentada por los Tribunales Colegiados Segundo y tercero en Materia Penal del Primer Circuito. 13 de junio de 2001. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Tesis de Jurisprudencia 88/2001. Aprobada por la Primera Sala de éste Alto Tribunal, en sesión del quince de agosto del dos mil uno, por unanimidad de los cuatro votos de los señores Ministros: Presidente en su función Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

Contradicción de Tesis 102/2000-PS. Entre la sustentada por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero en Materia Penal del Primer Circuito.

CONSIDERANDO:

CUARTO.- El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito al resolver los amparos directos números 916/89, 502/95, 176/96, y 690/97, emitió la siguiente jurisprudencia:

"Novena Época

"Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

"Tomo: VII, junio de 1998.

"Tesis: 1.2º. P. J/5

"Página: 555

"REPARACIÓN DEL DAÑO, PRUEBA DE SU PROCEDENCIA, DEVENIDA DEL DELITO DE HOMICIDIO.- Tomando en consideración que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y de que esta cuenta con medios enérgicos de ejecución, de acuerdo con lo que disponen los artículos 29, párrafo primero, 30 fracción II, 31 párrafo primero, 33, 34 párrafo primero, 35, 37, 38 y 39 del Código Penal para el Distrito Federal, si demostrado está en el proceso el daño causado a la familia de la víctima con la muerte de ésta venida del delito de homicidio por el que se dictó sentencia condenatoria, basta con la prueba para que el juzgador fije el monto del pago correspondiente dado que a la Ley Federal del Trabajo envían los numerales 34 del Código Penal vigente en el Distrito Federal y 556, fracción I, del Código de procedimientos penales para la localidad; en la inteligencia de que esas tres codificaciones se interpretan conjuntamente en los artículos aplicables

al caso subexamen, por provenir del mismo legislador federal y, por ende deben completarse mutuamente, criterio que es acorde a una interpretación científica y racional del derecho, pues el fin social de la ley penal en la materia de la reparación es la protección del ofendido por el delito.

“SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

“Amparo directo 916/89. 29 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretario: Sergio Darío Maldonado Soto.

“Amparo directo 502/95. 15 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretario: Renato Sales Heredia.

“Amparo directo 690/97. 30 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretario: Reynaldo M. Reyes Rosas.

“Amparo directo 1762/96. 30 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretaria: Maria del Pilar Vargas Codina.

“Amparo directo 1766/96. 30 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretaria: Maria del Pilar Vargas Codina.

“Nota: Esta tesis fue publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, noviembre de 1997, página 394; por instrucciones del Tribunal Colegiado se publica nuevamente con las modificaciones que el propio tribunal ordena sobre la tesis originariamente enviada.”

XV. MEDIOS DE PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

Amparo directo 3901/63. Flavio Reyes Martínez. 7 de agosto de 1965. 5 votos.
Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: LXXIV, Segunda Parte.

Tesis:

Página: 22.

La Falta de Prueba sobre el daño material, no impide al juzgador fijar una indemnización por el daño moral a favor de la víctima. En efecto, el daño moral no puede valorizarse exactamente. Su reparación económica no es posible medirla con precisión, y **su monto o importancia pecuniaria no puede quedar sujeto a ninguna prueba**. El precio de un dolor, de una honra, de una venganza, **sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos**. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización mediante un juicio prudente **tomando en cuenta la capacidad económica del obligado**, la naturaleza del daño y las constancias relativas que obren en el proceso.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: CXXVII

Tesis:

Página 183.

REPARACIÓN DEL DAÑO, AÚN CUANDO NO EXISTAN BASES PARA DETERMINAR EL MONTO DEL DAÑO, DEBE CONDENARSE A LA.

Existe como punto rector en el tema que se menciona, el reconocimiento de que una acción de reparación del daño tiene como supuestos fácticos la ocurrencia de una lesión material o moral y su enlace causal con la conducta del agente; en consecuencia en los negocios penales al Ministerio Público como actor obligado a demostrar los hechos constitutivos de su acción, le incumbe acreditar esos extremos, así que cuando esa carga de prueba haya quedado satisfecha, aunque no se tenga base para determinar el monto del daño, el juzgador deberá condenar a su reparación, a reserva de que para cuantificarlo, se promueva un incidente de liquidación, que tratándose de un negocio del fuero penal federal, se habrá de ajustar al procedimiento regulado por el capítulo VII del título décimo-primero del Código Federal de Procedimientos Penales. Ahora bien, el Juez que opta por “dejar a salvo los derechos de la parte ofendida para que los haga valer en la vía y forma que estime pertinentes” bajo el argumento de que no hay elementos para determinar el monto del daño, en realidad absuelve de la instancia, con lo cual incurre en el grave vicio de eludir una decisión sobre un punto concreto de la litis sometida a su jurisdicción, y en ese caso, igual que en el del juez que francamente absuelve, se ésta dispensando al reo, indebidamente, de una pena establecida por la ley. Se ha de añadir en obsequio a la claridad de la idea que se viene sustentando, que la carga de prueba para el titular de la acción de reparación, se reducirá a demostrar únicamente aquellos dos extremos antes citados si la reparación es reclamada en forma genérica, pues cuando la reclamación sea hecha en forma específica, esto es, pretendiendo una condena referida concretamente al pago de una cierta cantidad de dinero o a la entrega de determinados bienes, entonces estará también a cargo del actor aportar pruebas que basten a justificar la petición así formulada. Si la prueba es insuficiente para este efecto especial, pero no para el general de mostrar la existencia de los daños y su anexo causal con el delito, el juez condenará abstractamente y sólo absolverá si la prueba no acredita aquellos dos supuestos fundamentales.

Amparo directo 3000/55. 14 de enero de 1956. Mayoría de tres votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

XVI. PERICIAL EN PSICOLOGÍA.

El fundamento legal de la prueba pericial en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo encontramos en los artículos 96, 121, y 162, En el Código Federal de Procedimiento Penales en los artículos 206, 220 al 239, en el Código de procedimientos penales para el Estado de México el los artículos 193, 217 al 237. El objeto de la prueba pericial es obtener una correcta apreciación de determinada circunstancia a través de un conocimiento especializado.¹¹⁸ Tratándose de una valoración de aspectos psicológicos y sociológicos consideramos que es indispensable que para su determinación de existencia sean consideradas las valoraciones de psicólogos, médicos y sociólogos en la esfera psíquica y social del individuo

XVII. BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL Y DAÑO MORAL.

Aunque ya nos hemos opuesto a la identificación de la víctima con el bien jurídico tutelado, es preciso abordar el tema del bien jurídico tutelado por la norma penal, para establecer que toda vez que se atenta contra un bien jurídico tutelado por el derecho penal, se debe presumir que existe un daño moral. Es decir existe una relación indisoluble entre Víctima–Daño Moral–Bien Jurídico Penal.

Muñoz Conde señala que “la cualidad de merecedor de protección que debe tener un bien, depende del valor que le atribuye a ese bien una determinada cultura”¹¹⁹.

¹¹⁸ Osorio Nieto, César Augusto. “La Averiguación Previa”. Ed. Porrúa, Novena edición, México 1998. Pág. 58.

¹¹⁹ Muñoz Conde. “Introducción al Derecho Penal.” 1975, p.72.

XVIII. FALSA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO CON BIENES TUTELADOS POR LA CONSTITUCIÓN.

El autor Chileno Rodrigo Medina¹²⁰ señala dos posturas fundamentales en la doctrina sobre la discusión sobre el impacto de la Constitución en la tutela de Bienes Jurídicos:

1) La primera que sin negar la relevancia de la Constitución en el proceso antes mencionado, tiende a centrar la discusión del bien jurídico en el fundamento social del Derecho Penal, sin otorgarle un protagonismo desmesurado a la Constitución y que la función "constrictora" del bien jurídico de establecer barreras al ejercicio del *ius puniendi* se realiza sobre la base de limitaciones establecidas en la Constitución.

2) La otra vertiente agrupa a todos aquellos que entienden el vínculo entre bien jurídico y Constitución, más que como un marco relevante y digno de consideración, como criterios decisivos, determinantes, orientadores o de superposición.

Arroyo Zapatero señala que la Constitución para otorgar presupuestos valorativos deben ser superleyes, decisiones constituyentes normativas vinculantes inclusive para el legislador, decisiones normativas de amplio consenso social, y que configuren sistemas no cerrados, sino abiertos al progreso hacia la libertad e igualdad"¹²¹

La norma fundamental refleja el modelo de Estado Social y Democrático, estableciendo límites a través de las Decisiones Políticas Fundamentales, sería inconcebible que se desprendan de la norma fundamental descripciones punitivas

¹²⁰ Medina Jara, Rodrigo. "Constitución, Bien Jurídico y Derecho Penal". Revista Chilena de Derecho, volumen 20, Nos. 2 y 3. Tomo 1, mayo - diciembre 1993, Pág. 306.

¹²¹ Arroyo Zapatero, Luis. "Fundamento y Función del Sistema Penal: el programa penal de la Constitución." Revista jurídica de Castilla- La Mancha, número 1, agosto, 1987, p 98.

que no sean coherentes con éste modelo, por tal razón tanto la teoría de la pena, como la teoría del delito tendrán que desarrollarse acorde a dicho modelo, sin embargo esto no quiere decir que la Carta Magna tenga que enunciar Bienes Jurídicos para que el sistema penal establezca su tutela a través del orden punitivo. Si bien es cierto que la Ley Suprema establece límites al *ius puniendi*, en las decisiones políticas fundamentales, no menos cierto es que existe una política criminal, encargada de interpretar fenómenos y necesidades de la sociedad. El Poder Legislativo de un Estado debe al momento de la creación de normas punitivas adecuar la interpretación de la política criminal al modelo estatal.

El problema de la interpretación de lo que debe entenderse por bien jurídico es más bien de carácter histórico que constitucional así señalan diversos autores como:

Hassemer: “el problema del bien jurídico constituye un fenómeno cambiante”¹²² y que debe abandonarse la idea de bienes jurídicos como universales.

González Rus señala que “A cada sociedad corresponde un Derecho Penal propio y por ende las valoraciones penales serán informadas por los presupuestos ideológicos y filosóficos que la fundamentan”¹²³

Gómez Benítez señala que “...el proceso de identificación en el Derecho Penal de determinados valores culturales es un proceso histórico”¹²⁴

¹²² Op cit. Nota 3.

¹²³ González Rus, Juan José. Teoría de la Pena y Constitución, en estudios Penales y Criminológicos, VII, 1984, Universidad de Santiago de Compostela, p.228.

¹²⁴ Gómez Benítez, José Manuel: Sobre la teoría del “Bien Jurídico” (aproximación al ilícito penal), Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 69, otoño, 1983, p.90.

VIII. ESTRUCTURACIÓN DE UN CONCEPTO DE DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL.

Si bien es cierto que en materia penal rige el principio del bien jurídico y antijuridicidad por el que se entiende que para que la acción o omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa algún bien jurídico tutelado por la ley penal. También es cierto que la seguridad que brinda la norma a la colectividad y la confianza que requiere el individuo para su normal desarrollo están implícitas en un ordenamiento punitivo.

Por lo tanto, proponemos, que se anexe al Código Penal Local, un concepto de daño moral que parta de las siguientes premisas:

- El Derecho penal busca brindar confianza en un régimen político.
- El Derecho penal debe resguardar al individuo en la mayor estabilidad posible para el desarrollo de todas sus facultades.
- El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica el ataque a valores sociales e individuales.
- El ataque a valores genera desestabilización tanto para la sociedad como para el individuo.
- El concepto de daño moral en materia penal deberá partir de los fines del derecho penal.
- El derecho penal busca la prevención positiva tanto general como especial.

Por lo tanto proponemos el siguiente concepto:

Daño Moral es la vulneración a valores colectivos e individuales implícitos en cada delito a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y deberá cuantificarse considerando principalmente:

- a) *Consecuencias inmediatas-traumáticas.*
- b) *Consecuencias emocionales sociales.*
- c) *Consecuencias familiares-sociales.*

CAPÍTULO CUARTO

NATURALEZA DEL DAÑO MORAL

*"A cada sociedad corresponde un Derecho Penal propio y por ende las valoraciones penales serán informadas por los presupuestos ideológicos y filosóficos que la fundamentan"*¹²⁵

González Rus

I. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL EN MATERIA PENAL Y SUS EFECTOS.

La reparación del daño en materia penal se aplicaba en el Código Penal de 1931 como pena pública al delincuente, esto quedaba señalado en el artículo 34 del ordenamiento citado. En el ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal se encuentra señalado como pena en los artículos 30 y 37, cabe señalar que la aplicación de la pena comprende diferentes funciones:

1. Medida de intimidación. (medida preventiva),
2. Reintegración social.
3. Resarcimiento o compensación para la víctima, mayor seguridad para el gobernado.
4. Evita la impunidad.

La reparación de daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación deba exigirse de tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales.¹²⁶

¹²⁵ González Rus, Juan José. Teoría de la Pena y Constitución, en estudios Penales y Criminológicos, VII, 1984, Universidad de Santiago de Compostela, p.228.

¹²⁶ DICCIONARIO DERECHO PROCESAL PENAL. Mario Antonio Díaz de León. Ed. Porrúa, Tomo I.

II. DIFERENCIA ENTRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL Y CIVIL. (DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA PENAL).

Consecuente con lo apuntado podríamos señalar que si quisiéramos diferenciar el daño moral en materia penal y civil el criterio sería simple, delimitándolo al ámbito en que se produce tomando dos criterios.

- 1) Demostrar la existencia del hecho u omisión ilícito que causa el daño material.

- 2) Probar la relación jurídica que vincula al sujeto activo o agente dañoso con el sujeto pasivo o agraviado. Es decir el nexo causal que une al sujeto activo del hecho ilícito con el resultado material que recae sobre la esfera jurídica de la víctima.

Pena:

- a) Surge directamente de la comisión de un delito.

- b) El sujeto de la obligación es el procesado por lo tanto se le puede aplicar una pena.

- c) En la Aplicación de las penas y medidas de seguridad subsiste un interés público, aunque existen autores que afirman que el interés se puede privatizar a través de la reparación del daño, como Claus Roxin.

- d) Las penas y medidas de seguridad persiguen fines distintos a el cumplimiento de obligaciones en materia civil, como ya quedo señalado. Es práctica-social.

e) Las partes no pueden disponer libremente de los derechos tutelados. Especialmente tratándose de los bienes tutelados en los delitos que se persiguen de oficio.

Responsabilidad Civil:

a) Tiene su fuente en:

- 1) La Ley,
- 2) El Contrato,
- 3) El Cuasicontrato.
- 4) Acciones u omisiones ilícitas en que intervenga cualquier genero

de culpa o negligencia.¹²⁷

b) Por el principio de legalidad establecido en el C. P para el D.F. no es posible aplicarle una pena.

c) Sólo subsiste un interés privado.

d) Se trata del cumplimiento de una obligación.

e) En el derecho civil rige el principio dispositivo. Las partes pueden disponer libremente de los bienes que tutela por lo tanto es posible la compensación.

El uso del término responsabilidad civil no es intrascendente, y oculta, como se expondrá, una confusión de la responsabilidad del efecto por el que se responde, lo que ha dirigido la atención sobre los criterios de imputación del daño que con la obligación se trataba de reparar y conduce en último término a una concepción patrimonialista de la obligación civil que nos ocupa, ignorando el

¹²⁷ Ejemplo el artículo 1913.

posible carácter no patrimonial del interés del acreedor y la relevancia que en ella tiene el deber jurídico del deudor.¹²⁸

En éste proceso de revisión de funciones entre el Derecho Civil como tutelador de interés privado y el Derecho Penal como tutelador del interés público al reaccionar frente a un daño se advierte la incorporación de fines reparadores al Derecho Penal y fines sancionatorios al Derecho Civil, provocando entonces una revisión de los medios de tutela que ante una conducta dañosa debe articular cada rama. Pena-reparación.¹²⁹

La necesidad de garantizar la reparación del perjuicio producido por el delito se argumenta como sostén de nuevas tendencias que implican a su naturaleza y su función entre las que cabe destacar:

1º. Las que proponen convertir a la reparación de la víctima en una sanción penal.

2º. Las que consideran que ante determinados hechos punibles sería deseable una privatización del conflicto creado con el delito, al estimar que la reparación es reacción más adecuada en estos supuestos que la sanción penal. Esta posición es la sostenida por Roxin.

3º. El acuerdo unánime "sobre la conveniencia de que los Estados articulen sistemas de reparación pública a las víctimas de determinados daños ex delicto."¹³⁰

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal plantea la reparación del daño como pena y como reparación. El encuadramiento como pena no niega la posibilidad de que al mismo tiempo implique la reparación para la víctima. Pero

¹²⁸ Pág. 6

¹²⁹ Op. cit. Pág. 13

¹³⁰ Esta tendencia se proyecta en el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 41.

cuando ésta reparación recae sobre un tercero no puede tener el carácter de pena, por lo expuesto.

Genéricamente a la reparación del daño se le pueden atribuir tres funciones:

- A. Prevención.
- B. Reparación.
- C. Sanción.

De éstas funciones podemos desprender el interés público y privado que existe en todo el sistemas penal en tanto a la sanción como reacción del Estado ante el ataque a las normas que establece y que lo legitiman como representante social y órgano encargado de la impartición de justicia, la prevención como seguridad a la sociedad y la reparación es el resarcimiento a la víctima, la última conforma un interés privado y las anteriores el interés social. Como ya quedo señalado en el derecho civil subsiste sólo un interés privado. Éste criterio nos puede servir para determinar un limite entre ilícito civil e ilícito penal, retomando nuestro concepto de daño sólo se entiende a través del acto ilícito que propicia un perjuicio sobre personas o cosas. Podemos señalar que en el ámbito penal con lo apuntado no se reduce a la mera compensación.

La incorporación de la reparación del daño al catalogo de penas contenido en los artículos 30 y 37 del C. P. Para el D. F. la convierte en un instrumento de la política criminal.

Según las propuestas por Roxin la reparación trasciende al orden civil y se manifiesta como instrumento útil a los fines de la pena. La reparación reuniría según éste autor, las condiciones necesarias para alcanzar los objetivos que desde las distintas teorías se atribuyen a la pena, la resocialización del delincuente y la prevención por integración en tanto que sirve al "restablecimiento de la paz pública". Con la reparación el autor del delito reconoce la vigencia de la norma

que ha conculcado y se produce una satisfacción social, garantizando a la comunidad su confianza en el derecho. Incluso se advierte la compensación puede tener los efectos intimidatorios del derecho penal en la medida en que se acompaña de un proceso penal y el pronunciamiento de la culpabilidad. De éste modo la reparación supera al ámbito estrictamente jurídico civil y contribuye a la realización de los fines de la pena.¹³¹

El hecho ilícito (es decir “antijurídico” en cuanto ataca –en circunstancias no autorizadas o no permitidas por el Derecho– bienes de los que su autor no puede disponer por pertenecer a terceros o revestir interés en una esfera extrapersonal) origina responsabilidad para quien lo lleva a cabo.¹³²

En Binding podemos leer que la pena y el resarcimiento del daño se diferencian “con referencia a aquello cuyo favor es efectuada la prestación. La reparación es efectuada siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio, es prestada “al Estado, que cumple un deber de infligir una pena”, y “no a favor de un particular” El ve en ello el “núcleo de la diferencia entre pena y resarcimiento: la esencia del resarcimiento del daño consiste en su destino hacia la reparación, hacia la reparación de una situación imposible de fundar jurídicamente, por intermedio de la adecuada según el ordenamiento jurídico; aquél, empero, que sufre la pena, no debe y no puede neutralizar por su sufrimiento una situación antijurídica; la pena es, por definición, algo distinto a la reparación”.¹³³

¹³¹ Roxin, C., “Política Criminal y Estructura del Delito”, traducción al español por Bustos Ramírez, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona 1992.

¹³² Carlos Creus. “Reparación del Daño Producido por el Delito”. Argentina 1995, Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 10.

¹³³ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. “De los Delitos y de las Víctimas”, Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires. Primera reimpresión 2001. Pág. 135.

La responsabilidad de reparar el daño ex delito ubicada en el CP, es identificada como daño civil y no como pena en razón de los siguientes argumentos, señalados por la doctrina mayoritaria.¹³⁴

1) La pena es un mal condicionado al hecho culpable. Tiene, en consecuencia, un carácter personalísimo. La sanción civil en cambio consiste en la reparación, cuantificable en términos económicos de un daño, y es transmisible a terceros.

2) La pena tiene una vocación preventiva que determina su graduación; la exigencia de responsabilidad civil, apunta a objetivos compensatorios.

3) La pena se dirige a la tutela de un interés público o social en cuyo logro aparece comprometido el Estado; la sanción civil a un interés privado, frente al que el particular puede ejercer o hacer dejación de sus derechos.

4) De la naturaleza civil del resarcimiento de los perjuicios del delito se derivan consecuencias procesales distintas a las propias del enjuiciamiento criminal.

“La pena es un mal (una quita de bienes jurídicos propios) para el que la sufre: no pretende restituir el equilibrio quebrantado por el delito, sino impedir su comisión ante la advertencia de su imposición... La posibilidad de atribuir una pena o una medida de seguridad a un determinado autor de un hecho ilícito es lo que queda comprendido en los términos de la *responsabilidad penal*. En resumen la: la responsabilidad de reparar mira al pasado, la pena al futuro.”¹³⁵

A manera de ilustración citamos la siguiente tesis:

¹³⁴ Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., “Las consecuencias jurídicas del delito”, Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 235, 236.

¹³⁵ Carlos Creus. “Reparación del Daño Producido por el Delito”. Argentina 1995. Rubinzal-Culzoni Editores. Pág. 11.

Octava Época.

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: VII, Abril de 1991

Página: 169

DAÑO MORAL. SU REPARACIÓN EN CASO DE ROBO DE UN RECIEN NACIDO DE UN CENTRO DE HOSPITALIZACIÓN DONDE SE ENCONTRABA. El robo de un infante cometido en un centro de hospitalario por una persona ajena a éste, no se puede catalogar, de acuerdo a la doctrina civilista como caso fortuito o fuerza mayor, puesto que no entraña un acontecimiento imprevisible e insuperable o bien que siendo previsible no se haya podido evitar. Tratase de un suceso perfectamente previsible dada la naturaleza de las actividades de la empresa y, por ello mismo, susceptible de evitar su realización. La conducta delictiva de robo de un menor, concedida como tal es decir, en forma aislada no responsabiliza a la empresa, en lo penal, pero de allí no se sigue que civilmente sea irresponsable, pues es diferente el concepto de ilicitud en el ámbito del derecho penal que en el civil; por tanto, la conducta omisiva como ilícita, si en el sanatorio bajo cuyo cuidado estaba el bebé robado, pudo y debió prevenir acontecimientos como el referido, ya que la responsabilidad civil a su cargo derivada del contrato inominado relativo a la atención a la madre del bebé para que alumbrará allí, no se limita a la atención medica o clínica sino también al cuidado y vigilancia personal de los niños recién nacidos mientras permanezcan internados. La razón de ello estriba en que las pacientes no están en condiciones físicas de cuidar a sus respectivos hijos, quedando en esa manera colmados los requisitos que exige el segundo párrafo del artículo 1916 bis del Código Civil, referente a la ilicitud de la conducta de la demanda y a la comprobación del daño moral que directamente hubiere causado la conducta ilícita, pues en este caso, el daño moral objetivado se traduce en el robo del infante del que deriva el sufrimiento también de índole moral, el que, por lo demás no es necesario ni factible demostrar mediante ningún medio de convicción

IX. DOBLE NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: XIV, Noviembre de 2001.

Tesis: I. 1º.P.72 P

Página: 537.

REPARACIÓN DEL DAÑO TRATÁNDOSE DEL DELITO DE HOMICIDIO. CUANTIFICACIÓN. El delito de homicidio conlleva, entre otras penas, a la reparación de daño, aún y cuando el juicio de reproche formulado sea a título de culpa; dada la naturaleza de los daños materiales como morales causados por esa acción delictiva, se da nacimiento a dos acciones, una de orden penal y la otra de orden civil; sin embargo al momento de intervenir las autoridades penales, las acciones civiles en reparación del daño son absorbidas por la legislación penal; existen algunos casos en que la reparación debe ser pagada por el propio delincuente, y otros en que la obligación de pago pasa a terceras personas, en cuyo supuesto corresponde intentar la acción de pago a la parte ofendida, esta acción debe ser seguida ante los jueces de lo Civil, según lo dispone el artículo 539 del código de enjuiciamiento penal del Distrito Federal, o bien vía incidente dentro del mismo proceso penal, conforme a las reglas establecidas en los numerales 532 a 540 del ordenamiento legal en cita, respecto del cual la legislación civil resulta aplicable en forma supletoria sólo por cuanto hace a la tramitación de ese incidente. **Es evidente que existe una diferencia entre reparación del daño exigible al delincuente y la responsabilidad civil proveniente del delito que se exige a un tercero**, ya sea vía civil o a través del incidente mencionado; no obstante ello, es inconcuso que el monto al que debe ascender la indemnización por concepto de reparación del daño debe ser el mismo en ambos casos. Por todo lo anterior no existe violación alguna de garantías en el hecho de que el juzgador, para cuantificar el monto al que

asciende dicha reparación, se fundamente en disposiciones extrañas a la legislación penal, siempre y cuando a ellas recurra sólo para encontrar el criterio de esa cuantificación, razón por la cual es correcto que al no existir en la causa penal elementos probatorios que le permitan determinar la cuantía de los daños causados, se aplique lo dispuesto por el artículo 915 del Código sustantivo en materia civil, en virtud de que únicamente debe existir un criterio eficaz para establecer adecuadamente el monto de la indemnización, y que es establecido por voluntad del legislador en el ordenamiento civil, ya que en la legislación penal no existe precepto alguno que establezca las reglas a seguir en éste supuesto.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 81/2000. 7 de diciembre del 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez: Secretario: Carlos López Cruz.

III.I LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO PENA PÚBLICA.

Claus Roxin señala que: "Si el jurista tiene hoy dificultades para familiarizarse con la idea de que la reparación es una pena o de que, cuando menos, podría reemplazar a la pena total o parcialmente, ello se vincula con la separación estricta de Derecho penal y Derecho civil."¹³⁶

FUNCIONES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA CIVIL Y EN MATERIA PENAL

Aunque la doctrina penal niegue a la reparación el carácter de pena, así como niega la posibilidad de satisfacer los fines que a la sanción penal se tienen señalados, es preciso plantearse si efectivamente debe contribuir al "reestablecimiento de la paz jurídica" y en tal caso cómo ha conformarse tal fin.¹³⁷

¹³⁶ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 135.

¹³⁷ La reparación del daño ex delicto.

Sancionar al autor del delito es una función de la pena, aunque no su único fin. Con la obligación de reparar no se trata de castigar al deudor, sino de lograr el reestablecimiento del bien lesionado.

La pena es un mal cuyo fin es castigar a quien ha violado un norma y con ello a lesionado un bien jurídico de los más relevantes. Por otra parte el bien jurídico lesionado con el delito no se restaura porque el culpable de la lesión cumpla su pena. Carece totalmente de efecto reparador respecto del interés privado afectado por la conducta dañosa del sujeto acreedor de la pena.¹³⁸

Destaca Mir Puig que se observa la presencia en materia de reparación del daño de un "principio de prevención". Esa eficiencia preventiva se produciría de modo indirecta y secundaria.¹³⁹

Al hablar del concepto del bien jurídico, Mir afirma que se utiliza por la doctrina en dos sentidos distintos:

- 1) En el sentido político-criminal de *lege frenda* de aquello que merece ser protegido por el derecho penal, y
- 2) En el sentido dogmático de *lege data* de objeto efectivamente protegido por la norma penal de que se trate¹⁴⁰

La Resolución de la ONU 40/34 multi citada reconoce la reparación del daño como una sanción penal al establecer: "Los gobiernos revisarán sus prácticas,

¹³⁸ Op cit pág. 24

¹³⁹ Sobre el problema de la naturaleza..., pág 107.

¹⁴⁰ Mir Puig. Derecho Penal P.G., pág. 102

reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento¹⁴¹ como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

III.I.I. TEORÍAS DE LA PENA.

Bajo la inspiración del derecho penal liberal y pese a las garantías que inviste como forma de reducir y contener en cierto modo al poder punitivo, la víctima queda al intemperie. Es dejada a un lado, porque ya no se la incluye, en realidad se la aparta, de la reparación de daños o cualquier otro tipo de resarcimiento. Y así por muchos años hasta que el positivismo criminológico, más propiamente Ferri, advertirá que la reparación debía formar parte de la pena, a punto tal que, en un principio fue perseguida por el propio Estado.¹⁴²

Señala Roxin que: "... el fin y la justificación de la pena con que se castiga cada delito en particular, tanto en el momento de su previsión por la ley, como en el de su concreta determinación y ejecución cuando es impuesta por el juez. Al respecto se enfrentan desde siempre tres grandes concepciones: la teoría de la retribución, la de prevención especial y la de la prevención general."¹⁴³

Mapelli al respecto señala que: "Naturalmente ésta limitación o privación de derechos fundamentales que la pena comporta no puede ser nunca una aflicción gratuita. Esta orientada a fines."¹⁴⁴

Consecuentemente con estas posiciones Albin Eser destaca que la función de satisfacción de la pena correcta para la generalidad consiste en la confianza en la

¹⁴¹ Sobre el resarcimiento en dicha resolución se señala: "Los delinquentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos."

¹⁴² Elias Neuman. Mediación y Conciliación Penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1997, Pág. 4.

¹⁴³ Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann. "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal" Penal. Editorial Ariel, Barcelona. 2000

¹⁴⁴ Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., "Las consecuencias jurídicas del delito", Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 237.

conservación del ordenamiento jurídico, resultante de un castigo justo. Con respecto a la víctima, se trata de la satisfacción obtenida con el justo castigo del autor. También las medidas tienen una relación inmediata con la pretensión penal o por lo menos, con la parte del injusto de ella, dado que ella debe impedir que surja nuevamente tal pretensión penal contra el autor.¹⁴⁵ Los fines de la pena o del derecho penal se refieren, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de un instrumento de influencia sobre el autor, por lo contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un camino ajeno a estos fines.

II.I.II TEORÍAS RETRIBUTIVAS.

Estas teorías tienen dos versiones fundamentales: la teoría de la retribución moral de Kant (1724-1804)¹⁴⁶ y las teorías de la retribución jurídica de Hegel (1770-1831).¹⁴⁷

Tan sólo desde los presupuestos del correccionalismo más exacerbado cabría decir que la pena es un bien concibiéndola, al modo de Roder, como medio racional o necesario para ayudar a la voluntad de un miembro del Estado, injustamente determinada, a ordenarse por sí misma.¹⁴⁸

Esta teoría parte de la idea de que la tarea del derecho penal consisten en la retribución y en la compensación mediante la pena de la culpabilidad en la que el autor a incurrido con el delito cometido. Esta idea ha sido defendida por los filósofos Kant y Hegel... según ella la pena no sirve primordialmente a fines

¹⁴⁵ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 64.

¹⁴⁶ La metafísica de las costumbres.

¹⁴⁸ Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., "Las consecuencias jurídicas del delito", Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 237.

sociales sino a la idea de justicia. La pena ha de existir para que la justicia domine en la tierra.¹⁴⁹

Es preciso mencionar que la idea de retribución es la que prevalece en ésta teoría debido a que el sentenciado responde no frente a su víctima en la compensación, sino ante el Estado, quien es el único facultado para devolver el mal inferido a un particular así lo expresa el principio constitucional que señala “nadie puede hacerse justicia por propia mano” sólo el Estado en representación de la sociedad, –desde luego con los límites expresados por las propias conminaciones penales, precisados en los principios de Subsidiariedad y Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos–. Por lo expresado diferimos en lo genérico de la idea fundamental señalada por el autor citado ya que la concepción de justicia de éste modelo radica fundamentalmente en la teoría de representación social o pacto social y es la misma con la que se justifica la creación del Estado Moderno, creemos que la idea de justicia se basa en el momento histórico en que surge ésta concepción a los fines sociales de representación social¹⁵⁰. La idea de justicia en esta concepción se basa precisamente en la representación que se deriva en un modelo democrático y social de gobierno, el cual al trasladarse a la práctica social debería traducirse de la siguiente forma: la sociedad retribuye mal a un sujeto a través de su órgano punitivo estatal, que no es otra cosa que el poder judicial, a un sujeto que contraviene sus valores por medio del ataque a bienes jurídicos que los son en tanto son bienes colectivos reconocidos por su orden normativo, la forma de la lesión es el ataque del particular (sujeto activo), a otro sujeto o grupo de sujetos (sujeto pasivo) y que son miembros de la colectividad tutelada por el orden coactivo). Retribución de mal por mal, violencia justificada por un concepto de justicia social. Con esta argumentación se pretende mostrar que la teoría retributiva sirve a “fines sociales”. De esta postura se desprende el argumento de que el derecho penal no pretende restablecer bienes jurídicos y sólo responde frente al delincuente. Quede claro que ésta postura derivo de un sistema moderno

¹⁴⁹ Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann. “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal”. Editorial Ariel, Barcelona. 2000. Pág. 24

¹⁵⁰ Así se induce de los artículos 40 y 41 de nuestro máximo ordenamiento jurídico que señalan:

cuya máxima expresión a quedado señalada en el capítulo primero de la investigación presente.

II.I.III TEORÍAS SOBRE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

El principal expositor de esta teoría es el Penalista Alemán Claus Roxin.

Una de las bases principales se encuentra en la colocación del sujeto activo del delito frente al resultado dañoso de su conducta y la necesidad de la reparación del Daño para el restablecimiento de la Paz Social. Así señala el autor en comentario:

“La reparación en el desarrollo jurídico europeo de los últimos cien años se ha ido desprendiendo cada vez más del derecho penal y transformando en un problema exclusivo del derecho civil. En el Derecho Penal se ha visto como un problema entre autor y Estado descuidándose al lesionado.

En la actualidad vemos esto como incorrecto, pues la reparación puede aportar mucho para el cumplimiento de los fines de la pena y con ello también adquiere importancia política criminal. En primer lugar esta al servicio del restablecimiento de la paz jurídica, lo que llamó integración-prevención, cuando el autor repara con sus medios. Sólo cuando esto a ocurrido y en la mayoría de los casos independientemente de su castigo, la víctima y la sociedad verán superado el daño social provocado por el hecho. Del mismo modo la reparación también tiene eficacia resocializadora. Obliga al autor a colocarse frente a la consecuencia de su hecho y a considerar los intereses legítimos de la víctima los cuales serán percibidos por él, mucho más a través de la pena. Como justo y necesario y con ello fomentar un reconocimiento de la norma. Finalmente la reparación puede

conducir a una reconciliación entre autor y víctima y con ello facilitar esencialmente una reinserción del autor."¹⁵¹

La víctima indemnizada obtiene una satisfacción, que es lo que puede esperar racionalmente; el autor obtiene además grandes ventajas a través de la renuncia total o parcial de la pena y es favorecido en su reinserción social a través de la eliminación de la discriminación social que va unida al castigo a través de la conciencia de haber sido responsable y reparar la consecuencia de su actuar dañoso. En la comunidad la paz jurídica se repone rápida y convincentemente en muchos casos mediante la solución del conflicto social del cual surge el hecho punible, mucho más que mediante un castigo.

Así se atiende a una política preventiva especial y general.

Tampoco el procedimiento de restitución y el acento en la reparación son desarrollos especiales alemanes. Más bien se adhieren, aunque en forma propia, a las grandes tendencias de forma internacional, tal como se expresan en la moderna victimología en el movimiento de restitución americano.

El reflejo de esta posición en nuestro máximo ordenamiento jurídico, son los artículo 18 (sobre la resocialización del sentenciado), párrafo segundo y 20, Apartado B (Reparación del daño a la víctima).

II.I.IV TEORÍAS SOBRE LA PREVENCIÓN GENERAL.

La Teoría de la Prevención General atiende la forma en que el Estado previene la sociedad de las conductas ilícitas, los teóricos han señalado dos posturas que pueden adoptarse; la amenaza de la imposición de pena –Prevención

¹⁵¹ CLAUS ROXIN. POLÍTICA CRIMINAL Y ESTRUCTURA DEL DELITO (ELEMENTOS DEL DELITO EN BASE A LA POLÍTICA CRIMINAL) TRADUCCIÓN: JUAN BUSTOS RAMÍREZ Y HERNÁN HORMANZÁBAL MALARÉE. ED. PPU, EDICIÓN Iª. BARCELONA 1992. PÁG. 30

General Negativa y, el reconocimiento e identificación de la sociedad con su sistema normativo –Prevención General Positiva–

II.I.V TEORÍAS ABOLICIONISTAS DE LA PENA.

Algunos esperan, cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano, una privatización del derecho penal: la reparación toma allí el lugar de pena y desplaza no sólo a esa reacción sino, en general, a la aplicación del Derecho penal: la composición privada del conflicto, en cambio, toma el lugar del procedimiento penal.¹⁵² Los abolicionistas que pretenden reemplazar el Derecho penal totalmente como forma de solución de los conflictos sociales y, por tanto, no confunden reparación con reacción penal, sino que, antes bien, cuidan de expresar con aquélla algo materialmente distinto a la pena como sanción estatal.¹⁵³

La crítica principal a esta tendencia se basa en que se olvidan los fines de prevención general de la pena.

Señala Hirsch “Si se reduce la función del derecho penal a la solución del conflicto surgido entre el autor y la víctima, se niegan los intereses de la sociedad expresados en la protección penal estatal, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y de protección de las próximas víctimas.”¹⁵⁴

Otra objeción importante para esta teoría de la privatización del conflicto señalada por Julio B. J. Maier: “reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de irrupción del derecho penal autoritario, y disolver el Derecho penal en suerte de juego de presiones privadas, de las cuales

¹⁵² Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., “Las consecuencias jurídicas del delito”, Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 21.

¹⁵³ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. “DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS”, Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 196

¹⁵⁴ Op cit. Pág. 58.

saldrán victoriosos los más fuertes, que quizás pongan más en peligro la paz pública que el hecho mismo.”¹⁵⁵

Actualmente se discuten la privatización del conflicto a través de un procedimiento de justicia alternativa.

La justicia alternativa constituye la forma de solución de conflictos que pueden ser competencia de algún órgano jurisdiccional sin su intervención, basado en la libre determinación y disposición de las partes sobre su controversia y solución. Sus principales objetivos son:

- Disminuir fricciones en la sociedad.
- Disminuir la carga de trabajo de los Tribunales.
- Para las partes proporcionar celeridad procesal y economía.
- Mayor participación de las partes en la solución de sus controversias.
- Disminución de gastos en la administración y procuración de justicia.
- En materia penal: Solución al rezago en la integración de expedientes que prevalecen tanto en Agencias Investigadoras del Ministerio Público como en los Tribunales.
- Restauración de relaciones sociales a través de una política Criminal, encaminada a la reparación y no a la política represiva.

Los mecanismos de aplicación de la Justicia Alternativa son:

- a) La Conciliación,
- b) La Amigable Composición,
- c) El Arbitraje y,
- d) La Mediación.

¹⁵⁵ Op cit. Pág. 198.

Sus Características:

- Es un Procedimiento voluntario,
- No adjudicatorio,
- Autocompositivo,
- Convencional,
- Es un proceso a corto plazo,
- La solución es interactiva y no interpersonal.

Se esta aplicando sólo en delitos perseguidos por querrela reemplazando el principio dispositivo que opera en el derecho privado, algunos de los Estados que la aplican son:

- Quintana Roo,
- Guanajuato,
- Veracruz, y
- Nuevo León.

Claro que no debemos perder de vista el momento procesal al que acudimos en el cual el Ministerio Público funge como autoridad, pero no por ello puede imputar responsabilidad penal y aplicar una pena, se trata más bien de evitar los perjuicios de la pena y resarcir la paz social. Objetivo que no podría ser logrado con el puro y llano otorgamiento del perdón por parte de la víctima.

Existen una seria de requisitos necesarios en la aplicación de la justicia alternativa a los cuales llamaremos "presupuestos para la aplicación Justicia Alternativa en materia penal" Entre ellos consideramos:

- 1) El hecho de aceptar la mediación no implica la confesión.
- 2) La mediación atiende al resultado y no a la culpabilidad.

- 3) Si la mediación se presenta en la Preinstrucción subsiste el principio de presunción de inocencia para el indiciado.
- 4) Problemas relacionados con la procuración y administración de justicia.
- 5) Desagravio Social.

La posibilidad de sustanciar un procedimiento en acción privada, se mantiene sólo para un número restringido de delitos menos graves, en donde predomina el interés del particular, sobre el de la colectividad.

III.II LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO RESPONSABILIDAD CIVIL.

La fuente del daño resulta determinante de su naturaleza y su función. Si bien es cierto que la reparación del daño en materia civil y penal puede parecer la misma por derivarse de el mismo precepto jurídico y que en ambas dicha reparación parte de un resarcimiento pecuniario que no sólo contempla el daño presente sino el futuro, la naturaleza en las materias señaladas no es la misma, ya que en lo civil genera una responsabilidad y en lo penal produce como consecuencia jurídica distinta, la pena, ambas tienen funciones distintas en sus ámbitos de referencia.

En materia penal cuando la reparación esta a cargo del sentenciado tiene carácter de pena, cuando esta a cargo de tercero se tramita como incidente, y tiene carácter de responsabilidad civil pero deriva de un delito, como ya había quedado señalado, se establece una relación necesaria de causalidad entre la acción u omisión ilícita penal y los perjuicios generados en forma directa e inmediata. También le es aplicable el artículo décimo tercero de nuestro ordenamiento penal que establece en su fracción segunda. "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones... II.- La de mayor

protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance." La posibilidad que ofrece esta reparación de su tramite por la vía penal produce una mayor efectividad, en atención a la víctima y a su vez es producto de una política criminal más abierta a la problemática social sin que en ella impere la incertidumbre jurídica para el procesado, ya que no se alteran sus garantías.

La reparación del daño nacida del delito genera una responsabilidad civil, cuando se trata de que esta se haga por terceros así lo establecen los: Penal Federal, Penal del Distrito Federal y el Penal del Estado de México, respectivamente al señalar:

Artículo 34...

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

Artículo 32. Están obligados a la reparación del daño en términos del artículo 29:

- I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallen bajo su patria potestad;
- II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;
- III. Los directores de internados o talleres, que residan en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten estos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

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

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

VI. El Estado solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos.

Artículo 46 C. P. D. F. Están obligados a reparar el daño:

- I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su custodia¹⁵⁶.
- II. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios;¹⁵⁷

¹⁵⁶ Es preciso mencionar que a los inimputables no se les aplicarán penas, sino medidas de seguridad, por lo tanto argumentar a favor de que la reparación del daño moral o del simple daño cuando es ocasionada por un delito es una pena, es incorrecto. La responsabilidad civil que recae sobre terceros que se enumeran en éste precepto, puede ser considerada como un responsabilidad civil contractual que deriva de la ley en relación con los artículos 1919, 1920 y, 1921 del C. C para el D. F

¹⁵⁷ El artículo primero del C.P. para el D.F. señala: A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo

- III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores en los mismos términos en que conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y¹⁵⁸
- IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.¹⁵⁹

El Código Penal para el Estado de México señala en su artículo 27 “La reparación del daño...cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil...”

El Artículo 33 señala: Son terceros obligados a la reparación del daño:

- I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallen bajo su patria potestad;
- II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;
- III. Los directores de internados o talleres, que residan en su establecimiento discípulos o aprendices, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

de su realización, siempre y cuando concurran los presupuestos que para cada una de ellas la ley y la pena o medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta. Cuando la reparación del daño recae sobre los sujetos señalados en la fracción segunda del art. 46 no tiene carácter de pena ya que estos sólo omiten un deber de cuidado y no cometen por sí la acción típica, lo que intenta esta fracción es el responder frente al perjudicado. De otra forma se atentaría contra el *principio de legalidad* consagrado en la Constitución.

¹⁵⁸ Responde a in principio de obligaciones solidarias.

¹⁵⁹ Esta última fracción confirma que la reparación del daño a cargo de tercero no es una pena, ya que no se imponen penal al gobierno. La pena es la consecuencia del delito que recae sobre el agente dañoso no sobre la sociedad y su gobierno.

- IV. Las personas físicas o jurídicas colectivas por los delitos que cometan sus obreros, empleados, domésticos o artesanos, con motivo y en el desempeño de sus servicios;
- V. Las personas jurídicas colectivas, por los delitos de sus socios, agentes, o directores en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables de las demás obligaciones que aquéllas contraigan;
- VI. En el caso de la fracción III inciso c) artículo 15¹⁶⁰, la persona o personas beneficiadas con la afectación de un bien jurídico; y
- VII. El Estado, los municipios y organismos descentralizados subsidiariamente por sus servicios públicos, cuando el delito se cometa con motivo en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

IV. MECANISMOS PARA SU REPARACIÓN.

El Código Penal Federal señala:

Artículo 30. La reparación del daño comprende:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el precio de la misma;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima; y
- III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

El Código de Procedimientos Penales Federal señala al respecto:

¹⁶⁰ Artículo 15. Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el delito no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Artículo 489. La acción para exigir la reparación a persona distinta del inculpado, de acuerdo al artículo 32 del Código penal, debe ejercitarse ante el Tribunal que conozca de lo penal; pero deberá intentarse y seguirse ante los tribunales de orden común, en el juicio que corresponda cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso, sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intente fuere un particular. Esto último se observará también, cuando concluida la instrucción no hubiere lugar a juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil.

Cuando promovidas las dos acciones hubiere concluido el proceso sin que el incidente de reparación del daño esté en estado de sentencia, continuará conociendo de el tribunal ante quien se haya iniciado.

Artículo 490. A falta de disposición expresa de éste Código, en la tramitación de incidentes sobre reparación del daño exigible a persona distinta del inculpado, supletoriamente se aplicará, en lo conducente en lo que determine la ley, el Código Federal de Procedimientos Civiles. Estos incidentes que se tramitarán por separado. Las notificaciones se harán en la forma en que señala el Capítulo XII del Título primero de este Código.

Artículo 491. Si el incidente llega al estado de alegar antes de que concluya la instrucción, se suspenderá hasta el momento en que el proceso se encuentre en el estado de sentencia, la que se pronunciará resolviendo a la vez sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado, produciéndose los alegatos en la audiencia del juicio penal.

Artículo 492. En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo 468, se continuará la tramitación del incidente hasta dictarse sentencia.

Artículo 493. Las providencias cautelares que pudiera intentar quien tenga derecho a la reparación, se registrarán por lo que disponga el Código Federal de Procedimientos Civiles.

El Código Penal para el Distrito Federal señala:

Artículo 42. La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuere posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que hubiese materia del delito sin necesidad de recurrir a la prueba pericial;
- III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;
- IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y
- V. El pago de salarios o percepciones correspondientes cuando por la lesión se cause incapacidad para trabajar en arte, oficio o profesión.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala al respecto:

Artículo 532. La reparación del daño que se exige a terceros de acuerdo al artículo 46 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, deberá promoverse ante el Juez o tribunal que conoce de la acción penal, en cualquier estado del proceso y se tramitará y resolverá conforma a los artículos siguientes:

Artículo 533. La responsabilidad civil por reparación del daño, no podrá declararse sino a instancia de parte ofendida contra las personas que determina el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 534. En el escrito que inicie el incidente se expresarán sucintamente y numerados, los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, y se fijará con precisión la cuantía de éste, así como los conceptos por los que proceda.

Artículo 535. Con el escrito a que se refiere el artículo anterior y con los documentos que se acompañan se dará vista al demandado, por un plazo de tres días, transcurrido el cual se abrirá a prueba el incidente por termino de 15 días, si alguna de las partes lo pidiere.

Artículo 536. No compareciendo el demandado o transcurrido el periodo de la prueba, en su caso, el juez a petición de cualquiera de las partes, dentro de tres días oír en audiencia verbal

Código penal del Estado de México;

Artículo 26. La reparación del daño comprende:

- I. La restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y accesorios, y el pago en su caso del deterioro y menoscabo.

La restitución se hará aún en el caso de que el bien hubiere pasado a ser propiedad de terceros; a menos que sea reivindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán oídos en un incidente tramitado en la forma que señala el Código de Procedimientos Penales;

II. El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa pudiere ser restituido;

III. La indemnización del daño material y moral, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

El monto de la indemnización por daño moral no podrá ser inferior a treinta ni mayor a mil días multa y será fijado considerando las circunstancias objetivas del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre el ofendido; y

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

V. MODELO DE SANCIÓN PENAL INDEPENDIENTE.

Hirsch señala que el modelo de sanción penal independiente se presenta en dos formas:

La primera: Según una de las concepciones, que en los países anglosajones es representada por la *compensación order*, la representación tiene carácter de pena en tanto consecuencia jurídica del hecho punible impuesta en el proceso penal. Por consiguiente, se ve en ella una clase de pena que amplía el catálogo convencional.

Como fundamento se aduce que tiene efecto preventivo general y sobrellevada por el autor como un mal.

En el derecho resarcitorio se trata de una compensación de los daños materiales y hasta inmateriales producidos por el autor y, por tanto, de la parte civil

del hecho. Por el contrario en la pena se trata de la imposición de un mal que va más allá de ello.

Los representantes de la idea de la reparación penal dicen que, indudablemente, se trata de algo más que de una indemnización. En éste contexto se habla de una prestación composicional a la víctima.

Pero de todos modos, la indemnización en el sentido del Derecho Civil, que en los casos de delitos contra la personalidad abarca también, justamente, el daño moral, marca el límite de lo que la víctima puede reclamar del autor en carácter de representación.

La segunda: Es una opinión doctrinal según la cual la cual la reparación no sería una pena, sin embargo constituiría una sanción penal independiente. Se la debe considerar como "tercera vía" penal, junto a la pena y a las medidas de corrección y seguridad.

Para Roxin las así llamadas prevenciones generales constituyen el punto de enlace¹⁶¹.

¹⁶¹ Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. "DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS", Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 62, 63.

CAPÍTULO QUINTO.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL COMO MECANISMO DE INSERCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA SISTEMÁTICA PENAL.

I. LAS TRES ETAPAS DE LA SISTEMÁTICA PENAL.

“Desde hace ya una década, la preocupación por la víctima amenaza con conmover todo el sistema penal, esto es tanto el Derecho penal adjetivo, como el Derecho penal sustantivo y la misma ejecución Penal.”¹⁶²

Es al poder legislativo, al que corresponde la respuesta general sobre el *si*, *el porqué*, *el cómo* y *el cuándo* castigar; al judicial al que compete la comprobación de los presupuestos de hecho, incluso los atinentes al sujeto, de la sanción penal y la concreción de ésta, y al ejecutivo, que con observancia de la ley y subordinación a las resoluciones judiciales, se encargará de llevar a la práctica la sanción impuesta.¹⁶³ La política criminal es el mecanismo vinculante entre estas tres etapas penales, al inclinar al Estado, hacia determinada función en su poder coactivo.

El artículo 18 constitucional, señala que el fin de la pena es la readaptación social del delincuente, quedando implícitos los fines de prevención especiales y generales, que deberán permean todo el sistema, por ello los tres poderes deberán conjunta y separadamente, buscar que todas sus decisiones se encaminen a esta finalidad, la prevención especial, como ya lo ¹⁶⁴hemos enunciado tiene como

¹⁶² Albil Eser – Hans Joachim Hirsch – Claus Roxin – Nils Christie – Julio B. J. Maier – Eduardo Andrés Bertoni – Alberto Bovino – Elena Larrauri. “DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS”, Compilador: Dr. Julio B. J. Maier. Ed. AD-Hoc Buenos Aires, Primera reimpresión 2001. Pág. 10

¹⁶³ Op cit. Pág. 195.

¹⁶⁴ La prevención general negativa, se debe entender como la amenaza general a la colectividad de imponer una pena al realizar determinada conducta, prohibida por la norma. La prevención general positiva, será entendida como el respeto a la norma a través del reconocimiento de la sociedad en la norma y su trascendencia.

finalidad la reintegración del delincuente al núcleo social, la prevención general, el reconocimiento de la norma por la sociedad y en la interpretación posfuncionalista, la identificación de la sociedad con la norma, que generaría idealmente el cumplimiento de la norma sin necesidad de la amenaza de sanción, sino, el cumplimiento por el reconocimiento de ésta como necesario para la sociedad, es decir el individuo reconoce su naturaleza social y por ello cree y confía en la norma, como consecuencia lógica cumple con ella.

La reintegración al sistema penal de la víctima a través de la reparación del daño moral, puede consistir en un vínculo entre la prevención general positiva y la prevención especial positiva. La prevención general positiva, puede lograrse a través del reconocimiento de los intereses de la víctima en el procedimiento y la ejecución de la pena, que generalmente se inclinan a una reparación más que por la retribución de un mal por otro mal al delincuente, por parte del Estado, como ya hemos señalado la reparación debe tener un criterio mucho más amplio que el interés patrimonial, el reconocimiento de valores culturales e intereses personales vinculado al enfrentamiento del delincuente con su conducta antisocial podría ser el nexo entre prevención positiva general y especial. Que el Derecho penal vuelva, en parte, a ser *derecho privado*, y vuelva un poco, aún que en otra altura, a lo que ha sido durante siglos en algunos países, para (entre otros fines) evitar que el Leviathan del Estado se meta tanto en la relación "privada", personal, entre el delincuente y su víctima, y para otros fines.¹⁶⁵

I.I LA VÍCTIMA EN LA ETAPA LEGISLATIVA.

La Resolución 40/34 de la ONU establece en su artículo 21:

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la practica vigente para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan

¹⁶⁵ Antonio Berinstain. "Victimología. Nueve Palabras Clave". Ed. Tirant la blanch. Valencia 2000. Pág. 41.

graves abusos de poder político y económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

Siguiendo esta tendencia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada en su artículo 20, bajo los siguientes criterios... en el año... para señalar las siguientes garantías a la víctima:

Apartado B. De la víctima o del ofendido.

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del proceso penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como el en proceso, y a que se desarrollen las diligencias correspondientes;

Quando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

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 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.

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevará a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Rodríguez Manzanera señala correctamente que la víctima "significa en mucho el fracaso del Estado en su misión de protección y tutela de los intereses de la comunidad."¹⁶⁶

Así también los códigos penales del Distrito Federal, Estado de México y Federal entre otros han incluido los intereses de la víctima en sus respectivos catálogos de penas así señalan:

Código Penal Federal, Capítulo V, Artículo 29. La sanción pecuniaria comprenderá la multa y la reparación del daño...

Artículo 30. La reparación del daño comprenderá:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se

¹⁶⁶ Luis Rodríguez Manzanera. "Victimología", Estudio de la Víctima. Ed. Porrúa, 2ª. Edición, México 1990. Pág. 5.

comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 30, el cual contiene el catálogo de penal en su fracción V señala las penas pecuniaria y el numeral 37 señala entre las penas pecuniarias a la reparación del daño.

El artículo 42 señala: (Alcance de la reparación del daño). La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito que se trate:

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuere posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia del delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;
- III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la víctima;
- IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y
- V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesión se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Por su parte el Código Penal del Estado de México en su Título Tercero, artículo 22: "Son penas y medidas de seguridad que pueden imponerse con

arreglo a éste Código, las siguientes: Apartado A, Fracción III. Reparación del daño.

El artículo 26 señala:

La reparación del daño comprende:

I. La restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y acciones, y el pago en su caso del deterioro y menoscabo.

La restitución se hará en el caso aún de que el bien hubiera pasado a ser propiedad de tercero; a menos que sea irreivindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán oídos en un incidente tramitado en forma que señala el Código de Procedimientos Penales.

II. El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier otra causa no pudiera ser restituido;

III. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa y será fijado considerando las circunstancias objetivas del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre el ofendido; y

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

I.II. LA VÍCTIMA EN LA ETAPA JUDICIAL.

Cuando se acude al M.P. a causa de algún delito, resulta que en general la víctima no está especialmente interesada en un proceso judicial o en conseguir un castigo, sino en una resolución de conflicto, por ejemplo una indemnización o en conseguir una protección inmediata o ser resguardado de ataques sumarios por amenazas de su victimario.

Ahora bien al iniciar el Procedimiento con la averiguación previa, el sistema penal entra en funcionamiento, sin mayor consideración hacia los deseos y necesidades de la víctima, en frase célebre de Christie (1977) se le "roba el conflicto a la víctima" y éste pasa a ser tratado por y para los intereses del Estado.¹⁶⁷

Y en realidad es que el interés de la víctima, no es el de el Estado, en cambio el interés de la sociedad si es el de la víctima. Por otra parte el que la víctima tenga interés en denunciar un delito, al mismo tiempo que atiende a intereses propios, evita una nueva victimización, interés que si es colectivo, la administración de justicia poco atiende al valor de la denuncia por la víctima, sin considerar que en gran medida el combate a la delincuencia depende totalmente de la denuncia.

La pugna entre los dos objetivos aparentemente opuestos –la indemnización a la víctima y la reeducación del delincuente- puede resolverse estructurando la sanción, al delincuente como reparación que brinde el propio criminal directamente a la víctima; así se puede alcanzar a la vez copulativamente las dos metas tradicionalmente enfrentadas,¹⁶⁸ la víctima obtiene respuesta a su necesidad, el delincuente es resocializado a través de la responsabilización de su conducta y la sociedad observa a su vez que no existe impunidad en el sistema y que en caso de que un derecho particular de uno de sus miembros sea violado, obtendrá satisfacción a su interés, ya sea por el propio delincuente o por el Estado a través de un Fondo de Reparación a las Víctimas del Delito.

¹⁶⁷ Elena Larrauri. "La Herencia de la Criminología Crítica". Ed. Siglo Veintiuno. Pag. 76.

¹⁶⁸ Antonio Berinstain. "Victimología. Nueve Palabras Clave". Ed. Tirant la blanch. Valencia 2000. Pág. 58.

I.III. LA VÍCTIMA EN LA ETAPA EJECUTIVA.

Si la víctima ha sido poco considerada en las etapas legislativa y judicial, su participación real en la etapa ejecutiva, es nula. Se dicta una sentencia condenatoria, la cual no tiene mayor importancia para el Estado que ser un dato estadístico, por el cual, se demuestra que las Procuradurías de Justicia cumplen con su función en la persecución del delito, la víctima, sólo participo en calidad de testigo, como elemento de prueba y en esta etapa quedará totalmente olvidada para el sistema penal. En la practica real, no existe readaptación social para el delincuente. Empíricamente consideramos que en el aumento de la delincuencia inciden tres factores:

A. La falta de verdaderos tratamientos a los sentenciados en los Centros de Readaptación Social,

B. La desconfianza que impera hacia el sistema normativo y las Instituciones y,

C. El descrédito de las Instituciones y los funcionarios, generado a través de los medios masivos de comunicación.

Si a través de la reparación del daño moral (concepto mucho más amplio y sensible que el de reparación del daño material), se vincula al victimario con la víctima, enfrentándolo a la naturaleza antisocial de su actuar (prevención especial positiva), la víctima encuentra respuesta a su interés y la sociedad observa el cumplimiento y respeto de sus normas en la disminución de la impunidad (prevención general positiva), y seguridad de la reparación en caso de un posible ataque, actuando como responsable solidario el Estado por la omisión de un deber de cuidado (en éste caso el cumplimiento de sus normas), entonces el

cumplimiento de las normas se producirá por un reconocimiento de ellas y no por la fracasada teoría retributiva de la pena.

Eugenio Raúl Zaffaroni formula cuatro recomendaciones sobre el sistema penitenciario en el Informe final de 1985, sobre *Los Derechos Humanos y el sistema penal en América Latina*.

- La institución de servicios sociales postcarcelarios para los individuos liberados definitiva o anticipadamente.
- Que el Estado asuma el deber de proveer fuentes de trabajo o de subsistencia suficientes para cubrir las necesidades del liberado.
- Establecer un tipo de asistencia postliberacional, fuera de los modos clásicos, que preste eficaz apoyo material, jurídico y psicológico contra la eventual acción agresiva de segmentos del propio sistema penal o de la privación de la libertad.
- Instituir la figura de rehabilitación o cancelación de antecedentes en aquellas legislaciones que no contengan, y limitar los plazos previos a su otorgamiento y dotar de amplios efectos a la consiguiente anulación de antecedentes registrados en aquellos que ya la prevén.

I.III. I. LEY DE EJECUCIONES PENALES

Las penas pueden ser clasificadas, conforme a su autonomía, en penas principales y accesorias; atendiendo a su gravedad, en penas graves, menos graves y penas leves; y desde una perspectiva material, en penas privativas de la libertad, penas pecuniarias, restrictivas de la libertad y privativas de derechos. La actual Ley de Ejecución de Sanciones Penales esta orientada

exclusivamente a las penas privativas de la libertad cuyo objetivo es la reintegración social como forma de readaptación social.

La enunciada función de dicha pena privativa de la libertad a sido ampliamente cuestionada por autores nacionales y extranjeros e incluso existen Estados como Alemania, España, Estados Unidos, Holanda, Suecia, entre otros, que han llevado al extremo el principio de ultima ratio, en razón de esté tipo de penas, y han buscado alternativas a la prisión pues no se puede educar para la libertad, precisamente privando de ella.

Sus sistemas penitenciarios se basan en los siguientes instrumentos:

- 1) El trabajo carcelario y un personal eficiente dedicado a la corrección de los reclusos, son clave del moderno régimen penitenciario, el conocimiento científico de la personalidad de aquellos y la especialización de la asistencia que, en su caso les debe ser prestada, figuran a su vez en elevados planes de tratamiento.
- 2) Archivos de las instituciones prisionales con completísimos dossier, que contengan individualizadamente cuanto a cada detenido concierna –estudios sociopsicocriminogénético–, ello se indica con el estudio medico-psicológico de éste examen, obligatorio para quien revele un cierto grado de asocialidad, abarca los aspectos psicológicos, morfológicos y anamnésicos-biológicos de los ingresados y que deben enmarcarse entre los modernos servicios de tratamiento (observación, medico-quirúrgico, psicológicos y neuro-psiquiátricos, pedagógicos y asistencia social e higiénico sanitarios.
- 3) Es perceptible el interés de las administraciones penitenciarias en aislar y tratar curativamente a cuantos delincuentes presenten alteraciones mentales que lógicamente, afectan a su pretendida reinserción social.

4) Intervenientes en el tratamiento son los monitores o psicoterapeutas, los observadores y los participantes que con carácter obligatorio (USA) o voluntario (Francia) forman la unidad de terapia.

5) Se discute si la ejecución penitenciaria a de ser competencia exclusiva de la administración prisional o si debe estar atribuida a la autoridad judicial, al denominado juez de aplicación de penas o de vigilancia en la terminología española e italiana.

6) La intervención del magistrado, con facultades consultivas, inspectoras y decisorias se reconoce en algunas legislaciones, y así anotamos entre otros países, a España, Brasil, Finlandia, Francia, Italia, Portugal, Holanda y Polonia.

7) La función del juez de ejecución de sentencias es la de frecuentar periódicamente el establecimiento carcelario y comprobar si se ejecutan puntualmente las disposiciones legales, en orden al cumplimiento de las sanciones privativas de la libertad, al margen de las obligaciones que poseen cara a la libertad condicional. Intervienen así lo judicial, tanto el régimen y tratamiento que se impone a los internos, como en lo que concierne específicamente a los beneficios penitenciarios: Concesiones de permiso de salida del recinto y de la semilibertad, acortamiento de penas, etc.

La legislación española asigna al juez de vigilancia las siguientes atribuciones:

1.- El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito a las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2.- Corresponde especialmente al juez de vigilancia:

- a) Adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y Tribunales sentenciadores.
- b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados, y acordar las revocaciones que procedan.
- c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.
- d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.
- e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- f) Resolver en base a los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresión y regresión.
- g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos.
- h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.
- j) Conocer el paso de los establecimientos de regímenes de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

8) Asistencia pospenitenciaria, colofón indispensable e indiscutido de todo moderno sistema prisional.

9) Alemania a reducido a un 16% de sentenciados los que ejecutan penas privativas de la libertad, debido a su peligrosidad social y a sustituido dicha pena, por penas de carácter pecuniario.

Por su parte Luis Rodríguez Manzanera realiza un interesante cuestionamiento al plantear si ¿Puede considerarse la resocialización como único objeto de la ejecución penal?. A lo que responde: Indudablemente la respuesta es negativa. Continúa su exposición señalando una serie de razones las cuales son las siguientes:

- 1) Hay penas que por su naturaleza excluyen el fin reformador, como la prisión de corta duración.
- 2) Hay delincuentes que por su moralidad y sentimiento de dignidad personal, no necesitan ser readaptados (pasionales, imprudenciales, ignorantes, políticos, etc.).
- 3) Hay delincuentes para los que no hay, o no sea encontrado un tratamiento adecuado (psicópatas, profesionales, habituales).

Bustos Ramírez señala que el origen de la pena privativa de la libertad es relativamente moderno. Aparece con el Estado liberal especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora. Señala que desde un principio la pena privativa de la libertad tuvo una función resocializadora o mejor socializadora o disciplina para el trabajo.

La tendencia de una política criminal positiva se derivó del fracaso de las penas privativas de la libertad, que no consiguieron los fines pretendidos. Con los principios enunciados podría pretenderse que la teoría retributiva de la pena a quedado rebasada, sin embargo es prudente señalar que la teoría de la pena

(la cual es parte de la teoría penal junto con la teoría referida al hecho punible y la teoría del sujeto responsable.) no sólo busca la prevención general y especial, cuyo mejor expositor es Claus Roxin, lo cual en una forma muy general puede explicarse en cuanto a la prevención especial dirigida exclusivamente al sujeto activo del delito como intimidación y resocialización para impedir la reincidencia, y en cuanto a la prevención general negativa, la intimidación para la sociedad, fundada en el castigo ejemplar.

Una política criminal razonable depende esencialmente del sentido y finalidad que se da a las sanciones, por lo que resulta adecuado crear un sistema de consecuencias jurídicas que puedan graduarse de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad y que al mismo tiempo puedan contribuir a evitar nuevos delitos, si por el contrario, unilateralmente se sitúa en primer plano uno de ambos aspectos ello conducirá en última instancia a una política criminal inhumana e injusta.¹⁶⁹

La teoría de la pena a seguido un movimiento pendular entre la teoría retributiva vinculada a la culpabilidad y las teorías de prevención positiva que tuvieron su auge sobre la base de impulsos provenientes de la psiquiatría y la psicología, así como de la escuela moderna del derecho penal, y bajo signos de la idea de tratamiento, la cual surgió en la primera mitad del siglo XX, una orientación del sistema sancionador referida a la persona del autor. Se intentó superar la visión retributiva de la pena a través de la sanción "positiva" que desplegará sus efectos curativos y educadores sobre el autor, para la que el delito cometido debía ser sólo el motivo pero no la razón fundamental.¹⁷⁰

Se debe tomar en cuenta que dicha teoría penal se desarrolla en tres momentos o fases a saber:

¹⁶⁹ Thomas Weigend. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenate. Granada, diciembre 2002. 5ª. Edición.

¹⁷⁰ Franz von Liszt. Programa de Manburgo.

- La legislativa o legal se sitúa en la norma penal, de manera abstracta y general, fijando el legislador su extensión temporal entre un mínimo y un máximo.
- La individualización judicial es la relación de la pena concreta a imponer al reo que realiza el juez.
- La penitenciaria o administrativa es la realizada por los funcionarios especializados de la Administración penitenciaria, mediante el completo estudio de la personalidad del condenado.

Es evidente que aún que los fines generales del derecho penal son los mismos es decir el reestablecimiento del orden social, cada una de las etapas desarrolla sus fines concretos.

Respecto a la última etapa se incurriría en un error el pretender que realice fines de prevención especial como muchos autores pretenden puntualizar al interpretar el principio señalado en el artículo 18 Constitucional ya que esto podría traducirse en un programa de auxilio social.

La ciencia penitenciaria siguiendo a Novelli es un sistema autónomo de investigación para adecuar la finalidad de la ejecución de la pena a la finalidad de la pena y otros institutos jurídicos penales para la defensa de la sociedad contra la delincuencia, es evidente que desde el principio la actividad de ésta ciencia se relaciono con la pena de prisión.

Se trata de una ciencia multidisciplinaria ocupada de estudiar la incidencia de la ejecución de la pena privativa de la libertad sobre el penado –su equilibrio psíquico, sus relaciones sociales y comunales–, su incorporación a la sociedad.

Dentro del derecho penitenciario concurren normas de distinta naturaleza, unas administrativas, otras laborales y de carácter procesal.

La pena de prisión permite distinguir dos momentos distintos: el cumplimiento y la ejecución. El primero consiste en la imposición material de la pena, cuando el penado traspasa el umbral del centro penitenciario, y el segundo comienza a partir de ahí y finaliza con la liberación e incluso después.¹⁷¹

El derecho penal en su conjunto es sólo un ámbito parcial relativamente reducido del complejo sistema de control social del comportamiento, las reformas del derecho sancionador no poseen repercusiones evaluables, ni positivas, ni negativas sobre la clase y frecuencia de acciones criminales, sin embargo, las modificaciones internas del sistema apenas influyen en la realidad del fenómeno criminal. Esta visión facilita la reforma del derecho sancionador en la medida en que viene a demostrar supuestas barreras en contra de su humanización: cuando la actividad de los tribunales penales, no favorece o impide de una forma medible la prevención del delito, las sanciones pueden ser configuradas y aplicadas de modo que se presenten como una respuesta justa y moderada de la sociedad frente al delito y, simultáneamente, que pueda ayudar al autor en la medida de lo posible a su resocialización.¹⁷²

El papel de México es especialmente complejo si pensamos en las contradicciones que se presentan en tres factores esenciales los cuales enunciaremos para posteriormente desarrollarlos de forma particular:

- Los fines señalados en el artículo 18 Constitucional;

¹⁷¹ Borja Mapelli Caffarena. Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense. La Autonomía del Derecho Penitenciario. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. MADRID –Junio 1986. Págs 454, 455.

¹⁷² Thomas Weigend. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Traducción de Miguel Olmedo Cardenate. Granada, diciembre 2002. 5ª. Edición.

- La supraestructura e infraestructura con la que se cuenta para la ejecución de las penas que privan al sujeto de la libertad y;
- Los intereses de la colectividad y el impacto de los medios masivos de comunicación.

Como ya antes a quedado señalado la finalidad en la aplicación de la pena privativa de la libertad es la readaptación del individuo a la vida en sociedad, lo cual es difícil lograr a través de la medida exactamente opuesta que es el aislamiento de la condición que se pretende logran, en un ámbito deshumanizado.

La infra y supraestructura económica con la que se cuenta para llegar a dicho fin es insuficiente, en primer lugar la falta de espacios físicos, la alimentación insuficiente y de mala calidad, la falta de personal debidamente calificado para realizar dichas funciones, los problemas de carácter sexual que se presentan dentro de dichos locales de restricción, la falta de acceso a la cultura y educación, así como problemas de comunicación, los problemas de angustia, desesperanza y psicosis que presentan los reos, aunado a la problemática que enfrentara al momento de la excarcelación sin recursos y sin experiencia laboral de el tiempo del internamiento entre otros.

La enunciación somera que ha quedado señalada sobre algunos factores de carácter social, económicos, y culturales, se encuentra aunada a factores de carácter jurídico como lo son:

- o El título del cuerpo normativo en comento es impreciso (situación que realmente no es trascendente).
- o Una imprecisa distribución de facultades y funciones de los entes encargados de dicha ejecución.

- La falta de capacitación para el personal que se encuentra realizando funciones en dichas instituciones.
- La enunciación de un sistema (artículo 12 de la Ley en comento), que no queda desarrollado en forma específica en el cuerpo normativo en comento.
- Otro elemento importante es que el objetivo de las etapas por las que se desarrolla la pena (legislativo, judicial y ejecutivo), no parecen concordar en cuanto a fines.
- Los medios por los que se pretende llegar a dichos fines son someramente señalados en el Título Primero, capítulos II, III, y IV, sin que quede precisado cuales son los mecanismos reales para dicha ejecución.
- Imprecisión en la estructura orgánica penitenciaria.
- La falta de una política criminal equilibrada entre la culpabilidad del delincuente y la prevención general y especial al momento de la interpretación de la norma.
- Evidente la falta de órganos encargados de un estudio serio de la criminalidad del sujeto activo, así como personal adecuado para dar el tratamiento psicológico requerido por cada delincuente, personal encargado de dar educación formal a los sentenciados, así como actividades recreativas y sobre todo educación cívica, esencial para la readaptación.
- Dicha Ley debe partir de una concepción integral del ser humano, a lo cual parece no partir de ninguna (¿Cómo se puede reintegrar o reformar algo de lo que no existe una elemental concepción?).

- o No son tratados por especialistas las enfermedades psicologías derivadas del encierro, posteriormente se arroja a la sociedad, sujetos enfermos más aún de lo que entraron a estas Instituciones.

- o Los problemas de carácter sexual derivados del encierro tampoco son atendidos.

- o No se cumplen las exigencias mínimas internacionales de las "Reglas mínimas unitarias para el tratamiento de los presos". Que fueron adoptadas en Ginebra en el año de 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y a través de una resolución del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas de 31.7. 1957.

I.III.II. LA CREACIÓN DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA.

En el Distrito Federal se ha creado un fondo para la reparación del daño a la víctima, un documento internacional que dio fundamento a éste fondo es "La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para la Víctima del Delito y del Abuso de Poder", al señalar:

Artículo 12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

- a) A la víctima del delito que haya sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves.

- b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de la víctima que haya muerto o haya quedado física o mentalmente incapacitada como consecuencia de la victimización.

Artículo 13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en que el Estado de nacionalidad de la víctima no éste en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

La Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del delito para el Distrito Federal establece el Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctima estableciendo en los artículos 23, 24, 25, y 26 respectivamente:

Artículo 23. Se crea el Fondo para la Atención y Apoyo a la Víctimas y Ofendidos, el cual se integrará con:

- I. Los recursos a que se refieren los artículos 41¹⁷³, 50¹⁷⁴ y 51¹⁷⁵ y cuarto párrafo del artículo 55¹⁷⁶; todos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.
- II. Las aportaciones que a este fin hagan en efectivo o en especie los particulares u organismos público, privados y sociales, nacionales o extranjeros de manera altruista, mediante los procedimientos respectivos.
- III. Los rendimientos que obtengan de las inversiones y reinversiones de los recursos asignados al Fondo.

¹⁷³ Artículo 41. Se establecerá un Fondo para Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito en los términos de la legislación correspondiente.

El importe de la multa y la sanción económica impuesta se destinará preferentemente a la reparación del daño ocasionado por el delito, pero si éstos se han cubierto o garantizado, su importe se entregará al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito.

¹⁷⁴ Artículo 50. Cuando el inculpado se substraiga de la acción de la justicia, las garantías relacionadas con la libertad caucional se aplicarán de manera inmediata al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito.

¹⁷⁵ Artículo 51. Si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación del daño, el importe de éste se entregará al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, en los términos de la legislación aplicable.

¹⁷⁶ Artículo 55, cuarto párrafo. Si el facultado no se presenta a recoger el producto a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los noventa días siguientes a la realización de la subasta, dicho producto se destinará al Fondo para la Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito.

Art. 24. Los recursos del Fondo serán administrados y operados por la Procuraduría¹⁷⁷ por medio de un fideicomiso público.

Art. 25. Los recursos del Fondo se aplicarán para otorgar apoyos de carácter económico a la víctima u ofendido del delito o, en su caso a sus derechohabientes, de acuerdo con la naturaleza del delito, sus consecuencias y los propios recursos del Fondo.

La procuraduría determinará el apoyo que corresponda otorgar a la víctima u ofendido del delito, previa opinión que al respecto emita el Consejo¹⁷⁸.

Art. 26. En caso de que la Procuraduría, a través de la Subprocuraduría, reciba una solicitud de apoyo económico a la víctima u ofendido, realizará las investigaciones que se requieran y resolverá sobre su otorgamiento, así como sobre la protección y servicios victimológicos correspondientes. Cuando se trate de víctimas o ofendidos de delitos violentos o de escasos recursos, se concederán de inmediato los beneficios económicos del fondo.

El cuestionamiento a esta Ley es que la reparación dictada por la juzgadora es una obligación para el victimario y debe extenderse al Estado, como responsable solidario, por el incumplimiento del deber de brindar seguridad a los ciudadanos y no un acto de caridad de la Procuraduría.

¹⁷⁷ Se refiere a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

¹⁷⁸ Según la misma Ley, el Consejo es un órgano de apoyo, asesoría y consulta, el cual tendrá por objeto fortalecer y promover las acciones a favor de las víctimas y ofendidos del delito y actuara en coordinación con la Procuraduría para el eficaz cumplimiento de sus funciones. La integración se encuentra señalada en el Art. 18 de la misma, la cual señala:

El Art. 18. El Consejo se integra por:

- I. Un Presidente que será el Procurador General de Justicia del Distrito Federal; y
- II. Los Titulares de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, de la Secretaría de Salud del Distrito Federal y de la Subprocuraduría de Atención a las Víctimas del Delito y Servicios a la Comunidad. Los cuales podrán designar suplentes, que serán nombrados de entre los Subsecretarios o Visitadores Generales, según sea el caso, o del auxiliar inmediato superior para el despacho de los asuntos, quienes no podrán tener un nombramiento inferior al de Director General...

Anterior a éste Fondo en el Distrito Federal en el Estado de México desde 1969 existía la “Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito”¹⁷⁹. En la que ya se estipulaba la reparación de daños materiales a las víctimas del delito, pero con importantes restricciones, así su artículo primero señala:

ARTÍCULO PRIMERO. El Departamento de Prevención y Readaptación Social brindará la más amplia ayuda, conforme a las posibilidades y necesidades, a quienes se encuentren en difícil situación económica y hubiesen sufrido daño material como consecuencia de un delito cuyo conocimiento corresponda a la autoridades judiciales del Estado. Esto se entiende sin perjuicio de la previsto acerca de la reparación del daño en el Código penal y en el Código de Procedimientos Penales.

Para el anterior efecto, el propio Departamento comprobará, en forma sumaria y por los medios que juzgue pertinentes la causa del daño que ante dicha dependencia se manifieste, su monto y la necesidad urgente que el dañado tenga de recibir ayuda del Estado. Se deberá comprobar que el solicitante carece de recursos propios con que subvenir a sus necesidades inmediatas y que no le es posible obtener en forma lícita y adecuada auxilio de otra fuente.

El Fondo para la Reparación del Daño en el Estado de México se integrará de la siguiente forma según el artículo tercero de dicha ley:

ARTÍCULO TERCERO. La asistencia económica que se preste, cuyo monto será prudentemente regulado por el Jefe del Departamento de Prevención y Readaptación Social, a fin de que sea posible brindar al mayor número de personas, se otorgará con cargo a un fondo de reparación integrado con las siguientes percepciones:

¹⁷⁹ Publicada en la Gaceta del Gobierno del 20 de Agosto de 1969, entró en vigor treinta días después de su publicación.

- VI.** La cantidad que el Estado recabe por concepto de multas impuestas como pena por las autoridades judiciales.
- VII.** La cantidad que el Estado recabe por concepto de cauciones que se hagan efectivas en los casos de incumplimiento de obligaciones inherentes a la libertad provisional bajo caución, la suspensión condicional de la condena, según lo previsto por las leyes respectivas.
- VIII.** La cantidad que por concepto de reparación deban cubrir los reos sentenciados a tal pena por los Tribunales de Estado, cuando el particular beneficiado se abstenga de reclamar en el tiempo dicha reparación o renuncie a ella, cuando la misma se deba al Estado en calidad de perjudicado.
- IX.** El 5% de la utilidad líquida anual de todas las industrias, servicios y demás actividades lucrativas en los reclusorios estatales; y
- X.** Las aportaciones que para este fin haga el Estado y los particulares.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El derecho penal resguarda bienes jurídicos concretos como la libertad, la vida, el patrimonio, y un bien jurídico implícito en todos los delitos, la seguridad. La seguridad resguardada por el orden punitivo, debe atender a dos criterios. Por una parte la confianza de la sociedad en sus normas y por lo tanto en su gobierno, por la otra se permite que el individuo tenga la certeza de su normal desarrollo con todas sus capacidades y posibilidades.

SEGUNDA.- El Sistema Jurídico debe evolucionar acorde a los intereses colectivos. La norma se cumple no sólo por la amenaza de sanción, sino porque el ciudadano cree y se identifica con la colectividad, y como consecuencia con sus normas.

TERCERA.- La reacción del Estado frente al delito sólo se dirige al sentenciado e ignora a la víctima. La victimización masiva que enfrenta el país en la actualidad genera desconfianza hacia el Estado y su Orden Jurídico.

CUARTA.- El principio de causalidad que opera en las ciencias exactas, no opera en el ámbito de la cultura, a partir de estos argumentos pretendemos mostrar como la sistemática del derecho penal a fracasado en su intento de legitimación del orden existente, generando una crisis social, en la que tanto el régimen jurídico, como el político, con bases axiológicas por mucho rebasadas por los fenómenos sociales, se tornan en ataques escleróticos, donde se radicalizan ante su derrumbe como lo describe el propio Octavio Paz en su libro "El Laberinto de la Soledad".

QUINTA.- La sistemática jurídica a partir del movimiento ilustrado del que parte la modernidad a seguido en estricto sentido tendencias filosóficas y así lo señala con desdén el propio Roxin al señalar: "...la construcción sistemática y

conceptual penal, ...ha sido dependiente siempre de tendencias filosóficas y no de las tendencias político criminales. Así hasta bien entrado el siglo XIX dominó en los manuales de derecho penal la filosofía de Hegel. Alrededor de 1870 fue superada por un naturalismo científico espiritual orientado en el ideal de exactitud de las ciencias naturales, a lo cual siguió en el siglo XX una época de neokantismo y por último el finalismo referido a estructuras ontológicas."¹⁸⁰ Todas estas producto del pensamiento racionalista.

La dogmática se encarga en primer término de brindar a la sistemática los principios fundamentales sobre los cuales se ordenaran lógicamente los conocimientos particulares alcanzados en esta disciplina; es decir brinda una especie de axiomas que fundamentan la estructura sistemática y que deben servir al momento de su interpretación.

SEXTA.- El redescubrimiento de la víctima del delito se manifiesta principalmente en la política criminal y se proyecta en todas las fases del procedimiento penal, con distintas tendencias, desde las que se manifiestan por un mayor interés por la protección de la víctima, y los que pretenden la despenalización de determinadas conductas en razón de la intervención directa de la víctima en la lesión de sus bienes jurídicos y derechos. Las manifestaciones de esta tendencia se presentan tanto en el ámbito nacional como internacional, en el derecho procesal y el material.

SÉPTIMA.- Toda vez que hay delito, hay víctima, que la víctima es quien percibe el daño, el daño a los valores que defiende la colectividad a través de sus normas, los valores surgen en la psique del individuo y trascienden a la identidad colectiva. El ataque concreto contra los valores de un sujeto, trasciende a la colectividad cuando se transgrede su marco normativo que también es un valor, un valor que si no se sustenta, produce la desconfianza de

¹⁸⁰ Claus Roxin. "Política Criminal y Estructura del Delito" (Elementos del Delito en base a la Política Criminal). Traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormanzábal Malaréc, Ed. PPU, primera edición. Barcelona ;992. Pag. 42.

su significado simbólico y por ello la trasgresión de éste por los demás miembros de la colectividad, creando un estado de anarquía, como el que hoy denuncian las estadísticas delictivas.

OCTAVA.- La Política criminal debe buscar, que la víctima recobre su dignidad, lo cual, sólo podrá lograrse a través de una política social y humana. Hoy el llegar a ser víctima es un problema de política social, un problema de derechos fundamentales y no un fenómeno aislado. Todavía no se ha elaborado el status jurídico de la víctima.

NOVENA.- La diferencia real entre víctima y ofendido se basa en la titularidad del bien tutelado por la norma. El derecho de la víctima surge de la tutela de bienes jurídicos, el derecho del ofendido deberá surgir de la reacción social contra valores que a todos interesan. En el mismo tenor de ideas puede considerarse que la participación en el proceso para víctima y ofendido deberá ser distinta.

DÉCIMO.- El Bien Jurídico es un valor socialmente reconocido. La valoración de un objeto¹⁸¹ se produce en la esfera psíquica del individuo. La valoración de un objeto responde a una identidad cultural. Cuando una valoración individual, corresponde con la valoración cultural, se considera al objeto un bien. Cuando un bien, es reconocido por el derecho positivo, eleva su rango, a la calidad de bien jurídico. Un bien jurídico, puede ser tutelado por normas de derecho privado o por normas de Derecho público. Un mismo bien jurídico puede ser tutelado por normas de derecho privado y público. Cuando un bien jurídico es tutelado por el derecho penal, es en primer término por la alta valoración que socialmente tiene dicho bien. El segundo término cumple el principio de *última ratio* del derecho penal. La valoración de que un mismo bien sea tutelado por otra rama del derecho y el Derecho penal, responde a la forma del ataque. No existe cuerpo del delito que no tutele un bien jurídico. Todo Bien Jurídico, tiene

¹⁸¹ Utilizaremos el termino objeto, no en el sentido material de la connotación, sino como circunstancia digna de consideración en la esfera psíquica de la colectividad o de él individuo, para evitar el termino interés que es generalmente asociado a satisfactor de necesidades.

un titular. Existen valores, con rango de Bienes Jurídicos personales y valores colectivos o sociales. Aún las llamadas normas en blanco que tutelan derechos difusos, existe un titular, “la humanidad”.

UNDÉCIMA.- Generalmente en el proceso penal son consideradas en todo momento las garantías del inculpado como tema central, sin embargo poco son recordadas las garantías que se le otorgan a toda persona, no sólo por la Constitución Política de la República, sino por los pactos Internacionales que son firmados y ratificados y que muchas son las ocasiones en que en detrimento de estas, se resguarda sólo el interés del inculpado. Un ejemplo de esto puede ser el caso en que un menor de edad que es víctima de un abuso sexual que le produce una profunda afectación psicológica y sin embargo es careado con su agresor porque es una de sus garantías el derecho a ser careado con su acusador, sin importar que existan tratados internacionales, garantías constitucionales, leyes locales de orden público que tutelen su normal desarrollo psico-sexual.

Pese a las reformas antes señaladas inclinadas a la humanización de esta figura la víctima juega sólo un papel de coadyuvante con el Ministerio Público, cuya función objetivamente no es la defensa de los intereses de la víctima, sino los de la sociedad, la sociedad se identifica con sus normas y el interés del Ministerio Público es el estricto cumplimiento del marco normativo, por cierto, un marco normativo que no considera mucho los intereses de la víctima.

DUODÉCIMA.- La víctima del daño moral es quien reciente directamente en su esfera psíquica un detrimento, menoscabo o sufrimiento a consecuencia del ataque a un bien jurídico del cual es titular. El concepto de víctima del daño moral es mucho más amplio que el de la víctima del daño material, ya que todo bien jurídico patrimonial o no implica una valoración en la psique del individuo y no todo bien jurídico se encuentra dentro del patrimonio. El problema de acortar el círculo de personas afectadas por un daño moral que no en pocas ocasiones

a todos aquellos que conocieron el delito¹⁸² puede resolverse estableciendo dos condiciones: a) La titularidad del bien jurídico tutelado por la norma, transgredida y, b) el impacto psicológico determinado por la forma del ataque y el valor transgredido.

DÉCIMO TERCERO.- La norma fundamental refleja el modelo de Estado Social y Democrático, estableciendo límites a través de las Decisiones Políticas Fundamentales, sería inconcebible que se desprendan de la norma fundamental descripciones punitivas que no sean coherentes con éste modelo, por tal razón tanto la teoría de la pena, como la teoría del delito tendrán que desarrollarse acorde a dicho modelo, sin embargo esto no quiere decir que la Carta Magna tenga que enunciar Bienes Jurídicos para que el sistema penal establezca su tutela a través del orden punitivo. Si bien es cierto que la Ley Suprema establece límites *al ius puniendo*, en las decisiones políticas fundamentales, no menos cierto es que existe una política criminal, encargada de interpretar fenómenos y necesidades de la sociedad. El Poder Legislativo de un Estado debe al momento de la creación de normas punitivas adecuar la interpretación de la política criminal al modelo estatal.

DÉCIMO CUARTA.- En la aplicación de la pena privativa de la libertad es la readaptación del individuo a la vida en sociedad, lo cual es difícil lograr a través de la medida exactamente opuesta que es el aislamiento de la condición que se pretende lograr, en condiciones deshumanizadas.

DÉCIMO QUINTA.- Aunque la doctrina penal niegue a la reparación el carácter de pena, así como niega la posibilidad de satisfacer los fines que a la sanción penal se tienen señalados, es preciso plantearse si efectivamente debe contribuir al "reestablecimiento de la paz jurídica" y en tal caso cómo ha conformarse tal fin.¹⁸³

Sancionar al autor del delito es una función de la pena, aunque no su único fin.

¹⁸² Mapelli Cafarena, Borja - Terradillos Basoco, Juan., "Las consecuencias jurídicas del delito", Ed. Civitas, Tratados y Manuales, tercera edición, Madrid, 1996. Pág. 237.

¹⁸³ La reparación del daño ex delicto.

Con la obligación de reparar no se trata de castigar al deudor, sino de lograr el reestablecimiento del bien lesionado.

La pena es un mal cuyo fin es castigar a quien ha violado una norma y con ello a lesionado un bien jurídico de los más relevantes. Por otra parte el bien jurídico lesionado con el delito no se restaura porque el culpable de la lesión cumpla su pena. Carece totalmente de efecto reparador respecto del interés privado afectado por la conducta dañosa del sujeto acreedor de la pena.

II.I PROPUESTA SOBRE LOS CONCEPTOS DE VÍCTIMA Y OFENDIDO.

Si aceptamos que la víctima es quien recibe directamente en su persona las consecuencias del ataque al bien jurídico tutelado por la norma penal y que entre la conducta prohibida por el derecho y ejecutada por el sujeto activo, se produce un sufrimiento derivado del ataque al valor que tutelaba la norma, debemos considerar que ese sufrimiento, trasciende a la sociedad que determina los valores que han de tutelarse. El concepto de ofendido resulta del sufrimiento producto del nexo causal entre victimario (su actuar) y víctima (titular del bien jurídico), en el cual las personas que se vinculan afectiva y jurídicamente a la víctima adquieren determinados derechos en el proceso penal. En realidad el derecho penal tutela esa relación afectiva al considerar a la parte ofendida y se limita por el vínculo jurídico (el grado de parentesco o la relación de concubinato reconocida por el derecho)

II.II PROPUESTA PARA LA INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Daño Moral es la vulneración a valores colectivos e individuales implícitos en cada delito a través del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y deberá cuantificarse considerando principalmente:

d) *Consecuencias inmediatas-traumáticas.*

e) *Consecuencias emocionales sociales.*

f) *Consecuencias familiares-sociales.*

II.III PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY DE EJECUCIONES PENALES.

Acorde a una política criminal positiva:

o En éste cuerpo normativo, se deben integrar la medios y mecanismos para la ejecución de todas las penas catalogadas en el Código Penal, ya que los fines de la pena no se obtienen con la simple enunciación en una sentencia.

o Los sustitutivos y beneficios señalados en las leyes de ejecuciones penales, representan una modificación cuantitativa y cualitativa de la sentencia que sólo a la juzgadora corresponde dictar, por lo tanto, sólo el poder judicial debería poder otorgarlos, probablemente regresando el expediente a quien dicto la sentencia o en su defecto, creando una figura como el Juez de Ejecuciones Penales.

o La reparación del daño puede operar como un verdadero mecanismo de reintegración social, al enfrentar al delincuente a su actuar dañoso y restituir a la víctima en sus derechos.

o La reparación del daño moral, puede actuar en la sociedad, en el delincuente y en la víctima, como un verdadero medio de reconocimiento de valores culturales y como elemento de fusión social.

o Debe hacerse seguimiento, probablemente a travez de las coordinaciones territoriales de los sujetos excarcelado o que gozan de beneficios, para evitar la reincidencia.

- Debe buscarse la cooperación de Instituciones educativas como el INBA, la SEP, CONACULTA, entre otras para cumplir la readaptación social de internos.

- La privación de la libertad, debe ser el último instrumento para la readaptación social.

- La víctima tendrá que ser considerada por la Ley de Ejecuciones Penales.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBIN ESER, HANS JOCHIM HIRSCH, CLAUS ROXIN, NILS CHRISTIE, JULIO B. J. MAIER, EDUARDO ANDRES BERTONI, ALBERTO BOVINO, ELENA LARRAURI. DE LOS DELITOS Y DE LAS VÍCTIMAS. AD-HOC, BUENOS AIRES. 1992.
2. ANDORNO, CIENFUENTES, DO COUTO E SILVA, GOLDEMBERG, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LÓPEZ CABANA, MOSSET ITURRASPE, PARELLADA FERNÁNDEZ SESSAREGO, STIGLITZ, DAÑO Y PROTECCIÓN A LA PERSONA HUMANA, EDICIONES LA ROCCA, BUENOS AIRES, 1993.
3. ALBERTO F. SENIOR. "SOCIOLOGÍA". ED. PORRÚA, 20ª. EDICIÓN, MÉXICO, 1993.
4. ANTONIO BERINSTAIN. "VICTIMOLOGÍA". NUEVE PALABRAS CLAVE". ED. TIRANT LA BLLANCH. VALENCIA 2000.
5. BERND SCHÜNEMAN. "EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL: CUESTIONES FUNDAMENTALES", ESTUDIOS EN HONOR DE CLAUS ROXIN EN SU 50º. ANIVERSARIO. TRADUCCIÓN DE JESÚS MARIA SILVA SÁNCHEZ. ED. TECNOS.
6. BUENOS ARÚS, FRANCISCO. ESTUDIOS PENALES Y PENITENCIARIOS, COLECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL, MADRID, 1981.
7. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J, HORMANZABAL MALARÉE, HERNÁN. LECCIONES DE DERECHO PENAL. VOLUMEN I.
8. CANCIO MELIÁ, MANUEL. CONDUCTA DE LA VÍCTIMA E IMPUTACIÓN OBJETIVA, J. M. BOSCH EDITOR, BARCELONA 2001.
9. CARNELUTTI. EL PROBLEMA DE LA PENA.
10. CREUS, CARLOS. REPARACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO POR EL DELITO, RUBINZAL-CULZONI EDITORES, BUENO AIRES 1995.
11. CLAUS ROXIN. "POLÍTICA CRIMINAL Y ESTRUCTURA DEL DELITO" (ELEMENTOS DEL DELITO EN BASE A LA POLÍTICA CRIMINAL), TRADUCCIÓN JUAN BUSTOS RAMÍREZ Y HERNÁN HORMANZÁBAL MALARÉE, ED. PPU, PRIMERA EDICIÓN, BARCELONA 1992.

12. CLAUS ROXIN, GUNTHER ARZT Y KLAUS TIEDEMANN. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PROCESAL PENAL. EDITORIAL ARIEL, BARCELONA. 2000.
13. DE CUPIS, " FATTI ILLECITI (EN TRATTATO DE DIRITTO CIVILE") MILANO 1961 P. 17.
14. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO", ED. PORRÚA, CUADRAGÉSIMA NOVENA REIMPRESIÓN, MÉXICO 1998.
15. EDMUNDO MEZGER. "MODERNAS ORIENTACIONES DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL". TRADUCCIÓN DEL ALEMÁN DE FRANCISCO MUÑOZ CONDE. ED. TIRANT LO BLANCH. VALENCIA, 2000.
16. ELÍAS NEUMAN. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN PENAL. EDICIONES DEPALMA. BUENOS AIRES, 1997.
17. EDUARDO DEMETRIO CRESPO. "PREVENCIÓN GENERAL E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA"; PRÓLOGO DE IGNACIO VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Y PRÓLOGO DE HANS JOACHIM HIRSCH. EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. 1ª. ED. IMPRESO EN ESPAÑA, 1999.
18. ELENA LARRAURI. "LA HERENCIA DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA". ED. SIGLO VEINTIUNO.
19. GERGEN, K:J. "EL YO SATURADO, DILEMAS DE IDENTIDAD EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO, MÉXICO, PAÍDOS, 1997.
20. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, MA. DE LA LUZ. "VALORES DEL ESTADO EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO" ED. MC GRAW HILL, SEGUNDA EDICIÓN, MÉXICO 1997.
21. GONZÁLEZ – SALAS CAMPOS RAÚL. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL. OXFORD. UNIVERSITY PRESS, 2ª EDICIÓN, MÉXICO, 2001.
22. GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ. TEORÍA DE LA PENA Y CONSTITUCIÓN, EN ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS, VII, 1984, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA.
23. HASSEMER , WILFRED. JUSTIFICACIÓN MATERIAL Y JUSTIFICACIÓN PROCEDIMENTAL EN EL DERECHO PENAL.

24. HANZ WELZEN. "INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO". DERECHO NATURAL Y JUSTICIA MATERIAL. ED. AGUILAR, 2ª. EDICIÓN, 3ª. REIMPRESIÓN, MADRID 1979.
25. HEINRICH JESCHECK, HANS. TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TRADUCCIÓN DE MIGUEL OLMEDO CARDENETE, GRANADA, 2002.
26. HILDA MARCHIORI. "CRIMINOLOGÍA" LA VÍCTIMA DEL DELITO. ED. PORRÚA. 2ª. EDICIÓN, MÉXICO 2000.
27. KELSEN. HANS, "TEORÍA PURA DEL DERECHO", EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA 1986.
28. MARSHALL BERMAN, PERRY ANDERSON, JURGUEN HABERMAS, XABIER RUBERT DE VENTOS, J. F. LYOTARD, PETER BURGER, CARLOS A. VIANO, LORENZO INFANTINO; EDUARDO SUBIRATS, FRANCO CRESPI, FRANCO RELLA, TOMÁS MALDONADO, ANDRES HUYSSSEN, ALDRECHT WELLMER, SCOTT LASH. "EL DEBATE MODERNIDAD – POSMODERNIDAD. COMPILACIÓN Y PRÓLOGO POR NICOLÁS CASULLO. PUNTOSUR EDITORES. 2ª. EDICIÓN. ARGENTINA 1989.
29. MIR PUIG, SANTIAGO. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, EDITORIAL PPU 3ª EDICIÓN, BARCELONA 1990.
30. MIR PUIG, SANTIAGO. "FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO", BOSCH, 2ª. EDICIÓN, BARCELONA, 1982.
31. MAPELLI CAFARENA, BORJA - TERRADILLOS BASOCO, JUAN., "LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO"., ED. CIVITAS, TRATADOS Y MANUALES, TERCERA EDICIÓN, MADRID, 1996. PÁG. 239.
32. NEUMAN, ELÍAS. "VICTIMOLOGÍA". EL ROL DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS CONVENCIONALES Y NO CONVENCIONALES 2ª. EDICIÓN. EDITORIAL UNIVERSIDAD. BUENOS AIRES 1994.

PADILLA RENÉ A. SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2001.

QUIROZ ACOSTA. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. ED. PORRÚA, 2ª. EDICIÓN, MÉXICO 1999.

RAFAEL ROJINA VILLEGAS. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO II. BIENES DERECHO REALES Y SUCESIONES. ED. PORRÚA. MÉXICO 1997.

RICO, JOSÉ M. LAS SANCIONES PENALES Y LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA CONTEMPORÁNEA. SIGLO VEINTIUNO EDITORES, 5ª. EDICIÓN, MÉXICO, 1998.

ROCCO, ARTURO. EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL. EDITORIAL TEMIS, BOGOTÁ COLOMBIA. 1986

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS. LA CRISIS PENITENCIARIA Y LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN. INSTITUTO DE CAPACITACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, MÉXICO, 1993.

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS. "VICTIMOLOGÍA", ESTUDIO DE LA VÍCTIMA. ED. PORRÚA, 2ª. EDICIÓN, MÉXICO 1990.

ROXÍN, CLAU. POLÍTICA CRIMINAL Y ESTRUCTURA DEL DELITO, ELEMENTOS DEL DELITO EN BASE A LA POLÍTICA CRIMINAL. TRADUCCIÓN JUAN BUSTOS RAMÍREZ Y HERNÁN HORMANZÁBAL MALARÉE, PPU, BARCELONA, 1992.

ROXIN, CLAU. EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DESDE EL PROYECTO ALTERNATIVO. *

SÁINZ- CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EX DELICTO, ENTRE LA PENA PRIVADA Y LA MERA COMPENSACIÓN. EDITORIAL COMARES, GRANADA, 1997.

SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO. LOS DELITOS DE DAÑOS. ARANZANDI EDITORIAL, BARCELONA, 1994.

TAMARIT SUMALLA, J.M., LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL. *

TORRES LÓPEZ, MARIO ALBERTO. "LAS LEYES PENALES", ED. PORRÚA, TERCERA EDICIÓN, MÉXICO 1996.

VON LISZT, FRANZ. LA IDEA DEL FIN EN EL DERECHO PENAL. TRADUCCIÓN DE CARLOS PÉREZ DEL VALLE. EDITORIAL COMARES, GRANADA, 1995.

WALTER BENJAMÍN. "LA OBRA DE ARTE EN LA ÉPOCA DE SU REPRODUCTIBILIDAD TÉCNICA", TRADUCCIÓN DE ANDRÉS E. WEIKERT. INTRODUCCIÓN DE BOLÍVAR ECHEVERRÍA. ED. ITACA. PRIMERA EDICIÓN, MÉXICO 2003.

WEIGEND, THOMAS. TRATADO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. TRADUCCIÓN DE MIGUEL OLMEDO CARDENATE. GRANADA, DICIEMBRE 2002. 5ª. EDICIÓN.

HEMEROGRAFÍA

AYUSO MIGUEL. BIEN COMÚN Y SOBERANÍA UN VIAJE DE IDA Y VUELTA. PRUDENTIA IURIS, No. 56. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, BUENOS AIRES, JUNIO 2001. PÁGS. 11 A 40

ARROYO ZAPATERO, LUIS. "FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL SISTEMA PENAL". EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA- LA MANCHA, NÚMERO 1, AGOSTA, 1987.

BERINSTAIN, ANTONIO. LA CRIMINOLOGÍA ENTRE LA DEONTOLOGÍA Y LA VICTIMOLOGÍA. PONTIFICIA UNIVERSIDAD, JAVERIANO UNIVERSITAS NO. 86, NOVIEMBRE 1992. PÁGS. 475 A 502.

BORJA MAPELLI CAFFARENA. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD COMPLUTENSE. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PENITENCIARIO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE. FACULTAD DE DERECHO. MADRID –JUNIO 1986.

CÁCERES HERNÁNDEZ, LEONEL. DAÑO MORAL. LOCUS REGIS ACTUM, ORGANO DE INFORMACIÓN TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE TABASCO, NO. 008, NUEVA ÉPOCA, VOLLAHERMOSA TABASCO, DICIEMBRE 1996. PÁGS. 45 A 51.

DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO. FUNCIÓN Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, TOMO XLIII, FASCÍCULO I, ENERO – ABRIL MCMXC, MADRID 1995. PÁGS 5 A 27*

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, MARIANO. ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CON ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO MORAL. ANALES DE DERECHO, REVISTA DE LA FACULTADE DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA NO. 9, ESPAÑA 1986. PÁGS 41 A 68.

GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. SOBRE LA FUNCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ESTADO DE DERECHO: VÍCTIMA, POLÍTICA CRIMINAL, CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA SOCIAL. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. PÁGS. 55 A 81 *

GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO. LA VÍCTIMA DEL DELITO FRENTE A LA REFORMA A LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. REVISTA DEL

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. PÁGS. 169 A 181.*

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. SOBRE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE, NUEVA EPOCA, OTOÑO 1983. PÁGS. 85 A 109.

GONZÁLEZ PLACENCIA, LUIS . "HACIA LA DECONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DESDE LA COMPRESIÓN POSMODERNA DE LA JUSTICIA". ALTER. REVISTA INTERNACIONAL DE TEORÍA, FILOSOFÍA Y SOCIOLOGÍA DEL DERECHO, AÑO I, No. 1, ENERO-ABRIL. 1997. "

LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO. BIEN JURÍDICO Y LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. REVISTA CHILENA DE DERECHO, NÚMERO MONOGRÁFICO, VOL.22. No. 2, PP. 251 A 264

MADLENER, KURT. EL REDESCUBRIMIENTO DE LA VÍCTIMA POR LAS CIENCIAS PENALES. CUADERNOS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. AÑO IV, NÚM. 10, ENERO – ABRIL DE 1989. PÁGS. 47 A 66.

MEDINA JARA, RODRIGO. CONSTITUCIÓN, BIEN JURÍDICO Y DERECHO PENAL. REVISTA CHILENA DE DERECHO, VOLUMEN 20, NÚMS 2 Y3, TOMO I, MAYO – DICIEMBRE 1993. PÁGS. 303 A 310.

MENDELSON, B. LA VICTIMOLOGIA Y LAS NECESIDADES DE LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA, MESIS, MÉXICO D.F., AÑO 4º, 2ª. ÉPOCA, VOLUMEN 2, No. 7, 1974. PÁGS. 67 A 77.

MIR PUIG, C., "SOBRE EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL", ACTUALIDAD CIVIL, No. 7, SEMANA 11, 17 DE FEBRERO DE 1991, PÁGS. 101 A 107.

POSTIGLIONI, SALVADOR JULIO. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS A LA PERSONA. REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES, TOMO 55, NOVIEMBRE 1995. PÁGS. 85 A 90.

SANPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS. ¿QUIÉNES SON LAS VÍCTIMAS DEL DELITO?. DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. PÁGS. 151 A 167.

DICCIONARIOS

ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, EDITORIAL PORRÚA. UNAM, TOMO III, PRIMERA EDICIÓN 2002.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA. EDITORIAL CIVITAS, VOL II, MADRID, 1995.

DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL, EDITORIAL PORRÚA, TOMO II, MÉXICO.

JOSÉ ALBERTO GARRONE. DICCIONARIO MANUAL JURÍDICO. ED. ABELEDO -PERRROT. PRIMERA REIMPRESIÓN. BUENOS AIRES.

DICCIONARIO DERECHO PROCESAL PENAL. MARIO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN. ED. PORRÚA, TOMO I.

LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA DICIEMBRE DEL 2004.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. ED. PORRÚA, MÉXICO 2004.
- CÓDIGO PENAL FEDERAL. EDITORIAL ISEF, AGENDA PENAL DEL D.F., DÉCIMA EDICIÓN, MÉXICO 2004.
- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. EDITORIAL ISEF, AGENDA PENAL DEL D.F., DÉCIMA EDICIÓN, MÉXICO 2004.
- CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL ISEF, AGENDA PENAL DEL D.F., DÉCIMA EDICIÓN, MÉXICO 2004.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL ISEF, AGENDA PENAL DEL D.F., DÉCIMA EDICIÓN, MÉXICO 2004.
- CÓDIGO PENAL DE ESTADO DE MÉXICO. EDITORIAL ISEF, MÉXICO 2004.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO. EDITORIAL ISEF, MÉXICO 2004.
- CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL ISEF, SÉPTIMA EDICIÓN, MÉXICO 2004.
- LEY SOBRE AUXILIO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO. DECRETO 126 DE LA H. XLIII LEGISLATURA DEL ESTADO DE MÉXICO. PUBLICADA EN LA GACETA DEL GOBIERNO DEL 20 DE AGOSTO DE 1969.

- LEY DE ATENCIÓN Y APOYO A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO PARA EL DISTRITO FEDERAL. LEY PUBLICADA EN LA GACETA DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL DE FECHA 22 DE ABRIL DEL 2004.

- Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal. Públcada en el D.O.F., del 30 de septiembre de 1999.

- DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y DEL ABUSO DE PODER, A.G. RES. 40/34, ANNEX, 40 U. N. GAOR SUPP. (No.53) P. 214, ONU Doc. A/40/53 (1985).

- REGLAS MÍNIMAS UNITARIAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS PRESOS". QUE FUERON ADOPTADAS EN GINEBRA EN EL AÑO DE 1955 POR EL PRIMER CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE Y A TRAVÉS DE UNA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS DE 31.7. 1957.